

Studi sull'integrazione europea

numero 3 · 2019 | anno XIV



Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI



Consiglio Regionale della Puglia

Servizi per il cittadino

Innovazione

Didoc 4.0: piattaforma web collaborativa, accessibile, open source, interoperabile e tecnologicamente neutrale in grado di «orchestrare» i processi amministrativi e attuare una intelligente, efficace e partecipata Pubblica Amministrazione digitale senza carta, attraverso il paradigma dati registrazione - processo - ruolo.

Infopoint

Accoglie, ascolta, informa e favorisce la trasparenza, la comunicazione e la partecipazione, facilitando l'accesso ai documenti e alle procedure amministrative del Consiglio Regionale della Puglia, di tutte le sue strutture collegate e della Regione Puglia. Consultazione leggi, delibere, regolamenti regionali, Bollettino Ufficiale della Regione. Ricerche tematiche sulla legislazione regionale.

Cittadinanza Attiva

Iniziative per le scuole:

- I ragazzi di Puglia in visita al Consiglio Regionale
- Giovani in Consiglio: da Osservatori a Protagonisti
- Pillole di... Sicurezza! Educazione alla sicurezza stradale
- Moro Vive

Eventi per la conservazione della memoria storica e la valorizzazione dell'identità pugliese, anche in collaborazione con l'Ipsaic e tramite la linea editoriale "Leggi la Puglia"

Iniziative a favore dei disabili e per il dialogo interculturale.

Sito internet e profilo facebook costantemente aggiornati, dirette streaming sedute del Consiglio, archivio digitale delle assemblee e della normativa.

Portale Trasparenza completo.

Articolazioni

Biblioteca "Teca del Mediterraneo"

Co.Re.Com Comitato Regionale per le Comunicazioni

Organismo di parità: Consulta femminile

Garante regionale dei diritti del minore

Garante regionale dei diritti delle persone con disabilità

Garante regionale dei diritti delle persone sottoposte a misure restrittive della libertà personale

Contatti tel.: 080.540.2772 e-mail: infopoint@consiglio.puglia.it

Via Capruzzi 212 - via Giulio Petroni 19/A—70124 Bari

Sito web: www.consiglio.puglia.it | <http://biblioteca.consiglio.puglia.it>

Studi sull'integrazione europea

numero 3 • 2019 | anno XIV

Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI

Direzione
Ennio Triggiani Ugo Villani
Giandonato Caggiano

Comitato scientifico

Mads Andenas, Sergio M. Carbone, Biagio De Giovanni, Angela Del Vecchio, Paolo Fois, Marc Jaeger, Diego J. Liñán Noguera, Paolo Mengozzi, Bruno Nascimbene, Guido Raimondi, Mario Sarcinelli, Giuseppe Tesaro, Christian Tomuschat, Gian Luigi Tosato, Claudio Zanghì

Comitato di redazione

Ivan Ingravallo (coordinatore), **Francesco Cherubini, Valeria Di Comite, Micaela Falcone, Teresa Maria Moschetta, Giuseppe Morgese, Egeria Nalin, Ilaria Ottaviano, Angela Maria Romito, Gianpaolo Maria Ruotolo, Roberto Virzo**

Revisione abstracts a cura di **Denise Milizia**

Comitato dei referees

Roberto Adam, Chiara Amalfitano, Roberto Baratta, Maria Caterina Baruffi, Francesco Bestagno, Franco Botta, Ruggiero Cafari Panico, Susana Cafaro, Cristina Campiglio, Andrea Cannone, Giovanni Cellamare, Gianluca Contaldi, Carmela Decaro, Patrizia De Pasquale, Marcello Di Filippo, Giuseppe Di Gaspare, Angela Di Stasi, Ugo Draetta, Fabio Ferraro, Pietro Gargiulo, Italo Garzia, Edoardo Greppi, Massimo Iovane, Fabrizio Marongiu Buonaiuti, Gerardo Martino, Roberto Mastroianni, Luciano Monzali, Paola Mori, Francesco Munari, Lina Panella, Franca Papa, Nicoletta Parisi, Marco Pedrazzi, Piero Pennetta, Lucia Serena Rossi, Girolamo Strozzi, Marisa Tufano, Michele Vellano, Gabriella Venturini, Gianfranco Viesti

www.studisullintegrazioneeuropea.eu

Studi sull'integrazione europea è presente in Academia.edu, [ACNP, DO.GI.](http://ACNP.DO.GI.), ESSPER e Google Scholar.

Il 21 marzo 2019 a Roma, presso la Corte costituzionale, Studi sull'integrazione europea è stata insignita del XXV Premio "Eugenio Selvaggi" per la stampa storico-giuridica.

Direzione e Redazione

c/o **Cacucci Editore – Via Nicolai, 39 – 70122 BARI – Tel. 080.5214220**

<http://www.cacucci.it> e-mail: rivistastudi@gmail.com

A tali indirizzi vanno inviati corrispondenza e libri per eventuali recensioni o segnalazioni.

La Direzione della Rivista comunica che i contributi in essa pubblicati sono sottoposti a referaggio anonimo, con la sola eccezione di quelli caratterizzati dalla particolare autorevolezza scientifica o dalla specifica competenza dell'Autore nell'argomento trattato.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2019 Cacucci Editore – Bari

Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220

<http://www.cacucci.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

Autorizzazione del Tribunale di Bari
del 22/03/2006 n° 19
Direttore responsabile:
ENNIO TRIGGIANI

Sommario



ARTICOLI

- Ennio TRIGGIANI
La codificazione nell'Unione europea attraverso i principi di democrazia, efficacia e trasparenza 557
- Giandonato CAGGIANO
Il richiedente la protezione internazionale davanti al giudice tra tutela giurisdizionale effettiva e autonomia processuale degli Stati membri dell'Unione europea 579
- Paola BELLOCCHI
Concorrenza e *dumping* sociale nell'Unione europea: le nuove regole sul distacco transnazionale dei lavoratori 593
- Michele VELLANO
Linee evolutive del sostegno alla democrazia nell'azione esterna dell'Unione europea 615
- Sara POLI
La politica europea di vicinato e la sua evoluzione nei rapporti tra l'Unione e gli Stati del partenariato orientale 631
- Giuseppe MORGESE
Discriminazioni dirette e indirette a carico dei cittadini non-italiani nell'accesso al reddito e alla pensione di cittadinanza 655
- Francesco BUONOMENNA
Nuovi scenari di diritto di famiglia, con particolare riferimento alle unioni civili: profili evolutivi e applicativi di diritto internazionale privato ed europeo 675
- Davide MARESCA
Il limite alla libertà dello Stato nella cessazione anticipata delle concessioni alla luce dell'ordinamento dell'Unione europea 693
- Daniela MARRANI
La cooperazione strutturata permanente (PESCO): quadro giuridico-istituzionale per l'integrazione "flessibile" in materia di difesa europea 719

NOTE E COMMENTI

Angelo DAVÌ, Alessandra ZANOBETTI Il nuovo regolamento UE 2019/1111 e la circolazione di separazioni e divorzi nello spazio giudiziario europeo	749
Pieralberto MENGOZZI La Corte di Giustizia e la trasparenza da assicurare nella conclusione di contratti con i consumatori	765
Luca PANTALEO The Autonomy of the EU Legal Order and International Dispute Settlement in the Wake of Opinion 1/17	775
Giuseppe PASCALE Ricongiungimento familiare, diritti fondamentali e <i>kafala</i> islamica nella sentenza <i>M.S.</i> della Corte di giustizia dell'Unione europea	795
Libri ricevuti	809
Indice degli autori	811
Indice del Volume XIV (2019)	813

Summary



ARTICLES

- Ennio TRIGGIANI
Codification in the European Union through the Principles of Democracy,
Efficiency and Transparency 557
- Giandonato CAGGIANO
The Applicant for International Protection before the Judge among Effective
Judicial Protection and Procedural Autonomy of the Member States of
the European Union 579
- Paola BELLOCCHI
Competition and Social Dumping in the European Union: The Revision of
the Rules on Posting of Workers 593
- Michele VELLANO
New Trends in the Promotion of Democracy in the External Action of the
European Union 615
- Sara POLI
The European Neighbourhood Policy and Its Evolution in the EU Relations
with the Eastern Partnerships Countries 631
- Giuseppe MORGESE
Direct and Indirect Discrimination against non-Italian Nationals Regarding
the Access to the so-called 'Citizenship Income' 655
- Francesco BUONOMENNA
New Scenarios of Family Law, with Relevance on Civil Unions: Evolutive
and Applicative Profiles of International Private and European Law 675
- Davide MARESCA
The Limits to Member States Freedom to Declare the Early Termination of
Concessions under European Union Law 693
- Daniela MARRANI
Permanent Structured Cooperation (PESCO): Legal and Institutional
Framework for 'Flexible' Integration in European Defence 719

NOTES AND COMMENTS

Angelo DAVÌ, Alessandra ZANOBETTI The New Regulation EU 2019/1111 and the Circulation of Legal Separations and Divorces in the European Judicial Area	749
Pieralberto MENGOZZI The Court of Justice and the Transparency to Be Assured in the Consumer Contracts	765
Luca PANTALEO The Autonomy of the EU Legal Order and International Dispute Settlement in the Wake of Opinion 1/17	775
Giuseppe PASCALE Family Reunification, Fundamental Rights and Islamic <i>kafala</i> in the <i>M.S.</i> Judgment Delivered by the Court of Justice of the European Union	795
Books received	809
List of contributors	811
Index of Volume XIV (2019)	819



Articoli

Ennio Triggiani*

La codificazione nell'Unione europea attraverso i principi di democrazia, efficacia e trasparenza**

SOMMARIO: 1. La codificazione nell'Unione europea rispetto ai processi di produzione normativa. – 2. *Segue*: ...e rispetto alla riforma della struttura amministrativa. – 3. La base giuridica per lo sviluppo di una codificazione dei procedimenti amministrativi costituita dall'art. 298 TFUE e la proposta ReNEUAL. – 4. Il contributo della Corte di giustizia nell'individuazione dei principi giuridici a fondamento dell'azione amministrativa europea. – 5. La proposta di regolamento per un'amministrazione dell'Unione europea aperta, efficace e indipendente. – 6. Il "codice europeo" come strumento di unificazione politica?

1. Parlare di "codificazione" nel sistema dell'Unione europea significa riferirsi ad una pluralità di circostanze e modalità nonché alla particolare natura del processo d'integrazione europea e alle specifiche caratteristiche del suo apparato amministrativo. Essa, quale forma storica di legislazione, comporta sia un'opera di razionalizzazione e riordino della *normazione e dei processi di produzione normativa* sia un'ampia *riforma dell'amministrazione*. Entrambi tali aspetti, d'altronde, sono gradualmente separati ma non indistinti anche a motivo della rapidissima evoluzione dell'integrazione europea¹.

Sotto il primo profilo, il costante aumento delle competenze dell'Unione ha determinato la necessità di semplificare e rendere più comprensibile e razionale la pluralità di interventi normativi che si accavallavano nel corso del tempo e insistenti nello stesso ambito materiale. Il processo di codificazione si limita inizialmente alla dimensione più propriamente mercantile, affidando alle singole legislazioni nazionali la tutela delle posizioni soggettive riconducibili a beni non appropriabili².

* Emerito di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro.

** Il testo riproduce, con lievi modifiche, la relazione presentata al Convegno annuale SIDI "La codificazione nell'ordinamento internazionale ed europeo" svoltosi a Ferrara nei giorni 6-8 giugno 2018 e pubblicata in A. ANNONI, S. FORLATI, F. SALERNO (a cura di), *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea*, Napoli, 2019, p. 227 ss.

¹ Cfr. G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2017, p. 35.

² Cfr. N. LIPARI, *La codificazione nella stagione della globalizzazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2015, p. 873.

D'altronde, la realizzazione del mercato interno comporta già di per sé una semplificazione perché sostituisce con una norma comunitaria una serie di norme nazionali anche grazie all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento. Si opera dapprima, cioè, in chiave giuridica, la scissione tra interessi di segno economico e interessi di altra natura che sarà spesso la giurisprudenza della Corte di giustizia a riqualificare in maniera più attenta ai diritti della persona. Progressivamente si assiste ad una vera e propria discontinuità rispetto all'assetto iniziale attraverso l'emergere di valori in parte irriducibili alle mere logiche di mercato. Si pensi, in proposito, alle sentenze concernenti l'arricchimento della libera circolazione dei lavoratori con profili di carattere squisitamente sociale, restituendo unitarietà alla persona che si sposta da un Paese all'altro in cerca di lavoro, nonché più complessivamente al rapporto tra la tutela delle libertà del mercato e quella dei principi sociali.

La codificazione, in questo mutato contesto, appare pertanto come un elemento essenziale nella transizione dall'Europa del mercato all'Europa dei diritti, proiettando in una nuova dimensione l'antica funzione del codice come strumento di unificazione politica, anche se si tratta di un obiettivo eventualmente raggiungibile attraverso scenari e percorsi diversi da quelli tradizionali ed in buona parte tutti da scoprire³. Il processo di codificazione, in altri termini, se trova la sua genesi nell'idea di tradurre in principi il diritto di un popolo, riassumendolo in un testo il più possibile coerente e completo⁴, ha la necessità di coniugarsi, nella particolare dimensione di un'integrazione caratterizzata dall'esistenza di più popoli, con la ricerca di più forti e nuovi elementi unificanti.

La possibile criticità del ragionamento è peraltro legata alla circostanza che l'idea della codificazione è stata strettamente associata alla nascita dello Stato sovrano moderno, che esercita un controllo esclusivo sul processo legislativo, costituendo un simbolo forte della nazione unica ed indivisa e dell'unità politica (ciò è particolarmente evidente nel caso dell'Italia e della Germania)⁵. Nelle parole del principale redattore del *Code civil*, Jean-Étienne Marie Portalis, l'obiettivo consisteva nell'assicurarsi che non ci fossero più bretoni, alsaziani o provenzali ma solamente francesi⁶. Il sistema del diritto codificato moderno ha inizio soltanto con l'avvento degli Stati nazionali e assume rilievo soprattutto in quelli caratterizzati da una più forte vocazione centralista, manifestandosi in particolar modo attraverso l'adozione dei cinque codici (civile, di procedura civile, penale, di procedura penale, di commercio) maturati in seguito alla Rivoluzione francese. Il legislatore esprime, attraverso il codice, un disegno coeso e razionale ma non fotografa l'esistente in quanto lo prefigura.

È comunque indubbio che il diritto europeo, cominciando ad occupare progressivamente ed in maniera sempre maggiore spazi tradizionalmente coperti dall'azione legislativa nazionale, pone in termini più pressanti la necessità di introdurre forme e strumenti di razionalizzazione dell'impianto normativo; questi sono diretti a semplificare e chiarire i relativi contenuti al fine di renderli più comprensibili e accessibili ai cittadini favorendo, così, la possibilità di ottenerne la tutela.

³ S. RODOTÀ, *Il Codice civile e il processo costituente europeo*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2005, p. 28.

⁴ R. CARLEO, *Codici di settore*, in *Enciclopedia Treccani XXI Secolo*, 2009.

⁵ Cfr. D. WILLOWEIT, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, München, 2009, p. 152 ss.

⁶ J. CHATEIGNER, *Code civil français: discours et exposé des motifs*, Bruxelles, 1803-1804, p. 497.

Non a caso, la Commissione apre ogni sua relazione relativa alle varie proposte di regolamento con finalità di codificazione con l'ormai rituale frase: “[n]el contesto dell'Europa dei cittadini, la Commissione europea attribuisce grande importanza alla semplificazione e alla chiara formulazione della normativa dell'Unione, affinché diventi più comprensibile e accessibile ai cittadini, offrendo loro nuove possibilità di far valere i diritti che la normativa sancisce. Questo obiettivo non può essere realizzato fintanto che le innumerevoli disposizioni, modificate a più riprese e spesso in modo sostanziale, rimangono sparse, costringendo chi le voglia consultare a ricercarle sia nell'atto originario sia negli atti di modifica. L'individuazione delle norme vigenti richiede pertanto un notevole impegno di ricerca e di comparazione dei diversi atti. Per tale motivo è indispensabile codificare le disposizioni che hanno subito frequenti modifiche, se si vuole che la normativa dell'Unione sia chiara e trasparente”.

Certo un sistema che appesantisce i suoi due Trattati base con ben 37 Protocolli e 65 Dichiarazioni non sembra favorire né chiarezza né trasparenza. La codificazione del diritto “comunitario”⁷ è comunque particolarmente utile, visto il numero elevato di variazioni che quest'ultimo subisce, più di quanto avvenga nelle normative nazionali. Ogni atto è modificato in media 10 volte (nel campo agricolo si raggiunge una media di 30, e ci sono casi in cui le modifiche sono più di 70).

Tale codificazione può assumere forme e modalità diverse. Essa può consistere nella riunificazione in un solo atto giuridico e in ogni lingua ufficiale di un atto di base e di tutte le sue modifiche con l'intesa che il nuovo testo codificato abroghi tutti i precedenti (*costitutiva*), o si limiti a mere correzioni formali conseguendo l'obiettivo di un coordinamento sistematico. Si opera poi una distinzione tra *codificazione verticale (diacronica)*, che riunifica testi che si sono succeduti nel tempo sullo stesso oggetto, e *codificazione orizzontale*, che riunifica in un testo più ampio vari testi che disciplinavano parti di tale oggetto. La locuzione *rifusione*, invece, per come usata nei testi dell'Unione, è quell'atto che riunifica e sostituisce i precedenti apportando alle norme in essi contenute tutte le modificazioni sostanziali che appaiono opportune⁸. Infine, per *consolidazione o consolidamento* si intende il testo unico meramente compilativo, redatto dagli Uffici e reso ufficiale dalla Commissione. Questo però non sostituisce e non può sostituire gli atti riunificati cosicché, in caso di divergenza, essi continuano a prevalere. Il testo consolidato non ha tuttavia valore giuridico e non conduce all'abrogazione dell'atto giuridico di base e delle sue modifiche. Il consolidamento ha quindi una funzione informativa ma svolge a tal titolo un ruolo prezioso per gli utenti del diritto comunitario e serve di base per la codificazione vera e propria.

Questa, nel raggruppare più atti normativi in un unico testo, emerge, pertanto, come il metodo migliore per potenziare l'accessibilità, la chiarezza e la trasparenza della legge. Si tratta, comunque, di un lavoro abbastanza complesso anche considerato che quasi sempre ci si trova dinanzi a materie le quali, in una Unione in continuo sviluppo, non sono mai statiche (la Commissione stessa si trova spesso

⁷ Nel testo sarà frequentemente usato il termine “comunitario”, anche se formalmente non più corretto, per evidente comodità e personale preferenza.

⁸ Importante esempio è il regolamento 952/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 ottobre 2013, che istituisce il codice doganale dell'Unione che, proprio quale “rifusione”, ha modificato le precedenti versioni “per ragioni di chiarezza” e per renderlo coerente con il TFUE.

nella condizione di dover a volte proporre nuove modifiche di atti già in corso di codificazione, che va quindi riformulata). Per superare le suddette difficoltà, il 20 dicembre 1994 era stato stipulato un accordo interistituzionale tra Parlamento, Consiglio e Commissione su un metodo di lavoro accelerato per la codificazione dei testi legislativi e fu altresì costituito nell'ambito del Consiglio un apposito gruppo "codificazione legislativa".

Tale ponderosa attività di sistemazione legislativa si è tradotta, talvolta, in interventi specifici significativi, partendo dal regolamento 1182/71 che stabiliva le norme applicabili ai periodi di tempo, alle date e ai termini degli atti delle istituzioni. Considerevole è, ovviamente, il *codice doganale comunitario* adottato nel 1992 proprio considerato che necessita riunire "le disposizioni del diritto doganale attualmente disperse in un gran numero di regolamenti e direttive comunitarie; che questo compito è particolarmente importante in vista del mercato interno"⁹.

Si pensi soprattutto, per gli esempi più recenti, al regolamento 492/2011, del 5 aprile 2011, relativo alla *libera circolazione dei lavoratori* all'interno dell'Unione (codificazione) rispetto alle numerose e sostanziali modifiche del 1612/68; al regolamento 2016/399, del 9 marzo 2016, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (*codice frontiere Schengen*); al regolamento 2017/1001, del 14 giugno 2017, sul *marchio* dell'Unione europea (codificazione), diretto a meglio garantire la coesistenza e la complementarità tra il sistema del marchio dell'Unione e i sistemi nazionali; alle direttive 2011/35, del 5 aprile 2011, vera e propria misura di coordinamento delle disposizioni legislative regolamentari e amministrative vigenti nei singoli Stati membri in materia di *fusione delle società per azioni*, e 2017/1132, del 14 giugno 2017, relativa ad alcuni aspetti di *diritto societario* le quali codificano espressamente le norme esistenti. Non può non ricordarsi, inoltre, l'opera di codificazione realizzata in materia di *appalti* soprattutto a partire dalle riforme legate alle direttive soprattutto di terza (2004/18 e 2004/17) e quarta generazione (2014/23, 2014/24, 2014/25) con il riconoscimento strumentale dei contratti pubblici e l'intervento del legislatore europeo nel settore delle concessioni.

Meno significativa appare la direttiva 2011/83 sui *diritti del consumatore*, del 25 ottobre 2011, che costituisce forse un'occasione persa in quanto non risulta un vero e proprio codice europeo del consumatore, ma si limita al consolidamento di due delle direttive già esistenti¹⁰. D'altronde, l'11 aprile 2018 la Commissione europea ha illustrato un "new deal" per i consumatori attraverso due proposte di direttiva al fine di completare l'*acquis* in materia consentendo a soggetti riconosciuti di avviare azioni rappresentative a nome e per conto dei consumatori e conferendo alle autorità nazionali preposte alla tutela dei consumatori poteri sanzionatori più incisivi¹¹. Si

⁹ Il regolamento 2913/92 del Consiglio, del 12 ottobre 1992, è stato per ultimo modificato con il citato regolamento 952/2013.

¹⁰ Sulla direttiva v., fra gli altri, S. MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti dei consumatori*, in *Europa e diritto privato*, 2011, p. 861 ss.; R. PARDOLESI, A. PALMIERI, R. DE HIPPOLYITIS, M. CASORIA, A.L. OLIVA, *La direttiva sui diritti dei consumatori (dir. n. 2011/83/UE)*, in *Foro italiano*, 2012, V, c. 177 ss.

¹¹ Verrà inoltre estesa la protezione dei consumatori all'ambiente online e saranno vietate le pratiche di doppio standard qualitativo che possono trarre in inganno i consumatori. Su tali proposte v. R. TORINO, "A New Deal for Consumers". *Recenti proposte della Commissione europea a protezione degli interessi dei consumatori*, in *La cittadinanza europea*, 2018, p. 75 ss.

tratta di una vera e propria riformulazione organica della disciplina vigente sui diritti dei consumatori anche codificando le migliori pratiche esistenti negli Stati membri.

Sicuramente più ambiziosa è la proposta dell'11 ottobre 2011 per un *regolamento sul diritto comune europeo della vendita* che richiama l'idea del Parlamento europeo di un "codice europeo di diritto privato" per creare una "Europa di seconda generazione" che, evidentemente, ancora non nasce. La proposta, tuttavia, non è immune da critiche in ordine a genericità, lacunosità o mancanza di chiarezza di alcuni passaggi; tali limiti possono addirittura far apparire la codificazione come attività controproducente intervenendo negativamente sulla delicata interazione della normativa con le altre fonti internazionali che concorrono nella disciplina della materia¹².

Non si dimentichi, inoltre, che alcuni casi di codificazione si sono verificati anche attraverso lo stesso Trattato ed in materia istituzionale. Uno per tutti è la nascita del *Consiglio europeo*, la cui istituzionalizzazione è avvenuta in fasi progressive ratificandone il crescente ruolo nella prassi delle relazioni fra i soggetti dei processi politici dell'integrazione. E sempre in tema di Consiglio europeo si segnala l'art. 68 TFUE che ha codificato la prassi di definire *programmi quinquennali in materia di politica di immigrazione e asilo*, pratica che ha avuto inizio con l'adozione del Programma di Tampere (1999-2004) e consolidatasi con i Programmi dell'Aja (2004-2009) e di Stoccolma (2009-2014). Nel 2014, il Consiglio, per la prima volta in attuazione della disposizione in questione, ha definito gli "orientamenti strategici della programmazione legislativa e operativa nel quadro dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia" per il periodo 2014-2020. E si pensi ancora, considerata la sua attualità, al *recesso* dall'Unione codificato dall'art. 50 TUE ma comunque già rinvenibile nelle regole fissate dalla Convenzione ONU, del 23 maggio 1969, sul diritto dei trattati¹³. Inoltre, la stessa *Carta dei diritti fondamentali*, proclamata il 7 dicembre 2000 e adattata il 12 dicembre 2007, costituisce un'indispensabile e tardiva sintesi codificatoria sviluppata anche attraverso la giurisprudenza dei tribunali europei.

A volte, invece, la codificazione è intervenuta per favorire il rafforzamento di soggetti che, avendo scarso ruolo nello sviluppo dei processi descritti, dovrebbero

¹² Sulla proposta v. C. CASTRONOVO, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura Realpolitik di Bruxelles. Dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa e diritto privato*, 2011, p. 837 ss.; I. DE CUEVILLAS MATOZZI, R. FAVALE, *La perfección del contrato: Últimas tendencias*, Madrid, 2016. Sulle difficoltà nei tentativi di codificazione del diritto internazionale privato uniforme europeo v. S. LEIBLE (ed.), *General Principles of European Private International Law*, Alphen aan der Rijn, 2015, e F. SALERNO, *Limiti e prospettive attuali della funzione interpretativa nel diritto internazionale privato*, in E. TRIGGIANI et al. (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, II, Bari, 2017, p. 1171 ss.

¹³ Il riferimento è soprattutto agli articoli 54 ("L'estinzione di un trattato o il ritiro di una parte possono avere luogo: a) in base alle disposizioni del trattato; o b) in ogni momento, con il consenso di tutte le parti, previa consultazione degli altri Stati contraenti") e 56 ("1. Un trattato che non contenga disposizioni relative alla sua estinzione e che non preveda la possibilità di un ritiro o di una denuncia non può essere oggetto di denuncia o di ritiro, a meno che: a) non sia accertato che era nell'intenzione delle parti di accettare la possibilità di una denuncia o di un ritiro; o b) il diritto alla denuncia o al ritiro non possa essere dedotto dalla natura del trattato. 2. Una parte deve notificare con almeno dodici mesi di anticipo la propria intenzione di denunciare un trattato o di ritirarsi da esso in base alle disposizioni del paragrafo 1"). Riguardo a questa disposizione si consenta di rinviare al mio saggio *La denuncia dei trattati fondata sulla loro natura*, in *Comunicazioni e Studi*, 1978, p. 471 ss. Ulteriore riferimento è naturalmente all'art. 62 sul "Mutamento fondamentale di circostanze".

per questa via trovare un efficace impulso nello svolgimento dei propri compiti. Ci si riferisce ai *partiti politici europei* ai quali, partendo da Maastricht, l'art. 10, par. 4, TUE affida l'importante funzione, peraltro non ancora assoluta, di contribuire a "formare una coscienza politica europea" e ad "esprimere la volontà dei cittadini"¹⁴. All'opposto, però, vi sono forze che spingono verso la realizzazione di un processo decostituente degli ordinamenti statali (anche a livello europeo e globale), per cui si determina una crisi sistemica delle democrazie occidentali caratterizzata da una crescente impotenza della politica rispetto all'economia¹⁵. Ma questo processo è altresì agevolato dal fatto che "si è persa l'evidenza delle ragioni della codificazione delle regole della politica e la società politica sembra essere una società senza futuro che consuma istantaneamente le sue possibilità"¹⁶.

Pertanto, l'indispensabile opera di "razionalizzazione normativa" dell'esistente, certo finalizzata al rispetto dei principi di trasparenza e certezza del diritto, è del tutto coerente con un sistema costruito prevalentemente nell'ottica di un contesto istituzionale fondato sulla logica di mercato e ad esso funzionale. Siffatto approccio, peraltro, si rivela insufficiente al momento in cui esso aspira a realizzare un sistema giuridico non più pensato come sintesi della sommatoria di una pluralità di interessi puramente economici ma come espressione di una realtà, pur in costruzione, unificata attraverso i valori affermati dalla citata *Carta dei diritti fondamentali* e solennemente sanciti agli articoli 2 e 6 TUE. La legislazione di settore, infatti, appare spesso poco coerente con un indirizzo politico prestabilito dal legislatore, recependo bisogni contingenti e mutevoli imposti dalle esigenze tecniche ed economiche. La quantità di norme richieste non sempre si sposa con la qualità ponendosi dunque la necessità di contenere la iperregolazione e di semplificare la complessità e la densità normativa. Il nuovo accordo interistituzionale "Legiferare meglio" del 13 aprile 2016 è appunto diretto a raggiungere queste finalità "senza compromettere il conseguimento degli obiettivi politici dell'Unione previsti nei trattati o la salvaguardia dell'integrità del mercato interno" (8° 'considerando')¹⁷. Fra l'altro, l'*accordo*

¹⁴ Cfr. P. RIDOLA, *Partiti politici* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, XXXII, 1982, p. 66; G. GRASSO, *Partiti politici europei*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Aggiornamento, III, 2008, p. 609 ss.; F. SEATZU, *La nuova disciplina giuridica sul finanziamento dei "partiti politici a livello europeo"*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, p. 575 ss.; O. PORCHIA, *Partiti politici europei*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, VIII, 2014, p. 795 ss. In applicazione dell'art. 224 TFUE è stato adottato lo statuto dei partiti politici europei per ultimo disciplinato dal regolamento n. 1141/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2014, peraltro in fase di ulteriore revisione, grazie al quale le fondazioni e i partiti politici europei possono avere personalità giuridica europea, ottenendo di conseguenza un maggiore accesso ai finanziamenti a titolo del bilancio dell'UE (in proposito v. I. INGRAVALLO, *L'incerto statuto dei partiti politici europei*, in G. NESI, P. GARGIULO (a cura di), *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione*, Napoli, 2015, p. 211 ss.).

¹⁵ L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Roma, 2013, pp. 157-158.

¹⁶ T. SERRA, *Lo Stato e la sua immagine*, Torino, 2005, p. 9.

¹⁷ Per ulteriori approfondimenti sul contenuto dell'accordo si vedano: J.P. JACQUÉ, *Mieux légiférer*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2015, p. 281 ss.; J. FERGER, M. ALEIXO, *Interinstitutional Agreement on Better Law-Making*, European Parliament Research Service, reperibile online, marzo 2016; S. MORETTINI, *Europa, il nuovo accordo interistituzionale Legiferare meglio*, in *Rassegna trimestrale dell'Osservatorio AIR*, aprile 2016; Senato della Repubblica, Servizio per la qualità degli atti normativi, *L'analisi d'impatto della regolamentazione nel processo decisionale europeo*, a cura di L. DI GIAMBATISTA, aprile 2016, pp. 20-23; L. TILINDYTE, *Accordo interistituzionale "Legiferare meglio"*, 3 marzo 2016, reperibile online, europa.eu; C. TOVO, *I nuovi equilibri tra potere esecutivo e legislativo nell'Unione europea: l'Accordo interistituzionale "Legiferare meglio"*, in *eurojus.it*, aprile 2016; M.R.

è diretto a prevenire l'insorgenza di conflitti di attribuzione dinanzi alla Corte di giustizia fra le istituzioni e, pur limitandosi a codificare la prassi esistente, favorisce un'evoluzione dinamica del relativo equilibrio.

D'altronde, è significativo, ad esempio, che il citato regolamento 2016/399, *codice frontiere Schengen*, ancori espressamente la propria applicazione al rispetto dei diritti fondamentali quali sanciti nel Trattato, nella Carta e nel diritto internazionale (art. 4). All'interprete spetta il compito di individuare i nuovi criteri ermeneutici idonei a ricostruire la completezza e la coerenza dell'ordinamento generale. In altri termini, "il codice si presenta come impresa politica, non come operazione tecnica". Si tratterebbe quindi di rileggere in simile chiave la definizione di Max Weber per cui la codificazione ha costituito l'apice, nel campo del diritto, di una specifica ricerca europea di razionalità¹⁸.

2. Per quanto riguarda il profilo della *struttura amministrativa*, come è noto il progetto iniziale si basava sull'obiettivo di realizzare un particolare ordinamento giuridico che tuttavia, per l'esecuzione delle proprie attività e politiche, si doveva avvalere soprattutto delle strutture amministrative degli Stati membri; esso, pertanto, in ciò non si distingueva eccessivamente dagli altri enti internazionali nei quali il profilo organizzativo presenta un rilievo secondario rispetto a quello normativo. A dimostrazione di questo diffuso convincimento è significativa, esemplarmente, la singolare prassi utilizzata inizialmente dal nostro Parlamento di dare esecuzione ai regolamenti comunitari per consentirne l'ingresso nel nostro ordinamento giuridico¹⁹.

L'ordinamento europeo viene inizialmente concepito, quindi, come un potere pubblico senza amministrazione diretta, salvo che per alcuni casi particolari – come, ad esempio il settore della concorrenza – *ab initio* conferiti alla diretta responsabilità delle istituzioni comunitarie. Infatti, la Comunità economica europea non poteva nascere con l'intento di riunire tutte le potestà sovrane tipiche degli Stati, dovendo limitarsi ad influire sul loro esercizio. In altri termini, costituisce un "vizio di origine" l'assenza nel sistema comunitario di un vero e proprio apparato organizzativo incaricato di applicare, insieme alle amministrazioni nazionali, il diritto dell'Unione; si trattava di un'evidente mancanza di interesse per una dimensione amministrativa dell'Unione, sacrificata dall'autonomia istituzionale degli Stati membri²⁰.

ALLEGRI, *Il coinvolgimento della società civile per legiferare meglio nell'Unione Europea: verso la democrazia partecipativa?*, Padova, 2017, p. 29 ss.

¹⁸ M. WEBER, *Die Entwicklungsbedingungen des Rechts*, in *Wirtschaft und Gesellschaft, Teilband 3: Recht*, Tübingen, 2010 (vol. I/22-3 dell'edizione completa dei lavori di Weber), p. 569 ss.

¹⁹ Come è noto anche la nostra Corte costituzionale dovette riconoscere l'obbligo per lo Stato di astenersi dal pregiudicare l'immediata applicazione dei regolamenti ad esempio con l'adozione di misure anche solo riproduttive o di recezione (sentenza del 27 dicembre 1973, n. 183, *Frontini*).

²⁰ Cfr. in proposito S. CASSESE, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, p. 292 ss., per il quale in origine non vi era interesse alla creazione di un'amministrazione di gestione europea che imponesse principi o regole alle amministrazioni nazionali per tre ordini di ragioni: in primo luogo perché l'espansione amministrativa dell'ordinamento europeo avrebbe condizionato gli esecutivi nazionali, dove sono raccolte le prerogative più sensibili degli Stati; in secondo luogo perché, facendo eseguire da altri, l'ordinamento europeo avrebbe risparmiato energie; in terzo luogo perché era difficile accettare l'idea della esistenza di una amministrazione e di un diritto amministrativo non statali.

Peraltro, con le successive riforme dei Trattati si è giunti alla creazione di un apparato amministrativo europeo di considerevoli dimensioni, dotato di significativi poteri di condizionamento materiale dell'esecuzione operata dalle amministrazioni nazionali con un intervento diretto sui cittadini dell'Unione²¹. Non bisogna comunque dimenticare che ancor oggi questa è una realtà senza un proprio popolo – inteso come gruppo più o meno omogeneo sul piano etnico, linguistico, culturale – ma è espressione di più popoli. Né essa ha un territorio sul quale esercitare la propria sovranità ed il proprio governo, ma nasce e si sviluppa per costruire la disciplina giuridica di uno spazio coincidente, anzitutto e prioritariamente, con quello dei Paesi membri (e sotto più profili anche oltre...) i cui contenuti sono però delimitati dal principio di attribuzione²². La sfera di intervento dell'amministrazione "europea", quindi, per quanto ampliata rimane legata alla circostanza di essere un'amministrazione senza Stato in quanto l'Unione non assomma in sé tutte le potestà, ma mira in realtà ad incidere sulla sovranità degli Stati membri, la quale subisce delle limitazioni in funzione del perseguimento degli obiettivi previsti dai Trattati comunitari.

Per le suddette ragioni, se per un verso si è provveduto ad alcuni interventi codificatori di specifiche materie per le quali maggiore rilievo veniva attribuito dal Trattato di Roma ai poteri di controllo delle istituzioni comunitarie, tuttavia per lungo tempo non si è mai posta l'esigenza di una codificazione generale del procedimento amministrativo. Questa esigenza si è naturalmente resa più forte nel corso degli anni quando dagli iniziali settori della concorrenza e degli aiuti di Stato, ad es., si è determinata la decisione politica di trasferire all'Unione manifestazioni di sovranità quali la potestà di battere moneta. Risulta, quindi, evidente il rischio di utilizzare criteri e principi di codificazione diversificati anche in funzione delle specificità dell'ambito materiale disciplinato. Non solo. Un decisivo impulso verso una assimilazione delle generali caratteristiche di un ordinamento "di tipo statale", pur con le ovvie differenze, si è determinato con l'adozione della *Carta dei diritti fondamentali* e l'attribuzione ad essa del valore giuridicamente vincolante con cui sia le istituzioni comunitarie che gli Stati membri (questi ultimi nei relativi limiti) sono sottoposti al controllo di conformità dei loro atti con le disposizioni della stessa; e nel cui ambito viene rafforzato il potere dei privati di agire anche contro gli Stati a tutela delle proprie pretese.

È tuttavia indubbio che le codificazioni contribuirono allo sviluppo dell'omogeneità culturale all'interno dei nuovi Stati sovrani per cui esse furono scritte in volgare²³. Il problema è che, evidentemente, non essendo l'Unione europea uno Stato, un'attività di codificazione, su determinate basi, potrebbe essere considerata come parte del processo di formazione di un futuro Stato federale quale simbolica anticipazione dello stesso, alla stregua della cittadinanza europea oppure del suo inno o della sua bandiera. Con la apparentemente singolare considerazione per cui mentre il potere dell'amministrazione nazionale segue il potere della catena di comando, e quindi arriva dall'"alto", il potere dell'amministrazione europea deriva dal "basso", ovvero dagli Stati²⁴.

²¹ Cfr. O. MIR PUIGPELAT, *Razones para una codificación general del procedimiento de la administración de la Unión*, Bruxelles, 2011, p. 7.

²² Cfr. G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *op. cit.*, p. 17 ss.

²³ J. LEERSSEN, *National Thought in Europe. A Cultural History*, Amsterdam, 2006, p. 137 ss.

²⁴ Cfr. G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *op. cit.*, p. 41 ss.

3. Al di là dei vari interventi di codificazione su materie specifiche, sussiste il problema più generale legato alla circostanza per cui quella che oggi chiamiamo Unione europea ha, in questi decenni, notevolmente espanso le proprie competenze anche al di là dei profili prettamente economici ed ha dovuto progressivamente accompagnare tale ampliamento con una ben maggiore articolazione della propria organizzazione amministrativa. L'Unione, quale comunità di diritto e di diritti, si è certo notevolmente servita anche delle amministrazioni nazionali, agenti anch'esse in qualità di amministrazione europea, ad esempio in applicazione diretta delle norme comunitarie, e come veri e propri uffici di attuazione decentralizzata delle stesse, sostituendo al tradizionale ancoraggio statale un nuovo ancoraggio all'ordinamento sovrastatale. In proposito l'art. 197 TFUE sottolinea come la relativa attuazione, "essenziale per il buon funzionamento dell'Unione, è considerata una questione di interesse comune" (par. 1) per cui "l'Unione può sostenere gli sforzi degli Stati membri volti a migliorare la loro capacità amministrativa di attuare il diritto dell'Unione"²⁵.

A sua volta, l'art. 291 TFUE sancisce una sorta di "federalismo di esecuzione", nella misura in cui attribuisce agli Stati membri il compito di adottare le misure di diritto interno necessarie per l'attuazione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione (par. 1) riprendendo quanto stabilito dall'art. 4, par. 3, co. 2, TUE per cui "[g]li Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione". Tuttavia, il secondo paragrafo dell'art. 291 TFUE stabilisce che, se sono necessarie condizioni uniformi di esecuzione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione, il legislatore europeo conferisce competenze di esecuzione alla Commissione o, in casi specifici debitamente motivati e nelle circostanze previste agli articoli 24 e 26 TUE, al Consiglio. In tal caso, il terzo paragrafo dell'art. 291 TFUE precisa che "il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono preventivamente le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione"²⁶. Pertanto, il limite posto dalla disposizione in questione rispetto all'uso dell'art. 298 TFUE (disposizione centrale, in materia, di seguito analizzata) consiste nella circostanza che un regolamento sul procedimento basato su di esso non può prevedere modalità di controllo da parte degli Stati membri²⁷.

²⁵ Secondo A. SALVATO, *La nozione di "amministrazione europea" ai fini della codificazione del procedimento amministrativo europeo*, in R. MASTROIANNI, F. ROLANDO (a cura di), *La codificazione dei procedimenti amministrativi dell'Unione europea*, Napoli, 2017, p. 137, rispetto all'art. 198 TFUE la disposizione in questione riguarderebbe la dimensione interna delle amministrazioni nazionali "ovvero la loro capacità di attuare il diritto europeo e gli strumenti per migliorarla".

²⁶ E comunque, l'art. 291 TFUE sposa il modello centralizzato o diretto dell'esercizio del potere esecutivo da parte dell'Unione, considerato in origine l'eccezione, lasciando però agli Stati membri il controllo, debitamente disciplinato in sede comunitaria, dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione (par. 3): cfr. A. SALVATO, *op. cit.*, p. 137. Sulla disposizione v. anche R. BARATTA, *Articolo 291 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, II ed., p. 2286.

²⁷ In tal senso J. ZILLER, *L'art. 298 TFUE a confronto con altre eventuali basi giuridiche per la codificazione del procedimento amministrativo dell'Unione europea*, in R. MASTROIANNI, F. ROLANDO (a cura di), *op. cit.*, p. 49.

Resta comunque il problema che, nonostante tale evoluzione, non esiste una regolamentazione comune e generale sulla procedura amministrativa a livello europeo la quale integri gli aspetti sostanziali delle attività degli organi che ne costituiscono l'ossatura e favorisca in concreto le relazioni consapevoli tra i privati e le istituzioni nel rispetto dei principi di trasparenza, correttezza ed efficacia²⁸. A proposito di quest'ultima essa comprende certo sia la necessità di efficienza, relativa alle modalità utilizzate nell'azione amministrativa, che la sua tempestività, ma riguarda poi soprattutto la finalità da raggiungere posta nell'interesse generale²⁹. Si tratta di un'esigenza particolarmente sentita nell'ambito di un ordinamento giuridico che si presenta sotto più profili frammentato e lacunoso nonché in parte poco conosciuto dagli stessi potenziali beneficiari. Alla frammentarietà si aggiungono, inoltre, le numerose lacune normative presenti nel diritto europeo in quanto molti degli istituti che lo compongono sono frutto dell'elaborazione giurisprudenziale³⁰; è, dunque, possibile che le questioni non affrontate nei tribunali siano rimaste prive di una disciplina giuridica ed è proprio rispetto a tali ultime che la codificazione sarebbe di fondamentale importanza³¹.

Delle suddette esigenze sembra essersi fatto carico il Trattato di Lisbona: il "nuovo" art. 298 TFUE fornisce una base giuridica per lo sviluppo di una codificazione dei procedimenti amministrativi in grado di vincolare l'apparato istituzionale e amministrativo dell'Unione nella sua totalità³². Viene infatti conferito al Parlamento ed al Consiglio europeo il potere di individuare le linee guida per l'attuazione dei principi di trasparenza ed efficienza dell'azione amministrativa, attraverso l'emanazione di appositi regolamenti. Inoltre, la forza vincolante della *Carta dei diritti fondamentali* include il diritto a una buona amministrazione (art. 41) e altri diritti, come quelli di *accesso ai documenti* (art. 42) e alla *protezione dei dati personali* (art. 8), che impongono obblighi significativi al complessivo funzionamento del sistema.

Va altresì tenuto presente che nell'ordinamento giuridico comunitario, a differenza di quanto avviene nei sistemi interni, non tutti gli atti amministrativi sono suscettibili di ulteriori ricorsi, amministrativi o giurisdizionali, da parte di individui; pertanto, la procedura diventa particolarmente importante in questo settore per garantire ai cittadini adeguati rilievo e tutela degli interessi coinvolti³³.

Per rispondere alle suindicate esigenze nacque nel 2009 l'idea di ReNEUAL – *Research Network on European Administrative Law* – nel corso di una riunione

²⁸ Cfr. E. NIETO-GARRIDO, *Relevant provisions of the Lisbon Treaty on EU Administrative law*, Bruxelles, 2010, p. 4.

²⁹ A. CAIOLA, *La base giuridica e il contenuto di un regolamento per l'amministrazione dell'Unione europea*, in R. MASTROIANNI, F. ROLANDO (a cura di), *op. cit.*, p. 61.

³⁰ "La risposta del giudice (...) è più rapida e necessaria, anche quando il caso non risulta disciplinato da una norma specifica": S. PATTI, *Ricodificazione*, in *Rivista di diritto civile*, 2018, p. 448.

³¹ J. ZILLER, *Is a Law of Administrative Procedure for the Union Necessary?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2011, p. 710 ss.

³² R. ADAM, *Possibilità e limiti di una regolamentazione generale dell'azione amministrativa dell'Unione europea*, in R. MASTROIANNI, F. ROLANDO (a cura di), *op. cit.*, p. 25. La disposizione farebbe parte "di un disegno complessivo volto a disciplinare le competenze legislative dell'Unione in tema di azione amministrativa": L. RAIMONDI, *Commento all'art. 298*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 2318.

³³ J. DELGADO, *El Procedimiento Administrativo en el Derecho de la Unión Europea*, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2010, p. 132.

all'Università di Osnabrück fra studiosi i quali condividevano con tutti gli altri l'idea di fondo della centralità del procedimento amministrativo e dell'importanza di compiere su di esso una ricerca, nata effettivamente come studio di diritto comparato, nei vari Paesi dell'UE, ma non solo. Si trattava di condensare, in una serie di regole precise e determinate sul procedimento amministrativo, i principi generali del diritto dell'Unione europea e i suoi valori costituzionali. Ne è scaturita una proposta di regolamento, il c.d. *codice ReNEUAL del procedimento amministrativo dell'Unione* contenente norme generali sull'attività di *rulemaking*, sui contratti pubblici, sull'*information management* e, ovviamente, sul procedimento amministrativo. Si tratta della prima bozza di codificazione dello stesso su base europea che, pur partendo da discipline diverse nei Paesi del continente, evidenzia comunque la centralità del procedimento e dunque del suo diritto³⁴.

Non è questa la sede per analizzare nei dettagli il contenuto della proposta, ma ci si limita a sottolineare che essa affronta il problema interpretativo della portata giuridica dell'art. 298 TFUE. Esso, secondo un'interpretazione restrittiva, costituirebbe la base sulla quale adottare solo i regolamenti interni delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione europea; secondo l'interpretazione più ampia, fatta propria da ReNEUAL, invece, il contenuto della suddetta previsione dovrebbe estendersi anche alle ipotesi di co-amministrazione. La scelta, evidentemente, è di natura politica e, a mio avviso, si potrebbe propendere verso quest'ultima soluzione solo in un contesto di ben maggiore integrazione, rispetto all'attuale scenario, in cui si sia determinata, in ordine a tale ambito, una attenuazione del rispetto delle identità nazionali sancito dall'art. 4, par. 2, TUE³⁵. Ciò non toglie che la futura codificazione generale possa contagiare positivamente anche la cultura e le modalità di funzionamento delle amministrazioni nazionali³⁶.

Il problema di fondo è che attualmente, le norme e i principi dell'Unione in termini di buona amministrazione sono dispersi in molteplici fonti con la conseguenza che è molto difficile per i cittadini comprendere i diritti amministrativi conferiti dal diritto comunitario in assenza di una serie globale e coerente di norme codificate in materia di diritto amministrativo³⁷. È peraltro vero che spesso vari regolamenti e direttive contengono prescrizioni che, per l'ampiezza del contenuto in relazione ai profili tanto organizzativi e procedurali quanto giudiziali, sono applicabili a più settori potendo assumere, quindi, la valenza di regole comuni. Tuttavia, l'indubbio vuoto normativo evidenziato dalla proposta ReNEUAL esprime comunque la necessità di ancorare il funzionamento complessivo del sistema amministrativo dell'ordinamento giuridico dell'Unione alla solidità di principi generali che ne

³⁴ Sul "codice Renewal" v. G. DELLA CANANEA, D.U. GALETTA, H.C.H. HOFMANN, J.P. SCHNEIDER, J. ZILLER (a cura di), *Codice Renewal del procedimento amministrativo dell'Unione europea*, Napoli, 2016, e i saggi di A. PAJNO, G. DELLA CANANEA, D.U. GALETTA, J. ZILLER, M.L. MADDALENA, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2018, p. 325 ss.

³⁵ Peraltro, A. TIZZANO, *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell'ordine politico e istituzionale: la Corte di giustizia dell'UE*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2012, p. 830 ss., nega che l'art. 4, par. 2, TUE codifichi i controlli ed afferma che la previsione attribuisce piuttosto alla Corte di giustizia il controllo sul rispetto, da parte dell'Unione, dell'obbligo, posto da tale norma, di rispettare le identità costituzionali nazionali.

³⁶ R. ADAM, *op. cit.*, p. 27.

³⁷ J.A. FUENTETAJA PASTOR, *Del "derecho a la buena administración" al derecho de la Administración europea*, in *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2014, p. 33.

assicurino contestualmente legittimità, trasparenza ed efficienza³⁸. Sono essi che debbono garantire maggiore legalità e più sicura uniformità ai singoli atti legislativi applicabili a specifici campi di diritto sostanziale, semplificando e standardizzando i relativi profili procedurali³⁹.

Del resto, l'enorme ampliamento dei campi di applicazione oggettivo e soggettivo del diritto comunitario rende indispensabile l'accrescimento del livello di democrazia e di trasparenza. Infatti, un'amministrazione che risponda ai criteri di appropriatezza ed adeguatezza, al di là della legittimità dei suoi comportamenti in senso tecnico, è un'amministrazione che informa ad un più ampio criterio di correttezza ed apertura le proprie relazioni con il pubblico. Una buona amministrazione è tale, insomma, anche se si relaziona in modo corretto e trasparente con i privati che con essa entrano in contatto⁴⁰, assumendo così un'accezione oggettiva il cui punto di riferimento, al di là del punto di vista del singolo destinatario dei provvedimenti, risulta essere l'interesse generale⁴¹.

4. Fino ad oggi una preziosa attività di supporto surrogatorio a questa assenza è stata fornita dalla Corte di giustizia dell'UE. Essa, come è noto, ha fatto largo uso di principi generali che, penetrando direttamente nei singoli ordinamenti dei Paesi membri, hanno finito per integrare la legalità formale e sostanziale vigente negli stessi. Tali principi, immanenti nell'ordinamento giuridico in cui i giudici europei si trovano ad operare, si pongono quali criteri di integrazione e interpretazione del diritto comunitario, nonché come parametro di validità delle norme derivate. La Corte ha poi elaborato anche principi più specifici, posti alla guida dell'azione amministrativa, che, solo diversi anni dopo, hanno comunque trovato una parziale collocazione all'interno dei Trattati. Pertanto, i caratteri del procedimento amministrativo europeo si desumono anzitutto attraverso l'analisi di questi principi, i quali costituiranno l'aspetto centrale di un eventuale regolamento generale sulla codificazione.

Non mi soffermo su tale aspetto, considerata la relazione in proposito di Adelina Adinolfi⁴². Ma è indispensabile svolgere alcune brevi considerazioni. Il primo riferimento è, anzitutto, ai due principi fondativi dell'ordinamento sovranazionale dell'*effetto diretto* (*Van Gend en Loos*) e del *primato del diritto comunitario* (*Costa, Simmenthal*); per quest'ultimo, inizialmente codificato dall'art. I-6 del Trattato

³⁸ La proposta, ad ogni modo, fornisce alle istituzioni europee un importante strumento per una migliore applicazione dei principi delineati dalla giurisprudenza comunitaria e consente nel contempo agli ordinamenti giuridici di ricavarne preziosi elementi innovativi. In tal senso v. E. CHITI, *Adelante, con juicio: la prospettiva di una codificazione nel procedimento europeo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, p. 677 ss.

³⁹ K. LENAERTS, J. VANHAMME, *Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative Process*, in *Common Market Law Review*, 1997, p. 531.

⁴⁰ G. LOCCHI, *Il principio di trasparenza in Europa nei suoi risvolti in termini di Governance amministrativa e di comunicazione istituzionale dell'Unione*, in *Amministrazione in cammino*, 2011, p. 16. O. PALLOTTA, *I principi generali del procedimento amministrativo europeo: dall'origine giurisprudenziale all'esigenza di codificazione*, in R. MASTROIANNI, F. ROLANDO (a cura di), *op. cit.*, p. 105, sottolinea opportunamente gli effetti che la violazione del diritto ad una buona amministrazione può ingenerare non solo nello stretto ambito procedimentale, ma anche al di fuori di esso.

⁴¹ L. RAIMONDI, *op. cit.*, p. 2321.

⁴² Cfr. A. ADINOLFI, *La Corte di giustizia dell'Unione europea dinanzi ai principi generali codificati*, in A. ANNONI, S. FORLATI, F. SALERNO (a cura di), *op. cit.*, p. 553 ss.

che adotta una Costituzione per l'Europa, va rimarcato che la Dichiarazione n. 17 allegata al Trattato di Lisbona, pur nella sua singolare e criticabile formulazione, costituisce comunque una formale ratifica nella sostanza dell'indiscussa centralità del principio in questione⁴³. Il punto di partenza è, peraltro, già rinvenibile nella sentenza *Algera*⁴⁴ in cui la Corte, per non esporsi ad accuse di denegata giustizia, affermò che “l’illegalità d’un atto amministrativo individuale comporta la nullità di pieno diritto solo in casi determinati (...)” e che, “a prescindere da questi casi eccezionali, sia la dottrina che la giurisprudenza degli Stati membri ammettono solo l’annullabilità e la revocabilità”. Essa aggiunse che “il fatto stesso che un atto amministrativo sia stato emanato crea una presunzione di validità la quale può venir meno in seguito ad annullamento od a revoca, nei limiti in cui l’uno e l’altra sono consentiti”. La Corte di giustizia decise, dunque, di applicare il potere di revoca anche all’interno dell’ordinamento comunitario, in quanto, appunto, principio generale del diritto.

Alcuni mesi più tardi, nella sentenza del 10 dicembre 1957, *Société des usines à tubes de la Sarre*⁴⁵, la Corte attribuì alla motivazione la qualità di “elemento essenziale, costitutivo addirittura” di un “parere motivato” ai sensi dell’art. 54, co. 4, del Trattato CECA, di guisa che, contrariamente ad altre formalità che non possono incidere sulla natura o sull’esistenza dell’atto, “la mancanza di motivazione comporta l’inesistenza dell’atto”. Essa ne trasse la conclusione che il ricorso diretto contro tale atto giuridicamente inesistente è quindi irricevibile per mancanza di oggetto. Di recente, ad esempio, tanto nel caso *Anagnostakis*⁴⁶, in cui i giudici di Lussemburgo si sono soffermati ad analizzare – per la prima volta e, peraltro, d’ufficio – la motivazione della decisione con cui la Commissione aveva negato la registrazione dell’ICE (Iniziativa dei cittadini europei) *Un milione di firme per l’Europa della solidarietà*, quanto nel caso *Costantini*⁴⁷, in cui è stata analizzata una medesima decisione con riferimento all’ICE *Right to Lifelong Care: Leading a life of dignity and independence is a fundamental right!*, è stata posta in evidenza l’incidenza che il diniego di registrazione può produrre sull’esercizio dei diritti di cittadinanza. In tal modo i giudici UE, pur ritenendo nella specie gli atti impugnati sufficientemente motivati, hanno avuto l’opportunità di specificare ulteriormente la portata dell’obbligo di motivazione gravante sulle istituzioni quando l’atto adottato impone la limitazione di un diritto riconosciuto dal Trattato al destinatario; per cui, ogni qualvolta vi è una compressione di simili diritti, la motivazione deve essere

⁴³ Dichiarazione finale n. 17 relativa al primato, allegata all’atto finale della conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona, la quale ricorda che, “per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell’Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall’Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla (...) giurisprudenza” (sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. E.N.E.L.*) e riporta il conforme parere del Servizio giuridico del Consiglio del 22 giugno 2007.

⁴⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 1957, cause riunite 7/56, 3 a 7/57, *Dineke Algera e a. c. Assemblea comune CECA*.

⁴⁵ Sentenza della Corte di giustizia del marzo 1961, cause riunite 1 e 14/57, *Société nouvelle des usines de Pontlieue – Aciéries du Temple (S.N.U.P.A.T.) c. Alta Autorità CECA*.

⁴⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 12 settembre 2017, causa C-589/15 P, *Alexios Anagnostakis c. Commissione europea*.

⁴⁷ Sentenza del Tribunale del 19 aprile 2016, causa T-44/14, *Bruno Costantini e a. c. Commissione europea*.

maggiormente rigorosa, precisa e puntuale onde far risultare chiaramente comprensibili le scelte effettuate⁴⁸.

L'affermazione di un generale obbligo per le istituzioni dell'Unione (e prima della Comunità) di motivare anche gli atti legislativi aventi portata generale costituisce allora una costante, oggi rinvenibile nell'art. 296, par. 2, TFUE. Tale peculiarità, che non trova alcun analogo riscontro negli ordinamenti degli Stati membri, è verosimilmente da individuarsi nell'esistenza, nell'ambito dell'ordinamento comunitario, del principio di attribuzione delle competenze quale presupposto della legittimazione ad agire delle istituzioni che lo adottano⁴⁹. Sotto un'altra prospettiva, la motivazione può essere intesa anche come avente una funzione di controllo dell'attività dell'Unione. Il relativo obbligo può peraltro essere inteso come avente non solo una funzione di controllo ma anche una funzione partecipativa in quanto, rendendo chiaramente comprensibili le valutazioni poste a monte dell'adozione degli atti delle istituzioni, potrebbe contribuire ad attenuare il deficit democratico spesso contestato all'Unione⁵⁰.

Partendo dalle suddette importanti pronunzie, la Corte di giustizia, con la propria giurisprudenza "creativa", ha via via elaborato un corpo organico di principi generali che, ponendosi sullo stesso piano dei Trattati, si riferiscono proprio all'amministrazione, intesa sia come organizzazione che come attività, sistematizzando una procedura generale a livello europeo⁵¹. Fra questi, il primo cui certamente ci si deve riferire è il *rispetto del diritto* quale principio centrale dell'ordinamento al quale sono subordinati tutti i soggetti a partire dalle autorità pubbliche. Nella sentenza *Höchst*⁵² la Corte ha affermato che in tutti i sistemi giuridici degli Stati membri gli interventi dei poteri pubblici nella sfera dell'attività privata di qualsiasi persona, fisica o giuridica, devono essere fondati sulle norme e giustificati da motivi contemplati dalle norme quale forma di protezione nei confronti di interventi arbitrari o sproporzionati; ed ha precisato che siffatta protezione deve essere ammessa come un principio generale di diritto comunitario. E nella precedente e nota sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*⁵³, veicolando la protezione dei diritti fon-

⁴⁸ Cfr. A. MAFFEO, *L'obbligo di motivazione degli atti delle istituzioni dell'Unione europea letto attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Federalismi.it*, 2018, n. 3, p. 3.

⁴⁹ Cfr. parere della Corte di giustizia del 6 dicembre 2001, 2/00, *Protocollo di Cartagena*, punto 5, in cui i giudici di Lussemburgo hanno avuto modo di evidenziare che "la scelta della base giuridica adeguata riveste un'importanza di natura costituzionale" in un sistema quale quello dell'Unione che può esercitare esclusivamente le competenze attribuitele dagli Stati.

⁵⁰ Cfr. in proposito L. BALLESTEROS MOFFA, *La europeización de los procedimientos administrativos nacionales*, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2010, p. 215 ss.

⁵¹ *Ivi*, p. 177 ss.

⁵² Sentenza della Corte di giustizia del 21 settembre 1989, cause riunite 46/87 e 227/88, *Höchst AG c. Commissione*, p. 2924.

⁵³ Sentenza della Corte di giustizia del 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*. "[i]l richiamo a norme o nozioni di diritto nazionale nel valutare la legittimità di atti emananti dalle istituzioni della Comunità menomerebbe l'unità e l'efficacia del diritto comunitario. La validità di detti atti può essere stabilita unicamente alla luce del diritto comunitario. Il diritto nato dal trattato, che ha una fonte autonoma, per sua natura non può infatti trovare un limite in qualsivoglia norma di diritto nazionale senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che sia posto in discussione il fondamento giuridico della stessa Comunità. Di conseguenza, il fatto che siano menomati vuoi i diritti fondamentali sanciti dalla costituzione di uno Stato membro, vuoi i principi di una costituzione nazionale, non può sminuire la validità di un atto della Comunità né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato".

damentali entro l'ambito applicativo del diritto europeo, si dimostra che l'Unione europea, così come avviene per gli Stati, fonda il proprio ordinamento giuridico sui principi dello Stato di diritto.

Il relativo principio di *legalità* – soddisfatto dalla sufficiente accessibilità, precisione e prevedibilità della norma⁵⁴ – determina peraltro la validità degli atti emanati dalle istituzioni europee solo sulla base del diritto comunitario e non dei diritti fondamentali o dei principi costituzionali degli Stati membri; pertanto, l'attività amministrativa deve sempre trovare un fondamento giuridico nel sistema comunitario stesso⁵⁵. Nella specie, “la tutela dei diritti fondamentali costituisce infatti parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza. La salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità”. Il parametro di riferimento diventano, quindi, lo spirito del Trattato ed i valori di una Comunità di diritto in via di costruzione⁵⁶.

Il contributo di carattere “pretorio” della Corte nella creazione di principi non scritti è, come si è detto, di altissimo rilievo e frutto di una precisa e rigorosa volontà “politica” da parte della stessa di dotare il sistema comunitario, nel contempo, di autonomia e di effettività⁵⁷. Principi come la *certezza del diritto*, il *legittimo affidamento*, il *diritto a un'audizione*, il *diritto alla difesa* o il *diritto a una buona amministrazione* sono stati sviluppati proprio dalla giurisprudenza della Corte. È certo vero che essa attinge comunque, in proposito, al bacino giuridico degli Stati membri, ma il contenuto di tali principi viene rivisitato e modellato in funzione degli obiettivi del sistema europeo⁵⁸. Per cui, i principi europei denotano ampiamente il passaggio da una concezione statalista e positivista del diritto contrassegnato da formalismo, rigorismo e tassatività nell'applicazione e interpretazione del diritto, ad una concezione più aperta e pluralistica nella quale assumono fondamentale importanza i diritti umani, anche a contenuto economico, sociale, collettivo e diffuso⁵⁹.

5. Una proposta di regolamento in materia di codificazione è quindi a tali principi che deve far riferimento costruendo un vero e proprio rafforzamento non solo dell'efficacia dell'amministrazione europea – rispetto al cui funzionamento l'art. 336 TFUE offre una più solida base giuridica per lo Statuto dei funzionari e degli altri agenti dell'Unione⁶⁰ – ma anche della stessa legittimità dell'Unione attraverso

⁵⁴ In tal senso la Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 22 settembre 1994, *Hentrich c. Francia*, serie A, n. 296.

⁵⁵ Cfr. in materia G. TESAURO, *Eguaglianza e legalità nel diritto comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1999, p. 1 ss.; A. ADINOLFI, *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, 2008, p. 87 ss.; G.U. RESCIGNO, *Principio di legalità, Stato di diritto, Rule of law*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, I, Napoli, 2009, p. 305 ss.; B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinali*, Torino, 2013.

⁵⁶ G.F. MANCINI, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Bologna, 2004, p. 152.

⁵⁷ U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017, V ed., p. 276 ss.

⁵⁸ G. PEPE, *Principi generali dell'ordinamento europeo. Profili teorici e applicativi*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015, n. 2, p. 299.

⁵⁹ E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2004, II ed., *passim*.

⁶⁰ Lo Statuto fu emanato con regolamento nel lontano anno 1962, ma da allora ha subito moltissime variazioni, fino a quella significativa del 22 ottobre 2013 con regolamento 1023/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio.

la determinazione di un rapporto molto più intenso fra le istituzioni comunitarie – più aperte efficaci e indipendenti, come recita l’art. 298 TFUE – e i cittadini. In altri termini, la dimensione istituzionale del diritto a una buona amministrazione dovrebbe trovare una propria articolazione normativa attraverso una vera e propria “legge dell’amministrazione europea”. Infatti, la circostanza che la maggior parte delle norme e dei principi di diritto amministrativo sono codificati nel diritto secondario in singoli settori del diritto dell’Unione europea comporta sovrapposizioni e vuoti normativi, con una conseguente carenza di trasparenza e comprensibilità della disciplina dei procedimenti amministrativi europei.

Il governo della società europea, nella misura in cui diviene sempre più complesso ed esteso sotto il profilo sia soggettivo che oggettivo, ha bisogno di un sistema stabile e durevole fondato su norme generali e astratte, sottratte a qualsiasi eventuale arbitrio di giudici o interpreti⁶¹ e funzionali alla maggiore e più efficace individuazione delle funzioni proprie del procedimento stesso⁶². Questo risulta essenziale per il dialogo tra i privati e le istituzioni, alimentando il fondamentale principio della certezza del diritto e fornendo ai cittadini gli strumenti di conoscenza del catalogo di diritti e doveri provenienti dall’ordinamento giuridico europeo dando così maggiore garanzia di democraticità⁶³.

D’altronde, è noto che la caratteristica peculiare del sistema europeo è data dall’instaurarsi di un rapporto non solo bilaterale, come avviene all’interno dello Stato fra amministrazione e privati, ma “trilaterale” basato su istituzioni (e in particolare la Commissione), amministrazioni nazionali e cittadini⁶⁴. Ed anche fra le prime due va ribadito che, a volte, le amministrazioni nazionali spesso agiscono contemporaneamente come co-amministratori, partecipando alla formazione delle decisioni, e come amministrati, essendo destinatarie delle decisioni stesse. Per di più, l’amministrazione europea non gode di diritti speciali o privilegi in quanto il diritto comunitario, ispirandosi al principio della parità dei soggetti e contrariamente al diritto amministrativo degli Stati, tende a non ammettere istituti che derogano rispetto al diritto comune.

Per queste ragioni il Parlamento europeo ha invitato la Commissione ad esercitare il proprio potere di iniziativa legislativa presentando, il 9 giugno 2016, la risoluzione 2016/2610 (RSP) recante la *proposta di regolamento per un’amministrazione dell’Unione europea aperta, efficace e indipendente*. L’atto legislativo, sulla base del citato art. 298 TFUE, dovrebbe promuovere l’emanazione di un insieme organico ed unitario di norme che sia applicabile ad ogni procedimento amministrativo europeo e che elimini le incertezze in materia (2°, 3° e 4° ‘considerando’)⁶⁵. Del

⁶¹ R. CARLEO, *Codici di settore. Dalla codificazione ai codici di settore*, in Treccani, 2009.

⁶² J. ZILLER, *Is a Law*, cit., pp. 713-714.

⁶³ La codificazione diviene quindi non solo espressione del potere sovrano ma anche garanzia di democraticità in quanto espressione di certezza del diritto, cfr. B. OPPETIT, *De la codification*, in *Recueil Dalloz*, 1996, p. 33. Per S. MAGNIN, *La codification du droit communautaire*, in *AJDA Recueil Dalloz*, 1997, p. 678, appare difficile riconoscere l’esistenza di una comunità di diritto quando i cittadini, ed anche gli avvocati e le autorità amministrative degli Stati membri, sono ridotti a vagare disperatamente alla ricerca delle disposizioni applicabili in un dato momento a un dato argomento.

⁶⁴ G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *op. cit.*, p. 85.

⁶⁵ Al momento, tuttavia, prevarrebbe nell’Unione “la tendenza a mantenere le istituzioni alquanto libere nella scelta degli elementi procedurali da applicare, per consentire quella valutazione caso per caso che sarebbe in tutta evidenza impedita dall’approvazione di una normativa generale sul procedimento”: V. DE FALCO, *L’idealtipo di procedimento amministrativo europeo e le influenze delle tradizioni giu-*

resto, il Parlamento europeo non può confinare il proprio ruolo al controllo ed alla ratifica di testi elaborati da tecnocrazie pubbliche o private ma dovrebbe assumere un ruolo di protagonista attraverso un'esplicita iniziativa politica per rilanciare adeguatamente il processo di codificazione. Un Codice europeo partirebbe, quindi, dalla elaborazione dei principi formulati attraverso la Corte arricchendoli con il contributo del dibattito anzitutto all'interno del Parlamento stesso per la miglior determinazione del loro contenuto. Peraltro, una codificazione per principi e non per regole analitiche favorisce la coerenza con il quadro "costituzionale" conferendo altresì maggiore flessibilità e adattabilità rispetto alla variabilità delle situazioni⁶⁶.

L'obiettivo è, pertanto, quello di redigere una legge procedurale uniforme con standard minimi che devono essere rispettati in qualsiasi processo decisionale nell'esercizio del potere amministrativo, sempre tenendo presente la difficoltà, in numerose circostanze, di separare i profili procedurali e amministrativi dalla regolazione sostanziale di alcune materie⁶⁷. E così in funzione della *certezza del diritto*, ad es., la regolamentazione della procedura di carattere normativo non può che risultare più chiara e completa rispetto a quella giurisprudenziale pur sempre condizionata dalla particolarità del caso concreto. Ad esso è strettamente legato il principio del *legittimo affidamento* il cui riconoscimento, significativo a livello nazionale, non può tuttavia costituire un *escamotage* per svuotare l'operatività di alcune normative importanti in ambito comunitario come quelle relative agli aiuti di Stato⁶⁸; il relativo delicato equilibrio fra opposti interessi, già sottoposto alla valutazione della Corte di giustizia, ha però bisogno di ancorarsi a criteri meglio definiti sul piano generale attraverso il diritto positivo. Ciò vale altresì per il principio di *trasparenza*, certo meglio conoscibile e riconoscibile da parte dei cittadini grazie alla maggiore completezza ed alla più semplice individuazione, coniugato in entrambe le versioni dell'accesso del pubblico all'informazione e dell'accessibilità per il pubblico dell'informazione⁶⁹. L'obbligo di applicare le decisioni amministrative in modo uguale a tutti i cittadini e ad ogni Stato membro – indipendentemente

ridiche nazionali, in *Diritto pubblico comparato e europeo*, 2018, p. 580. Cfr. altresì C. AMALFITANO, *La certezza del diritto nel diritto dell'Unione europea*, in E. TRIGGIANI *et al.* (a cura di), *op. cit.*, I, p. 497 ss.

⁶⁶ In tal senso S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 30. Per L. RAIMONDI, *op. cit.*, p. 2325, "occorrerebbe evitare il rischio che l'ampliamento del campo di intervento dia luogo ad una codificazione contraddistinta da un grado di generalità eccessivo, che non gioverebbe alla certezza del diritto. Nonché il rischio, opposto, di una codificazione generale eccessivamente dettagliata che dia luogo ad un'ingessatura del sistema, precludendo in radice l'impiego di regole procedurali settoriali, laddove ciò sia giustificato dalla specificità delle circostanze".

⁶⁷ Cfr. R. ADAM, *op. cit.*, p. 33, e A. CAIOLA, *op. cit.*, p. 69 ss. Comunque, la Commissione, in data 4 ottobre 2016, diede seguito alla risoluzione del Parlamento europeo del precedente 9 giugno manifestando le proprie perplessità in ordine alla necessità di unificare le disposizioni di diritto amministrativo dell'Unione in un solo documento giuridico, anche considerata l'assenza, nel documento del Parlamento, di un'analisi sufficientemente dettagliata dei relativi costi-benefici. Gli argomenti della Commissione non appaiono convincenti; viene opportunamente ritenuto, fra l'altro, che non appare comprensibile come "un atto *ad hoc* possa risultare meno chiaro dell'attuale eterogeneo quadro normativo": F. ROLANDO, *Verso la codificazione del procedimento amministrativo dell'Unione europea? Il problema di una corretta base giuridica*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, p. 431.

⁶⁸ V. ad es. la sentenza della Corte di giustizia del settembre 1990, causa C-5/89, *Commissione c. Germania*, punto 17.

⁶⁹ "On peut se féliciter de la célérité avec laquelle la transparence est devenue un impératif de la construction européenne et de la manière dont elle est aujourd'hui consolidée par son inscription dans

dalla parte del territorio dell'Unione interessata, del tipo di amministrazione che agisce e della natura del potere amministrativo esercitato – risponde ai principi di *uguaglianza* e di *non discriminazione*. La sottoposizione della discrezionalità amministrativa ad un più rigoroso controllo onde evitare l'arbitrarietà non può che avvenire tramite una procedura disciplinata giuridicamente per iscritto⁷⁰.

I principi di *sussidiarietà* e *proporzionalità*⁷¹ a loro volta, intervenendo nel delicato equilibrio dei rapporti fra istituzioni europee e nazionali, trovano già utili riferimenti nel Protocollo n. 2 allegato ai Trattati sui quali costruire le necessarie regole di specificazione, naturalmente sempre nel rispetto del principio di *leale cooperazione*.

Inoltre, vanno considerati principi tipici della procedura, come quelli di *competenza*, *ufficialità*, *contraddittorietà*, *audizione*, *consulenza legale*, *accesso al fascicolo* e *risoluzione espressa presentata per un periodo*; senza trascurare i requisiti relativi all'atto amministrativo, alla motivazione, all'indicazione dei ricorsi che possono essere presentati nei suoi confronti, alla pubblicazione e alla notifica, alla presunzione di validità e all'efficacia della notifica, ai vizi degli atti amministrativi e ai ricorsi contro di essi, sia finali che pendenti. Utile riferimento, in proposito, è rintracciabile nelle disposizioni del *Codice europeo di buona condotta amministrativa*, approvato dal Parlamento europeo nella sua risoluzione del 6 settembre 2001 traendo ispirazione dai principi di diritto amministrativo contenuti nella giurisprudenza della Corte e sulla base di una proposta del Mediatore europeo⁷². Le relazioni di quest'ultimo hanno contribuito a una definizione o una delimitazione negativa del concetto di buona amministrazione, offrendo un ampio concetto di “cattiva amministrazione” ed enumerando esempi di atti che rientrerebbero in tale concetto. Secondo il Mediatore europeo, sono inclusi nella “cattiva amministrazione”: omissioni amministrative, abuso di potere, negligenza, procedure illegali, ingiustizia, malfunzionamento o incompetenza, discriminazione, ritardo evitabile, mancanza o rifiuto di informazione.

Una nuova versione del *Codice europeo di buona condotta amministrativa* è stata prodotta nel 2005, spiegando in maggior dettaglio che cosa il diritto a una buona amministrazione sancito dalla Carta dovrebbe significare nella pratica. E comunque, uno standard europeo di procedura amministrativa non dovrebbe limitarsi alla raccolta e alla codificazione dei principi ma dovrebbe cogliere l'opportunità di innovare favorendo un dialogo tra le istituzioni europee e i cittadini. Non dimenticando che questi vivono la dimensione giuridica, e quindi anche politica, ad essi attribuita dalla cittadinanza dell'Unione (art. 20 ss. TFUE). Peraltro, sulla base dell'art. 298 TFUE e codificando le regole già enunciate, lo stesso Codice potrebbe essere convertito in un regolamento acquisendo un valore vincolante⁷³.

le pacte constitutif de l'Union”: L. GRARD, *La transparence un principe ascendant de la réalisation de l'Union Européenne*, in *Communication et organisation*, 2000, n. 17, p. 15.

⁷⁰ I.M. DELGADO, *op. cit.*, p. 134.

⁷¹ Il principio di proporzionalità, affermato già dalla giurisprudenza della Corte di giustizia come ad es. nel caso *Rutili* (sentenza del 28 ottobre 1975, causa 36/75), era stato codificato con il Trattato di Maastricht. Cfr. U. VILLANI, *I principi di proporzionalità e sussidiarietà nel diritto dell'Unione europea*, in *Studi in onore di Augusto Sinagra*, IV, Roma, 2013, p. 605 ss.

⁷² Sul Codice v. J. MENDES, *Good Administration in Eu Law and the European Code of Good Administrative Behaviour*, EUI Working Paper Law, 2009, reperibile *online*.

⁷³ L. RAIMONDI, *op. cit.*, p. 2324.

Il punto di riferimento di tali principi, da cui partire, è d'altronde già rintracciabile nello stesso Trattato di Lisbona: l'obbligo di motivazione (art. 296 TFUE), il dovere di consultazione (articoli 300 e 304 TFUE) e il diritto di accesso ai documenti (articoli 15 TFUE e 42 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE)⁷⁴. Tra diritti e principi che incidono sulla procedura in Lisbona troviamo: lo Stato di diritto (soggetto al controllo della Corte di giustizia istituito dagli articoli 263 e 275 TFUE), il principio di uguaglianza (articoli 4 per gli Stati membri e 9 TUE per i cittadini); il principio di sussidiarietà (art. 5, par. 3, TUE); il principio di trasparenza (articoli 11 TUE e 15 TFUE); i principi di pubblicità e di notifica (art. 297 TFUE); infine i diritti sanciti dal diritto a una buona amministrazione (art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali) e il diritto alla protezione dei dati personali (articoli 8 della Carta UE e 16 TFUE)⁷⁵.

La realizzazione di un regolamento generale per la codificazione, certo, presenta notevoli difficoltà col duplice e opposto rischio, da un lato, di un grado di generalità troppo ampio e pertanto poco incisivo e, dall'altro, di un approccio eccessivamente dettagliato che ingessi il sistema e precluda in radice l'impiego di regole procedurali settoriali giustificato dalla specificità delle circostanze⁷⁶.

6. L'insieme di questi principi, già sanciti con il contributo determinante della Corte di giustizia e presenti in maniera "sparsa" in atti normativi settoriali, ha rivoluzionato il tradizionale assetto dei rapporti pubblicistici, tradizionalmente sbilanciato sul profilo dell'autorità a scapito di quello della libertà⁷⁷. Le pretese del cittadino nei confronti dell'amministrazione hanno progressivamente visto riconosciuto un maggiore ruolo amplificando una prospettiva antropocentrica⁷⁸. L'esercizio del potere ha iniziato a democratizzarsi, stemperando gli aspetti più unilaterali ed imperativi del proprio agire ed evidenziando la struttura di una nuova legalità sovranazionale. D'altronde, la cittadinanza europea è l'istituto giuridico che meglio esprime natura e carattere di queste finalità⁷⁹.

⁷⁴ A quest'ultimo proposito v. di recente J.V. LOUIS, *L'accès du public aux documents législatifs de l'Union européenne*, in *Cahiers de droit européenne*, 2018, p. 9 ss.

⁷⁵ Su quest'ultimo si segnala l'adozione del regolamento 2016/679 del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, su cui v. F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, Torino, 2016.

⁷⁶ L. RAIMONDI, *op. cit.*, p. 2328. In proposito, opportunamente Lipari sottolinea che, "[s]e il diritto è essenzialmente storia, il giurista deve essere capace di operare innanzitutto come storico, lettore non solo dei codici ma dell'esperienza" (N. LIPARI, *op. cit.*, p. 883).

⁷⁷ G. PEPE, *op. cit.*, p. 301.

⁷⁸ S. SANNA TICCA, *Cittadino e pubblica amministrazione nel processo di integrazione europea*, Milano, 2004, p. 127.

⁷⁹ A conclusione della propria analisi sul rapporto tra ordinamenti giuridici e del rilievo della codificazione nell'ambito della codificazione comunitaria del diritto internazionale privato, Cortese sottolinea "la possibilità di riqualificare la cittadinanza dell'Unione (coerentemente del resto con i meccanismi dell'autocostituzione dell'ordinamento) come *status* dotato di una propria dimensione politica, certo diversa da quella che esprime la cittadinanza nazionale, ma espressione della natura sovrana, nel senso che si è visto, dell'ordinamento interindividuale dell'Unione. Tale ulteriore dimensione della cittadinanza dell'Unione diviene a sua volta un rinforzo del progetto politico di integrazione": B. CORTESE, *L'ordinamento dell'Unione europea tra autocostituzione, collaborazione e autonomia*, Torino, 2018, pp. 290-291.

Gli articoli 10 e 11 TUE, inoltre, affermano la necessità di un apparato amministrativo che garantisca la partecipazione dei privati ed effettui le decisioni pubbliche nel rispetto delle esigenze e degli interessi dei cittadini, con i quali si dimostri aperto al dialogo⁸⁰. L'art. 15 TFUE dispone che l'amministrazione in generale agisca in maniera trasparente "al fine di promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile" (par. 1) e che ogni singola istituzione o organo garantisca la trasparenza dell'azione amministrativa, anche attraverso previsioni normative presenti nei propri regolamenti (par. 3)⁸¹.

Un approccio di questo tipo investe direttamente un altro principio, quello di *legittimità* posto alla base del sistema stesso dell'Unione. Esso è stato decisamente rafforzato dall'adozione della Carta di Nizza che ne costituisce fondamentale parametro di base, pur rappresentando una codifica parziale e provvisoria dell'*acquis* dell'Unione europea nel campo dei diritti fondamentali. Infatti, la legittimità democratica di un sistema politico è certamente qualificata dalla consapevolezza dei cittadini di sentirsi in esso sufficientemente rappresentati ed adeguatamente influenti. Ma esiste un'ulteriore dimensione della legittimità derivante dal buon funzionamento in sé del sistema in quanto la percezione sociale secondo cui le istituzioni funzionano correttamente accresce la fiducia nel sistema stesso e, quindi, la sua legittimità agli occhi dei cittadini⁸². Per cui, ancorare il funzionamento del sistema amministrativo europeo ad un *Codice generale di regole* agevolmente individuabili e riconoscibile può fornire in proposito un contributo di sicuro rilievo.

Il potenziamento della trasparenza, in altri termini, dovrebbe costituire il criterio informatore dell'azione delle istituzioni europee e costituire una leva strategica indispensabile per l'avvicinamento dei cittadini alle stesse e la realizzazione di un maggior controllo democratico⁸³. L'attività dei pubblici poteri dovrebbe sempre avere la pubblicità quale regola e invece il segreto come eccezione⁸⁴ riferibile di volta in volta a specifiche esigenze di tutela, quali quelle della riservatezza delle informazioni personali o del segreto professionale⁸⁵. Non a caso nell'art. 1, par. 2, TUE si sancisce che il Trattato "segna una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano prese nel modo più trasparente possibile e il più possibile vicino ai cittadini". Trasparenza e approfondimento dell'integrazione vengono quindi strettamente legati essendo

⁸⁰ Le diverse forme di dialogo fra il cittadino e le istituzioni europee o tra le parti sociali da semplici prassi si trasformano in principio come espressione codificata di democrazia partecipativa: S. CAFARO, *Alcune riflessioni sul ruolo legittimante dei cittadini a fondamento del processo di integrazione europea*, in E. TRIGGIANI et al. (a cura di), *op. cit.*, I, pp. 415-416.

⁸¹ M. CREMONA, P. LEINO, *The New Frontiers of EU Administrative Law and the Scope of Our Inquiry*, in *European papers*, 2017, p. 477.

⁸² J.A. FUENTETAJA PASTOR, *Del "derecho a la buena administración"*, cit., p. 34.

⁸³ Cfr. M. MIGLIAZZA, *Procedure istituzionali europee in tema di democrazia partecipativa*, in *Rivista italiana della comunicazione pubblica*, 2006, n. 29, p. 14.

⁸⁴ Così P. MARSOCCI, *I profili giuridici dell'attività di comunicazione istituzionale nel difficile confronto tra pubblico e privato*, in F. FACCIOLI (a cura di), *Comunicazione pubblica e cultura del servizio*, Roma, 2000, p. 157.

⁸⁵ G. LOCCHI, *op. cit.*, p. 2; J. ZILLER, *Origines et retombées du principe de transparence en droit de l'Union européenne*, in G.M. GUGLIELMI, E. ZOLLER (dirs.), *Démocratie, transparence et gouvernance citoyenne*, Paris, 2014, p. 25 ss.

funzionali al coinvolgimento e al senso di appartenenza⁸⁶. Soprattutto in un ordinamento giuridico frammentato come quello comunitario, è necessario “mantenere e sviluppare una infrastruttura legale” per salvaguardare la trasparenza giuridica e l'unitarietà del sistema⁸⁷. La stessa pluralità delle lingue ufficiali nell'Unione, del resto, spinge alla ricerca del significato comune dei termini giuridici.

In conclusione, la codificazione, attraverso il contributo determinante del Parlamento europeo, può essere considerata come un metodo ed uno strumento per riportare nella dimensione democratica la produzione sovranazionale delle norme favorendo il rilancio del processo costituente dell'Unione nella transizione dall'Europa del mercato all'Europa dei diritti⁸⁸. In tale prospettiva, l'Unione da teatro dell'ascesa del principio di trasparenza potrebbe anche diventarne il promotore presso gli Stati membri; trasparenza e approfondimento dell'integrazione vengono quindi strettamente legati essendo funzionali al coinvolgimento e al senso di appartenenza.

Tuttavia, non si riscontra attualmente nella società europea un forte senso di identità paragonabile ai sentimenti di identità nazionale presenti nel XIX secolo⁸⁹. Il regolamento generale di codificazione potrebbe costituire, sotto più profili, una sintesi dell'identità multipla dell'Europa, che ne costituisce l'incomparabile ricchezza, ed anche l'espressione, in questa sintesi, della sua ricerca di unità politica attraverso l'indispensabile affermazione della reciproca solidarietà. Tale regolamento sarebbe espressione di un nuovo diritto che sarà effettivamente europeo se corrisponderà ad una società e ad una soggettività costituzionale europee⁹⁰ ed al recupero pieno delle basi dello Stato di diritto, purtroppo in crisi in più di un Paese membro⁹¹. Ma pro-

⁸⁶ C. NAPOLITANO, *Verso la codificazione del procedimento amministrativo dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015, p. 298, fa riferimento a “un'Unione europea democratica, basata su un sistema trasparente, che richiede dunque la considerazione dei diritti di partecipazione e di accesso, intesi non solo come diritti di accesso alle informazioni, ma come accesso all'amministrazione europea in sé e per sé considerata”.

⁸⁷ G.F. SCHUPPERT, C. BUMKE, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, Baden-Baden, 2000, p. 40; K. PURNHAGEN, *The Politics of Systematization in EU Product Safety Regulation: Market, State, Collectivity, and Integration*, London, 2013, p. 105. Per N. IRTI, *Legislazione e codificazione*, in *Treccani, Enciclopedia delle scienze sociali*, 1996, la codificazione si lega alla necessità di “mettere ordine nelle cose, cogliere fili sottili di raccordo, raggruppare le leggi con criteri di stabilità e unità. Nel sistema, o nella pluralità di sistemi, le leggi trovano un luogo di ordine e di significati”.

⁸⁸ M. PANEBIANCO, *Codici internazionali diplomatici e diritto europeo*, Napoli, 2017, p. 58: “la complessità crescente dei fenomeni regolati impone di passare dai codici-raccolte di trattati e di atti normativi a veri e propri ‘codici comunitari omogenei’ autonomi, di livello esterno-interno altrimenti codici legislativi o amministrativi”.

⁸⁹ Giustamente L. MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1984, p. 321 ss., rilevava il passaggio a un'idea di codice puramente tecnica e non più rivestita dei significati ideologico-politici propri dell'ottimismo ottocentesco della codificazione.

⁹⁰ F.P. CASAVOLA, *Dal diritto romano al diritto europeo*, in E. MALINVAUD, M.A. GLENDON (eds.), *Conceptualization of the Persons in Social Sciences, Proceedings of the Eleventh Plenary Session of the Pontifical Academy of Social Sciences 18-22 November 2005, Acta 11*, Vatican City, 2016, p. 194. Per N. LIPARI, *op. cit.*, p. 882, è “ormai impensabile la chiusura nell'ottica angusta di un singolo ordinamento, non solo per l'ormai evidente universalità del mercato, ma anche per la sempre più diffusa convinzione che vi sono beni inclusivi che si sottraggono a qualsiasi forma di appropriabilità e di commercialità”.

⁹¹ A.J. VAN DEN BERG *The Politics of European Codification: A History of the Unification of Law in France, Prussia, the Austrian Monarchy and the Netherlands*, Groningen, 2007, p. 273, il progetto di una codificazione europea potrebbe essere parte di un processo di formazione di uno Stato.

prio perché potrebbe rappresentare simbolica evidenza del processo d'integrazione europea, tale regolamento avrebbe bisogno di un consenso ampio nel Parlamento europeo e, soprattutto, fra i cittadini europei⁹². Senza i suddetti elementi si tratterebbe di un progetto destinato al fallimento e, francamente, lo scenario che oggi si presenta non ci rende ottimisti.

Abstract

Codification in the European Union through the Principles of Democracy, Efficiency and Transparency

The essay reconstructs the contents of the codification process in the European Union with respect to both the legislative production processes and the administrative structure reform. Both profiles, which are interlinked, are analyzed in the light of the legal basis offered by the Lisbon Treaty and the significant jurisprudence of the Court of Justice. The search for a general Regulation, especially if based on the fundamental principles of the Union's legal system and aimed at greater transparency of its system, could be a useful tool in the process of European political unification.

⁹² “È indispensabile ormai un'iniziativa politica forte per uscire dall'impasse di un impossibile codice civile europeo (...). V'è da sperare che a ciò si arrivi attraverso un genuino processo democratico, senza dover attendere un Napoleone del terzo millennio”: S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 33.

Giandonato Caggiano*

Il richiedente la protezione internazionale davanti al giudice tra tutela giurisdizionale effettiva e autonomia processuale degli Stati membri dell'Unione europea**

SOMMARIO: 1. Aspetti introduttivi. – 2. Il diritto a un rimedio effettivo nel prisma dell'autonomia processuale degli Stati membri. – 3. La procedura di valutazione delle domande di protezione internazionale. – 4. Il diritto di essere ascoltati nelle fasi amministrativa e giudiziale nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – 5. Il procedimento di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale nel regolamento Dublino III. – 6. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 7. La tutela giurisdizionale in materia di protezione internazionale nell'ordinamento giuridico italiano. – 8. La questione dell'effetto sospensivo dell'appello contro una pronuncia di rigetto di una domanda di protezione internazionale. – 9. *Segue*: l'effetto sospensivo nell'ordinamento italiano.

1. Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, che comprende le politiche dell'immigrazione e dell'asilo, è uno degli ambiti di maggiore impegno della Corte di giustizia nell'attività di interpretazione pregiudiziale. Dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, sono cresciute in modo esponenziale le richieste di interpretazione del regime della protezione internazionale, la cui armonizzazione delle legislazioni nazionali ha sinora riguardato prioritariamente i profili sostanziali. Negli atti di armonizzazione dell'Unione sono tenuti in debito conto gli *standard* delle garanzie nella prima fase della procedura amministrativa (o quasi-giudiziaria)¹. Al contrario, per la seconda fase della giurisdizione, i medesimi atti si limitano all'affermazione generale dell'obbligo di prevedere la facoltà del ricorso individuale, lasciando

* Ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Roma Tre.

** Il presente scritto è destinato anche al *Liber amicorum Angelo Davì. La vita giuridica internazionale all'epoca della globalizzazione*.

¹ Procedura definita "amministrativa o quasi-giudiziaria" perché vi sono Stati membri che non hanno un sistema amministrativo. Nella direttiva-procedure, il sistema di riconoscimento è denominato "procedura di primo grado" con una terminologia che può creare confusione perché non si riferisce alla procedura dalle impugnazioni che ha una distinta collocazione nel testo e che può essere, come vedremo, solo di primo grado o di primo e secondo grado.

un'ampia discrezionalità agli Stati membri nella disciplina a livello nazionale, in base al principio dell'autonomia processuale.

Un ricorso giurisdizionale contro le decisioni amministrative sfavorevoli allo straniero è previsto nella direttiva-procedure 2013/32/UE², nel regolamento Dublino 604/2013³, nella direttiva accoglienza 2013/33/UE⁴ e nella direttiva-rimpatrio 2008/115/CE⁵. In questa sede intendiamo approfondire un aspetto della complessa questione, soffermandoci sull'impugnazione del diniego dello *status* di protezione internazionale e sui ricorsi nei confronti dei trasferimenti del sistema Dublino.

Al riguardo, svolgeremo brevi considerazioni sul sistema italiano di impugnazioni giurisdizionali, così come modificato dalle leggi Minniti e Salvini. In particolare, vale la pena sin d'ora di anticipare che la Corte di giustizia, con l'ordinanza del 27 settembre 2018⁶, ha giudicato il nuovo sistema compatibile con il diritto dell'Unione europea, sia per quanto riguarda l'eliminazione dell'appello giurisdizionale, che per l'ampio margine di discrezionalità attribuito al giudice di primo grado nei confronti dell'audizione del ricorrente e sulla disponibilità degli effetti sospensivi sino alla decisione finale della Cassazione.

2. Come abbiamo detto, negli ultimi anni si è realizzata una vera e propria proliferazione di rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia sull'interpretazione della portata e dei limiti dei ricorsi giurisdizionali disponibili a livello nazionale, contro il diniego o la revoca della protezione internazionale⁷ e i trasferimenti nel sistema Dublino⁸. La valutazione dell'incidenza del diritto dell'Unione sulla disciplina nazionale della giurisdizione in materia rappresenta un'operazione complessa che può essere realizzata solo nel dialogo e nella ripartizione dei ruoli interpretativi fra la Corte di giustizia e i giudici nazionali. Al riguardo, il rinvio pregiudiziale rappresenta lo strumento idoneo ad orientare il diritto processuale nazionale nel senso del diritto primario e derivato dell'Unione.

L'esistenza di un controllo giurisdizionale effettivo è una caratteristica dello "stato di diritto"⁹. Il Trattato di Lisbona ha codificato il principio generale di effetti-

² Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione), art. 46.

³ Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione), articoli 27-29.

⁴ Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, art. 26.

⁵ Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, articoli 12-13 e 15.

⁶ Ordinanza del 27 settembre 2018, causa C-422/18, *FR*, ECLI:EU:C:2018:784.

⁷ Sentenze del 25 luglio 2018, causa C-585/16, *Serin Alheto*, ECLI:EU:C:2018:584; del 4 ottobre 2018, causa C-652/16, *Ahmedbekova*, ECLI:EU:C:2018:801; del 4 ottobre 2018, causa C-56/17, *Bah-tiyar Fathi*, ECLI:EU:C:2018:803; del 26 settembre 2018, causa C-180/17, *X e Y*, ECLI:EU:C:2018:775. Il ricorso sulle decisioni in materia di protezione internazionale si è incrociato con quello avverso le misure di esecuzione dei rimpatri, nella sentenza del 19 giugno 2018, causa C-181/16, *Gnandi*, ECLI:EU:C:2018:465.

⁸ V. *infra*, par. 5.

⁹ Sentenza del 28 marzo 2017, causa C-72/15, *Rosneft*, ECLI:EU:C:2017:236, punto 73 e giurisprudenza ivi citata.

vità della tutela giurisdizionale (art. 19 TUE) che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e dalla CEDU (articoli 6 e 13). In virtù del principio di leale collaborazione (art. 4, par. 3, co. 1 comma, TUE), spetta agli Stati membri garantire l'applicazione e il rispetto del diritto dell'Unione¹⁰.

Anche la Carta dei diritti sancisce il principio dell'accesso al giudice e al diritto ad un giusto processo entro un termine ragionevole. In particolare, l'art. 47 sancisce il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale¹¹, nonché il patrocinio a spese dello Stato a determinate condizioni. La Corte di giustizia ha precisato che la Carta può incidere sull'autonomia processuale degli Stati membri, imponendo, ad es., rimedi aggiuntivi rispetto a quelli previsti negli ordinamenti interni, ove risulti utile e necessario a garantire una situazione giuridica derivante dall'ordinamento dell'Unione. Infatti, il combinato disposto degli articoli 47 e 51 della Carta richiede l'osservanza del principio di effettività giurisdizionale da parte delle istituzioni e degli organi dell'Unione, nonché da parte degli Stati membri in quanto chiamati ad attuare il diritto dell'Unione europea.

In assenza di norme specifiche di armonizzazione, la configurazione delle modalità procedurali attraverso cui dare tutela a posizioni giuridiche soggettive discendenti dal diritto dell'Unione ricade nell'ambito dell'autonomia processuale degli Stati membri¹². Le modalità di tutela delle situazioni originate dall'armonizzazione dell'Unione non possono essere meno favorevoli di quelle relative a situazioni analoghe assoggettate al diritto interno (principio di equivalenza) né rendere l'esercizio del diritto praticamente impossibile o eccessivamente difficile (principio di effettività). Pertanto, l'efficacia del "diritto a un ricorso effettivo" deve essere accertato in riferimento ai diversi strumenti di tutela giurisdizionale disponibili negli ordinamenti nazionali. In altri termini, occorre verificare che sia garantito un eguale

¹⁰ Parere 1/09 (Accordo relativo alla creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti), dell'8 marzo 2011, ECLI:EU:C:2011:123, punto 68.

¹¹ S. PRECHAL, *The Court of Justice and Effective Judicial Protection. What Has the Charter Changed?*, in C. PAULUSSEN (ed.), *Fundamental Rights in International and European Law*, The Hague, 2016, p. 143 ss.

¹² In dottrina, *inter alia*, v. G. TESAURO *The Effectiveness of Judicial Protection and Co-operation between the Court of Justice and National Courts*, in *Yearbook of European Law*, 1993, p. 1 ss.; A. BIONDI, *The European Court of Justice and Certain National Procedural Limitations: Not Such a Tough Relationship*, in *Common Market Law Review*, 1999, p. 1271 ss.; A. ADINOLFI, *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni soggettive individuali conferite dal diritto comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2001, p. 41 ss.; G. BIAGIONI, *Norme processuali e principio di effettività: ulteriori sviluppi nella giurisprudenza comunitaria*, *ivi*, 2004, p. 201 ss.; S.M. CARBONE, *Principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli, 2007; E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008, p. 447 ss.; S. AMADEO, *L'effettività del diritto comunitario sostanziale nel processo interno: verso un approccio di sistema?*, in F. SPITALERI (a cura di), *L'incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, Milano, 2009, p. 123 ss.; D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Torino, 2009; G. VITALE, *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione europea. L'autonomia procedurale degli Stati membri in settori a diverso livello di "europeizzazione"*, Catania, 2010; A.M. ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Bari, 2015; D. DOMENICUCCI, F. FILPO, *La tutela giurisdizionale effettiva nel diritto dell'Unione europea*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 863 ss.; R. MASTROIANNI, *L'effettività della tutela giurisdizionale alla prova della Carta dei diritti fondamentali*, in *Liber amicorum Tizzano*, Torino, 2018, p. 586 ss.

trattamento processuale a situazioni giuridiche che traggono la loro origine da un ordinamento differente ma aventi un oggetto e una causa analoghi¹³.

Nello specifico settore della protezione internazionale, la Corte interpreta in modo esclusivo l'impatto del diritto primario e secondario dell'Unione sul diritto nazionale; i giudici nazionali, dal canto loro, sono competenti ad interpretare le regole processuali nazionali nel loro contesto e nel loro insieme, specie in comparazione con quelle applicabili in altri settori dell'ordinamento nazionale. Entrambi i giudici applicano, nell'ambito di loro competenza, il principio dell'autonomia processuale, principio generale del diritto dell'Unione europea.

Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia emerge che le esigenze di equivalenza e di effettività si impongono sia sul piano della designazione dei giudici competenti che sulla definizione delle modalità procedurali¹⁴. Nella sentenza *Samba Diouf*¹⁵, la Corte ha statuito che si deve sempre riconoscere il diritto ad ottenere un controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa. All'effettività della tutela giurisdizionale non corrisponde il diritto ad un certo numero di gradi di giudizio¹⁶. La Corte precisa che la decisione dell'Autorità accertante di sottoporre la domanda di asilo ad una procedura accelerata non deve necessariamente essere appellabile in quanto tale, purché i motivi che hanno indotto a ricorrere a tale procedura possano essere effettivamente sottoposti ad un controllo giurisdizionale in fase di ricorso contro il rigetto della domanda di asilo.

Il diritto a un rimedio effettivo nel prisma dell'autonomia processuale degli Stati membri è affermato in materia di diritto privato, specie nel diritto dei consumatori¹⁷. Anche in materia di esercizio del diritto di libera circolazione e soggiorno nel territorio degli Stati membri da parte dei cittadini dell'Unione, la Corte di giustizia ha osservato che la direttiva 2004/38 non contiene prescrizioni relativamente alle procedure giurisdizionali ed ai termini relativi ai permessi di soggiorno per cittadini di Stati terzi, familiari di cittadini dell'Unione¹⁸.

3. La direttiva-procedure 2013/32/UE è rivolta alla definizione di *standard* comuni soprattutto nello svolgimento della fase amministrativa di valutazione delle domande di protezione internazionale. La direttiva prevede una sola disposizione per il ricorso giurisdizionale nei confronti delle decisioni amministrative (art. 46). La norma dispone un esame completo ed *ex nunc* da parte del giudice degli elementi di fatto e di diritto delle esigenze di protezione internazionale anche nella fase giurisdizionale; incide sull'onere probatorio, e sulle modalità di svolgimento della fase

¹³ Sentenze del 27 giugno 2013, causa C-93/12, *Agrokonsulting-04*, ECLI:EU:C:2013:432, punto 39; del 6 ottobre 2015, causa C-69/14, *Târșia*, ECLI:EU:C:2015:662, punto 34.

¹⁴ Sentenza del 15 aprile 2008, causa C-268/06, *Impact*, punto 47; sentenza del 18 marzo 2010, cause riunite da C-317 a 320/08, *Alassini e a.*, punto 49.

¹⁵ Sentenza del 28 luglio 2011, causa C-69/10, *Samba Diouf*, ECLI:EU:C:2011:524.

¹⁶ In riferimento all'art. 39 della direttiva 2005/85.

¹⁷ V. ad esempio, sentenze del 4 giugno 2015, causa C-497/13, *Faber*, ECLI:EU:C:2015:357; del 24 gennaio 2016, causa C-74/14, *Eturas e a.*, ECLI:EU:C:2016:42, punto 32; del 18 febbraio 2016, causa C-49/14, *Zambrano*, ECLI:EU:C:2016:98; del 17 marzo 2016, causa C-161/15, *Bensada Benallal*, ECLI:EU:C:2016:175, punto 24; del 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, ECLI:EU:C:2018:117, punti 32-34.

¹⁸ Sentenza del 27 giugno 2018, causa C-246/17, *Diallo*, ECLI:EU:C:2018:499.

istruttoria¹⁹; prevede siffatte garanzie “quanto meno” nei procedimenti di impugnazione dinanzi al “giudice di primo grado” (*a contrariis*, non prevede l’obbligo degli Stati membri di garantire il doppio grado di giurisdizione)²⁰. La direttiva prevede il riconoscimento del diritto a rimanere sul territorio dello Stato per la durata della procedura giurisdizionale (quindi anche sino alla fine del secondo grado ove previsto dall’ordinamento nazionale), salvo specifiche ed enumerate eccezioni quando il giudice ritenga piuttosto ipotetico o infondato il ricorso (*ivi*, par. 6). I termini di ricorso devono essere ragionevoli così da non rendere impossibile o eccessivamente difficile tale accesso.

La tutela del diritto ad un ricorso effettivo va completata con la lettura della direttiva-qualifiche 2011/95/UE la cui applicazione è però limitata alla procedura amministrativa²¹. Al riguardo, va però sottolineato l’obbligo di cooperazione degli Stati membri con il richiedente nell’esaminare tutti gli elementi della domanda, sebbene l’onere della prova spetti al ricorrente²². Come chiarito dalla Corte di giustizia²³, il richiedente è tenuto a produrre tutti gli elementi necessari a motivare la domanda, ma spetta allo Stato membro interessato cooperare con il richiedente nel momento della determinazione degli elementi significativi della stessa.

La proposta della Commissione di nuovo regolamento-procedure prevede norme più precise riguardo ai mezzi di ricorso, fissando i termini per l’impugnazione e la durata massima del procedimento di primo grado²⁴. Una disposizione riguarda l’effetto sospensivo della impugnazione (art. 54) in cui si precisa che il “richiedente che impugna ulteriormente la decisione scaturita dalla prima o da ulteriore impugnazione non ha diritto di rimanere nel territorio dello Stato membro a meno che il giudice decida diversamente su istanza del richiedente o d’ufficio”²⁵. In altri termini, la proposta di regolamento afferma il diritto a un ricorso effettivo comprensivo di un effetto sospensivo automatico nei confronti della decisione amministrativa, ma non in eventuali successivi e ulteriori procedimenti di impugnazione. In tal caso, il richiedente non ha il diritto di rimanere nel territorio dello Stato membro, a meno

¹⁹ M. ACIERNO, M. FLAMINI, *Il dovere di cooperazione del giudice, nell’acquisizione e nella valutazione della prova*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2017, n. 1, p. 1.

²⁰ Art. 46, par. 3, della direttiva 2013/32: “3. (...) gli Stati membri assicurano che un ricorso effettivo preveda l’esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto compreso, se del caso, l’esame delle esigenze di protezione internazionale ai sensi della direttiva 2011/95/UE, quanto meno nei procedimenti di impugnazione dinanzi al giudice di primo grado”.

²¹ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull’attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta.

²² L’art. 4 della direttiva qualifiche prevede, al co. 1: “gli Stati membri possono ritenere che il richiedente sia tenuto a produrre quanto prima tutti gli elementi necessari a motivare la domanda di protezione internazionale. Lo Stato membro è tenuto, in cooperazione con il richiedente, a esaminare tutti gli elementi significativi della domanda”.

²³ Sentenza del 22 novembre 2012, causa C-277/11, *M.M.*, ECLI:EU:C:2012:744, punti 65 e 66.

²⁴ COM(2016)467 fin., 13 luglio 2016, che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell’Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE, proposta di articoli 53-55.

²⁵ Nella relazione che accompagna la proposta, si precisa in riferimento all’art. 54, che “come regola generale, affinché il richiedente possa esercitare il diritto a un ricorso effettivo, gli è permesso di rimanere nel territorio dello Stato membro fino alla scadenza del termine per la presentazione del ricorso nel primo grado d’impugnazione e, se esercita tale diritto, in attesa dell’esito del ricorso”. La sospensione è inoltre collegata all’applicazione del criterio del Paese di origine sicuro (art. 36).

che il giudice decida diversamente su istanza del richiedente o d'ufficio (art. 54, par. 5, della proposta).

Un aspetto positivo della riforma è il rafforzamento delle garanzie. Il diritto del richiedente a essere ascoltato comporta l'obbligatorietà del colloquio personale, con l'assistenza dell'interprete, nelle fasi dell'ammissibilità e di merito²⁶. L'intervista deve essere registrata e i consulenti legali devono avere accesso alla registrazione o alla trascrizione della stessa prima che l'autorità prenda una decisione²⁷. I diritti all'assistenza legale gratuita e alla rappresentanza sono garantiti nello svolgimento di tutte le fasi della procedura, salve poche eccezioni²⁸. Il diritto a un effettivo ricorso comporta che il richiedente-asilo abbia il diritto di rimanere nel territorio fino al termine del primo livello di appello e, se del caso, in attesa dell'esito del ricorso²⁹.

4. A livello amministrativo, la direttiva-procedure prevede la facoltà del richiedente di domandare il colloquio personale, ammettendo deroghe all'obbligo del colloquio personale soltanto in due casi: qualora l'autorità accertante sia in grado di prendere una decisione positiva riguardo allo *status* di rifugiato, basandosi sulle prove già acquisite, oppure reputi il richiedente incapace o non in grado di sostenere un colloquio personale (art. 14).

Al livello del ricorso giurisdizionale, il diritto ad essere ascoltato, in particolare tramite una udienza orale, non è previsto nel diritto derivato. La direttiva-procedure 2013/32 distingue le garanzie applicabili alla fase di riconoscimento dello *status* (capo III "Procedure di primo grado" che si riferisce alle procedure amministrative o quasi-giurisdizionali previste in qualche ordinamento nazionale) e quelle applicabili alle procedure di cui al capo V "Procedure di impugnazione". Nella disposizione dell'art. 12 si precisa che gli Stati membri provvedono affinché tutti i richiedenti godano di garanzie equivalenti, elencate tassativamente, fra le quali peraltro non compare il diritto del richiedente a presentare osservazioni nel contesto di una procedura orale. In ogni caso, dall'art. 14 risulta che tale obbligo grava esclusivamente in capo all'autorità accertante e non si applica alle procedure di impugnazione. Inoltre, né l'art. 46 della direttiva 2013/32 né altre disposizioni prevedono lo svolgimento di un'udienza dinanzi al giudice investito del ricorso.

Tuttavia, può essere utile prendere in considerazione come elemento interpretativo-sistematico (anche se non è possibile procedere in via analogica) le conclusioni nella sentenza *M* della Corte di giustizia³⁰ secondo cui il diritto di essere ascoltato

²⁶ Art. 12, paragrafi 1 e 8.

²⁷ Art. 13.

²⁸ Art. 15, par. 1.

²⁹ Art. 54, par. 1.

³⁰ Sentenza del 9 febbraio 2017, causa C-560/14, *M*, ECLI:EU:C:2017:101, a proposito della specifica procedura prevista sino a qualche anno fa nell'ordinamento irlandese (prima la procedura per il diritto d'asilo poi, in caso negativo, quella per la protezione sussidiaria). Il caso irlandese ha fornito alla Corte molteplici occasioni per affrontare il nodo problematico rappresentato dal rispetto dei diritti fondamentali del richiedente la protezione internazionale e, in particolare, del suo diritto di essere ascoltato; fino al 2015, infatti, l'Irlanda prevedeva un peculiare sistema "biforcuto" che consentiva di richiedere la protezione sussidiaria, con un autonomo procedimento amministrativo, solo in seguito al rigetto della domanda di riconoscimento dello status di rifugiato (sul sistema irlandese v. le sentenze *M.M.*; del 31 gennaio 2013, causa C-175/11, *H.I.D.* e *B.A.*, ECLI:EU:C:2013:45; dell'8 maggio 2014, C-604/12, *N.*, ECLI:EU:C:2014:302; del 20 ottobre 2016, causa C-429/15, *Danqua*, ECLI:EU:C:2016:789.

non determina un generale diritto ad un colloquio orale. Quest'ultimo è necessario invece quando vi siano eventuali specifiche circostanze da approfondire in relazione alla situazione personale del richiedente³¹. Sancito dalla Carta (art. 41, par. 2) il diritto ad essere ascoltato ha natura di principio generale, che rafforza i diritti della difesa nell'ambito del diritto ad una buona amministrazione, quando il provvedimento rientri nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione³². La Corte si è così pronunciata limitatamente alla fase del procedimento amministrativo³³.

Nella fase giurisdizionale rileveranno, sulla base del principio di proporzionalità, le medesime condizioni della fase amministrativa al fine di accertare la veridicità delle dichiarazioni del richiedente e tutta la documentazione in possesso del richiedente in merito alla sua età, estrazione, identità, cittadinanza, paesi e luoghi in cui ha soggiornato, precedenti domande d'asilo, itinerari di viaggio, documenti di identità e di viaggio, ma soprattutto i motivi della sua domanda di protezione internazionale.

Nel caso *Sacko*³⁴, il ricorso per interpretazione pregiudiziale riguarda il diritto di essere ascoltati nella fase giudiziale, in un contesto, come quello italiano, in cui oggetto del giudizio non è l'eventuale annullamento della fase amministrativa, ma la statuizione nel merito sul riconoscimento dello *status* di protezione internazionale. Il giudice di rinvio è convinto della manifesta infondatezza della richiesta d'asilo, sulla base della semplice disamina degli atti processuali e del verbale di audizione reso dal richiedente dinanzi alla Commissione territoriale³⁵ ma rileva che l'orientamento giurisprudenziale maggioritario è nel senso dell'obbligatorietà dell'audizione del richiedente asilo anche in tale ipotesi.

La Corte osserva che la direttiva-procedure non contiene alcuna disposizione che preveda l'obbligo di tenere un'udienza per l'audizione del ricorrente ma questa lacuna deve essere bilanciata dal riferimento all'art. 19 TUE e all'art. 47 della Carta. Pertanto, l'audizione del richiedente è parte integrante del diritto alla difesa di quest'ultimo e non solo funzionale al corretto svolgimento della giustizia³⁶.

³¹ A questo proposito, v. sentenza del 18 dicembre 2008, causa C-349/07, *Sopropé*, ECLI:EU:C:2008:746; sentenza dell'11 dicembre 2014, causa C-249/13, *Boudjlida*, ECLI:EU:C:2014:2431; sentenza *Bensada Benallal*.

³² Sentenza *M*, punto 25.

³³ Sentenze *M.M.*; *M*. Quest'ultima sentenza esclude che la nozione del diritto ad essere ascoltato vada intesa come diritto a essere ascoltato personalmente, ma piuttosto come facoltà, per l'individuo, di poter esporre in qualsiasi forma, anche scritta, le sue osservazioni prima che il provvedimento venga assunto. In questo senso, la Corte di giustizia sul diritto a essere ascoltato nei procedimenti di espulsione dei cittadini di paesi terzi, v. sentenze del 5 novembre 2014, causa C-166/13, *Mukarubega*, ECLI:EU:C:2014:2336, punto 56; *Boudjlida*, punti 68 e 69.

³⁴ Sentenza del 27 luglio 2017, causa C-348/16, *Sacko*, ECLI:EU:C:2017:591. Per un commento, D. STRAZZARI, *Diritto a un ricorso effettivo e autonomia processuale degli Stati: l'audizione personale del ricorrente nelle controversie in materia di riconoscimento della protezione internazionale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo Online*, 2017, n. 4.

³⁵ In virtù del diritto nazionale applicabile all'epoca dei fatti al giudice è data un'alternativa nella definizione del giudizio: o procede alla decisione di merito sulla base degli elementi presenti negli atti processuali, senza previo colloquio del ricorrente, oppure, laddove evidentemente ritenga che tali atti non siano sufficienti a permettere una decisione di merito, instaura il contraddittorio, fissando l'udienza per la comparizione delle parti e potendo procedere, anche d'ufficio, agli atti di istruzione necessari.

³⁶ L'assenza, infatti, di audizione del richiedente "integra una restrizione dei diritti della difesa, che fanno parte del principio della tutela giurisdizionale effettiva, sancito all'articolo 47 della Carta" (punto 37 sentenza).

Tuttavia, il diritto ad essere ascoltati personalmente non è un diritto assoluto ma può conoscere restrizioni nel rispetto del principio di proporzionalità quando il giudice consideri non necessaria l'audizione. Sulla base delle circostanze di fatto e di diritto (ad es. verbale o trascrizione del colloquio personale intervenuto nella fase amministrativa), il giudice può legittimamente non avere dubbi sulla manifesta infondatezza della domanda. È incompatibile con il diritto dell'Unione che il legislatore nazionale impedisca la audizione quando il giudice non considera sufficienti le informazioni raccolte nella fase amministrativa e ritenga di dover procedere ad un esame completo della domanda. L'audizione del ricorrente rappresenta la regola e la decisione contraria dovrebbe essere sempre motivata.

La Corte ha stabilito nella sentenza *Alheto*³⁷ che il diritto ad un ricorso deve essere interpretato nel senso che l'esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto può vertere anche sui motivi d'inammissibilità della domanda di protezione internazionale (art. 33, par. 2), laddove il diritto nazionale lo consenta. Il diritto del richiedente di essere ascoltato sull'ammissibilità della sua domanda è garantito, nell'ambito del procedimento dinanzi all'autorità accertante, attraverso il colloquio personale (art. 34). Quando invece nel procedimento di impugnazione sia il giudice che intende esaminare un motivo d'inammissibilità (non-esaminato prima dall'autorità accertante), tale diritto deriva direttamente dall'art. 47 della Carta e si esercita, se necessario, mediante un'audizione del richiedente³⁸.

5. Il regolamento Dublino III prevede l'obbligo, per gli Stati membri, di condurre un colloquio personale nell'ambito del procedimento di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale (art. 5). Nella giurisprudenza della Corte di giustizia, la trama intergovernativa del regolamento Dublino si arricchisce di considerazioni relative ai diritti individuali delle persone coinvolte. La giurisprudenza della Corte di giustizia impedisce ora il respingimento automatico da parte degli Stati di destinazione/preferenza dei richiedenti senza che sia concessa loro un'effettiva tutela di ricorso³⁹.

In un primo momento, l'orientamento della Corte di giustizia, nella sentenza *Abdullahi* era quello secondo cui i motivi di ricorso o di revisione da parte del richiedente in relazione al trasferimento (a seguito di accettazione dello Stato competente) erano limitati all'esistenza di carenze sistemiche della procedura d'asilo e delle condizioni di accoglienza nello Stato di invio. Successivamente la Corte in numerose sentenze ha specificamente statuito sulla legittimazione a ricorrere del richiedente asilo, escludendo che il raggiungimento di un accordo tra i due Stati coinvolti nella procedura Dublino impedisca al singolo di proporre ricorso o chiedere la revisione della decisione di trasferimento. Tra i motivi di ricorso vi è soprattutto l'erronea valutazione dei criteri di determinazione della competenza nella procedura di trasferimento.

Il principio dell'inversione della competenza alla scadenza del termine per il trasferimento, anche se lo Stato richiesto fosse disposto alla ripresa in carico, viene

³⁷ Sentenza *Serin Alheto*, punto 115.

³⁸ Sentenza *Sacko*, punti da 37 a 44.

³⁹ V. sentenza della Corte (Grande sezione) del 10 dicembre 2013, causa C-394/12, *Shamso Abdullahi* c. *Bundesasylamt*, ECLI:EU:C:2013:813.

affermato nella sentenza *Mengesteab*⁴⁰. La Corte ha precisato nella sentenza *Shiri*⁴¹ che la competenza passa automaticamente allo Stato membro che ha chiesto la presa in carico anche in assenza di una risposta da parte dello Stato membro competente entro il termine (sei mesi a decorrere dall'accettazione della sua ripresa in carico). Secondo la sentenza *Hasan*⁴², gli avvenimenti successivi alla decisione di rinvio o al rigetto della domanda sono da considerarsi rilevanti se, nelle more, intervengano circostanze che modificano i criteri di competenza. Secondo il ragionamento della Corte, il legislatore dell'Unione non si è limitato a fissare regole organizzative che disciplinano i rapporti tra gli Stati membri al fine di determinare lo Stato membro competente, ma ha deciso di coinvolgere in tale procedura i richiedenti asilo, garantendo loro, tra l'altro, un diritto di ricorso effettivo avverso qualsiasi decisione di trasferimento eventualmente adottata nei loro confronti.

La procedura di trasferimento non può produrre un respingimento automatico. Nella sentenza *Hassan*⁴³ la Corte ha evidenziato i diritti individuali dei richiedenti. Secondo l'interpretazione storico-sistematica del regolamento Dublino III, il richiedente asilo deve poter contare sugli elementi di prova e delle circostanze indiziarie di entrambi gli Stati coinvolti nella procedura di trasferimento⁴⁴.

6. Secondo un orientamento consolidato della Corte di Strasburgo, l'art. 6, par. 1 CEDU, che garantisce il diritto di partecipare a un'udienza, non trova applicazione ai casi concernenti le controversie in tema d'ingresso, permanenza ed espulsione di stranieri⁴⁵, pur se nel nostro ordinamento la controversia ha per oggetto un diritto soggettivo fondamentale previsto costituzionalmente. Com'è noto, le nozioni di "diritti e doveri di carattere civile" e di "accusa penale" non possono essere interpretate esclusivamente in riferimento alla legislazione nazionale dello Stato convenuto, ma sono da intendersi come nozioni "autonome" da interpretare alla luce dell'intero sistema convenzionale, compresi i protocolli.

Rispetto alla procedura amministrativa di asilo, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato una serie di obblighi in capo agli Stati, tra cui quello di garantire l'accesso e le informazioni adeguate sulla procedura da seguire; la disponibilità di interpreti, l'accesso al gratuito patrocinio e l'esistenza di un sistema di comunicazione affidabile tra le autorità e i richiedenti asilo; un esame indipendente e rigoroso delle domande, da cui possano emergere motivi sostanziali di temere rischi effettivi di tortura, pene o trattamenti inumani o degradanti all'atto del rimpatrio; di evitare ritardi eccessivi nell'adozione di decisioni relative alle domande di asilo; di garantire al richiedente un ricorso avverso il rigetto della sua domanda di asilo che abbia effetto sospensivo automatico.

Sul piano giurisdizionale, è previsto un ricorso (un tempo sufficiente per presentarlo) e, se del caso, un'adeguata riparazione. In generale è ritenuto applicabile l'art. 13 CEDU, che prevede il diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un'"istanza" nazionale, ma come garanzia limitata, ausiliaria e complementare rispetto ad altri

⁴⁰ Sentenza del 26 luglio 2017, causa C-670/16, *Tsegezab Mengesteab*, ECLI:EU:C:2017:587.

⁴¹ Sentenza del 25 ottobre 2017, causa C-201/16, *Majid Shiri*, ECLI:EU:C:2017:805.

⁴² Sentenza del 25 gennaio 2018, causa C-360/16, *Hasan*, ECLI:EU:C:2018:35.

⁴³ Sentenza del 31 maggio 2018, causa C-647/16, *Hassan*, ECLI:EU:C:2018:368.

⁴⁴ *Ivi*, punti 53 e 61.

⁴⁵ A cominciare dalla sentenza del 5 ottobre 2000, *Maaouia c. Francia* (n. 39652/08).

diritti e libertà convenzionali o con riferimento al divieto di trattamenti arbitrari in relazione a tutti i diritti previsti dalla Convenzione⁴⁶. Per la Corte europea dei diritti dell'uomo la materia delle garanzie procedurali applicabili in materia di asilo e d'immigrazione è specificamente disciplinata dall'art. 1 del Protocollo addizionale n. 7, il quale si applica solo all'espulsione degli stranieri e non prevede la garanzia dell'udienza pubblica⁴⁷. Tutte le procedure di accoglienza, verifica ed eventuale rimpatrio dei migranti hanno un limite nel divieto di espulsioni collettive degli stranieri, previsto dall'art. 4 del Protocollo addizionale n. 4⁴⁸. La garanzia della fissazione di un'udienza non è stata però affermata dalla Corte. Secondo la giurisprudenza della Corte europea, anche a fronte di una censura vertente sul fatto che l'espulsione dell'interessato lo esporrà a un rischio concreto di subire un trattamento contrario all'art. 3 della CEDU, l'art. 13 della stessa non impone alle Alte Parti contraenti di istituire un secondo grado di giudizio, né di dotare, eventualmente, un procedimento d'appello di effetto sospensivo automatico⁴⁹.

Pertanto, in materia di asilo e d'immigrazione, il parametro convenzionale (interposto) nell'eventuale controllo di costituzionalità della disciplina della legge Minniti offrirebbe una tutela assai simile a quella assicurata dai parametri costituzionali nel combinato disposto degli articoli 24, co. 2, e 111, commi 1 e 2, Cost.

7. In base ai principi appena esposti, i sistemi giuridici nazionali garantiscono un rimedio giurisdizionale in materia di protezione internazionale con diverse tipologie ed un diverso oggetto del giudizio (solo annullamento della decisione amministrativa o anche il riconoscimento dello *status*).

Nell'ordinamento italiano, la giurisdizione è stata attribuita al giudice ordinario civile (ora Tribunale-sezione specializzata) perché il legislatore ha stabilito che oggetto del giudizio è il diritto al riconoscimento dello *status* di protezione internazionale e non l'impugnazione del provvedimento amministrativo⁵⁰. Il giudizio non può concludersi con una declaratoria di invalidità del diniego amministrativo per vizi del procedimento amministrativo dal momento che il giudice deve statuire nel merito della richiesta. Tale oggetto incide anche sui poteri del giudice di ordinare mezzi d'istruzione probatoria anche d'ufficio.

⁴⁶ Sentenza del 24 aprile 2008, *C.G. e altri c. Bulgaria* (n. 1365/07), par. 49.

⁴⁷ Cfr. paragrafi 34-40. Principi sempre confermati nella giurisprudenza successiva: cfr., *ex pluribus*, la sentenza della Grande camera del 4 febbraio 2005, *Mamatkulov e Askarov c. Turchia* (n. 46827/99 e n. 46951/99), par. 82.

⁴⁸ Cfr. le sentenze della Grande camera del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* (n. 27765/09), e del 15 dicembre 2016, *Khlaifia e altri c. Italia* (n. 16483/12), che sanciscono la violazione dell'art. 4 nell'ambito di procedure che non consentono di svolgere una valutazione individualizzata della situazione personale dei migranti.

⁴⁹ Sentenza del 5 luglio 2016, *A.M. c. Paesi Bassi* (n. 29094/09), par. 70: "Given that Article 13 does not compel Contracting States to set up a second level of appeal, the Court is satisfied that being able to appeal to the Regional Court of The Hague the applicant had at his disposal a remedy complying with the above two requirements (...) for challenging the Minister's decision to deny him asylum".

⁵⁰ G. D'ALESSANDRO, *Rilievi sulla (in)costituzionalità della nuova disciplina processuale delle controversie in materia di riconoscimento della protezione internazionale introdotta dal decreto-legge n. 13/2017 (convertito con modificazioni nella legge n. 46/2017)*, in *Archivio Penale*, 2017, n. 2, reperibile online.

In generale, la legge Minniti⁵¹ ha modificato il sistema dei ricorsi all'autorità giudiziaria⁵², istituendo presso tutti i Tribunali del capoluogo di distretto di Corte d'appello apposite sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea⁵³. Nello specifico, i ricorsi giurisdizionali concernono le decisioni delle Commissioni territoriali e dell'Unità Dublino⁵⁴ che decide sui trasferimenti del sistema Dublino. L'attuale configurazione prevede la disponibilità di un unico grado di ricorso giurisdizionale al Tribunale, che decide su richiesta anche sull'eventuale sospensione degli effetti. Infine, può essere esperito il ricorso in Cassazione, che di fatto si è trasformato in un "secondo" livello di giudizio, accrescendone il carico di lavoro a dismisura.

All'abolizione del secondo grado di merito e alla reintroduzione del rito camerale⁵⁵, il Legislatore ha anche previsto che il giudice ordinario abbia perlopiù la facoltà di fissare udienza di comparizione delle parti, lasciando ampio spazio alla discrezionalità del giudice, e riducendo al minimo le possibilità di intervento del ricorrente⁵⁶. In sostanza, viene operato un "accorpamento sostanziale" fra la fase amministrativa e quella giurisdizionale, che giustificerebbe il sacrificio di garanzie processuali perché l'ascolto del richiedente si è comunque svolto davanti all'autorità amministrativa accertante⁵⁷.

Il giudice italiano avrà l'obbligo di motivare perché ritiene di dover procedere all'audizione del ricorrente, mentre la Corte di giustizia sembra suggerire il contrario come conseguenza dell'obbligo di una valutazione completa ed *ex nunc* di tutti gli elementi, volto a garantire il diritto del ricorrente ad un ricorso effettivo (art. 47 della Carta), e non semplicemente una buona amministrazione della giustizia. Secondo la legislazione italiana, l'audizione personale del ricorrente dipende in ultima analisi da una decisione discrezionale del giudice.

L'elemento centrale del sistema di esame delle domande di protezione internazionale diventa la videoregistrazione della audizione in sede di Commissione territoriale. Al momento in cui si scrive, tale sistema non è stato però ancora intro-

⁵¹ D.l. del 17 febbraio 2017, n. 17, convertito con modificazioni dalla legge 13 aprile 2017, n. 46.

⁵² V. E. DI AGOSTA, *Il riassetto della giurisdizione*, in AA.VV., *Il nuovo diritto dell'immigrazione dopo il decreto Minniti-Orlando*, Roma, 2017, p. 39 ss.

⁵³ Le disposizioni del decreto Minniti, in base all'art. 19 *bis*, non si applicano ai minori stranieri non accompagnati, per i quali pertanto rimane in vigore il modello processuale precedente alla riforma del 2017.

⁵⁴ Autorità amministrativa presso il Ministero dell'Interno.

⁵⁵ Il modello processuale applicato originariamente con il d.lgs. n. 25 del 2008 era quello regolato dal modello camerale. Successivamente, con il d.lgs. n. 150/2011 si era passati al rito in composizione monocratica.

⁵⁶ L'art. 35 *bis*, commi 10 e 11, del d.lgs. n. 25/2008, prevede quanto segue: "10. È fissata udienza per la comparizione delle parti esclusivamente quando il giudice: a) visionata la videoregistrazione di cui al comma 8, ritiene necessario disporre l'audizione dell'interessato; b) ritiene indispensabile richiedere chiarimenti alle parti; c) dispone consulenza tecnica ovvero, anche d'ufficio, l'assunzione di mezzi di prova. 11. L'udienza è altresì disposta quando ricorra almeno una delle seguenti ipotesi: a) la videoregistrazione non è disponibile; b) l'interessato ne abbia fatto motivata richiesta nel ricorso introduttivo e il giudice, sulla base delle motivazioni esposte dal ricorrente, ritenga la trattazione del procedimento in udienza essenziale ai fini della decisione; c) l'impugnazione si fonda su elementi di fatto non dedotti nel corso della procedura amministrativa di primo grado".

⁵⁷ V. A.D. DE SANTIS, *L'eliminazione dell'udienza (e dell'audizione) nel procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale. Un esempio di sacrificio delle garanzie*, in *Questione giustizia*, 2018, n. 2.

dotto per mancanza dei relativi parametri tecnici. Sino a che sia indisponibile la videoregistrazione, il giudice deve disporre l'udienza di comparizione per acquisire le dichiarazioni dal richiedente la protezione internazionale. Infatti, la Cassazione non si è mostrata favorevole al valore sostitutivo della trascrizione automatica, ma ritiene obbligatoria l'audizione dinanzi al giudice in assenza di videoregistrazione⁵⁸.

La discrezionalità del giudice non è esclusa dalla Corte di giustizia ma circoscritta a precise situazioni e condizioni, a garanzia del diritto alla difesa e alla tutela giurisdizionale che rimane il perno della disciplina. In definitiva, dunque, spetterà al giudice il compito di applicare la nuova disciplina in modo conforme al diritto a un ricorso effettivo di cui all'art. 47 della Carta, così da garantire priorità ai diritti della difesa del richiedente, anziché alle esigenze di celerità nella definizione dei ricorsi, obiettivo perseguito dal legislatore italiano con la richiamata riforma.

8. Con la sentenza del 26 settembre 2018, *X* e *Y*⁵⁹, la Corte di giustizia esclude che l'eventuale appello contro il rigetto di un ricorso di primo grado avverso la decisione di rimpatrio a seguito del rigetto di una domanda di protezione internazionale debba necessariamente comportare un effetto sospensivo automatico di tale decisione. In particolare, considerato che l'art. 46, par. 3 si riferisce ai procedimenti di impugnazione dinanzi al giudice di primo grado, l'obbligo non può essere interpretato nel senso che impone agli Stati membri di istituire un secondo grado di giudizio, né di prevedere una determinata modalità di svolgimento del medesimo.

La Corte di giustizia si è pronunciata, il giorno dopo della sentenza *X* e *Y*, con ordinanza⁶⁰ su ricorso del Tribunale di Milano⁶¹, nel senso della compatibilità con il diritto ad un ricorso effettivo in materia di protezione internazionale della legge Minniti⁶²; in particolare, sul potere conferito al medesimo giudice che ha pronunciato il decreto negativo di sospendere l'efficacia esecutiva della decisione della Commissione, "quando sussistono fondati motivi"⁶³. Secondo la Corte, l'obbligo di effetto sospensivo in forza del principio di effettività del ricorso si riferisce, nella direttiva-procedure (art. 46, par. 3), esclusivamente al primo grado di giudizio. Le garanzie dell'art. 47, nonché degli articoli 18 e 19, par. 2, della Carta, richiedono unicamente che sia possibile esperire un ricorso dinanzi a un'autorità giurisdizionale. Pertanto, l'introduzione di un ulteriore grado di giudizio e un eventuale effetto sospensivo automatico o un procedimento cautelare al riguardo, rientrano nella

⁵⁸ Nella sentenza del 5 luglio 2018, n. 17717, la Cassazione ha statuito l'obbligatorietà dell'udienza di comparizione delle parti nel giudizio di protezione internazionale, quando non sia possibile acquisire la videoregistrazione dell'audizione del ricorrente svoltasi presso la Commissione territoriale. Per un commento, v. G. SERRA, *Mancanza di videoregistrazione del colloquio dinanzi alla Commissione territoriale e obbligatorietà dell'udienza di comparizione delle parti nel giudizio di protezione internazionale: la posizione della Corte di cassazione*, in *Questione giustizia*, 13 settembre 2018, reperibile online.

⁵⁹ Sentenza citata *supra*, nota 7.

⁶⁰ Ordinanza del 27 settembre 2018, causa C-422/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:784

⁶¹ Per un'analisi dell'ordinanza di rinvio, v. A. ADINOLFI, *Diritto dell'Ue e soggiorno del richiedente protezione internazionale in attesa dell'esito del ricorso in Cassazione*, in *Questione giustizia*, 29 giugno 2018, reperibile online. Sull'ordinanza della Corte di giustizia, v. F. CAPOTORTI, *Il ruolo del giudice nazionale dell'asilo tra effettività dei ricorsi e autonomia procedurale degli Stati membri: il punto sulla sospensiva*, *ivi*, 27 novembre 2018.

⁶² Apportate dal d.l. n. 13/2017 (convertito in l. n. 46/2017) al d.lgs n. 25/2008.

⁶³ Art. 35-bis, 13° comma.

discrezionalità degli Stati membri per effetto dell'autonomia procedurale e in base ai criteri di effettività ed equivalenza. Il principio di effettività non può considerarsi violato, "dato che il diritto dell'Unione esige soltanto, in materia di protezione internazionale, l'esistenza di un mezzo di ricorso giurisdizionale"⁶⁴. La Corte si limita a demandare al giudice nazionale, il quale "dispone di una conoscenza diretta delle modalità processuali applicabili", il compito di "verificare la somiglianza tra i ricorsi di cui trattasi quanto a oggetto, causa ed elementi essenziali"⁶⁵.

Com'è stato rilevato, è discutibile che fra le questioni oggetto delle due cause vi fosse una similitudine assoluta. La sentenza *X e Y* riguardava soltanto la mancanza di un effetto sospensivo automatico nella legge olandese, mentre nel caso italiano si chiedeva alla Corte di giustizia di valutare la compatibilità con il diritto dell'Unione europea della normativa nazionale che: 1) richiede all'autorità giudiziaria di subordinare la sospensione della decisione di rigetto in primo grado solo alla verifica della sussistenza di "fondati motivi", vale a dire della fondatezza del ricorso in Cassazione, e non al rischio di un danno grave e irreparabile per il ricorrente; 2) demanda al medesimo giudice che in primo grado ha già rigettato il ricorso la valutazione di fondatezza dell'impugnazione. Le conseguenze della non-sospensione automatica degli effetti della sentenza di primo grado possono avere gravi conseguenze sul rimpatrio dello straniero, ma la Corte non valuta in alcun modo la violazione del principio di *non refoulement* (articoli 3 CEDU e 19, par. 2, Carta).

Di conseguenza, il giudizio sul rischio di rinvio in un Paese dove potrebbe subire trattamenti disumani dovrebbe essere svolto davanti ad altro giudice, quale impugnativa contro la decisione di rimpatrio, che avrebbe però come ragione la necessità di attendere la decisione della Cassazione. Al riguardo vale la pena ricordare che la Corte di giustizia nella sentenza *Abdida* era giunta alla conclusione secondo cui l'effettività del ricorso impone che lo straniero disponga di un ricorso con effetto sospensivo *ex lege*, in casi "caratterizzati dalla gravità e dall'irreparabilità del pregiudizio derivante dall'allontanamento (...) verso un Paese in cui esiste un serio rischio di essere sottoposto a trattamenti inumani o degradanti"⁶⁶. Altrettanto, nella sentenza *Tall*⁶⁷, la Corte di giustizia aveva riconosciuto che il ricorso giurisdizionale deve avere effetti sospensivi *ex lege*, ogniqualvolta la decisione di rigetto impugnata sia in grado di esporre il ricorrente ad un rischio di trattamento contrario all'art. 3 CEDU. Infine, nella sentenza *Gnandi*⁶⁸, la Corte ha confermato che, alla luce del principio di *non-refoulement* e del diritto ad un ricorso effettivo, la direttiva 2008/115/CE non impedisce che le autorità nazionali adottino una decisione di rimpatrio nei confronti del richiedente protezione internazionale, subordinata alla sospensione di tutti gli effetti giuridici nelle more dell'esito del ricorso⁶⁹.

⁶⁴ *Ivi*, punto 46.

⁶⁵ *Ivi*, punto 44.

⁶⁶ *Ivi*, punto 50.

⁶⁷ Sentenza del 17 dicembre 2015, causa C-239/14, *Tall*, ECLI:EU:C:2015:824.

⁶⁸ Sentenza *Gnandi*.

⁶⁹ In tale periodo, il richiedente può beneficiare dei diritti riconosciuti dalla direttiva accoglienza e far valere qualsiasi mutamento delle circostanze, verificatosi successivamente all'adozione della decisione, che presentino rilevanza significativa per la valutazione della situazione dell'interessato.

9. Nell'ordinamento italiano, a seguito del ricorso di impugnazione sulla decisione di primo grado, il medesimo giudice si trova a valutare una seconda volta, sia pure sommariamente, la fondatezza della propria precedente decisione.

La Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 199/2017 ha dichiarato che non sussiste una violazione dell'art. 24 Cost. per la perdita di un grado di giudizio. La garanzia del doppio grado non gode, di per sé, di copertura costituzionale⁷⁰. Con la sentenza n. 17717 del 5 luglio 2018, il giudice di legittimità ha fornito una interpretazione dell'art. 35-*bis*, commi 10 e 11, del d.lgs. n. 25/2008, inerenti l'udienza di comparizione personale delle parti nel giudizio per il riconoscimento della protezione internazionale.

Avrebbe dovuto portare ad una soluzione diversa la valutazione della disposizione nazionale anche alla luce del consolidato principio di *non-refoulement*, chiedendosi quindi se questo impedisca che il richiedente venga rimpatriato prima della definizione del giudizio, valutando l'effettività del rimedio alla luce del diritto sostanziale tutelato.

La Corte di cassazione ha ritenuto manifestamente infondata la questione di incostituzionalità della non-previsione del grado d'appello, la sospensione non-automatica degli effetti del provvedimento e la mancata previsione di un esame del *periculum*⁷¹. I giudici hanno aggiunto che le norme dell'ordinamento italiano prediligono, nei giudizi di impugnazione, una sospensione decretata dal giudice, anziché automatica, e che non esistono ragioni ostative per ritenere che il medesimo giudice possa conoscere l'esito del procedimento cautelare.

L'affermazione finale è quella secondo cui la declinazione processuale scelta dal legislatore si riferisce alla materia dell'immigrazione connotata da ampia discrezionalità legislativa.

Abstract

The Applicant for International Protection before the Judge among Effective Judicial Protection and Procedural Autonomy of the Member States of the European Union

In the framework of the international protection regime in Europe, and specifically of the regime for challenging the denial of international protection status, this contribution intends to deepen the Italian system of judicial appeals, as modified by the Minniti and Salvini laws. It will dwell, in particular, on the declaration by the Court of Justice of the non-incompatibility of these laws with the EU law and on the judgment of the Italian Court of Cassation declaring manifestly unfounded various questions of constitutional illegitimacy of these laws.

⁷⁰ *Ex multis*, sentenza n. 243 del 2014; ordinanze n. 42 del 2014, n. 190 del 2013, n. 410 del 2007 e n. 84 del 2003.

⁷¹ Corte di cassazione (sez. civ. I), ord. 13 dicembre 2018, n. 32319.

Paola Bellocchi*

Concorrenza e *dumping* sociale nell'Unione europea: le nuove regole sul distacco transnazionale dei lavoratori**

SOMMARIO: 1. Una nuova regolazione delle dinamiche economiche transnazionali. – 2. Gli obiettivi e le scelte di fondo. – 3. Il sistema della direttiva sul distacco: il catalogo delle materie. – 4. Il principio del trattamento più favorevole. – 5. L'eccezione dell'ordine pubblico. – 6. L'integrazione dell'elenco delle materie: salario minimo, retribuzione e contrattazione. – 7. Il distacco di lunga durata. Mercato dei servizi senza *dumping*? – 8. Le fonti di disciplina: i contratti collettivi applicabili. – 9. La *par condicio* tra imprese straniere e nazionali: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo. – 10. *Dumping* salariale e appalti pubblici. – 11. La lettura *minimalista* della direttiva sul distacco. – 12. Le sfide della contrattazione aziendale. – 13. La clausola di salvaguardia dell'azione sindacale: il dopo *Laval*.

1. La prestazione transnazionale di servizi sul mercato unico europeo, con utilizzo di manodopera meno costosa di quella locale, è comunemente indicata come esempio tipico (insieme ad altri) di *dumping* sociale¹. La materia aveva avuto una organica disciplina con la direttiva 96/71/CE del 16 dicembre 1996, che è stata investita negli anni da molteplici fattori squilibranti, tra cui l'allargamento ad Est dell'UE con l'ingresso sul mercato europeo di Paesi con bassi *standard* di protezione sociale.

La minaccia di una aggressiva concorrenza intracomunitaria proveniente dagli Stati *newcomers* (superfluo richiamare esempi, anche clamorosi, come l'offerta di lavoratori interinali rumeni a basso costo pubblicizzata in un volantino²), ha indotto

* Ordinario di Diritto del lavoro nell'Università degli studi di Teramo.

** Il presente scritto è destinato anche agli *Studi in onore di Roberto Pessi*.

¹ R. PESSI, *Dumping sociale e diritto del lavoro*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2011, p. 617 ss.; M. BERNACIAK (ed.), *Market Expansion and Social Dumping in Europe*, London, 2015; L. BERNTSEN, *Social Dumping at Work: Uses and Abuses of the Posted Work Framework in the EU*, ETUI Policy Brief, 2015.

² La vicenda dei "contratti rumeni" è all'origine della circolare del Ministero del Lavoro n. 14 del 9 aprile 2015, che ha fornito chiarimenti sulla corretta applicazione della normativa europea e interna sul distacco transnazionale; su di essa, e su altre situazioni al limite della legalità, v. F. BANO, *La territorialità del diritto. Distacco transnazionale di manodopera a basso costo*, in *Lavoro e diritto*, 2015, p. 583 ss.

il legislatore europeo ad intervenire per assicurare che il processo di integrazione economica si dimostri altresì capace di determinare un'autentica convergenza sociale, secondo quel concetto di economia sociale di mercato centrale nell'architettura istituzionale dell'UE (art. 3, par. 3, TUE)³.

La normativa base rimane quella racchiusa nella direttiva 96/71/CE, che si è arricchita nel giro di pochi anni di nuovi contenuti. Dapprima con la direttiva di applicazione del 15 maggio 2014 (2014/67/UE, c.d. "Enforcement", il cui termine di recepimento è scaduto il 18 giugno 2016), con il dichiarato obiettivo di prevenire e contrastare le frodi e, da ultimo, con la direttiva di revisione del 28 giugno 2018 (2018/957/UE, che dovrà essere recepita dagli Stati membri entro il 30 luglio 2020), la quale ridisegna invece incisivamente il sistema delle regole sostanziali, eccezion fatta per i trasporti internazionali su strada (tra i settori più colpiti da fenomeni di *dumping*), su cui tutto viene rinviato ad una futura legislazione settoriale (art. 3, par. 3).

L'intervento complessivo realizzato con le due direttive testè citate intende, da un lato, contrastare la transnazionalità *fittizia*, che simula l'attraversamento delle frontiere solo per applicare un diritto del lavoro più conveniente; dall'altro lato, rafforzare la transnazionalità *genuina*, in modo che spostarsi oltre i confini nazionali non generi inaccettabili situazioni di *dumping*.

2. L'ampiezza delle modifiche apportate dalla direttiva di revisione del 2018, cui è limitata l'analisi che segue, non esclude la continuità del suo intervento rispetto a quello della direttiva del 1996 sul piano delle scelte di fondo e del comune obiettivo (indicato già nel 5° 'considerando') di governare l'apertura dei mercati in un clima di "leale concorrenza" tra imprese. Alla medesima logica, di "creare condizioni di concorrenza leale tra i prestatori di servizi, sostenendo in tal modo il funzionamento del mercato interno" risponde anche la direttiva di applicazione del 2014 (art. 1, par. 1).

La ragion d'essere di questa normativa risiede in una finalità *antidumping* sul mercato europeo estranea alla disciplina generale del rapporto di lavoro implicante un conflitto tra leggi, la cui *ratio* è invece di tutela del lavoratore visto come parte debole del rapporto⁴.

Il distacco di lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi – riconducibile alle tre situazioni di rilievo transnazionale richiamate all'art. 1, par. 3, lettere a)-c), che delimitano l'ambito oggettivo di applicazione della direttiva 96/71 (contratto di prestazione di servizi, per lo più sotto forma di appalto o subappalto, distacco infra-gruppo e somministrazione di lavoro) – mette in comunicazione sistemi giuridici

³ P. DE PASQUALE, *L'economia sociale di mercato nell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 265 ss.; si veda inoltre la risoluzione del Parlamento europeo sul *dumping* sociale nell'Unione europea, del 14 settembre 2016 (2015/2255(INI)); nonché lo studio curato da E. VOSS, *Posting of Workers Directive – Current Situation and Challenges*, Bruxelles, 2016, reperibile *online*.

⁴ Tra l'altro, nel caso del distacco, conflitto tra leggi potrebbe non esserci e, quand'anche ci fosse, il sistema delle norme internazionale-privatistiche fissate nel regolamento (CE) n. 593/2008, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (c.d. Roma I) privilegia la *lex loci laboris* abituale non quella temporanea, restando (ai sensi dell'art. 8, co. 2) l'esecuzione temporanea del lavoro in un altro Paese fuori delle norme di conflitto. Sul rapporto tra i due strumenti comunitari, v. P. FRANZINA, *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della Comunità europea*, in *Lavoro e diritto*, 2008, p. 97 ss.

molto diversi tra loro: quello che regola il contratto di lavoro tra l'impresa ed i propri dipendenti e quello applicato sul territorio in cui viene eseguita la prestazione. È questa la differenza di fondo rispetto al distacco nazionale, in cui la mobilità dei lavoratori subordinati si esaurisce all'interno di un solo Stato membro.

Nell'impossibilità di pervenire ad un diritto del lavoro omogeneo quanto ai contenuti, nella direttiva europea vengono individuate le regole volte a governare la coesistenza delle molteplici legislazioni sociali nazionali, rispettandone e preservandone la diversità, ma evitando che questa possa comportare pratiche distorsive della concorrenza, da parte di imprese che si spostino da un mercato all'altro puntando sul vantaggio competitivo offerto dalla possibilità di applicare retribuzioni e condizioni di lavoro inferiori.

La direttiva sul distacco non riconosce, infatti, nuovi diritti ai lavoratori europei, non innovando in alcuno modo il contenuto materiale delle legislazioni giuslavoristiche nazionali: impone obblighi alle imprese che si spostano temporaneamente all'interno dell'UE, attraverso vincoli rivolti agli Stati membri. In fondo, ciò che è giudicato negativamente non è che l'impresa applichi basse condizioni di lavoro nel territorio di appartenenza secondo la sua legge nazionale, ma che le applichi nel territorio di un altro Stato membro in cui ha diritto di entrare con i propri dipendenti per prestare un servizio in forza della libertà economica garantita dall'art. 56 TFUE.

Alle norme protettive del lavoro si assegna quindi il compito di regolare la concorrenza tra imprese sul mercato unico, attraverso lo strumento del coordinamento di diritti nazionali che restano diversi ed al solo fine di decidere quale normativa in concreto applicare ed in quali ambiti: ciò per ridurre gli spazi e la convenienza di pratiche di *dumping* salariale e normativo.

Se non è stato adottato un regolamento, sulla falsariga di quello sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale (applicabile anche ai lavoratori distaccati⁵), è perché le regole di coordinamento sugli aspetti lavoristici del distacco non sono autosufficienti se affidate alla sola legge, ma hanno necessità di essere trasportate nei diritti nazionali in gran parte attraverso i contratti collettivi di lavoro che provvedono a tenere aperti i canali di alimentazione della disciplina interna dei rapporti di lavoro subordinato su cui misurare, e contrastare, le pratiche distorsive della concorrenza.

3. La tutela del lavoro subordinato ha quindi, nella direttiva sul distacco, specifico riconoscimento, ma secondo regole e logiche di governo del mercato europeo dei servizi. Il *sistema* ruota intorno all'art. 3 della direttiva del 1996, rubricato

⁵ La disposizione *ad hoc* sul lavoro in distacco, già contenuta nel regolamento (CEE) n. 1408/71, del 14 giugno 1971, e ripresa dal regolamento (CE) n. 883/2004, del 29 aprile 2004, così come modificato dal regolamento (UE) n. 465/2012, del 22 maggio 2012, mantiene la legislazione previdenziale del Paese di origine purché il distacco non superi i 24 mesi e il lavoratore non sia inviato in sostituzione di un altro dipendente (art. 12). Sul delicato problema dell'efficacia vincolante dei certificati di iscrizione al regime di sicurezza sociale rilasciati dall'istituzione competente del Paese di origine e sulla sostituzione del lavoratore distaccato, si veda la sentenza della Corte di giustizia del 6 settembre 2018, causa C-527/16, *Alpenrind e altri*: sul tema generale v. F. MARONGIU BUONAIUTI, *La legge applicabile alle prestazioni di sicurezza sociale nel regolamento CE n. 883/2004*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2010, p. 537 ss.; sulle differenti legislazioni nazionali, v. F. DE WISPELAERE, J. PACOLET, *Posting on Workers. The Impact of Social Security Coordination and Income Taxation Law on Welfare States*, Leuven, 2015.

“Condizioni di lavoro e di occupazione”, sul quale si è infatti concentrato in buona parte l’intervento di revisione.

Prima di procedere alla valutazione nel merito e per meglio inquadrare le novità, è bene riepilogare il *sistema* della direttiva riformata relativamente ai punti sui quali, in oltre vent’anni di applicazione, si è raggiunta una relativa chiarezza. Fermo restando che, per i lavoratori in distacco transnazionale, la *lex loci laboris* è quella del Paese in cui abitualmente operano, che tende a coincidere nella quasi totalità dei casi con quella del Paese di stabilimento dell’impresa, si applica tuttavia – per le finalità *antidumping* prima ricordate – la legge del Paese di esecuzione della prestazione in relazione alle sette materie elencate dall’art. 3, par. 1, lettere da a) a g). In tali materie lo Stato membro ospitante *deve* imporre alle imprese straniere che distacchino lavoratori sul proprio territorio le condizioni di lavoro e di occupazione previste dalle leggi e/o dai contratti collettivi applicabili (sulle cui problematiche si farà cenno oltre).

Tranne il salario “minimo” di cui alla lett. c), le altre materie elencate dall’art. 3, par. 1, sono oggetto di direttive di armonizzazione a livello europeo: periodi massimi di lavoro e minimi di riposo (lett. a), durata minima delle ferie annuali retribuite (lett. b), condizioni di cessione temporanea dei lavoratori (lett. d), sicurezza, salute e igiene sul lavoro (lett. e), tutela di gestanti e puerpere nonché dei minori (lett. f), parità di genere e altri divieti di discriminazione (lett. g).

La direttiva del 1996 ha quindi in qualche modo riconosciuto quel potere di ciascuno Stato membro di imporre le proprie leggi a chiunque lavori sul proprio territorio del quale in precedenza è stata la Corte di giustizia a doversi occupare, con una valutazione data caso per caso – come eccezionale deroga alla libertà economica garantita dal Trattato, giustificata da esigenze di tutela del lavoro –, con forti costi sul piano della certezza del diritto⁶. Lo ha riconosciuto, seppure contestualmente limitandolo a talune specifiche materie che il legislatore ha considerato capaci di ingenerare preoccupanti fenomeni di *dumping* sul mercato dei servizi, e sulle quali si impone il necessario coordinamento tra le legislazioni dei diversi Stati membri.

L’elenco di materie non è casuale, costituendo il *core* della politica sociale comunitaria. A ciò deve aggiungersi che, rientrando tutte (con la notevole eccezione del salario) in settori oggetto di armonizzazione a livello dell’Unione, esiste di necessità come fonte regolatrice la legge nazionale di recepimento delle direttive comunitarie che semplifica notevolmente la gestione della direttiva sul distacco

⁶ Le tappe fondamentali dell’elaborazione della Corte di giustizia, che ha provveduto a rendere compatibili con la libertà economica garantita dal Trattato quelle regole dei diritti del lavoro nazionali il cui mancato rispetto rischiava di rappresentare un elemento distorsivo della concorrenza sul mercato, tra cui l’obbligo dell’impresa straniera di osservare il “salario minimo” dello Stato di distacco, sono esaurientemente documentate in numerosi studi: si vedano P. DAVIES, *Posted Workers: Single Market or Protection of National Labour Law Systems?*, in *Common Market Law Review*, 1997, p. 571 ss.; S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell’Unione europea*, Bologna, 2007, p. 85 ss.; F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione dei servizi nell’Unione europea*, Bologna, 2008; U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Bari, 2009; S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012; G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Milano, 2013. Sull’iter argomentativo della Corte di giustizia in ordine agli ostacoli non discriminatori, cfr. l’analisi di taglio generale di G. CAGGIANO, *Il bilanciamento tra libertà di circolazione dei fattori produttivi ed esigenze imperative degli Stati membri nel mercato interno*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2012, p. 295 ss.

(come è emerso plasticamente nel caso *Laval*, dove si era venuto a creare un vuoto normativo proprio sulla retribuzione⁷).

4. Peraltro, a garanzia delle legislazioni nazionali più avanzate, è previsto il principio della prevalenza del trattamento di origine, se più favorevole ai lavoratori. Così è stato esattamente inteso dalla Corte di giustizia, nei celebri casi *Laval* e *Rüffert*⁸, l'art. 3, par. 7, della direttiva 96/71, presente anche nella nuova versione⁹. Una conferma della bontà di questa lettura può essere individuata nell'inciso di apertura dell'art. 3 che, preso alla lettera, imporrebbe sempre l'applicazione delle condizioni di lavoro dello Stato ospitante sulle materie elencate.

L'abbandono del principio del *favor* riferito alla normativa del Paese d'origine creerebbe anch'esso problemi – inversi a quelli attuali – sul piano concorrenziale e, più in genere, del funzionamento del mercato europeo dei servizi (la corsa delle imprese dei Paesi con *standard* lavoristici più elevati a prestare servizi sui mercati nazionali meno tutelati).

L'applicazione integrale del diritto dei lavoratori distaccati al pari trattamento con i lavoratori nazionali non salverebbe infatti il mantenimento delle superiori tutele dello Stato di origine, come non le salva la libera circolazione delle persone *ex art. 45* TFUE, indicata da alcuni interpreti come la via più immediata e più facilmente attuabile per sciogliere tutti i nodi giuridici del regime del lavoro subordinato nel distacco transnazionale¹⁰. Del pari non le salva l'esercizio del diritto di stabilimento dell'impresa *ex art. 49* TFUE: superfluo ricordare il caso *Viking*, originato dall'azione dei sindacati finlandesi contro il progetto del cambio di bandiera di un operatore marittimo nazionale a tutela del mantenimento delle condizioni di lavoro dello Stato di origine¹¹.

Se si ha riguardo alla finalità della direttiva sul distacco, il principio del “trattamento più favorevole” costituisce l'unico rimedio *antidumping*. Attribuendosi prevalenza tra le due diverse normative in gioco sulle materie elencate – quella applicata dal prestatore di servizi secondo la legge nazionale di origine e quella applicabile secondo la legge dello Stato di esecuzione – alla normativa più favorevole ai lavoratori e quindi più onerosa per i datori di lavoro, ne deriva necessariamente il contrasto al *dumping* sul mercato dei servizi.

⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval und Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet e a.*

⁸ Sentenza *Laval*, punti 77 e 81; sentenza della Corte di giustizia del 3 aprile 2008, causa C-346/06, *Dirk Rüffert c. Land Niedersachsen*, punto 34.

⁹ Secondo cui i paragrafi da 1 a 6 (che circoscrivono le materie, nonché le eccezioni e le deroghe, su cui l'impresa comunitaria è obbligata a rispettare gli *standard* normativi vigenti nel territorio di distacco) “non ostano all'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione più favorevoli ai lavoratori”.

¹⁰ S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo*, Milano, 2017, p. 97 ss.; A. LO FARO, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, in *Lavoro e diritto*, 2008, p. 69 ss. A parte quanto detto nel testo, nel caso del distacco transnazionale c'è un “obbligo” (non libertà o diritto) di circolazione del lavoratore derivante dal rapporto di lavoro subordinato che intercorre con l'impresa dalla quale dipende e che intende prestare un servizio sul mercato unico.

¹¹ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 dicembre 2007, causa C-438/05, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*.

5. Vi è infine la regola dell'art. 3, par. 10, la quale (confermata anch'essa nella versione novellata nel 2018), consente agli Stati membri di imporre condizioni di lavoro aggiuntive alle materie tassativamente menzionate "laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico". Come risulta dalla sua collocazione, essa rappresenta un principio di chiusura del sistema.

Malgrado diversi "eccessi traspositivi" presenti in talune leggi nazionali di recepimento della direttiva 96/71 (tra cui quella italiana¹²), la Corte di giustizia si è in realtà occupata una sola volta della questione, nella notissima decisione resa a conclusione della procedura di infrazione attivata dalla Commissione europea contro il Lussemburgo, che pretendeva di imporre il rispetto, a titolo di ordine pubblico, di buona parte del proprio diritto nazionale del lavoro¹³. La Corte ha in sostanza detto che l'accezione di ordine pubblico chiamata in causa dall'art. 3, par. 10, deve essere riportata nel contesto in cui si colloca lo strumento giuridico di coordinamento, destinato ad operare oltre i confini nazionali, che ne aggancia la valutazione in una proiezione sovranazionale.

Un'integrazione del catalogo è dunque possibile, ma unicamente per completarlo su aspetti su cui ci sia un comune sentire di tutti gli Stati membri¹⁴, senza alcun margine di adattamento unilaterale secondo scelte effettuate da ciascun Paese sul *proprio* ordine pubblico interno le quali porterebbero alla formazione di ulteriori diversità nazionali attraverso strategie di contrasto al *dumping* che, senza una comune regia, lo sposterebbero inevitabilmente su altri mercati.

Con il suo catalogo chiuso di materie giuridicamente vincolante, che gli Stati membri non possono unilateralmente né arricchire né ridurre¹⁵, l'apporto della direttiva 96/71 alla leale concorrenza sul mercato consiste nel garantire che l'esercizio della libertà di prestare servizi all'interno dell'UE si svolga nel rispetto di comuni regole di contrasto al *dumping* sociale, la cui adozione è doverosa per tutti gli Stati membri e la cui applicazione deve essere uniforme cioè uguale per tutti, così da creare sul mercato unico un assetto stabile per tutti gli operatori.

¹² Si tratta del d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 72, del tutto privo del riferimento al catalogo chiuso delle materie e per questo giudicato un provvedimento traspositivo sommario e parziale: S. NADELET, *L'attuazione della Direttiva 96/71 sul distacco*, in *Lavoro e diritto*, 2008, p. 37 ss.; G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, Working papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", IT - 137/2012, p. 48 ss. In occasione del recepimento della direttiva *Enforcement* del 2014, il legislatore ha rimesso mano a tutta la materia col d.lgs. 17 luglio 2016, n. 136, riproducendo (art. 2, co. 1, lett. e) la tecnica del catalogo di materie adottata dalla direttiva del 1996: per la ricostruzione dei punti salienti della normativa italiana, v. D. VENTURI, *Il distacco transnazionale di lavoratori. Luci e ombre del decreto legislativo n. 136/2016*, Working Paper Adapt, n. 2, 2018.

¹³ Sentenza della Corte di giustizia del 19 giugno 2008, causa C-319/06, *Commissione delle Comunità Europee c. Granducato di Lussemburgo*, punti 29-32.

¹⁴ Già nella comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni del 25 luglio 2003, *L'applicazione della direttiva 96/71/CE negli Stati membri*, COM(2003)458 def., la Commissione europea ne aveva dato una lettura in chiave di "ordine pubblico internazionale", richiamando i quattro *core labour standard* dell'OIL (libertà di associazione e diritto di contrattazione collettiva, proibizione del lavoro forzato, principio di non discriminazione, eliminazione del lavoro minorile) nonché il diritto alla *privacy* (p. 14). Sul tema in generale, v. O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012.

¹⁵ Al Lussemburgo veniva contestata anche l'incompleta trasposizione dell'art. 3, n. 1, co. 1, lett. a), della direttiva 96/71, relativo al rispetto dei periodi massimi di lavoro e dei periodi minimi di riposo.

Fuori dalle materie *etichettate* come perimetro della concorrenza leale, la cui proporzionalità e compatibilità con le regole del mercato unico è assicurata dalla direttiva, qualsiasi obbligo ulteriore imposto dagli Stati membri alle imprese straniere che distacchino lavoratori sul proprio territorio integra una restrizione della libertà economica di cui all'art. 56 TFUE.

Certamente, il contesto economico e politico entro il quale era stata concepita la normativa del 1996 è negli anni molto cambiato. L'insufficienza, in concreto, di scelte maturate in una diversa e precedente fase del processo di integrazione comunitaria, riconosciuta dalle stesse istituzioni europee, ha infine condotto alla direttiva di revisione del 2018, a conclusione di un *iter* normativo molto impegnativo che ha visto l'immediata reazione dei Paesi dell'Est decisamente contrari a qualsivoglia modifica delle regole sul distacco. Con essa si è inteso pervenire ad un nuovo e più avanzato quadro normativo da *tutti* gli Stati membri condiviso.

6. Così ricostruito il sistema, il primo apporto innovativo della direttiva del 2018 si colloca *all'interno* dell'elenco delle materie, per il resto sostanzialmente confermato con lievi differenze di formulazione ma non di sostanza, e riguarda la retribuzione, la vera protagonista del fenomeno del *dumping* nel distacco transnazionale, che – nell'art. 3, par. 1, lett. c) – prende il posto delle “tariffe minime salariali” come parametro di confronto del trattamento economico applicabile ai lavoratori in distacco.

Non solo è l'unica delle materie dell'elenco imposta come *standard* “minimo” ma oltretutto, non essendo “armonizzabile” a livello europeo (art. 153, par. 5, TFUE), resta di esclusiva competenza nazionale con differenze piuttosto marcate da Paese a Paese.

Proprio il regime economico dovuto ai differenziali del costo del lavoro nei vari Stati membri è considerato il principale responsabile delle distorsioni nella concorrenza sul mercato europeo dei servizi nonché della propensione all'abuso del distacco e delle numerose situazioni di falsa transnazionalità, tra cui le c.d. *letterbox companies*, imprese senza alcuna attività economica reale nel Paese di stabilimento sovente limitata ad un mero recapito postale, per sfruttare in modo fraudolento le regole proprie dello Stato di origine attraverso distacchi fittizi. Individuazione e contrasto agli abusi sono al centro dell'altro intervento del legislatore europeo con la direttiva di applicazione 2014/67/CE del 15 maggio 2014.

Venendo al merito dei criteri di individuazione, malgrado l'intrinseca elasticità della formula “tariffe minime salariali”, nei Paesi che hanno normative che fissano per legge il salario minimo nazionale, ancorché la differenza sia notevole ed anzi notevolissima da un Paese all'altro¹⁶, questo è lo *standard* quantitativo su cui fare la comparazione.

¹⁶ Secondo i dati Eurostat del 2018 (reperibili *online*), su 22 dei 28 Stati dell'Unione europea che hanno un salario minimo legale, questo è compreso tra il *range* in assoluto più basso della Bulgaria con 261 euro mensili e quello in assoluto più alto del Lussemburgo che vanta il primato di 1.999 euro mensili. Tra i sei Paesi sprovvisti del salario minimo legale, oltre l'Italia vi sono Danimarca, Cipro, Austria, Finlandia e Svezia. A riguardo, v. G. BOSCH, C. WEINKOPF, *Transnational Labour Markets and National Wage Setting Systems in the EU*, in *Industrial Relations Journal*, 2013, p. 2 ss.; K. FRIC, *Statutory Minimum Wages 2018*, Luxembourg, 2018.

La questione è risultata molto problematica nei Paesi dove il compito di determinare le retribuzioni è interamente affidato alle parti sociali, e proprio dai contratti collettivi è derivato il dubbio su come interpretare la nozione di “tariffe minime salariali” ai fini della direttiva 96/71. Le retribuzioni sono il tipico argomento di negoziazione collettiva. Sono definite, come riconosce la stessa direttiva 96/71, “dalla legislazione e/o dalle prassi nazionali dello Stato membro nel cui territorio il lavoratore è distaccato” (art. 3, par. 1, co. 2), la diversità delle quali, radicata nelle diverse caratteristiche dei sistemi locali di relazioni industriali secondo scelte che appartengono alla libera determinazione delle parti sociali, limita non poco il significato del raffronto.

C'è da constatare al riguardo una strisciante interferenza della Corte di giustizia sui sistemi nazionali di fissazione dei salari, il cui rischio è di pervenire ad una nozione comunitaria del “salario minimo nazionale”, la cui definizione sarebbe rimessa, nel *quantum*, ai giudici malgrado l'art. 153, par. 5, TFUE escluda la sussistenza d'una competenza legislativa in materia di retribuzione. Ciò secondo scelte influenzate non da parametri oggettivi, impediti dalla disomogeneità dei sistemi contrattuali posti a confronto, ma da preferenze soggettive, a seconda che si voglia privilegiare un rafforzamento della tutela *sociale* dei lavoratori distaccati oppure minori ostacoli alla libera prestazione dei servizi.

La procedura di infrazione attivata dalla Commissione europea contro la Germania, alla quale si contesta che non può imporre la propria struttura retributiva contrattuale all'impresa straniera che distacchi lavoratori sul territorio tedesco, risolvendosi ciò in un aggravio dei costi del lavoro¹⁷; l'estensione del controllo anche laddove la situazione controversa sia totalmente interna senza alcun elemento di transnazionalità, e ciò per evitare future divergenze d'interpretazione su nozioni riprese dal diritto dell'Unione, come nella sentenza *Isbir*¹⁸, sono tutti segnali convergenti in tale direzione.

Va pertanto accolto con favore il *self restraint* mostrato dalla più recente decisione della Corte di giustizia resa nella causa *Sähköalojen ammattiliitto* del 2015, col suo rinvio pieno ed incondizionato al sistema di relazioni industriali di ciascuno Stato membro, a cui la disciplina in materia retributiva viene conformata e del quale riflette le peculiari caratteristiche, vincolato soltanto sul piano della conoscenza, e quindi della chiarezza e trasparenza del sistema medesimo¹⁹.

La sentenza del 2015 ha preparato il terreno alla modifica normativa accolta dalla direttiva del 2018²⁰, la quale ne configura un'applicazione ancora più estesa

¹⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 14 aprile 2005, causa C-341/02, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, cui si deve l'affermazione che solo gli elementi retributivi che non modificano il rapporto tra la prestazione del lavoratore e il corrispettivo da questi percepito devono essere considerati come facenti parte del salario minimo (punto 39).

¹⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 7 novembre 2013, causa C-522/12, *Tevfik Isbir c. DB Services GmbH*, punto 28.

¹⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 12 febbraio 2015, causa C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto ry*, punti 40-45.

²⁰ Nonché in qualche modo (a partire dalla peculiarità del caso di specie: i lavoratori polacchi distaccati nel cantiere finlandese erano alloggiati a 15 km dal luogo di lavoro) dell'integrazione dell'elenco delle materie con due ulteriori voci concernenti le condizioni sociali e ambientali del distacco: condizioni di alloggio (nuova lett. h) e condizioni specifiche del distacco, ossia indennità o rimborso delle spese di viaggio, vitto e alloggio (nuova lett. j), il versamento delle quali peraltro spetta esclusivamente

costituita dalla retribuzione “onnicomprensiva” che ingloba tutti gli elementi resi obbligatori dalle fonti nazionali applicabili (art. 3, par. 1, co. 3). Ciò per ridurre ulteriormente, pur senza annullarli del tutto (costi previdenziali e contributivi del lavoro distaccato sono calcolati per 24 mesi secondo la legge del Paese di origine) i margini di pratiche di concorrenza fondata sui costi del lavoro. La scelta sui costi retributivi ha inoltre – in aggiunta al rispetto della competenza esclusiva degli Stati membri e delle parti sociali in materia (17° ‘considerando’) – l’intuitivo vantaggio della semplificazione. I diversi aspetti della retribuzione sono assoggettati ad un’unica legge regolatrice, che ammette solo una verifica quantitativa condotta confrontando l’importo lordo della retribuzione (18° ‘considerando’), con prevalenza del regime economico complessivamente in grado di offrire una tutela maggiore per i lavoratori e quindi più oneroso per l’impresa²¹.

Il superamento del *limite* del salario minimo, e la sostituzione di esso con l’intera retribuzione, non trova invece appagante giustificazione, contrariamente a quanto dichiarato nel 6° ‘considerando’, nell’esigenza di evitare discriminazioni tra lavoratori in ragione della nazionalità; né è chiarificatore l’avvicinamento al principio della parità di retribuzione imposto dalle direttive europee di armonizzazione in ambiti specifici (discriminazioni di genere e lavori flessibili, ossia *part-time*, lavoro a termine e lavoro in somministrazione). Il diritto dei lavoratori stranieri al pari trattamento con i lavoratori nazionali non è, nel caso del distacco, un’esigenza a sé stante e rimane comunque eventuale, in quanto è condizionato dal vincolo della *par condicio* tra imprese straniere e nazionali sulle fonti di disciplina della retribuzione: rimanda cioè alla discriminazione per nazionalità tra imprese.

7. Pur con l’aggiunta della retribuzione, quello applicabile in caso di distacco dei lavoratori resta un diritto del lavoro *minore* rispetto a quello del Paese ospitante, perimetrato com’è su un catalogo chiuso di materie.

Un salto di qualità si incontra nella nuova disciplina del distacco di lunga durata, dove si collocano le innovazioni di maggior rilievo sistematico della direttiva di revisione. A tal fine viene attribuita alla durata del distacco una dimensione autonoma e distinta dalla durata del servizio transnazionale di cui è il riflesso speculare (art. 2, par. 1), e la temporaneità del quale – essa stessa di non facile apprezzamento – distingue come è noto la libera prestazione di servizi (art. 56 TFUE) dalla libertà di stabilimento (art. 49 TFUE).

Qualora la durata di un distacco superi 12 mesi, estensibili a 18 con notifica motivata del prestatore di servizi, lo Stato membro ospitante “deve” estendere all’impresa straniera “tutte” le condizioni di lavoro e di occupazione applicabili sul proprio territorio, senza che residui discrezionalità alcuna nell’*an* e nel *quantum* (nuovo par. 1-*bis* aggiunto all’art. 3). Malgrado la diversa prospettiva adombrata nel 10° ‘considerando’, la non contrarietà all’art. 56 TFUE dei maggiori obblighi

in conseguenza della ulteriore mobilità richiesta da uno specifico incarico lavorativo nel territorio di distacco, come precisa l’art. 3, par. 1, co. 2.

²¹ Da qui i doveri di conoscenza, chiarezza e pubblicità sia sulla struttura della retribuzione e degli elementi costitutivi di essa (art. 3, par. 4) sia su alcune specificazioni, che appaiono pur sempre ispirate alla medesima logica di certezza e di trasparenza, come nel caso delle indennità specifiche per il distacco che mantengono una separata menzione in quanto soggette alla legge del Paese di origine, e di cui si presume (salvo prova contraria) l’imputazione a titolo di rimborso spese (art. 3, par. 7, commi 2 e 3).

imposti all'impresa straniera è garantita nonché giustificata dalla stessa direttiva e non ammette controlli giudiziari di proporzionalità e necessità.

Restano escluse, per espressa volontà del legislatore, solo le procedure, le formalità e le condizioni per la conclusione e la cessazione del contratto (cioè assunzione, *ivi* inclusa la disciplina dei contratti di lavoro subordinato “non standard”, che rientrano nel campo del diritto europeo armonizzato, e licenziamento), le clausole di non concorrenza²² ed i regimi pensionistici integrativi di categoria. La titolarità del rapporto di lavoro con l'impresa distaccante (richiesta dall'art 1, par. 3, al fine di garantire l'essenziale requisito comunitario della transnazionalità e tenuta ferma persino nel caso del “distacco nel distacco”, in cui i lavoratori attraversano più volte diversi confini nazionali²³), può di per sé fornire una giustificazione delle anzidette esclusioni. Poiché sulla scelta del tipo di contratto e sulle sorti del contratto decide l'impresa distaccante, si spiega l'opportunità di mantenere su tali aspetti l'applicazione della disciplina lavoristica nazionale di origine che regola appunto il contratto di lavoro.

La fissazione della soglia dei 12/18 mesi rileva unicamente al fine di rendere applicabile all'impresa straniera quasi tutto il diritto del lavoro del Paese di invio, senza interferenza di sorta né sulla legittimità del distacco (per la valutazione della quale valgono i criteri formalizzati nell'art. 4 della direttiva del 2014), né sulla libertà di prestare servizi nello Stato membro ospitante più a lungo (nei limiti in cui non si integrino gli estremi del diritto di stabilimento), né sulle regole internazional-privatistiche di conflitto²⁴.

Senza scendere in particolari (notifica motivata e sommatoria dei periodi di distacco per evitare un uso improprio delle sostituzioni, *ex art.* 3, par. 1-*bis*, commi 3, 4 e 5, hanno un precedente nella legislazione di coordinamento dei regimi di sicurezza sociale), ne risulta un sistema “a due livelli”.

Da una parte vi è l'ambito ancora limitato e selettivo delle materie incluse nell'elenco pur ampliato del primo paragrafo dell'art. 3, che il prestatore di ser-

²² Sulla cui problematica nell'ambito del diritto dell'Unione, v. G. RESTA, *Autonomia privata e «libertà fondamentali» del Trattato UE: il problema del patto di non concorrenza nei rapporti di lavoro subordinato*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2016, p. 437 ss.

²³ È la situazione dei lavoratori in somministrazione transnazionale che vengano ulteriormente distaccati dall'utilizzatore in un altro Stato membro per eseguire una prestazione transnazionale di servizi, nella triplice variante di contratto di servizio, distacco infragruppo o ulteriore somministrazione: in tal caso i lavoratori si considerano distaccati dall'agenzia straniera che fornisce la manodopera (art. 1, par. 3, lett. c), co. 2). Peraltro, la direttiva del 2018 non obbliga gli Stati membri a riconoscere tale utilizzo flessibile dei lavoratori interinali: se ammettono tale possibilità, li vincola a sottoporli alla disciplina prevista, per ciascuna delle tre ipotesi, dalla direttiva medesima, con l'obiettivo – dato il sovrapporsi di più legislazioni nazionali applicabili – “di consentire al datore di lavoro di applicare, se del caso, le condizioni di lavoro e di occupazione più favorevoli per i lavoratori distaccati” (così il 13° ‘considerando’).

²⁴ Era questa l'impostazione accolta nella proposta di direttiva dell'8 marzo 2016, COM(2016)128 fin., che al distacco di lunga durata dedicava un articolo autonomo (il 2-*bis*), il quale fissava a 24 mesi la durata (prevista o effettiva) del distacco, oltrepassata la quale lo Stato membro ospitante sarebbe stato considerato il Paese in cui il lavoro è abitualmente svolto in applicazione delle norme del regolamento Roma I, con la finalità (dichiarata dall'8° ‘considerando’ della proposta) di “creare certezza giuridica nell'applicazione del regolamento Roma I a una situazione specifica”. Anche in questa situazione le regole sul distacco transnazionale devono tenere aperto un confronto tra normative del Paese di origine e del Paese di invio per selezionare il trattamento più favorevole, al fine di evitare che il distacco lungo venga utilizzato dalle imprese insediate in Paesi ad alti *standard* protettivi.

vizi deve osservare a prescindere dalla durata del distacco (il quale garantisce una concorrenza al ribasso stimata come fisiologica); dall'altra parte sta l'applicazione dell'intero diritto del lavoro dello Stato ospitante, salvo le materie espressamente escluse.

Il nesso tra durata del distacco e tutela della concorrenza sul mercato dei servizi aveva già ottenuto un riconoscimento di segno inverso nella direttiva del 1996 a proposito dei distacchi brevi (art. 3, paragrafi 2, 3, 4, 5, 6, rimasti immutati nella versione emendata nel 2018). Così come distacchi brevi generano sul mercato dei servizi una distorsione stimata come trascurabile, e per questo sono sottratti in qualche misura all'applicazione del diritto del lavoro dello Stato ospitante²⁵, distacchi lunghi vi sono attratti quasi interamente: falsano infatti in maniera consistente la concorrenza segnando il punto di non tollerabilità dell'uso dei vantaggi competitivi potenzialmente offerti dalla mobilità dei lavoratori da uno Stato membro a un altro.

Al di là dell'impatto pratico che questo riconoscimento potrà avere (secondo i dati della Commissione europea la durata media del distacco all'interno dell'UE è inferiore a 4 mesi e quindi la regola destinata a governare la maggioranza dei casi sarà pur sempre il vincolo di rispetto degli *standard* normativi sulle materie elencate), la fissazione di una soglia temporale inverte la scelta di fondo precedente, per cui l'applicazione all'operatore di servizi straniero della normativa del Paese ospitante costituisce la regola e non l'eccezione.

Con la previsione del distacco di lunga durata, prende forma un assetto normativo sostanzialmente nuovo che sottrae gran parte dei costi del diritto del lavoro al gioco della concorrenza sul mercato, riportando tutti gli Stati membri e le rispettive imprese su un piano di parità con l'obiettivo, dichiarato dal 16° 'considerando', di realizzare una concorrenza di qualità²⁶.

8. L'altra grande novità della direttiva di revisione del 2018 riguarda le fonti di disciplina delle condizioni di lavoro.

Anche se la prima fonte di regolazione resta la legge in senso stretto o formale (disposizioni legislative, regolamentari o amministrative: art. 3, par. 1, primo alinea), i contratti collettivi acquistano rilevanza ancora più marcata nella doppia variante di contratti collettivi di applicazione generale oppure di contratti collettivi ad efficacia privatistica, rimuovendosi in buona parte il rigido sistema di vincoli e preclusioni imposti dalla direttiva del 1996.

Per contrastare le distorsioni della concorrenza particolarmente frequenti nell'ambito dell'edilizia, nell'attuale versione della direttiva del 1996 solo nel settore delle costruzioni (secondo la definizione che ne dà l'allegato), i contratti collettivi dichiarati di applicazione generale convivono con la legge, in aggiunta o in alternativa, come fonti "necessarie" di disciplina (art. 3, par. 1, secondo alinea). In quanto obbligatori per tutte le imprese nazionali, sono ritenuti più idonei a fungere da meccanismo di adeguamento dell'ordinamento interno agli obblighi comunitari.

²⁵ Sul sistema delle eccezioni e delle deroghe, v. G. ORLANDINI, *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori fra libera prestazione di servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni nella direttiva n. 71 del 1996*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1999, p. 472 ss.

²⁶ Vi si legge che "in un mercato interno veramente integrato e competitivo le imprese competono sulla base di fattori quali la produttività, l'efficienza, e il livello d'istruzione e di competenza della forza lavoro, nonché la qualità dei loro beni e servizi nonché il grado di innovazione degli stessi".

Come soluzione di *default* per quegli Stati che non dispongano di meccanismi *erga omnes*, è consentito il ricorso ai contratti collettivi ad efficacia privatistica (art. 3, par. 8, co. 2). L'applicazione di essi, non costituendo *standard* giuridicamente inderogabili sul territorio nazionale, deve essere invece attentamente dosata dal legislatore per non generare situazioni discriminatorie in danno delle imprese straniere e per questo rimane facoltativa.

In settori economici diversi dall'edilizia, la direttiva del 1996 ha, invece, stimato sufficiente come fonte regolatrice la legge, rendendo il ricorso ai contratti collettivi di qualunque genere di natura meramente facoltativa purché nel rispetto del Trattato (art. 3, par. 10, secondo alinea).

La direttiva di revisione del 2018 contiene una indicazione molto esplicita circa la concorrente legittimazione dei contratti collettivi di applicazione generale e dei contratti collettivi privatistici come strumenti equivalenti di regolazione, chiamati ad operare come fonti di disciplina in tutti i settori (il nuovo art. 3, par. 1, secondo alinea e, per le materie aggiuntive, par. 1-*bis*, secondo alinea): ciò come riconoscimento di una "pari dignità" che, malgrado la diversa forza giuridica, consente di porre sullo stesso piano i due strumenti di disciplina.

Sempre nel segno della equivalenza funzionale si presta ad essere letta la regola sul ruolo integrativo, e non solo suppletivo, rispetto ai contratti collettivi *erga omnes*, attribuito ai contratti collettivi privatistici, chiamati ad integrarli e completarli (il nuovo art. 3, par. 8, co. 2).

In qualità di normativa di specificazione delle condizioni di lavoro applicabili all'impresa straniera, i contratti collettivi vengono in considerazione come atto (o, secondo una teorizzazione dottrinale, come fonti-fatto). Tuttavia, per essere opponibili al datore di lavoro che distacca i suoi lavoratori in altro Stato, anche le fonti collettive al pari delle leggi devono soddisfare requisiti di trasparenza, di conoscibilità, di accessibilità e chiarezza (con un ruolo attivo delle parti sociali firmatarie dei contratti, valorizzato anche dalla direttiva 2014/67: si veda l'art. 5, par. 4).

L'esigenza della pubblicità di tutte le condizioni di lavoro sul sito *web* istituzionale previsto dall'art. 5 della direttiva 2014/67, sulla quale non è dato qui soffermarsi, è destinata a diventare primaria e centrale con il recepimento della direttiva del 2018, che segna il passaggio dal salario minimo alla retribuzione *tout court* e dal catalogo chiuso di materie a pressoché tutto il diritto del lavoro nazionale, salvo le materie escluse. Ciò a tutela di una molteplicità di interessi: dell'impresa straniera per non incorrere in responsabilità e sanzioni; dei lavoratori distaccati, per far valere i propri diritti con tutte le agevolazioni processuali introdotte; delle amministrazioni pubbliche interessate al controllo, al fine di implementare al meglio l'imponente sistema di cooperazione amministrativa tra Stati membri sulla corretta gestione del distacco messo a punto dalla direttiva *Enforcement* del 2014.

All'accesso all'informazione ed alla trasparenza di essa è in larga misura affidata la garanzia della concorrenza leale tra imprese sul mercato europeo.

9. Le opzioni previste dalla direttiva del 2018 in merito ai contratti collettivi rilanciano questioni vecchie e ne propongono di nuove.

Rinunziando in questa sede ad una valutazione analitica, è sufficiente la segnalazione di alcune questioni giuridiche relative al significato ed alla portata del vincolo comunitario della *par condicio* tra imprese, che hanno generato incertezze

interpretative, in parte inevitabili quando si ha a che fare con materie ostiche e complesse come le fonti del diritto del lavoro ed i contratti collettivi in specie, ai quali è in buona parte rimessa l'implementazione della direttiva sul distacco.

Nell'economia dell'art. 3, par. 8, la funzione del riferimento ai contratti collettivi del Paese di esecuzione della prestazione è fondamentalmente quella di preservare la parità di trattamento tra imprese straniere e concorrenti nazionali. Rispettato il vincolo delle materie e gli obblighi di trasparenza preventiva, le fonti sindacali devono essere applicate in modo non discriminatorio.

Nessun particolare problema si prospetta per i contratti collettivi dichiarati di applicazione generale (art. 3, par. 8, co. 1), obbligatori per tutte le imprese nazionali del territorio e del settore e per questo guardati con particolare favore dal legislatore europeo. Viceversa, i contratti non dichiarati di applicazione generale possono essere estesi alle imprese straniere nei limiti in cui sulle materie di rilievo transnazionale obblighino anche, e allo stesso modo, le imprese nazionali (art. 3, par. 8, co. 2).

Ciascun diritto del lavoro nazionale può dar regola alla concorrenza leale sul mercato europeo a condizione che abbia capacità di assicurare la concorrenza leale sul mercato nazionale, *ivi* contrastando il *dumping* sociale. Imperfezioni e lacune dei sistemi nazionali in ordine alla *tenuta* dei contratti collettivi sul proprio territorio inceppano la regolazione del lavoro transnazionale.

In un sistema come quello italiano, che per la mancata attuazione dell'art. 39 della Costituzione non è riuscito a garantire soverchie certezze sull'efficacia soggettiva dei contratti collettivi, sembrano riprodursi gli stessi problemi già esistenti sotto la direttiva del 1996.

Tanto più in prospettiva, quando la retribuzione lorda del Paese d'origine, se complessivamente più favorevole, farà venir meno l'obbligo di rispettare il salario minimo del Paese di invio, continuerà ad essere oggetto di discussioni e di eleganti argomentazioni la ricerca di quale parte del contratto collettivo nazionale che fissa i minimi retributivi possa dirsi vincolante per tutti datori di lavoro italiani, in virtù della nota giurisprudenza fondata sull'art. 36 Cost., e quindi applicabile anche alle imprese straniere senza creare situazioni discriminatorie. Ma è questo un problema destinato a rimanere aperto, salva la progettata introduzione del salario minimo legale che è al centro del dibattito politico attuale.

10. Il rinvio ai contratti collettivi si inserisce in un tessuto normativo che prevede una pluralità di strumenti di disciplina, dovuta alla normale articolazione di ciascun sistema contrattuale su più livelli, i quali potrebbero avere contenuti non coincidenti sulle materie di rilievo transnazionale.

L'unica regola vincolante riguarda la fattispecie del distacco comunitario tramite somministrazione di lavoro, rispetto alla quale la direttiva del 2018 impone che vengano applicate le condizioni di lavoro dei dipendenti diretti dell'utilizzatore (sul quale, e non sul sito *web* nazionale, gravano gli obblighi di informazione: nuovo art. 3, par. 1-*ter*), finora configurata come meramente facoltativa.

Fuori di questa situazione, la identificazione di quale sia il contratto collettivo su cui verificare il rispetto della *par condicio* dell'impresa straniera, rientra nell'ambito del diritto dello Stato membro in cui avviene il distacco, e delle sue regole interne di coordinamento e/o risoluzione dei conflitti tra fonti.

Il banco di prova di interventi calibrati sulle condizioni locali, con cui dare concretezza al principio della parità di retribuzione per lo stesso lavoro nello stesso luogo, è diventata la questione del contratto collettivo da rispettare nell'aggiudicazione di appalti pubblici, cui taluni Stati membri hanno fatto ricorso come meccanismo di contrasto al *dumping* salariale in settori *labour-intensive* particolarmente vulnerabili e di controllo della catena sovente poco trasparente dei subappalti.

Il tema, di grande attualità anche da noi²⁷, delle clausole sociali negli appalti pubblici non può essere qui approfondito. Qualche puntualizzazione sui vincoli derivanti dalla direttiva europea sul distacco appare comunque opportuna, anche per una migliore comprensione dei margini di conformità delle normative nazionali ricavati dalla Corte di giustizia.

Il nodo critico della vicenda, esaminata nella sentenza *Rüffert* del 2008, non era il meccanismo in sé del rispetto del contratto collettivo del luogo di esecuzione del lavoro, né la misura del salario minimo regionale ivi previsto, più elevata di quello federale, né la disparità di trattamento tra appaltatori pubblici e privati, quanto piuttosto la libertà di scelta di contratti collettivi non dichiarati di applicazione generale. Secondo la direttiva del 1996 dove esiste un sistema di (contratti) *erga omnes*, non c'è possibilità di scegliere contratti collettivi privatistici i quali non possono in alcun modo essere resi vincolanti, ancorché con meccanismi ugualmente rispettosi della *par condicio*²⁸.

In attesa del termine finale (fissato al 2020) di recepimento della nuova direttiva del 2018, – che ne ammette il “complemento” con contratti privatistici – la via per superare l'*impasse* non può che passare, in Germania così come in quei Paesi che dispongano di analoghi meccanismi sull'*erga omnes*, o per la dichiarazione di efficacia generale dei contratti collettivi “specifici” o per la fissazione del salario minimo in una legge speciale, che ne quantifichi l'importo, rientrando direttamente siffatta misura nell'ambito della prima fonte di disciplina del lavoro transnazionale (appunto la legge), come riconosciuto dalla sentenza *RegioPost* del 2015²⁹.

Tale possibilità di intervento non pare invece impedita, come parrebbe da un *obiter dictum* della sentenza del 2008³⁰, ai Paesi in cui non esista un regime di applicazione generale dei contratti collettivi.

La condizione alternativa posta dalla direttiva sui contratti privatistici, la quale impone agli Stati membri di avvalersi di contratti “che sono in genere applicabili a tutte le imprese simili” oppure, se sottoscritti da sindacati rappresentativi sul piano nazionale, “sono applicati in tutto il territorio nazionale” (in virtù della doppia specificazione contenuta nell'art. 3, par. 8, co. 2, secondo e terzo alinea), attiene alla “selezione” del contratto che, per entrare nel sistema della direttiva come fonte di disciplina, deve avere un attendibile radicamento sociale sul territorio di distacco³¹.

²⁷ Per l'ampia discussione apertasi al riguardo, ed anche per ricchi riferimenti bibliografici, v. da ultimo P. TULLINI, *Concorrenza ed equità nel mercato europeo: una scommessa difficile (ma necessaria) per il diritto del lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2018, p. 199 ss.

²⁸ Sentenza *Rüffert*, punti 27 e 30, dove accenna a siffatto divieto assoluto.

²⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 17 novembre 2015, causa C-115/14, *RegioPost GmbH & Co. KG*, punto 62.

³⁰ Sentenza *Rüffert*, punti 28-31.

³¹ La seconda opzione è quella privilegiata dal legislatore italiano che, con la nuova legge traspositiva, ha rinviato (art. 2, co. 1, lett. e, d.lgs. 136 del 2016) al sistema dei contratti collettivi facenti capo ai sin-

Non attiene invece alla concreta vincolatività del contratto la quale, atteso lo scarto esistente tra ambito di applicazione potenziale e ambito di applicazione reale, va verificata caso per caso sul contratto collettivo che le imprese nazionali sono obbligate ad applicare. Ne segue che non avendo giuridicamente il carattere dell'applicabilità generale a "tutte" le imprese nell'ambito del territorio e della categoria di riferimento, al legislatore nazionale non è preclusa la restrizione ad "alcune" imprese soltanto, alle quali imporre il rispetto delle regole salariali del contratto collettivo. Sicché un elemento endemico di fragilità delle relazioni industriali nazionali qual è l'assenza di *erga omnes*, si presta meglio al rafforzamento dei contratti collettivi privatistici in chiave *antidumping*, consentendo al legislatore nazionale maggiore libertà nel calibrare gli interventi imposti dal vincolo comunitario della *par condicio* tra imprese straniere e nazionali anche nel "luogo" in cui dette imprese svolgono la loro attività (come consentito dall'art. 3, par. 8, co. 3).

Peraltro sui contratti collettivi dei Paesi privi di un sistema di *erga omnes* la giurisprudenza UE non si è ancora direttamente pronunciata (salvo nel caso *Laval*, di cui si dirà in seguito).

11. Buona parte delle incertezze nell'applicazione della direttiva sul distacco sono da ricondurre all'accentuazione della tutela "minima" dei lavoratori come *ratio* giustificativa dello strumento comunitario. Ciò porta la direttiva ad operare impropriamente, da strumento di selezione del catalogo chiuso di materie, al cui interno è dato imporre la normativa nazionale alle imprese straniere, a strumento di selezione delle fonti interne applicabili sulle materie elencate, per imporre quella che preveda le condizioni di lavoro più basse³².

In realtà la direttiva (vecchia e nuova) non contiene alcun elemento in base al quale si possa sostenere che, laddove operino più fonti interne di disciplina su ogni materia "etichettata" all'art. 3 o, per i distacchi lunghi, sulle materie aggiuntive (legge e contratti collettivi nazionali, o contratti collettivi nazionali e territoriali o locali), essa sarebbe limitata alle condizioni di lavoro più basse. Anche relativamente al trattamento economico, dove in effetti lo *standard* imposto dall'attuale direttiva è quello minimo e corrisponde pertanto a qualcosa di meno della effettiva retribuzione, occorre riconoscere che diversi livelli di "salario minimo" sono possibili nel gioco delle fonti interne del Paese di invio e niente induce a ritenere che debba privilegiarsi il minimo in assoluto cioè quello quantitativamente più basso³³. La sola condizione richiesta è che, su queste materie, la fonte del trattamento più elevato sia trasparente, conoscibile *ex ante* e si applichi indistintamente alle imprese

dacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale di cui all' art. 51 d.lgs. n. 81 del 2015.

³² Così è da leggere l'affermazione della sentenza *Riiffert* (punto 40), laddove – pur trattandosi di un contratto collettivo privatistico che l'attuale direttiva impedisce sia reso in alcun modo vincolante nei Paesi che hanno sistemi di *erga omnes* – ha censurato la disciplina tedesca che intendeva tutelare con un salario minimo più elevato solo i lavoratori impiegati negli appalti pubblici perché priva di riscontro in una normativa analoga a favore dei lavoratori impiegati negli appalti privati, pur non meno degni di protezione sociale.

³³ In tal senso, per non andare oltre quanto necessario alla protezione sociale dei lavoratori distaccati, le conclusioni dell'Avvocato generale Wahl del 18 settembre 2014, causa C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto ry*, punti 68, 76 e 87.

nazionali e a quelle degli altri Stati membri, secondo le varie declinazioni della *par condicio* imposte dall'art. 3, par. 8.

Del resto, tutela “minima” per i lavoratori distaccati significa obblighi “minimi” per i rispettivi datori di lavoro e quindi maggiori distorsioni per la concorrenza e minore efficacia nel contrasto al *dumping* sociale. Tutto ciò in contrasto con l'effetto *utile* della direttiva e col rafforzamento della protezione dei lavoratori distaccati annunciato in apertura (nuovo par. -1 aggiunto all'art. 1).

12. Tra tutti i livelli negoziali, quello che risulta più esposto alle sfide della regolazione transnazionale del lavoro subordinato è il contratto collettivo aziendale.

Il consolidarsi di un interesse verso questo livello trova riscontro sia nella posizione espressa dalla Confederazione europea dei sindacati (CES) sulla proposta di direttiva di revisione, in cui si manifesta l'auspicio di favorire i contratti collettivi aziendali rispetto a quelli settoriali; sia nelle scelte normative della direttiva *Enforcement* del 2014, il cui art. 9, par. 1, lett. f) consente agli Stati membri di imporre all'impresa straniera di indicare un referente per le relazioni sindacali, con i poteri di rappresentanza necessari per tenere i rapporti con le parti sociali interessate a promuovere la negoziazione collettiva sul territorio.

La direttiva sul distacco è in effetti *neutrale* rispetto alla vicende negoziali della contrattazione aziendale. Questa è, per definizione, una contrattazione d'impresa, il cui fondamento volontario esclude in radice qualsiasi problema di compatibilità con la libertà economica *ex art. 56 TFUE*, di cui l'autonomia negoziale dell'imprenditore straniero costituisce anzi la massima manifestazione. La stessa Corte di giustizia, nella celebre sentenza *Laval*, ha in sostanza detto che la direttiva sul distacco non osta ad un accordo volontario con il quale l'impresa straniera concordi con i sindacati nazionali obblighi diversi da quelli che gli sarebbero imposti dai vincoli comunitari³⁴.

Il discorso si allarga al tema delle modifiche peggiorative disposte dai contratti aziendali alle fonti superiori, sulle materie di interesse transnazionale di cui all'art. 3, e sul senso in cui debba fare i conti con la *par condicio* imposta come vincolo comunitario. Anche in questo caso la rigidità maggiore viene dai contratti collettivi dichiarati *erga omnes*, la cui necessaria applicazione da parte di *tutte* le imprese nazionali del settore rende problematica la sottrazione di *alcune* imprese al loro ambito naturale di applicazione attraverso la negoziazione in deroga.

La tesi radicalmente negativa, sostenuta anni addietro dalla Corte di giustizia³⁵, renderebbe inapplicabili le regole europee sul distacco, con il rischio di paralisi delle tecniche giuridiche di governo della concorrenza sul mercato unico. Basterebbe l'esistenza di disposti del genere, di cui tutti gli Stati membri sono ormai dotati per ottenere quella flessibilità sulle regole del lavoro (peraltro richiesta dalle stesse isti-

³⁴ Sentenza *Laval*, punto 81; si veda anche la sentenza *Rüffert*, punto 34.

³⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 24 gennaio 2002, C-164/99, *Portugaia Construções*, resa nell'interpretazione del diritto primario, non essendo all'epoca dei fatti il termine di recepimento della direttiva 96/71 ancora scaduto, dove si è giudicata contraria alle regole del mercato interno la pretesa di applicare alle imprese straniere degli *standard* normativi sul “salario minimo” previsti da contratti collettivi di applicazione generale, ai quali le imprese nazionali possono sottrarsi attraverso la contrattazione in deroga.

tuzioni europee, notoriamente favorevoli al decentramento dei sistemi contrattuali nazionali)³⁶, per ritenere violata la *par condicio*.

La questione è delicata e difficile, da più punti di vista. Forse un qualche spunto di riflessione è offerto dalle scelte della direttiva sul sistema delle fonti. La *par condicio* sul rispetto dei contratti collettivi nel Paese di distacco suppone situazioni certe e per questo comparabili, assenti nella contrattazione di impresa che è meramente eventuale, con efficacia limitata all'azienda interessata e che per questo non ammette né richiede pubblicità. Oltretutto la negoziazione in deroga sulle materie di cui all'art. 3, alle condizioni in cui è consentita alle imprese nazionali, è potenzialmente la soluzione più coerente all'interesse dell'impresa straniera, facendo venir meno l'obbligo comunitario di adattarsi a parte o (per i distacchi lunghi) a tutta la normativa dello Stato ospitante.

Si tratta, in definitiva, di assicurare anche alle imprese straniere il diritto a non essere discriminate. Se il contratto aziendale non ha bisogno di pubblicità, pubblicità deve essere data all'esistenza nell'ordinamento interno della possibilità di deroga, in modo che anche il prestatore straniero possa accordarsi con i sindacati nazionali senza subire restrizioni discriminatorie, alle medesime condizioni imposte agli operatori economici nazionali. La presenza del referente per le relazioni sindacali stabilisce la parità di accesso ad eventuali meccanismi di negoziazione aziendale (anche) in deroga, evitando quelle forme di discriminazione indiretta delle imprese straniere, basate sulla residenza, già segnalate dalla Corte di giustizia³⁷.

13. L'accenno al ruolo negoziale dei sindacati consente di affrontare per ultima, invertendo l'ordine di presentazione delle novità, la prima scelta normativa della direttiva di revisione del 2018.

In apertura viene introdotta, con valore generale (e con la inellegante, ma inevitabile, numerazione di par. *-Ibis* aggiunto all'art. 1), la clausola di salvaguardia dell'azione sindacale e del metodo contrattuale³⁸ che parrebbe costituire la risposta del legislatore europeo alla giurisprudenza *autoritaria* della Corte di giustizia, aperta dal c.d. "*Laval quartet*", composto dalle sentenze *Viking*, *Laval*, *Rüffert* e *Commissione c. Lussemburgo* del 2007-2008.

La sentenza *Laval* ha costituito uno dei terreni più accidentati nella gestione della direttiva 96/71 a cominciare dall'origine del caso, nato da un'azione civile contro i sindacati svedesi, ai quali un'impresa edile lettone che aveva distaccato lavoratori su quel territorio ha chiesto, e dai quali ha ottenuto, il risarcimento dei danni per le azioni conflittuali esercitate nei suoi confronti.

³⁶ Per una ricognizione della contrattazione aziendale derogatoria, v. F. GUARRIELLO, *Legge e contrattazione collettiva in Europa: verso nuovi equilibri?*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2017, p. 97 ss.

³⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 25 ottobre 2001, causa C-493/99, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*.

³⁸ Analoga clausola figura in apertura della direttiva *Enforcement* del 2014 (art. 1, par. 2) e, con una formulazione leggermente diversa, nella direttiva 2006/123 relativa ai servizi nel mercato interno (art. 1, par. 7) e nel regolamento n. 2679/98 sulla libera circolazione delle merci (art. 2).

Non è possibile, e non sarebbe neanche utile data la notorietà del tema, riassumere qui il contenuto della sterminata letteratura formata in materia³⁹. La domanda da porsi è se la clausola di salvaguardia aggiunga nuovi elementi, e se sì quali, ad un discorso ben noto.

La questione centrale, sollevata dal caso *Laval*, era come valutare il *silenzio* della legge svedese di recepimento della direttiva del 1996 circa i minimi salariali. Mentre le altre materie dell'elenco di cui all'art. 3, par. 1, – tutte coperte da direttive europee di armonizzazione – erano regolate per legge, si creava un vuoto normativo proprio sulla retribuzione: non avendo leggi sul salario minimo né un sistema di dichiarazione di applicazione generale dei contratti collettivi, la Svezia non si era avvalsa neppure della facoltà di rendere rilevanti i contratti collettivi privatistici, lasciando la materia alla piena disponibilità delle parti sociali secondo il peculiare metodo di determinazione dei salari proprio del sistema svedese. Il sistema svedese prevedeva in sostanza la preventiva adesione al contratto collettivo dell'edilizia nella sua interezza, come *condicio sine qua non* per far scattare la pace sociale al cui interno si sarebbe avviato il negoziato sulle retribuzioni. Le azioni collettive intraprese dai sindacati svedesi erano rivolte ad imporre questo sistema all'impresa straniera.

Si tratta, con ogni evidenza, di un sistema *estraneo* ai criteri di rilevanza delle fonti sindacali previsti all'art. 3, par. 8, della direttiva 96/71.

L'art. 3, par. 8, riguarda – in conformità del resto al suo tenore letterale – solo il prodotto contrattuale. Solo l'atto di autonomia collettiva può trovar posto ed operatività all'interno del *sistema* della direttiva sui distacchi, se così il legislatore nazionale ha deciso, configurandosi come una forma di estensione *ex lege* di normative negoziali a soggetti non rappresentati, ossia i datori di lavoro stabiliti all'estero ed i rispettivi lavoratori distaccati. Solo in ordine agli atti di autonomia collettiva, infatti, può sorgere un problema di ambito di vincolatività, di parità di trattamento tra imprese concorrenti, di pubblicità dei contenuti.

In quest'ottica il 22° 'considerando' della direttiva 96/71 ricorda, *ad abundantiam*, che la stessa "lascia impregiudicato il diritto vigente degli Stati membri in materia di azioni collettive per la difesa degli interessi di categoria". Ciò sta a significare che l'azione sindacale (sciopero o altre azioni collettive, trattative, attività negoziale) si svolge fuori dai *limiti formali* del sistema della direttiva sul distacco e dal suo rigido sistema di distribuzione delle regole di applicazione dei differenti diritti del lavoro nazionali, senza che ai sindacati possano opporsi le esclusioni o le condizioni (limiti di materie, misura delle tutele, scopi e obiettivi di tutela del lavoro anche nelle situazioni transfrontaliere) imposti agli Stati membri dall'art. 3.

La (discutibile) scelta della Corte di giustizia di inserire questo *metodo* di determinazione dei salari nella direttiva sul distacco, in omaggio ad una lettura *aperta* del sistema delle fonti, ha messo in moto un problema ermeneutico pressoché insolu-

³⁹ Si vedano i saggi raccolti in A. ANDREONI, B. VENEZIANI (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea: dopo le sentenze Laval, Viking, Ruffert e Lussemburgo*, Roma, 2009; A. VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Bari, 2009; E. ALES, T. NOVITZ (eds.), *Collective Action and Fundamental Freedoms in Europe, Striking the Balance*, Antwerp, 2010; M. FREDLAND, J. PRASS (eds.), *Viking, Laval and Beyond*, Oxford, 2014.

bile, che ha trascinato l'azione sindacale conflittuale nella fitta rete delle limitazioni proprie di questo strumento comunitario⁴⁰.

Il giudizio sulla compatibilità dell'azione sindacale col principio di libera prestazione dei servizi di cui all'art. 56 TFUE, porta alle estreme conseguenze giuridiche questa inesatta premessa.

L'azione collettiva intrapresa dai sindacati nazionali ha l'obiettivo di indurre l'impresa straniera a sottoscrivere un contratto collettivo che la direttiva sul distacco non consente (alla legge di recepimento) di rendere vincolante⁴¹. Trova quindi nella direttiva sul distacco la ragione della sua condanna: non giustificata, non appropriata, non proporzionata. La negazione della libertà sindacale e degli strumenti di lotta sindacale sarebbero il necessario completamento della direttiva sul distacco.

Anche se non si sono registrati, dopo la sentenza del 2008, ulteriori casi di applicazione della direttiva sul distacco *contro* i sindacati e l'azione collettiva, il caso *Laval* è istruttivo della necessità di un particolare rigore argomentativo nello stabilire ciò che sta *dentro* e ciò che sta *fuori* di essa, soprattutto ora che la nuova direttiva del 2018 ne prospetta un'applicazione allargata nei contenuti e nelle fonti regolatrici.

La sentenza *Laval* ha comunque aperto il problema del bilanciamento tra l'esercizio delle libertà economiche fondamentali e dei diritti sociali fondamentali senza riuscire a chiuderlo, se non chiamando in causa in modo del tutto improprio e poco pertinente la direttiva sul distacco.

Certamente non è istituzionalizzabile una gestione comunitaria del bilanciamento, come quella frettolosamente proposta nel regolamento c.d. Monti II, e poi subito ritirata, adottata sulla base della procedura straordinaria di cui all'art. 352 TFUE perché incidente su materia sottratta alla competenza legislativa dell'Unione, con l'argomento a dire il vero singolare che “le sentenze della Corte di giustizia legittimano l'iscrizione dell'azione collettiva nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione”⁴².

⁴⁰ Secondo la Corte “poiché la direttiva 96/71 non è diretta all'armonizzazione dei sistemi per la determinazione delle condizioni di lavoro e di occupazione negli Stati membri, questi ultimi rimangono liberi di scegliere, a livello nazionale, un sistema non espressamente indicato fra quelli previsti dalla citata direttiva, purché lo stesso non ostacoli la prestazione dei servizi tra gli Stati membri” (punto 68). Fissata questa premessa di compatibilità (in astratto) del sistema svedese di fissazione dei salari con la direttiva sul distacco, la conseguenza concreta era inevitabile: riesce invero difficile ammettere che la trattativa caso per caso sui salari possa costituire “adempimento” della direttiva sul distacco, per le numerose ragioni indicate in motivazione, tra cui l'impossibilità dell'impresa straniera di conoscere anticipatamente la normativa che era obbligata ad applicare sotto il profilo retributivo, venendo ad incidere siffatto *deficit* di informazione in modo decisivo sul mercato dei servizi come ostacolo alla libera prestazione (punto 100).

⁴¹ Il suo contenuto copre materie ulteriori rispetto all'elenco tassativo di cui all'art. 3, par. 1, riconosce retribuzioni superiori ai minimi salariali (punto 70), contiene regole volte a migliorare le condizioni di lavoro poste dalla legge nelle stesse materie elencate all'art. 3, par. 1 (punto 78), non può essere giustificato sul fondamento dell'eccezione dell'ordine pubblico *ex* art. 3, par. 10, di cui può eventualmente avvalersi il legislatore nazionale ma non le parti sociali che non sono soggetti di diritto pubblico (punto 84), si propone in definitiva di realizzare l'obiettivo della tutela sociale dei lavoratori distaccati che già la direttiva assicura ampiamente (punto 108).

⁴² Proposta di regolamento del Consiglio sull'esercizio del diritto di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi del 21 marzo 2012, COM(2012)130 def., formalmente ritirata il 16 aprile 2013. Per una approfondita analisi, e condivisibili

Il suggerimento offerto dalla clausola di salvaguardia è semplice e immediato. Il bilanciamento deve venire anzitutto dal diritto e/o dalle prassi nazionali, a cui spetta in prima battuta trovare il giusto equilibrio tra diritto di sciopero e libertà economica, sciogliendo nodi delicati e complessi che toccano le strutture portanti di ciascun sistema costituzionale nazionale. Alla fin fine, anche la sentenza *Viking* aveva concluso nel senso che a dire l'ultima parola in materia dovesse essere il giudice nazionale del rinvio.

Il bilanciamento non richiede neppure leggi speciali che regolino lo sciopero a seconda della nazionalità dell'impresa, come ha fatto la Svezia con una scelta per qualche verso affrettata⁴³, che si è esposta a frizioni rilevanti rispetto ad altri strumenti internazionali di tutela della libertà sindacale, meritandosi le censure sul non pieno rispetto della Convenzione OIL n. 87 del 9 luglio 1948, sulla libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale, e della Carta sociale europea⁴⁴.

Tecniche di bilanciamento sono presenti in molti ordinamenti nazionali e possono essere utilmente chiamate ad operare su base non discriminatoria secondo *standard* di valutazione omogenei alle imprese nazionali e alle imprese stabilite all'estero. Valga per tutti l'esempio dell'Italia, pur priva di una legge generale sullo sciopero, in cui l'azione *Laval* sarebbe stata illegittima, anche nei confronti di imprese nazionali, perché il fallimento dell'impresa e la perdita dei posti di lavoro lede il limite esterno al diritto di sciopero costituito dal danno alla produttività.

In fin dei conti in Svezia la legittimità dell'azione collettiva dei sindacati svedesi contro l'impresa lettone era basata su una legge sulla pace sociale discriminatoria, la c.d. *lex Britannia* del 1991, che con evidenti finalità *antidumping* escludeva dalla pace sociale l'impresa straniera vincolata da un contratto collettivo regolarmente concluso nello Stato di origine, e che tale è stata giudicata dalla Corte di giustizia⁴⁵.

Anche se il problema del bilanciamento non si esaurisse in questi termini, dalla conformità alle normative e/o prassi nazionali occorre muovere. L'aver, la clausola di salvaguardia, richiamato su tale aspetto l'attenzione ne costituisce senz'altro il valore aggiunto.

critiche, v. G. ORLANDINI, *La proposta di regolamento Monti II ed il diritto di sciopero nell'Europa post-Lisbona*, in S. BORELLI, A. GUAZZAROTTI, S. LORENZON (a cura di), *I diritti dei lavoratori nelle carte europee dei diritti fondamentali*, Napoli, 2012, p. 157 ss.

⁴³ Sull'epilogo della vicenda giudiziaria, e sulle modifiche apportate alla legge svedese sul distacco, v. E. SACCÀ, *Nuovi scenari nazionali del caso Laval. L'ordinamento svedese tra responsabilità per danno "da sciopero" e innovazioni legislative (indotte)*, Working papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", INT – 86/2010.

⁴⁴ S. SCIARRA, *Pluralismo sindacale multilivello nella crisi. Gli orizzonti della Carta sociale europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 237 ss.; nonché N. MOIZARD, *Le droit d'action collective en droit de l'Union après la décision LO et TCO c. Suède du Comité européen des droits sociaux*, in *Revue trimestrelle des droits de l'homme*, 2015, p. 603 ss.

⁴⁵ Sentenza *Laval*, punti 112-120, che l'ha ritenuta contraria, in particolare, al principio di uguaglianza, perché l'impresa lettone vincolata ad un contratto collettivo stipulato nel Paese di origine veniva trattata come un'impresa svedese non vincolata ad alcun contratto collettivo.

Abstract

Competition and Social Dumping in the European Union: The Revision of the Rules on Posting of Workers

Terms and conditions of employment to be applied to posted workers in the framework of the provision of services are set out in the Posting of Workers Directive, which was adopted in 1996 to guarantee a set of 'core rights' in force in the host Member State. The present article examines the main changes introduced by Revision Directive 2018/957, which must be transposed into national laws by 30 July 2020, in the areas of remuneration of posted workers, long-term posting and collective agreements with particular regard to respect the principle of autonomy of the social partners to negotiate wages and the plurality of national industrial relation systems. The aim of this targeted revision is to avoid social dumping and to facilitate the cross-border provision of services within a climate of fair competition and respect for the posted workers' rights.

Michele Vellano*

Linee evolutive del sostegno alla democrazia nell'azione esterna dell'Unione europea**



SOMMARIO: 1. La promozione e la tutela della democrazia nell'azione esterna dell'Unione europea: una questione aperta. – 2. Il ruolo delle istituzioni dell'Unione europea e quello dell'Alto rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza. – 3. In particolare, il ruolo sempre più importante del Parlamento europeo. – 4. *Segue*: il rapporto stabile e paritetico con altri parlamenti. – 5. *Segue*: il monitoraggio elettorale e la relativa prassi. – 6. Conclusioni.

1. Siamo soliti associare il principio della democrazia all'assetto istituzionale dell'Unione europea, concentrandoci sulla *vexata quaestio* del preteso deficit democratico del suo ordinamento¹. In realtà, il tema dell'affermazione e della tutela dell'esercizio della democrazia ha un'importanza strategica anche nell'azione esterna dell'Unione europea². È una dimensione decisamente meno nota, ma altret-

* Ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Torino.

** Il presente scritto sviluppa e amplia i contenuti della relazione svolta al Convegno interinale AI-SDUE 2019 dedicato al "Ruolo e poteri del Parlamento europeo nella prospettiva giuridica. Rappresentatività e principio di democrazia", Firenze, 10 maggio 2019.

¹ La bibliografia che si è sviluppata in argomento, a partire dal noto scritto di P. PESCATORE, *Les exigences de la démocratie et la légitimité de la Communauté européenne*, in *Cahiers de droit européen*, 1974, p. 499 ss., è molto ampia. Limitandosi ai contributi pubblicati nell'ultimo lustro e senza la pretesa di essere esaustivi, si rinvia a: R. ADAM, *Rappresentatività democratica e Parlamento europeo*, in G. NESI, P. GARGIULO (a cura di), *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione*, Napoli, 2015, p. 129 ss.; U. VILLANI, *Considerazioni sulla democratizzazione dell'Unione europea*, in R. MASTROIANNI, A. MAFFEO (a cura di), *L'iniziativa dei cittadini europei*, Napoli, 2015, p. 115 ss.; G. BUSSCHAERT, *Participatory Democracy, Civil Society and Social Europe. A Legal and Political Perspective*, Cambridge, 2016; C. PESCE, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa nell'Unione europea*, Napoli, 2016; F. RASPADORI, *Il deficit democratico dell'Unione europea visto attraverso le lenti Stato-centriche*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 651 ss. Recentemente, si vedano: E. TRIGGIANI, *Deficit democratico o di sovranità? Il rebus politico-istituzionale dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, p. 9 ss., e A. SANTINI, *L'iniziativa dei cittadini europei. Quale contributo alla legittimità democratica dell'Unione?*, Napoli, 2019, p. 23 ss.

² Il principio, espresso nell'art. 10 TUE, secondo cui "il funzionamento dell'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa" è, infatti, inteso in un'accezione riferita all'azione delle sue istituzioni all'interno come anche all'esterno dell'ordinamento dell'Unione europea. Per un inquadramento delle relazioni esterne dell'Unione europea ci si limita qui a rinviare a P. EECKHOUT, *EU External Relations Law*, Oxford, 2011; P.J. CARDWELL (ed.), *EU External Relations Law and Policy in the Post-Lisbon Era*, Berlin, 2012; M.E. BARTOLONI, *Politica estera e azione esterna dell'Unione europea*, Napoli, 2012 e alla voce *Azione esterna [dir. UE]* di F. MUNARI in *Diritto on line* – Istituto Treccani, 2014, e

tanto interessante e ricca di aspetti meritevoli di essere approfonditi e in continua evoluzione. È, soprattutto, un tema strategico in relazione al contributo che l'Unione europea potrà dare nei prossimi anni all'insieme della comunità internazionale.

La democrazia è il primo dei principi enunciati dall'art. 21 TUE a fondamento della creazione, dello sviluppo e dell'allargamento dell'Unione e che essa "si prefigge di promuovere nel resto del mondo"³. Sempre sulla base del medesimo articolo, secondo comma, l'Unione europea è impegnata a definire e attuare politiche comuni e azioni nell'ambito delle relazioni internazionali al fine, tra l'altro, di "consolidare e sostenere la democrazia, lo Stato di diritto, i diritti dell'uomo e i principi del diritto internazionale"⁴.

Appare significativo che la missione affidata all'Unione europea sia quella di "consolidare e sostenere" la democrazia, perché si tratta di azioni che denotano un approccio *soft* e, allo stesso tempo, realistico, secondo il noto, anche se non sempre applicato, assunto "la democrazia non si esporta". Parimenti indicativo è l'accostamento della democrazia, da un lato, allo Stato di diritto e ai diritti dell'uomo e, dall'altro lato, ai principi di diritto internazionale⁵.

L'Unione europea, proprio in considerazione della sua natura specifica e unica allo stesso tempo, vanta una prerogativa e una credibilità che, per un verso, gli Stati e, per altro verso, le organizzazioni internazionali, non hanno, per motivi diversi, quando intendano esercitare altrove un ruolo di promozione e di tutela della democrazia rappresentativa.

I singoli Stati, anche quelli caratterizzati da un rispetto pieno delle regole democratiche al loro interno (si pensi agli Stati Uniti d'America) sono, infatti, portatori prevalentemente di interessi, se non egoistici, certamente individuali. Le organizzazioni internazionali, quando siano dotate di competenze al riguardo, sono, invece, pur sempre espressione della volontà dei governi e sono, comunque, sprovviste di organi i cui membri siano eletti, come nel caso del Parlamento europeo, a suffragio universale diretto dai cittadini.

L'Unione europea ha preso progressivamente consapevolezza del suo peculiare ruolo nel sostenere la democrazia al di fuori dei suoi confini, agendo in forme dirette (ad esempio, attraverso l'attività di controllo e monitoraggio delle elezioni politiche all'estero) e indirette (si pensi all'elaborazione dei contenuti delle clausole di con-

all'amplia bibliografia ivi riportata. Sul tema più specifico, si veda E. SCISO, C. MORVIDUCCI, R. BARRATA (a cura di), *I valori dell'Unione Europea e l'azione esterna*, Torino, 2016 e, di recente, J. SANTOS VARA, S.R. SÁNCHEZ-TABERNEIRO (eds.), *The Democratisation of EU International Relations Through EU Law*, London, 2019.

³ Gli altri, come noto, sono: "Stato di diritto, universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rispetto della dignità umana, principi di uguaglianza e di solidarietà e rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale".

⁴ Tali valori sono, evidentemente, gli stessi posti a fondamento interno dell'Unione europea. Ai sensi dell'art. 2 TUE, l'Unione "si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze". Concetto ribadito nel preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dove si legge che quest'ultima "si basa sul principio della democrazia e sul principio dello Stato di diritto".

⁵ L'esercizio del potere da parte del popolo non può, infatti, che avvenire all'interno di uno Stato fondato sul rispetto del diritto degli individui e delle collettività e, d'altra parte, l'ordinamento dello Stato deve essere coerente con le consuetudini elaborate dalla comunità internazionale.

dizionalità negli accordi internazionali con Stati terzi o di adozione di boicottaggi sempre più mirati e, perciò, efficaci).

Un documento che esprime in modo chiaro e sintetico questo approccio è costituito dalle conclusioni adottate, nella sessione del 17 novembre 2009, dal Consiglio “Affari generali e relazioni esterne” ed espressamente dedicate “al sostegno alla democrazia nelle relazioni esterne dell’Unione europea”⁶.

Alle conclusioni del Consiglio è allegato un documento programmatico, denominato “Agenda dell’UE per l’azione di sostegno alla democrazia nelle relazioni esterne dell’UE”, che contiene una disamina ampia, anche se non sempre puntuale, delle linee guida poste a fondamento dell’azione esterna dell’Unione europea in questo delicato settore.

Dal documento emergono alcuni tratti salienti e non scontati dell’approccio che l’Unione europea intende seguire.

Premesso, a chiare lettere, che la “democrazia non può essere imposta dall’esterno” e che, conseguentemente, i programmi e le strategie di azione debbono essere condivisi con i Paesi *partner*, si insiste molto sulla necessità di elaborare un approccio basato “su una profonda comprensione del contesto locale” e, quindi, agendo caso per caso⁷.

Nel sostenere la democrazia, l’Unione europea intende rivolgere “particolare attenzione al ruolo dei rappresentanti eletti, dei partiti politici e delle istituzioni, dei media indipendenti e della società civile”, concentrandosi sul delicato momento dello svolgimento delle elezioni.

Un obiettivo specifico, e allo stesso tempo strategico, è quello di sostenere la lotta alla corruzione e l’introduzione di meccanismi di trasparenza durante tutto il procedimento elettorale e, quindi, non solo nei giorni in cui avvengono le votazioni⁸.

Al fine di rendere effettiva e concreta l’azione sul campo, il Parlamento europeo e il Consiglio hanno adottato, l’11 marzo 2014, il regolamento (UE) n. 235/2014 che istituisce uno strumento finanziario per la promozione della democrazia e i diritti umani nel mondo (EIDHR), dotandolo, per il periodo 2014-2020, di una considerevole provvista finanziaria, pari a euro 1.332.752.000⁹.

L’assistenza mira, per quanto qui di interesse, a “sostenere, sviluppare e consolidare la democrazia nei Paesi terzi, rafforzando la democrazia partecipativa e rappresentativa, potenziando tutti gli aspetti del ciclo democratico, in particolare rafforzando il ruolo attivo della società civile in questo ciclo, e lo stato di diritto e incrementando l’affidabilità dei processi elettorali, tramite missioni di osservazione

⁶ Conclusioni del Consiglio sul sostegno alla democrazia nelle relazioni esterne dell’UE del 18 novembre 2009 – 16081/09, reperibili *online*. L’azione esterna dell’Unione europea ha come presupposto l’esistenza di “forti tradizioni parlamentari, fondate sul ruolo dei parlamenti nazionali e regionali e delle assemblee locali degli Stati membri e su quello del Parlamento europeo”, in altre parole e a tutto tondo, la “democrazia rappresentativa”, p. 2 delle conclusioni.

⁷ Conclusioni del Consiglio del 18 novembre 2009 – 16081/09, p. 9.

⁸ In proposito, si rinvia alla comunicazione congiunta dell’Alto rappresentante dell’Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza e della Commissione europea al Parlamento europeo e al Consiglio, del 12 dicembre 2011, dal titolo “Diritti umani e democrazia al centro dell’azione esterna dell’Unione europea – Verso un approccio più efficace”, COM(2011)886 def., reperibile *online*.

⁹ Regolamento (UE) n. 235/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 marzo 2014, che istituisce uno strumento finanziario per la promozione della democrazia e i diritti umani nel mondo. Esso sostituisce, apportando un aumento della dotazione finanziaria di ben il 21%, il precedente regolamento (CE), n. 1889/2006 relativo al periodo 2006-2013.

elettorale”¹⁰. È un approccio ad ampio spettro che coinvolge, dunque, tanto la democrazia rappresentativa quanto quella partecipativa¹¹.

Il sostegno dell’Unione europea alla democrazia partecipativa nei Paesi terzi è la coerente conseguenza della valorizzazione di questa forma di democrazia, complementare a quella rappresentativa, all’interno del suo stesso ordinamento¹².

Ciò avviene non senza difficoltà¹³. Queste ultime discendono, in primo luogo, dall’obiettiva complessità nell’individuare con sicurezza e precisione i contenuti stessi del concetto di democrazia partecipativa¹⁴. Più in generale, la scelta di sostenere le iniziative patrocinata o condotte da associazioni locali presuppone l’adozione, non sempre agevole, di criteri di selezione oggettivi, così da essere al riparo da critiche. Il rischio che il sostegno, per lo più di carattere economico, costituisca, o sia semplicemente percepito, come un’intromissione negli affari interni dello Stato in questione è, infatti, obiettivamente alto.

A prova, comunque, della perdurante centralità del tema del libero esplicarsi della democrazia rappresentativa, un quarto dello stanziamento finanziario complessivo messo a disposizione dal regolamento è stato riservato, sulla base di una

¹⁰ L’art. 2 del regolamento 235/2014 contiene un’indicazione più specifica della tipologia delle azioni finanziabili. Lo spettro è piuttosto ampio e copre la libertà di associazione e riunione, l’indipendenza e il pluralismo dei media, e su Internet in particolare, l’autonomia e il rispetto del potere giudiziario e legislativo. Più specifico e peculiare il sostegno a misure volte a promuovere e a rafforzare la Corte penale internazionale, i tribunali penali internazionali *ad hoc*, i processi di giustizia di transizione e i meccanismi per la verità e la riconciliazione, nonché la conciliazione pacifica fra diversi segmenti della società, ivi incluso il sostegno alle misure per accrescere la fiducia in materia di diritti umani e la democratizzazione.

¹¹ Se il concetto di democrazia rappresentativa è ampiamente noto e non richiede particolari spiegazioni, può essere utile precisare che la democrazia partecipativa prende in considerazione il coinvolgimento dei cittadini, delle associazioni e degli operatori economici pubblici e privati nell’elaborazione, ai vari livelli territoriali, delle politiche amministrative e delle scelte legislative con modalità eminentemente consultive e, più raramente, deliberative. Per un’introduzione al tema si rinvia a: J. GASTIL, P. LEVINE (eds.), *The Deliberative Democracy Handbook: Strategies for Effective Civic Engagement in the Twenty-First Century*, San Francisco, 2005; U. ALLEGRETTI, *Verso una nuova forma di democrazia: la democrazia partecipativa*, in *Democrazia e diritto*, 2006, n. 3, p. 7 ss., e Id. (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010.

¹² Il fondamento giuridico della democrazia partecipativa all’interno dell’Unione europea si rinviene nell’art. 11 TUE, benché anche nell’art. 10, par. 3, TUE, compaia un riferimento importante, là dove si legge: “Ogni cittadino ha il diritto di partecipare alla vita democratica dell’Unione”. Le istituzioni, sulla base dell’art. 11 TUE, mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile, anche tramite consultazioni delle parti interessate. In argomento, si veda D. FERRI, *L’Unione europea sulla strada della democrazia partecipativa*, in *Istituzioni del federalismo*, 2011, p. 297 ss. Una forma peculiare di democrazia rappresentativa all’interno dell’Unione europea è costituita, sempre ai sensi dell’art. 11 TUE, dalla possibilità per i suoi cittadini, in numero di almeno un milione, di invitare la Commissione europea a “presentare una proposta appropriata su materie in merito alle quali tali cittadini ritengono necessario un atto giuridico dell’Unione ai fini dell’attuazione dei trattati”. In argomento, di recente, si veda A. SANTINI, *op. cit.*, p. 71 ss.

¹³ In proposito, si rinvia alla monografia di J. MENDES, *Participation in EU Rule-Making. A Rights-Based Approach*, Oxford, 2011. L’attualità e l’interesse sono testimoniati dall’ampiezza e varietà del programma di un recente convegno intitolato *Quel avenir pour la démocratie participative européenne?* organizzato il 23-24 maggio 2019 dall’IREDIÉS - Institut de recherche en droit international et européen de l’Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne a Parigi.

¹⁴ Per una completa disamina dei problemi collegati ai contenuti della democrazia partecipativa si rinvia alla voce di U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, IV, 2011, p. 295 ss.

dichiarazione congiunta del Parlamento europeo, del Consiglio dell'Unione europea e della Commissione europea allegata al regolamento 235/2014, “al finanziamento delle missioni di osservazione elettorale dell'UE, in funzione delle priorità elettorali annuali”, mentre la parte rimanente riguarda programmi specifici di promozione e/o consolidamento della democrazia da realizzarsi nel territorio dei Paesi terzi o, comunque, aventi attinenza alle situazioni esistenti nei Paesi terzi¹⁵.

Un ruolo preminente nell'attuazione dei contenuti del regolamento 235/2014 è, naturalmente, affidato alla Commissione europea la quale, però, si è impegnata, con apposita dichiarazione allegata al regolamento, a svolgere i suoi compiti sulla base di un dialogo preventivo e strategico con il Parlamento europeo.

Più in generale, la crescita progressiva del coinvolgimento dell'Unione europea nella promozione della democrazia nelle sue relazioni esterne ha comportato la necessità di elaborare e di rendere operativo un coordinamento tra le istituzioni coinvolte, nonché tra queste e l'Alto rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza, in relazione alle varie iniziative intraprese. Coordinamento, come ci apprestiamo a constatare nel successivo paragrafo, tutt'altro che semplice.

2. In base all'art. 22 TUE, il ruolo di indirizzo, in merito agli interessi e agli obiettivi strategici nelle relazioni esterne dell'Unione, è, come noto, riservato al Consiglio europeo attraverso l'adozione, all'unanimità e su raccomandazione del Consiglio, di apposite decisioni¹⁶. Il Consiglio, l'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, per il settore della politica estera e di sicurezza comune, e la Commissione, per gli altri settori dell'azione esterna, esercitano, al contempo, poteri di proposta e di implementazione.

Limitatamente all'ambito della politica estera e di sicurezza, l'Alto rappresentante è tenuto, ai sensi dell'art. 36 TUE, a consultare regolarmente il Parlamento europeo sui principali aspetti e sulle scelte fondamentali che si intendono assumere e sull'evoluzione di tali politiche e si adopera “affinché le opinioni del Parlamento europeo siano debitamente prese in considerazione”. Infine, il Parlamento europeo può rivolgere interrogazioni o formulare raccomandazioni al Consiglio e all'Alto rappresentante e tiene due apposite sessioni all'anno dedicate allo stato dell'arte della politica estera e di sicurezza, compresa la politica di sicurezza e di difesa comune dell'Unione europea.

In realtà, come avremo modo di verificare nei successivi paragrafi, il Parlamento europeo ha, nel corso degli anni e specialmente dal 1979 in poi, accresciuto notevolmente il suo ruolo, per quanto riguarda le relazioni esterne, come conseguenza delle modifiche introdotte nei Trattati istitutivi in relazione alla sua partecipazione

¹⁵ Per assumere informazioni dettagliate sulle modalità di rilascio dei finanziamenti e sui progetti già realizzati attraverso l'EIDHR può essere agevolmente consultato il sito dell'Unione europea al seguente *link*: ec.europa.eu/europeaid/how/finance/eidhr_en.htm_en.

¹⁶ La natura e la portata di dette decisioni, che nella prassi sono per lo più incorporate e raramente allegare alle conclusioni finali del Consiglio europeo, sono discusse. In particolare, è controversa la loro portata vincolante, in termini strettamente giuridici, nei confronti, da un lato, della Commissione e dell'Alto rappresentante e, dall'altro lato, degli Stati membri. Nei fatti, la formulazione degli indirizzi di politica estera, specialmente per quanto riguarda il sostegno alla democrazia, è tale da lasciare ampio margine di azione ai destinatari delle decisioni del Consiglio europeo. Per alcune considerazioni critiche di veda A. LANG, *Articolo 22 TUE*, in F. POCAR, M. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, II ed., p. 104 s.

all'approvazione degli accordi internazionali e del bilancio dell'Unione europea¹⁷, nonché attraverso una densa e significativa attività condotta direttamente dai suoi parlamentari¹⁸.

Gli ambiti in cui le diverse istituzioni agiscono a sostegno della democrazia, fuori dai confini dell'Unione, sono molteplici e alcuni tra essi meritano particolare attenzione in considerazione delle interessanti implicazioni giuridiche, anche per quanto riguarda il riparto di competenze tra gli organi, a diverso titolo, coinvolti.

L'ambito più tradizionale e risalente nel tempo è quello che si realizza attraverso i rapporti commerciali e, in particolare, la conclusione di accordi internazionali di libero scambio in cui vengono inserite le c.d. clausole di condizionalità¹⁹.

Il meccanismo su cui si basa questo tipo di clausole è molto semplice, e proprio per questo motivo, altamente efficace, soprattutto in termini dissuasivi²⁰. In presenza di una violazione diffusa e reiterata dei fondamentali diritti umani e, per quanto qui di particolare interesse, dei diritti democratici, individuati direttamente o tramite rinvio a strumenti internazionali convenzionali in vigore, scatta la clausola sospensiva o la clausola di non esecuzione che fanno venire provvisoriamente meno le facilitazioni commerciali nei confronti dello Stato contraente inadempiente²¹.

¹⁷ Il Parlamento europeo, come noto, detiene, insieme al Consiglio, il potere di approvazione del bilancio e può intervenire, ad esempio, nelle assegnazioni ai capitoli dedicati alla politica estera e di sicurezza comune (PESC) e al funzionamento del Servizio europeo per l'azione esterna (SEAE).

¹⁸ Oggi il ruolo del Parlamento europeo è addirittura più significativo e rilevante di quanto ci aspetteremmo sulla base della mera lettura dei pertinenti articoli dei Trattati istitutivi e, in ogni caso, l'aspetto che suscita maggiore interesse. N. LUPO, A. MANZELLA, *Il Parlamento europeo. Un'introduzione*, Roma, 2019, p. 111, notano che "la rilevanza del 'potere esterno' del Parlamento europeo (...) è in misura inversamente proporzionale alle tracce che di tale potere si possono trovare nei Trattati".

¹⁹ Tradizionalmente si individua il primo caso di inserimento di una clausola di condizionalità, collegata al rispetto dei diritti fondamentali, nella IV Convenzione di Lomé del 1989. Da allora in poi, l'inserimento di tale clausola, che mira a condizionare l'esecuzione dell'accordo tra l'Unione europea e lo Stato terzo alla verifica del rispetto dei diritti fondamentali, nei trattati commerciali è stato ricorrente, se non sistematico. In proposito, per una ricostruzione fino agli anni '90 compresi, si rinvia a A. LUCCHINI, *Cooperazione e diritto allo sviluppo nella politica estera dell'Unione Europea*, Milano, 1999, e successivamente, allo studio realizzato per la Direzione generale per le politiche esterne dell'Unione europea, intitolato *Le clausole sui diritti umani e la democrazia negli accordi internazionali della UE*, curato da L. BARTELS per la sottocommissione per i diritti dell'uomo del Parlamento europeo, NT/584520IT.doc PE363.284 del 29 maggio 2005, reperibile *online*. Infine, sul tema del sistema di preferenze, si veda M. MANFREDI, *Il ruolo del Parlamento europeo nella disciplina degli scambi commerciali con i Paesi in via di sviluppo: il caso dell'SPG*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, p. 481 ss.

²⁰ La sola presenza della clausola nell'accordo ha l'effetto di rappresentare, in via anticipata, allo Stato contraente a quali conseguenze andrà incontro nel caso di adozione di provvedimenti autoritari e in violazione dei diritti fondamentali e delle regole democratiche.

²¹ In realtà, non in tutti gli accordi è espressamente enunciata la clausola di non esecuzione (o quella di sospensione). L'inserimento o meno della clausola dipende dalla capacità di resistenza da parte dei singoli Stati contraenti durante il negoziato. D'altra parte, anche in assenza della clausola, l'Unione europea può ugualmente esercitare la sua volontà di sospendere l'accordo (o di non darvi esecuzione) in caso di una violazione, significativa e diffusa, dei diritti fondamentali. Va detto che raramente si arriva a questa decisione e, comunque, essa viene assunta dopo l'attivazione di un meccanismo di consultazione bilaterale che può anche contemplare il ricorso a un arbitrato internazionale vincolante per le parti contraenti. Talvolta vengono assunte "misure appropriate", le quali debbono essere proporzionate alla violazione commessa e non debbono produrre esse stesse violazione dei diritti fondamentali. Per un'accurata rassegna della prassi (per quanto riguarda i casi sia di avvio delle consultazioni bilaterali sia di sospensione dell'accordo), si veda lo studio *Le clausole sui diritti umani e la democrazia negli accordi internazionali della UE*.

Più in generale e a vario titolo, il tema della democrazia, soprattutto partecipativa, affiora in relazione a molteplici accordi internazionali in relazione ai quali il ruolo giocato dal Parlamento europeo si è fatto vieppiù evidente²².

Talune prese di posizione del Parlamento europeo hanno, ad esempio, realmente indirizzato l'andamento dei negoziati e gli esiti finali di alcuni accordi di grande importanza. Sono note le sue risoluzioni nel caso del primo accordo "Swift", in merito al trasferimento negli Stati Uniti dei dati bancari dei cittadini dell'Unione europea, e dell'accordo "Acta", dedicato alla contraffazione, alla pirateria informatica e alla tutela di *copyright* e brevetti. Parimenti significativo il contributo del Parlamento europeo per quanto riguarda il (mancato) accordo sul "Partenariato transatlantico per il commercio e gli investimenti – TTIP" con gli Stati Uniti e il (provvisorio) accordo commerciale – CETA con il Canada²³.

Un ulteriore mezzo attraverso il quale l'Unione europea è in grado di esercitare un ruolo decisivo a sostegno della democrazia è costituito dalle c.d. misure restrittive la cui adozione trova il suo fondamento giuridico nell'art. 215 TFUE. Si tratta di una modalità particolarmente delicata in quanto può coinvolgere direttamente persone fisiche, a vario titolo chiamate all'esercizio delle funzioni di governo²⁴, attraverso l'adozione di misure selettive che comportano anche la restrizione della loro libertà di circolazione e di iniziativa economica. Le misure in questione possono, infatti, avere per destinatari, Paesi terzi (ai sensi del primo comma dell'art. 215 TFUE), ma anche persone fisiche o giuridiche, gruppi o entità non statali (sulla base

²² Per quanto riguarda, in generale, l'approvazione degli accordi internazionali da parte del Parlamento europeo, si vedano: A. OTT, *The European Parliament's Role in EU Treaty-Making*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, p. 1009 ss. e J. SANTOS VARA, *The Role of the European Parliament in the Conclusion of International Agreements in the Post-Lisbon Period*, in J. SANTOS VARA, A. RODRIGUEZ SANCHEZ-TABERNEO (eds.), *op. cit.*, p. 63 ss. In particolare, per quanto riguarda il noto caso "Tanzania" e il precedente "Mauritius", si vedano le considerazioni di M.E. BARTOLONI, *Base giuridica sostanziale e accordi "interpilier": quale ruolo per il Parlamento europeo? Note a margine del caso Tanzania*, in *European Papers*, 2016, p. 599 ss.

²³ Su queste vicende si rinvia al contributo di K. MEISSNER, *Democratizing EU External Relations: The European Parliament's Informal Role in SWIFT, ACTA and TTIP*, in *European Foreign Affairs Review*, 2016, p. 269 ss., secondo il quale "applying the democratic feature of parliamentary power to the EU, one way the EP can contribute to democratize the EU's external relations is by expanding its informal role in the conclusion of international agreements". Sul caso ACTA, in particolare, si veda www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20120703IPR48247/european-parliament-rejects-acta. Per ulteriori considerazioni critiche si veda anche M. WENDEL, *International trade agreements and democratic participation*, in *European Yearbook of International Economic Law*, 2017, p. 61 ss. Se tre indizi costituiscono la prova di un cambiamento, stiamo assistendo al tentativo del Parlamento di guadagnarsi, nei fatti, un ruolo più attivo e consapevole nella fase negoziale dei trattati internazionali destinati a impegnare l'Unione europea, tanto più in settori considerati strategici e fondamentali per i cittadini-consumatori. Il monitoraggio esercitato dal Parlamento europeo, in particolare nel corso del negoziato condotto dalla Commissione europea nei tre casi citati, ha giovato considerevolmente in termini, quanto meno, di trasparenza e informazione. Esso ha dimostrato di potere farsi portavoce della società civile (e, in particolare, delle organizzazioni non governative), recependo e facendo proprie determinate sollecitazioni e richieste di chiarimento destinate alla Commissione europea.

²⁴ Talvolta sono destinatari delle misure restrittive non solo individui che ricoprono o abbiano coperto responsabilità di governo ma, addirittura, i loro congiunti o più stretti collaboratori. In quest'ultimo caso, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha individuato, con severità, i presupposti indispensabili per l'estensione delle misure restrittive anche a questi soggetti. Per i riferimenti giurisprudenziali e alcune considerazioni critiche si veda il commento all'art. 215 di S. SANNA, in F. POCAR, M. BARUFFI (a cura di), *op. cit.*, p. 1170 ss. e di M.E. BARTOLONI, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, II ed., p. 1752 ss.

del secondo comma del medesimo articolo). La decisione di assumere le misure restrittive spetta al Consiglio che delibera a maggioranza qualificata su proposta congiunta dell'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza e della Commissione. La circostanza che il Parlamento europeo sia semplicemente "informato" del procedimento non depone a favore dell'iter di adozione delle misure, sebbene, come stabilito dal terzo e ultimo comma dell'art. 215, gli atti adottati debbano contenere "le necessarie disposizioni sulle garanzie giuridiche"²⁵. Nella prassi dei provvedimenti restrittivi, adottati ai sensi dell'art. 215 TFUE, i casi riconducibili alla tutela della democrazia sono, almeno per ora, molto rari e si riferiscono, per lo più, a situazioni ibride nelle quali il tema della democrazia viene in rilievo in modo più indiretto che diretto²⁶.

Nel quadro appena delineato non vi è alcun dubbio che, per quanto riguarda la promozione della democrazia nelle relazioni esterne, il Parlamento europeo stia acquisendo un'importanza, se non una vera e propria centralità, difficile da pronosticare in passato. La sua investitura democratica, che deriva dall'elezione a suffragio universale diretto dei suoi membri, lo legittima pienamente rispetto a questo specifico tema, pur in presenza di alcuni profili problematici che ci apprestiamo ad analizzare nel successivo paragrafo.

3. È agevole notare come il coinvolgimento di un organo assembleare legislativo nel conteso dei rapporti con gli Stati terzi costituisca, da un punto di vista ordinamentale, una sorta di "invasione di campo" rispetto alle prerogative del potere esecutivo, esercitato dal singolo governo nazionale in forma individuale ovvero associata, all'interno di un'organizzazione sovranazionale.

Il ruolo e le funzioni del parlamento sono, perciò, normalmente confinate all'approvazione dei trattati internazionali e alla loro attuazione nell'ordinamento interno degli Stati, nonché, naturalmente, al controllo dell'operato del governo nell'esercizio della politica estera²⁷.

Le assemblee parlamentari nazionali hanno, nondimeno, assunto da tempo l'iniziativa di lasciarsi alle spalle lo schema classico per guadagnare un'autonoma capacità di azione al di fuori dei confini nazionali. Lo hanno fatto, soprattutto, intessendo tra loro relazioni istituzionali su base bilaterale e multilaterale.

L'esempio più emblematico e risalente di questo approccio è costituito, in sede multilaterale, dall'Unione interparlamentare (*Inter-Parliamentary Union* – IPU) istituita nel lontano 1889 e a cui aderiscono oggi i parlamenti nazionali di

²⁵ La giustificazione di una semplice "informativa" al Parlamento europeo trova ufficialmente la sua ragione d'essere nel consentire tempi di adozione delle misure compatibili con le situazioni di urgenza a cui esse sono normalmente associate. Ci pare, però, che la scelta nasconda, piuttosto, la propensione a lasciare maggiore discrezionalità possibile al Consiglio.

²⁶ Un caso tipico da questo punto di vista è costituito dalle misure restrittive adottate nei confronti dell'ex Presidente Viktor Fedorovich Yanukovich, dei suoi due figli e di altre 17 persone a seguito degli eventi collegati alla c.d. rivoluzione arancione. Per un commento su tale vicenda, si veda S. POLI, *Le misure restrittive dell'Unione europea per sviamento di fondi pubblici alla luce della sentenza Azarov*, in *European Papers*, 2016, p. 715 ss.

²⁷ Si fa qui riferimento (e rinvio) al processo di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali e al rapporto di fiducia che deve intercorrere tra il Governo e il Parlamento, di cui, per quanto riguarda l'Italia, rispettivamente all'art. 80 e all'art. 94 della Carta costituzionale.

178 Stati²⁸, con lo *status* di membro, e 12 assemblee parlamentari, tra le quali il Parlamento europeo, con lo *status* di membro associato.

Lo scopo di questa organizzazione è quello di tutelare e costruire la “global democracy through political dialogue and concrete action” in stretta collaborazione, a livello globale, con le Nazioni Unite, presso cui l'Unione interparlamentare ha lo *status* di osservatore, e, a livello locale, con le organizzazioni regionali²⁹.

Più in generale, la possibilità di tenere un canale di dialogo aperto tra i parlamentari di diversi Stati, e soprattutto tra i presidenti delle rispettive assemblee, ha consentito in passato, e ancora oggi permette, di raggiungere significativi risultati attraverso quella che viene definita la “diplomazia parlamentare” e, soprattutto, di intervenire a tutela dei rappresentanti eletti in contesti non ancora o non più rispettosi delle basilari regole democratiche³⁰.

L'azione del Parlamento europeo si inserisce, dunque, in un contesto piuttosto vivace, caratterizzato da una progressiva contaminazione, sul piano delle relazioni internazionali, tra le prerogative dei governi, che restano di gran lunga preponderanti, e quelle, comunque in crescita, delle assemblee parlamentari.

In un quadro ampio, variegato e ricco di sfumature nel quale il ruolo e i poteri del Parlamento europeo assumono diverso rilievo per estensione e intensità, la nostra attenzione si concentrerà sul contributo essenziale che questa istituzione fornisce alla tutela e alla promozione della democrazia rappresentativa nei Paesi terzi³¹.

È un contributo che vive anche attraverso la comunicazione e i media e in cui il presidente del Parlamento europeo può giocare un ruolo importante³².

Particolarmente significativa, da punto di vista mediatico, è l'attribuzione, una volta l'anno, del premio Sacharov per la libertà di pensiero. Il riconoscimento, isti-

²⁸ Ricordiamo che gli Stati membri delle Nazioni Unite sono 193 e che quasi tutti gli Stati demograficamente più rilevanti, ad eccezione degli Stati Uniti d'America, vedono i rispettivi parlamenti rappresentati. È stato calcolato che nel mondo i parlamentari eletti nelle diverse assemblee nazionali sono, complessivamente, circa 46.000. Fonte: www.ipu.org.

²⁹ L'Unione è costituita alla stregua di un'organizzazione internazionale e ha la sua sede a Ginevra. Notizie e dettagli in ordine all'organizzazione, al funzionamento e alle specifiche finalità dell'Unione interparlamentare sono facilmente reperibili sul sito www.ipu.org.

³⁰ In proposito, si rinvia all'interessante contributo di G. BAIOCCHI, *Profili e missione della diplomazia parlamentare*, in *Rivista di studi politici internazionali*, 2005, p. 675 ss. Per una ricostruzione storica, si veda anche M.A. MARTINEZ, *Le relazioni internazionali tra i parlamenti e la politica estera dei governi*, in *Storia d'Italia, Annali, n. 17, “Il Parlamento”*, Torino, 2001, p. 1378 ss. In entrambi i contributi si sottolinea come la diplomazia parlamentare possa talvolta utilmente precedere quella classica intergovernativa, rendendo possibili contatti e mediazioni altrimenti preclusi, almeno in una fase iniziale, ai governi. Si veda anche D. BEETHAM, *Parliament and democracy in the twenty-first century: A guide to good practice*, IPU, Geneva, 2006.

³¹ Allo scopo è stato possibile consultare un recente documento (gennaio 2019) predisposto a cura del Dipartimento per le relazioni esterne del Parlamento europeo e intitolato *EP democracy support activities and their follow-up, and prospects for the future*, Bruxelles, 2019. Il documento contiene una dettagliata e aggiornata disamina dei diversi profili dell'azione condotta dal Parlamento europeo per promuovere la democrazia fuori dall'Unione europea. Specifica attenzione è prestata a due casi emblematici, uno relativo all'Ucraina e l'altro ai Paesi dei Balcani occidentali. Per un'introduzione generale al tema si rinvia a S. STAVRIDIS, D. IRRERA (eds.), *European Parliament and its International Relations*, London, 2015. Più nello specifico, si veda D. JANOC, *World Diplomacy of the European Parliament*, in *The Hague Journal of Diplomacy*, 2016, p. 121 ss.

³² Si rinvia, in proposito, al contributo di L. GIANNITI, N. LUPO, *The role of the European Parliament President in Parliamentary Diplomacy*, in *The Hague Journal of Diplomacy*, 2016, p. 144 ss., che dà conto di una prassi piuttosto indicativa e ormai consolidata.

tuito dal Parlamento europeo nel 1988 in memoria del dissidente sovietico Andrej Dmitrievič Sacharov, ha lo scopo di premiare personalità o organizzazioni dedite alla difesa dei diritti umani e delle libertà individuali e, più in generale, alla difesa della democrazia³³.

Secondo una prospettiva più strettamente giuridica, al di là del già ricordato contributo che il Parlamento europeo fornisce con riferimento ai contenuti degli accordi internazionali stipulati dall'Unione europea, merita di essere analizzato il suo ruolo, più specifico e diretto, per quanto riguarda, in particolare, due aspetti: le relazioni con altre assemblee parlamentari e il monitoraggio elettorale.

4. Il Parlamento europeo mantiene da tempo rapporti consolidati con molti parlamenti di Stati terzi (oltre, naturalmente, che con quelli degli Stati membri).

Si tratta, per lo più, di rapporti occasionali, ma anche di relazioni rese stabili attraverso la creazione di appositi organismi paritetici quali: l'Assemblea parlamentare congiunta ACP-EU; l'Assemblea parlamentare "Euronest", l'Assemblea parlamentare per il Mediterraneo e l'Assemblea parlamentare euro-latino americana.

La più risalente e strutturata assemblea paritetica è quella costituita con i Paesi ACP (Africa, Caraibi, Pacifico). L'Assemblea parlamentare (ACP-EU Joint Parliamentary Assembly) ha un ruolo consultivo e opera sulla base dell'art. 17 dell'Accordo di Cotonou del 23 giugno 2000³⁴. I rappresentanti dei 78 Stati parti contraenti incontrano 78 eletti nel Parlamento europeo in sessioni plenarie di una settimana che si tengono due volte l'anno, alternativamente in uno Stato ACP e a Bruxelles o in uno Stato membro dell'Unione europea. Le tre commissioni che preparano le delibere sottoposte alle sessioni plenarie si occupano di temi prevalentemente economici (Commissione su sviluppo economico, finanze e commercio, Commissione sugli affari sociali e l'ambiente e Commissione sugli affari politici), ma le implicazioni per quanto riguarda il rispetto dei diritti fondamentali, compresi quelli collegati al rispetto dei principi democratici, sono più che evidenti. Del resto, ai sensi del già citato art. 17, l'Assemblea parlamentare ha espressamente tra i suoi compiti quello di "promote democratic processes through dialogue and consultation" e di "advocate for institutional development and capacity building of national parliaments". Il numero considerevole di attività avviate, specialmente per quanto riguarda la verifica della regolarità delle consultazioni elettorali, prova che la democrazia è al centro del dialogo UE-ACP attraverso l'operato dell'Assemblea parlamentare.

Un esempio di cooperazione parlamentare stabile relativamente recente è costituito dall'Assemblea parlamentare "Euronest", composta da 60 parlamentari dell'Unione europea e dieci rappresentanti ciascuno dei parlamenti di Armenia, Azerbaigian, Georgia, Moldavia e Ucraina. Dal punto di vista giuridico è interes-

³³ Il premio di 50.000 euro può essere attribuito a individui o associazioni, con o senza personalità giuridica. La selezione dei candidati è molto articolata e si conclude con l'assegnazione durante una sessione di dicembre del Parlamento europeo. Il premio è assegnato da ormai trenta anni e gode di ampia e meritata considerazione. Per maggiori approfondimenti si rinvia a <http://www.europarl.europa.eu/sakharovprize/en/home/the-prize.html>.

³⁴ L'Accordo, rivisto nel 2005, è stato stipulato con durata ventennale nel 2000 ed è, quindi, prossimo alla scadenza. Per maggiori informazioni circa la composizione, le modalità di funzionamento e le competenze dell'Assemblea parlamentare si può fare riferimento all'apposito sito, raggiungibile attraverso il *link*: www.europarl.europa.eu/delegations/it/dacp/home.html.

sante sottolineare come l'Assemblea sia stata istituita sulla base di un atto atipico che esprime il consenso dei rappresentanti del Parlamento europeo e dei parlamenti dei Paesi *partner* dell'Europa orientale³⁵. L'Assemblea parlamentare si limita ad adottare risoluzioni, raccomandazioni e pareri sui temi del partenariato orientale.

Sullo stesso modello di cooperazione interparlamentare paritaria è stata istituita l'Assemblea parlamentare per il Mediterraneo che vede partecipare, oltre a una delegazione del Parlamento europeo, i parlamentari di quindici Stati che si affacciano sul Mediterraneo. L'apporto dell'Assemblea parlamentare è, anche in questo caso, limitato alla funzione consultiva, sebbene non possa essere trascurata l'importanza di un foro in cui si confrontano e prendono la parola deputati provenienti dalla Turchia, dalla Tunisia, dall'Algeria ma anche, contemporaneamente, da Israele e dalla Palestina.

L'Assemblea parlamentare euro-latino americana "EuroLat" è composta da 150 membri, 75 provenienti dal Parlamento europeo e altrettanti da parlamenti sud-americani. Come nei precedenti casi, anche in questo l'Assemblea si limita a esprimere raccomandazioni o, se richiesta, a rilasciare pareri non vincolanti³⁶.

Vi sono, infine, il Transatlantic Legislators' Dialogue (TLD) e la Parliamentary Conference on the WTO (PCWTO).

Il primo è un foro nel cui ambito dialogano i membri del Parlamento europeo e quelli del Congresso degli Stati Uniti d'America. Domina l'informalità e, allo stesso tempo, la concretezza nell'affrontare temi di interesse comune oggetto di negoziati in corso o, anche solo, potenziali tra i due principali *partner* commerciali posti sulle sponde opposte dell'Atlantico.

La seconda è il risultato di un'intesa tra il Parlamento europeo e l'Unione interparlamentare (di cui si è fatto cenno in precedenza) volto a promuovere un dialogo informale tra i parlamentari degli Stati membri dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC), specialmente in occasione dello svolgimento delle Conferenze ministeriali³⁷. L'obiettivo è quello di dare una risposta concreta alle contestazioni basate sulla poca trasparenza dei processi decisionali condotti dai governi degli Stati membri rispetto al commercio internazionale e alle conseguenze, principalmente sul piano del rispetto dell'ambiente e dei diritti sociali, delle scelte ivi deliberate³⁸.

Il numero e l'eterogeneità delle esperienze paritetiche o, comunque, stabili che il Parlamento europeo conduce contemporaneamente può lasciare, almeno in parte, disorientati. Si deve, nondimeno, considerare che, come noto, i membri del Parlamento europeo sono ben 750, più il Presidente, e, quindi, non è difficile raccogliere la disponibilità di un numero sufficiente di parlamentari a impegnarsi in questo tipo di attività. D'altra parte, il consumo di tempo e anche, ovviamente, di

³⁵ L'atto costitutivo dell'Assemblea parlamentare "Euronest" è stato pubblicato sulla *GUUE* C 184 del 6 luglio 2011, p. 4 ss. Dettagliate informazioni sull'operato dell'Assemblea si possono trarre a partire dal *link* www.europarl.europa.eu/euronest/en/home.html.

³⁶ Per maggiori informazioni si può fare riferimento al *link* www.europarl.europa.eu/intcoop/eurolat/menu_en.htm

³⁷ La più recente *Parliamentary Conference* si è svolta a Buenos Aires nel 2017 come prologo dell'undicesima Conferenza ministeriale.

³⁸ Le prime contestazioni si manifestarono, come noto, in occasione della Conferenza ministeriale di Seattle. Da allora, sia pure con differente intensità, tornano periodicamente di attualità. In argomento, sia consentito rinviare a M. VELLANO, *Sulla necessità di una riforma dell'OMC dopo l'insuccesso della Conferenza ministeriale di Seattle*, in *La Comunità Internazionale*, 2000, p. 83 ss.

risorse finanziarie per dare contenuti e continuità a questo genere di cooperazione sembra ben bilanciato dall'importanza dei temi in gioco e dalle finalità perseguite. Pur essendo impossibile porre in correlazione automatica, e tanto meno esclusiva, il progressivo diffondersi del rispetto effettivo dei principi democratici nel mondo a questo genere di relazioni interparlamentari, è fuori dubbio che esse siano utili a questo scopo.

5. Il monitoraggio elettorale è una delle attività più strategiche a tutela della democrazia. Solo una verifica imparziale e attenta dell'intero processo elettorale e, in particolare, delle operazioni di voto mette al riparo dall'eventualità, spesso tutt'altro che remota in determinati Paesi, che le elezioni politiche o le consultazioni referendarie siano inquinate da interferenze e condizionamenti o, addirittura, si riducano a un vero e proprio esercizio di finzione amplificato da media non indipendenti³⁹.

L'attività di monitoraggio internazionale, ossia condotta da soggetti incaricati da enti sovranazionali, ha ormai una risalente e consolidata tradizione ed è svolta direttamente dalle Nazioni Unite⁴⁰ ovvero da organizzazioni intergovernative regionali⁴¹.

Il coinvolgimento dell'Unione europea, rispetto a questo specifico fronte, è stato progressivo e ha riguardato, in primo luogo, la Commissione europea⁴². Il Parlamento europeo ha colto l'importanza e le potenzialità del suo specifico ruolo rispetto al monitoraggio elettorale con un certo ritardo, in pratica solo a partire dal 1994 in occasione delle elezioni presidenziali in Bielorussia. In un secondo momento, sono state, però, profuse ingenti risorse finanziarie e di capitale umano, che hanno contribuito a fare riconoscere al Parlamento europeo un ruolo almeno equivalente a quello della Commissione europea e una specializzazione nelle missioni brevi (quelle concomitanti allo svolgimento delle procedure di voto e l'immediato *follow-up*)⁴³.

Un ruolo strategico per orientare l'attività del Parlamento europeo nel settore considerato, e più in generale sui temi della democrazia, è svolto dall'apposito gruppo per il sostegno alla democrazia e il coordinamento elettorale (DEG), presieduto dal presidente della Commissione affari esteri e dal presidente della

³⁹ Sul tema si rinvia ai noti saggi di E. BJORN LUND, *Beyond Free and Fair: Monitoring Elections and Building Democracy*, Washington DC, 2004 e di T. CAROTHERS, *Aiding Democracy abroad: The Learning Curve*, Washington DC, 2006.

⁴⁰ Per quanto riguarda il ruolo delle Nazioni Unite, si rinvia al contributo di R. SAPIENZA, *Considerazioni sulle attività di assistenza e monitoraggio elettorale dell'ONU*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 647 ss.

⁴¹ Nel Vecchio Continente l'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa (OSCE) ha maturato una particolare esperienza, così come anche il Consiglio d'Europa.

⁴² Per una disamina dei presupposti e dell'avvio di questa attività, si veda M. FRULLI, *Le attività di assistenza e monitoraggio elettorale dell'Unione europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, p. 1841 ss. Si veda anche il contributo, di stampo più politologico, di D. TUCCINARDI, F. BALME, G. McCORMACK, *The Evolution of Election Observation in the European Union: From Fraud Prevention to Democracy Support*, in R. CORDENILLO, A. ELLIS (eds.), *The Integrity of Elections: The Role of Regional Organizations*, Stockholm, 2012, p. 57 ss.

⁴³ In argomento, si rinvia all'apposito *Handbook for European Union election observation*, III ed., Bruxelles, 2016, curato dal Servizio europeo per l'azione esterna e reperibile *online*. Le missioni brevi, in concomitanza con i giorni in cui si tengono le elezioni, comportano minori sforzi organizzativi e costi piuttosto contenuti e, soprattutto, consentono il coinvolgimento dei deputati e non solo degli esperti. Per contro, le missioni brevi non sono adatte a fare emergere attività manipolative durante le campagne elettorali e a monitorare che i risultati elettorali trovino effettiva applicazione.

Commissione per lo sviluppo, che fornisce gli orientamenti politici alla base delle deliberazioni assunte in plenaria⁴⁴.

Ogni anno il Parlamento europeo organizza e invia nei Paesi terzi, preventivamente selezionati sulla base di una loro richiesta, 10-12 delegazioni di osservazione a breve termine rispetto a elezioni politiche di livello nazionale⁴⁵.

Il Parlamento europeo è, inoltre, coinvolto in missioni di osservazione elettorale dell'Unione europea a lungo termine (MOE UE – EU EOM) in Africa, nelle Americhe e in Asia e in missioni internazionali (IEOM), sempre a lungo termine, in Europa in collaborazione con l'Ufficio per le istituzioni democratiche e i diritti umani (ODIHR) dell'OSCE, con il Consiglio d'Europa e, più raramente, d'intesa con l'Assemblea parlamentare della NATO.

Il peculiare contributo fornito dal Parlamento europeo è costituito, in primo luogo, dalla partecipazione di parlamentari che prendono parte alle delegazioni accanto a funzionari e/o esperti dei processi elettorali. In secondo luogo, e in forza del coinvolgimento dei politici, il Parlamento europeo organizza, prima e dopo lo svolgimento delle elezioni politiche, appositi dialoghi parlamentari sulle elezioni a cui sono invitati a partecipare selezionati esponenti della commissione elettorale locale, delle forze di sicurezza, dei leader religiosi e dei giovani leader politici locali. Infine, il Parlamento europeo sovrintende a progetti di formazione congiunti rivolti a deputati e funzionari di parlamenti di Paesi terzi di specifiche aree geografiche (attualmente, particolare attenzione è rivolta agli Stati dei Balcani occidentali e dell'Europa sudorientale). Questo tipo di attività è assolutamente peculiare e distinta, e allo stesso tempo complementare, rispetto a quella che può essere svolta dalla Commissione europea⁴⁶.

Tornando alla funzione di gran lunga più impegnativa e strategica, quella del monitoraggio delle elezioni, occorre constatare che i temi giuridici variano, anche se non di molto, a seconda che le missioni siano condotte dal Parlamento europeo autonomamente oppure, come accade più spesso, in modo coordinato con la Commissione europea o con le istituzioni di altre organizzazioni internazionali (c.d. *multi-partner cooperation*)⁴⁷.

⁴⁴ Fanno parte del gruppo quindici deputati del Parlamento europeo designati dai gruppi politici, tra cui il presidente della conferenza dei presidenti di delegazione, il presidente della sottocommissione per i diritti dell'uomo e i vicepresidenti del Parlamento europeo responsabili per i diritti umani e la democrazia.

⁴⁵ Utilizzando una suddivisione che tiene conto delle successive legislature, il numero delle missioni in cui sono stati coinvolti deputati del Parlamento europeo è stato altalenante: 32 (1994-1999); 37 (1999-2004); 62 (2004-2009) e 24 (2009-2014). Fonte: A. GAWRICH, *The European Parliament in International Election Observation Missions (IEOMs): Division of Labour or Decreased Influence?*, in S. STAVRIDIS, D. IRRERA (eds.), *op. cit.*, p. 121 ss. Tra le più significative missioni di monitoraggio ricordiamo quelle: in Timor Est nel 2001 per l'elezione dell'Assemblea costituente, in Nepal nel 2008 per l'elezione dell'Assemblea costituente, in Sudan nel 2011 per lo svolgimento del referendum sull'indipendenza del Sud Sudan e, da ultimo, in Ucraina nel 2019 per le elezioni presidenziali.

⁴⁶ Per una disamina di tali attività si rinvia al già richiamato studio intitolato *EP democracy support activities and their follow-up, and prospects for the future*, cit., p. 19 ss.

⁴⁷ Come è stato notato da A. GAWRICH, *op. cit.*, p. 138, ci troviamo di fronte a una sorta di “double-track elections observations”.

Nel primo caso le missioni del Parlamento europeo vengono organizzate, su invito delle autorità del Paese terzo, nell'osservanza di regole formalizzate per la prima volta nel 2007 e successivamente perfezionate e adeguate⁴⁸.

Nel secondo caso, i rappresentanti del Parlamento europeo, in genere deputati e più raramente esperti e/o funzionari, sono inseriti nelle delegazioni inviate sotto l'egida di altra istituzione e, di conseguenza, osservano le regole, non molto dissimili da quelle utilizzate dal Parlamento europeo, adottate dall'istituzione responsabile della missione⁴⁹. In questo tipo di missione è di fondamentale importanza l'attribuzione dei ruoli assegnati ai diversi componenti istituzionali delle delegazioni, onde evitare sovrapposizioni e duplicazioni o, addirittura, interferenze e ritardi nello svolgimento delle consultazioni elettorali.

È appena il caso di constatare come l'importanza dei risultati conseguiti da una singola missione è direttamente collegata alla sua durata, al numero dei suoi componenti, al grado di collaborazione fornito dalle istituzioni dello Stato ospite e, naturalmente, condizionata da fattori contingenti e legati al caso specifico (ordine pubblico, estensione geografica, condizioni ambientali, grado di sviluppo tecnologico). Di talché è probabilmente impossibile svolgere considerazioni di portata generale sull'efficacia di queste missioni ed è più serio rinviare alla lettura del rapporto finale per ciascuna missione predisposto sotto la responsabilità del capo delegazione⁵⁰.

Il rapporto finale assolve alla funzione di dare o sottrarre credibilità (*naming and shaming*), per quanto riguarda il rispetto delle regole della democrazia rappresentativa, allo Stato al quale si riferisce⁵¹. Ne consegue la legittimazione (o la delegittimazione) dei soggetti eletti e, di conseguenza, del governo (o del presidente) che, a seguito delle elezioni, prende (o mantiene) il potere. Non possono, invece, conseguire dal rapporto eventuali effetti giuridici invalidanti delle elezioni perché queste si tengono esclusivamente alla stregua delle regole dell'ordinamento interno.

6. In conclusione, la peculiarità assoluta dell'Unione europea, realtà tipica della collaborazione sovranazionale nonché espressione anche della democrazia rappresentativa, costituisce opportunità straordinaria, da un punto di vista tanto giuridico

⁴⁸ Per maggiori dettagli sulla procedura si rinvia al sito eas.europa.eu/archives/eueom/missions/index_en.htm e ai commenti di A. GAWRICH, *op. cit.*, p. 124. Già nel 2001 il Parlamento europeo aveva adottato una risoluzione che approvava un rapporto redatto dalla Commissione affari esteri (*Rapporteur* Giovanni Claudio Fava). Nel 2007 il Parlamento europeo ha fatto propri due importanti documenti: la "Declaration of Principles for International Election Observation" e il "Code of Conduct for International Election Observers". I due documenti sono stati predisposti sotto l'egida della United Nations Electoral Assistance Division (UNEAD) con il coinvolgimento di oltre venti organizzazioni intergovernative e non governative dedite a questo tipo di attività.

⁴⁹ In questa prospettiva è particolarmente indicativa la comunicazione della Commissione europea su un approccio più coerente nel monitoraggio elettorale del 2000. Per quanto riguarda la collaborazione con l'OSCE, si veda il contributo di R. CHAMBERS, *Election Observation by the European Parliament in the OSCE Area*, European Parliament, Bruxelles, 2010.

⁵⁰ I rapporti sono facilmente reperibili *online* al partire dal sito www.europa.eu.

⁵¹ In argomento si rinvia ancora a A. GAWRICH, *op. cit.*, p.124, secondo cui: "the core effect of election observation is international naming and shaming. Based on rational choice assumptions, observed actors are expected to calculate the potential for gaining international legitimacy and the risk of losing it". Si veda anche M. WALLY, *Following up on Recommendations of EU Election Observation Missions*, European Parliament, Bruxelles, 2012.

quanto politico, per dare nel futuro prossimo una risposta ancora più estesa e organizzata alla crescente domanda di democrazia nel mondo.

L'Unione europea, in una fase storica in cui si trova a fronteggiare più che mai le critiche in ordine alla legittimazione democratica del suo funzionamento, agisce, con sempre maggiore convinzione e ricchezza di mezzi, nel sostenere la democrazia altrove. Il ruolo strategico che svolge e i risultati che ottiene, pur in presenza di alcune criticità per quanto riguarda segnatamente il coordinamento tra le sue istituzioni, costituiscono uno degli aspetti più significativi e ragguardevoli della sua azione esterna.

In tale contesto, caratterizzato da una rapida e costante evoluzione, si coglie, in particolare, la crescita del ruolo che il Parlamento europeo esercita in collaborazione con le altre istituzioni e l'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza.

La vocazione democratica del Parlamento europeo può così esprimersi con sempre maggiore vigore nel dare attuazione ai mezzi a disposizione dell'Unione europea per incentivare, più che condizionare, gli Stati a impegnarsi nel rispettare le regole democratiche nei rispettivi ordinamenti⁵².

Se questi elementi di crescente attenzione all'affermarsi e al consolidarsi della democrazia troveranno ulteriore conferma in futuro, le relazioni esterne dell'Unione europea acquisiranno una vocazione politica, e non solo commerciale, degna di nota.

Abstract

New Trends in the Promotion of Democracy in the External Action of the European Union

The role that the European Union plays with respect to the protection and promotion of democracy outside its borders finds its explicit legal basis in Articles 2 and 21 of the TEU. It is a peculiar role, as well as a qualified one, in progressive evolution.

The action of the various institutions involved and of High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy requires coordination which is not always easy and can be further improved. The action of the European Union is, in fact, very broad and involves different and yet complementary areas that are useful for making respect for democratic principles develop and / or consolidate.

In a constantly evolving framework, we are witnessing a progressive growth of the role of the European Parliament. In particular, the conduct of stable and joint relations by the latter with national parliaments, both in the European continental context and elsewhere,

⁵² Il Parlamento europeo potrebbe, ad esempio, non limitarsi a constatare la violazione dei diritti umani in determinati Paesi, ma invocare l'utilizzo dei meccanismi di sospensione degli accordi commerciali con essi vigenti o, comunque, l'assunzione di misure appropriate. Potrebbe, inoltre, sostenere l'inserimento di clausole di condizionalità democratica non solo negli accordi generali di cooperazione, ma anche in tutti quelli settoriali. Per una rassegna completa dei possibili miglioramenti dell'azione del Parlamento europeo in questo ambito, si rinvia al già richiamato studio intitolato *Le clausole sui diritti umani e la democrazia negli accordi internazionali della UE*, cit., p. 11 ss.

constitutes a considerable support to the general assertion of the role of parliaments in international relations, not as an alternative but in a manner complementary to that of national governments. Likewise, the participation, in an autonomous or coordinated way by the representatives of the European Parliament and the Commission, in election observation missions is absolutely strategic to give ever greater strength and credibility to electoral and referendum consultations in contexts that are not entirely mature or, occasionally, in difficulty.

Overall, the role that the European Union plays in supporting democracy outside its borders is constantly growing and is today one of the most significant aspects of its external relations.

Sara Poli*

La politica europea di vicinato e la sua evoluzione nei rapporti tra l'Unione e gli Stati del partenariato orientale

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La politica europea di vicinato e la sua peculiare natura nell'ambito dell'azione esterna dell'UE. – 3. La genesi della politica di europea di vicinato e i suoi sviluppi: le comunicazioni della Commissione del 2004 e del 2011. – 4. L'area di libero scambio globale e approfondita negli accordi di associazione con la Georgia, la Moldavia e l'Ucraina e il principio della condizionalità per l'accesso al mercato. – 5. Il meccanismo di risoluzione delle dispute e l'obbligo per il collegio di arbitri di riferire alla Corte di giustizia. – 6. L'applicabilità degli accordi ai territori contesi. – 7. La svolta della politica di vicinato del 2015: verso una maggiore flessibilità dell'UE. – 8. L'accordo di Partenariato Globale Economico con l'Armenia. – 9. La negoziazione di un accordo di partenariato strategico con l'Azerbaijan. – 10. Conclusioni.

1. Quest'anno ricorrono dieci anni dalla nascita del partenariato orientale¹. Per poter valutare la qualità della cooperazione stabilita dall'UE con i suoi vicini ad oriente, questo scritto esamina, in primo luogo, l'evoluzione della politica di vicinato europea. Dopo aver premesso che il quadro di relazioni intrattenute dall'Unione con gli Stati del vicinato non è qualificabile come un'autentica "politica", alla stregua delle altre componenti dell'azione esterna, si ripercorreranno brevemente le tappe che hanno portato alla sua creazione. L'attenzione sarà rivolta alle Comunicazioni che tra il 2004 e il 2011 sono state adottate dalla Commissione² per identificare gli indirizzi politici e i possibili scenari di cooperazione tra l'Unione e il suo eterogeneo gruppo di vicini ad est e a sud delle frontiere terrestri o marittime dei suoi Stati membri³. In secondo luogo, si metterà in evidenza come l'Unione abbia stabilito un'associazione politica ed economica stretta con la Georgia, la Moldavia e l'Ucraina; si esamineranno alcuni profili giuridici degli accordi di associazione (avendo particolare riguardo a quello con

* Ordinario di diritto dell'Unione europea nell'Università di Pisa.

¹ Dichiarazione congiunta del Summit del partenariato orientale di Praga, 7 maggio 2009, documento n. 8435/09 (Presse 78).

² Da sola o con l'Alto rappresentante dell'Unione (dopo la sua creazione nel 2010).

³ U. VILLANI, *La responsabilità dell'Unione europea nell'area euro-mediterranea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, p. 551 ss.

l'Ucraina) soffermandosi sui principali aspetti dell'area di libero scambio globale e approfondita, sul principio della condizionalità per l'accesso al mercato e sulle particolarità del meccanismo di risoluzione delle dispute. Ciò per mettere in evidenza quanto sia intenso il rapporto economico e politico in tutti i settori di competenza dell'UE con i tre Paesi del partenariato orientale. Infine, si tratterà dell'applicabilità degli accordi firmati nel 2014 ai territori contesi che si trovano all'interno dell'Ucraina, della Moldavia e della Georgia. Successivamente, proseguendo nella disanima dell'evoluzione della politica di vicinato europea, si darà conto della decisione dell'Unione nel 2015 di modificare la strategia verso gli Stati vicini, improntandola ad una maggiore flessibilità e pragmatismo. Sono testimonianza del nuovo orientamento le decisioni di concludere accordi di partenariato con l'Armenia nel 2018⁴ e di avviare la negoziazione per la stipulazione di un Trattato anche con l'Azerbaijan. Si dimostrerà come queste due iniziative configurino la volontà dell'UE di concludere accordi senz'altro meno ambiziosi rispetto a quelli con i tre vicini orientali associati precedentemente citati – non foss'altro perché non vengono create aree di libero scambio globali e approfondite. Allo stesso tempo, tali decisioni dimostrano l'interesse europeo ad alimentare rapporti di buon vicinato con Stati dell'Europa orientale che da un lato non hanno l'aspirazione di diventare membri dell'UE e dall'altro sono piuttosto lontani dal rispettare i valori di cui all'art. 2 del TUE.

Nonostante la Bielorussia sia parte del partenariato orientale, non sarà dedicato alcuno spazio alla cooperazione con tale Paese, avendo questa un carattere meramente embrionale. È l'unico Stato con il quale l'UE non ha ancora avviato una discussione per la conclusione di un accordo che sostituisca l'accordo di partenariato e cooperazione del 1995 (peraltro mai entrato in vigore per la sua mancata ratifica da parte dell'Unione europea). Membro dell'Unione economica euroasiatica, dal 2016 la Bielorussia partecipa ad un *forum* informale di discussione, il “gruppo di coordinamento UE-Belarus”, che include anche membri del servizio europeo per l'azione esterna, della Commissione e del governo bielorusso. Il Paese in esame presenta profili di criticità con riguardo al rispetto dei principi democratici e dei diritti umani e rimane ancora oggetto di un embargo di armi e di altre misure restrittive, sebbene queste ultime siano state drasticamente ridotte nel 2016.

⁴ Accordo di partenariato globale e rafforzato tra l'Unione europea e la Comunità europea dell'energia atomica e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica d'Armenia, dall'altra, la cui firma è stata autorizzata con la decisione (UE) 2017/104 del Consiglio, del 20 novembre 2017.

2. La cosiddetta “politica europea di vicinato”⁵, inaugurata nel 2003⁶, è considerata una delle “politiche regionali” dell’azione esterna dell’UE. In realtà, non si tratta di una “politica” in senso proprio, cioè dotata di obiettivi e di un proprio quadro istituzionale e decisionale *ad hoc*. Infatti, a differenza delle altre componenti esterne dell’Unione, è l’unica a non essere inserita nella parte V del TFUE. Anche l’art. 8 del TUE, previsto per la prima volta dal Trattato di Lisbona, non fa alcun riferimento alla “politica” di vicinato ma si limita a menzionare i Paesi limitrofi, prescrivendo che l’Unione sviluppi “relazioni privilegiate al fine di creare uno spazio di prosperità e buon vicinato fondato sui valori dell’Unione e caratterizzato da relazioni strette e pacifiche basate sulla cooperazione”. Gli strumenti per realizzare questi obiettivi sono “accordi specifici” che “possono comportare diritti e obblighi reciproci, e la possibilità di condurre azioni in comune”⁸. Peraltro, la base giuridica da ultimo citata non è mai stata utilizzata nella prassi degli accordi o delle misure a carattere unilaterale su cui si fondano i rapporti con i Paesi vicini⁹. Invece, ogni volta che le istituzioni dell’UE vogliono attuare gli orientamenti politici che definiscono il tipo e l’intensità della cooperazione che esse intendono instaurare con gli Stati del vicinato, fanno ricorso a tutte le pertinenti disposizioni della parte V del TFUE: dall’art. 217, in congiunzione con l’art. 218 del TFUE (e addirittura basi giuridiche

⁵ S. BLOCKMANS, A. LAZOWSKI, *The European Union and Its Neighbours. A Legal Appraisal of the EU's Policies of Stabilisation, Partnership and Integration*, The Hague, 2006; M. CREMONA, *The European Neighbourhood Policy: More than a Partnership?*, in M. CREMONA, *Developments in EU External Relations Law*, Oxford, 2008, p. 244 ss.; S. BLOCKMANS, *Friends or Foe? Reviewing EU Relations with its Neighbours Post-Lisbon*, CLEER Working Paper, 2011/3, reperibile online; B. VAN VOOREN, *EU External Relations Law and the European Neighbourhood Policy: A Paradigm for Coherence*, Abingdon, 2011; E. LANNON, P. VAN ELSUWEGE, *The Eastern Partnership: Prospects of a New Regional Dimension within the European Neighbourhood Policy*, in E. LANNON (ed.), *The European Neighbourhood Policy's Challenges*, Bruxelles, 2012, p. 285 ss.; F. HOFFMEISTER, *The Deep and Comprehensive Free Trade Agreements of the European Union – Concept and Challenges*, in M. CREMONA, T. TAKÁCS (eds.), *Trade Liberalisation and Standardisation – New Directions in the “Low Politics” of EU Foreign Policy*, CLEER Working Paper, 2013/6, reperibile online; N. GHAZARYAN, *The European Neighbourhood Policy and the Democratic Values of the EU: A Legal Analysis*, Oxford, 2014; G. STROZZI, *Commento all’articolo 8 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell’Unione europea*, Milano, 2014, II ed., p. 78 ss.; R. PETROV, P. VAN ELSUWEGE (eds.), *Legislative Approximation and Application of EU Law in the Eastern Neighbourhood of the European Union*, Oxon, 2014; S. POLI, *The European Neighbourhood Policy: Values and Principles*, Oxon, 2016; G. VAN DER LOO, *The EU-Ukraine Association Agreement and Deep and Comprehensive Free Trade Area*, Leiden, 2016; T. SCHUMACHER, D. BOURIS, *The Revised European Neighbourhood Policy: Continuity and Change in EU Foreign Policy*, Basingstoke, 2017; T. SCHUMACKER, A. MARCHETTI, T. DEMMELHUBER, *The Routledge Handbook on the European Neighbourhood Policy*, Oxon, 2018.

⁶ Vedi la comunicazione della Commissione, COM(2003)104 def., dell’11 aprile 2003, Prossimità: Un nuovo contesto per le relazioni con i nostri vicini orientali e meridionali, che illustra i rapporti di vicinato che l’UE intende promuovere con entusiasmo ed ottimismo nell’imminenza del più impegnativo allargamento cui l’UE abbia assistito, quello del 2004.

⁷ Tale è la definizione che viene data di tale politica sul sito del servizio europeo per l’azione esterna.

⁸ Il riferimento ai “diritti ed obblighi specifici” e alle “azioni in comune” si ritrova nell’art. 217 TFUE che costituisce il fondamento giuridico degli accordi di associazione.

⁹ R. PETROV, P. VAN ELSUWEGE, *Article 8 TEU: Towards a New Generation of Agreements with the Neighbouring Countries of the European Union?*, in *European Law Review*, 2011, p. 688 ss.

PESC¹⁰) per concludere accordi di associazione, agli articoli 212¹¹ e 213¹² del TFUE per misure a carattere unilaterale in materia di cooperazione economica, tecnica e finanziaria. Viene così confermata la ricostruzione dottrinale in base alla quale l'art. 8 non costituisce un fondamento giuridico specifico per condurre azioni relative alla politica europea di vicinato, ma si limita a fornire l'impostazione generale di tale politica¹³. Occorre poi rilevare che, in considerazione del nuovo scenario rappresentato dalla possibile uscita del Regno Unito dall'UE, l'art. 8 del TUE potrebbe essere utilizzato, in linea di principio, a fondamento dell'accordo sulle future relazioni con lo Stato che recede. Infatti, anche il Regno Unito, che è uno Stato europeo, una volta uscito dall'UE, potrebbe essere qualificato come "Stato limitrofo"; ci sarebbe senz'altro un interesse reciproco a mantenere relazioni privilegiate del tutto *sui generis* rispetto a quelle che l'UE intrattiene con qualsiasi altro Stato terzo. Se la disposizione in esame fosse così utilizzata, troverebbe finalmente una sua ragione d'essere nel Trattato: costituirebbe la base giuridica per fondare rapporti con Stati che sono strettamente collegati all'Unione senza però essere interessati all'adesione.

3. La politica di vicinato si fonda su alcuni documenti di natura politica elaborati dalla Commissione isolatamente (prima del Trattato di Lisbona) e poi insieme all'Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza (o "AR")¹⁴ tra il 2003 e il 2015. Il primo tra questi è la comunicazione "Europa ampliata"¹⁵. Nel 2002-2003 l'UE si propone di evitare nuove divisioni in Europa, in vista dell'allargamento del 2004 e si ritiene capace di promuovere la stabilità e la prosperità all'interno delle sue future frontiere e al di là di esse. Tuttavia, i rapporti con gli Stati terzi inquadrati nell'ambito della politica di vicinato vengono concepiti, seppur con una certa ambiguità, come alternativi rispetto a quelli offerti agli Stati che hanno una "prospettiva europea" (gli Stati Balcanici) o che sono già candidati all'ingresso nell'Unione (la Turchia).

Particolarmente interessante è l'accento posto sulla prosperità del vicinato; quest'ultimo obiettivo si dovrebbe raggiungere consentendo ai vicini di partecipare al mercato interno ("a stake in the internal market")¹⁶ a condizione che i *partners* adottino riforme che consentano loro di attuare l'*acquis* dell'Unione. Lo sviluppo di nuovi rapporti economici viene prospettato non solo ai vicini a sud ma anche ai nuovi Stati indipendenti (sia a quelli occidentali che quelli del Caucaso) con i quali,

¹⁰ Nel caso dell'accordo con l'Ucraina vengono aggiunte alle citate basi giuridiche disposizioni PESC per la prima volta nella prassi istituzionale dell'UE. Si tratta degli articoli 31, co. 1, e 37 del TUE.

¹¹ V., a titolo di esempio, decisione del Consiglio, del 14 aprile 2014, relativa alla concessione di assistenza macrofinanziaria a favore dell'Ucraina. Altre decisioni di questo tipo sono state adottate nei confronti della Georgia, Moldavia e altri Paesi del vicinato meridionale come Tunisia, Marocco e Giordania.

¹² Decisione (UE) 2018/947 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2018, relativa alla concessione di ulteriore assistenza macrofinanziaria all'Ucraina.

¹³ E. BARTOLONI, *Politica estera e azione esterna dell'Unione europea*, 2012, Napoli, p. 116. V. anche le considerazioni di D. GALLO, *I valori negli accordi di associazione dell'Unione europea*, in R. BARATTA, C. MORVIDUCCI, E. SCISO (a cura di), *I valori dell'Unione europea e l'azione esterna*, 2016, p. 142 ss., a p. 147 s.

¹⁴ Dopo la sua creazione avvenuta sulla base del regolamento 2010.

¹⁵ COM(2003)104 def.

¹⁶ *Ivi*, p. 10.

a cavallo tra la metà e la fine degli anni '90 del secolo scorso, l'allora Comunità economica europea, aveva concluso accordi di cooperazione e partenariato.

Nella comunicazione del 2003 emerge l'idea che l'UE voglia intensificare i rapporti con i vicini grazie allo stabilimento di vincoli pattizi finalizzati ad un livello di integrazione economica ambizioso: potrebbero addirittura prevedere la promozione e la protezione degli investimenti¹⁷ ed essere modellati su quelli che esistono tra l'UE, gli Stati membri e i tre Paesi terzi dello Spazio economico europeo¹⁸. Tutto ciò a condizione che gli Stati interessati attuino riforme politiche ed economiche, allineino la legislazione interna all'*acquis* dell'UE e si impegnino a rispettare i valori *comuni* tra le parti (non imposti, dunque, dall'Unione). È richiesto anche un impegno verso la ratifica di quegli strumenti internazionali che sanciscono la volontà di rispettare i menzionati valori. Ci si aspettano sforzi intesi a lottare contro la corruzione, a consolidare lo stato di diritto e l'indipendenza dell'apparato giudiziario. L'UE si impegna ad offrire ai Paesi vicini virtuosi forme di cooperazione economica avanzata, in particolare si fa riferimento ad una nuova generazione di accordi di libero scambio (ALS) "globali e approfonditi"¹⁹, differenziando così i suoi rapporti con tali Stati rispetto a quelli che prenderanno decisioni diverse. Le tappe del processo di riforma vengono definite dalla maggior parte degli Stati vicini²⁰ a grandi linee, sulla base di un piano di azione concordato con l'Unione; quanto al processo di attuazione delle riforme, questo è monitorato dalla Commissione che ne dà conto in rapporti periodici dedicati a ciascun Paese del vicinato.

L'Unione prevede di poter concludere accordi nuovi con ciascuno dei Paesi interessati, che sostituiscano quelli esistenti²¹ e intensifichino la cooperazione se le misure previste dai piani di azione saranno realizzate. Ponendo l'accento sulla condizionalità politica ed economica, la Commissione sembra voler adottare, nei rapporti con i vicini, la stessa tecnica utilizzata nei confronti degli Stati candidati all'allargamento, nella speranza che la metodologia sperimentata con i Paesi candidati consenta di raggiungere risultati simili, cioè la modernizzazione dell'economia e il radicamento di valori quali il rispetto di principi democratici, dei diritti umani e dello stato di diritto.

L'UE è interessata anche a stabilire rapporti stretti con gli Stati vicini per rafforzare il livello di sicurezza interna e internazionale. Infatti, figurano tra i settori oggetto della cooperazione la lotta al terrorismo e alla criminalità organizzata transnazionale, alle frodi doganali e fiscali. Si tratta, in effetti, di minacce alla sicurezza comuni. Dalla comunicazione del 2003 sembra emergere anche l'intenzione di voler rafforzare l'azione dell'UE a titolo di PESC negli Stati vicini, ad esempio contribuendo più attivamente alla soluzione dei conflitti in Palestina, nonché partecipando di più alla gestione dei conflitti congelati nei paesi limitrofi. Si pensi, ad esempio, a

¹⁷ *Ivi*, p. 13.

¹⁸ Liechtenstein, Islanda e Norvegia.

¹⁹ COM(2006)726 def., del 4 dicembre 2006, comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sullo sviluppo della politica europea di vicinato, p. 4 s.

²⁰ Ad esempio tra i vicini dell'est, la Bielorussia spicca poiché non ci sono mai state le condizioni politiche per concordare un piano di azione.

²¹ Molti dei vicini meridionali dell'Unione avevano concluso accordi di associazione con la Comunità economica europea tra la fine degli anni '60 e l'inizio degli anni '70 (Tunisia, Marocco, Algeria, Libia, Siria, Israele, Libano e Giordania). Tutti i vicini ad oriente avevano concluso accordi di partenariato e cooperazione negli anni '90 del secondo scorso.

quello tra la Moldavia e la Transnistria (rispetto al quale l'Unione sostiene le iniziative dell'OSCE e degli altri mediatori), ma anche a quello che riguarda il Marocco e il territorio del Sahara occidentale. Inoltre, si ipotizza persino, seppur timidamente, che l'UE possa gestire le crisi per garantire la sicurezza interna di Paesi terzi nella fase successiva alla composizione del conflitto. In realtà, questa ambizione non si è mai realizzata.

Nel periodo in cui l'Unione sta per affrontare il più importante allargamento della sua storia, l'organizzazione si confronta in modo ottimistico con gli Stati vicini, considerati i successi del processo di integrazione europea fino ai primi anni 2000. Tra il 2002 e il 2007 l'UE conclude i cosiddetti accordi euro-mediterranei con quasi tutti i vicini del sud, tranne l'Algeria, la Libia e la Siria. Si tratta di accordi di associazione che istituiscono una solida base per la cooperazione bilaterale ma non menzionano la creazione di aree di libero scambio globali e avanzate. Invece, a partire dal 2007 viene aperta la negoziazione per la conclusione di un accordo ambizioso, non meglio definito, con l'Ucraina.

Un momento di svolta nei rapporti con i vicini si verifica nel 2011 con lo scoppio dei conflitti della cosiddetta "Primavera araba" e il rovesciamento di regimi autoritari in alcuni Paesi del Mediterraneo meridionale. La Commissione, questa volta insieme all'AR, adotta una comunicazione in cui viene modificata la strategia perseguita dall'UE nei rapporti con il vicinato²².

In primo luogo, vi si annuncia che sarà dato maggiore sostegno ai *partner* impegnati a dar vita ad una democrazia "a tutti gli effetti" in cui il diritto al voto è accompagnato dal godimento della libertà di espressione, dal diritto di accesso ad una giustizia imparziale amministrata da giudici indipendenti, dal pluralismo partitico, dalla libertà di pensiero, di coscienza e di culto. L'UE è interessata a supportare la transizione verso tale tipo di democrazia purché negli Stati vicini la sicurezza sia garantita da forze armate e di polizia, soggette alla legge, e il funzionamento dell'apparato statale sia assicurato da un'amministrazione pubblica competente e non corrotta. La convinzione è che la libertà e il benessere economico favoriranno la stabilità degli Stati nel lungo periodo.

In secondo luogo, viene prospettato ai *partner* virtuosi, non necessariamente ai soli vicini ad est, un migliore accesso al mercato interno, attraverso la conclusione di accordi di libero scambio "globali e approfonditi" che siano intesi ad abbattere non solo le barriere tariffarie, ma anche quelle non tariffarie, facendo convergere le norme dei Paesi vicini che incidono sugli scambi con quelle dell'UE. Tali accordi, che potranno essere conclusi solo se i *partners* siano già membri dell'OMC, impongono un'imponente opera di allineamento normativo che è estremamente onerosa per Stati i cui apparati statali siano limitati e le cui condizioni economiche siano difficili. Per questo, l'UE si dichiara pronta a finanziare progetti a favore degli Stati vicini grazie allo strumento europeo di vicinato (ENI)²³ e ad ampliare le possibilità di erogazione di prestiti della BEI e della BERS, anche mediante l'estensione del mandato della BERS ad alcuni partner meridionali. A ciò si aggiunge che l'UE assiste i vicini attraverso lo strumento di assistenza macrofinanziaria, essenzialmente

²² COM(2011)303 def., del 25 novembre 2011, Una risposta nuova ad un vicinato in mutamento.

²³ Regolamento (UE) n. 232/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce uno strumento europeo di vicinato.

erogando prestiti, laddove i *partners* abbiano difficoltà temporanee relative alla bilancia dei pagamenti.

In terzo luogo, l'UE intende agevolare la mobilità e i contatti interpersonali. Più in particolare, si impegna a portare avanti il processo di facilitazione del rilascio dei visti di breve periodo e a realizzare l'obiettivo nel medio-lungo termine di abolire il requisito del visto. L'UE è disposta ad adottare simili iniziative in cambio della dimostrazione che il Paese è in grado di gestire le proprie frontiere esterne, e della cooperazione nella gestione dell'immigrazione illegale. Ciò risulta particolarmente importante considerato che i vicini del sud sono fonti di origine e di transito dell'immigrazione illegale. La comunicazione della Commissione del 2011 sembra addirittura lasciare aperta la possibilità di favorire l'apertura di canali di immigrazione legale, purché questa sia ben gestita. Tale strategia risulta pienamente coerente con il cosiddetto "approccio globale" dell'UE all'immigrazione, elaborato nel 2005 e modificato proprio nello stesso anno in cui l'UE ridefinisce i suoi rapporti con il vicinato²⁴.

In quarto luogo, la Commissione evidenzia interesse verso una cooperazione di tipo settoriale; ad esempio, viene prospettata ai Paesi vicini ad est l'estensione al trattato che istituisce la Comunità per l'energia²⁵, concepito inizialmente per estendere l'*acquis* dell'UE ai Paesi dell'area balcanica (candidati all'adesione), mentre si propone di dar vita ad una nuova "Comunità UE-Mediterraneo meridionale dell'energia".

Si fa cenno anche alla prospettiva di intraprendere altre missioni, per sostenere i *partners* nel loro sforzo di riforma dei settori della sicurezza e della giustizia²⁶, oltre a quelle in cui l'UE è già impegnata²⁷. Infine, per la prima volta la Commissione e l'AR pongono l'enfasi sul principio della condizionalità negativa: annunciano che i finanziamenti potrebbero essere ridotti in quei Paesi in cui non vengono realizzate le riforme. Aggiunge che le relazioni con i governi che violano i diritti umani saranno ridimensionate e questi potranno essere oggetto di sanzioni da parte dell'Unione.

Nel corso degli anni, la politica di vicinato non ha prodotto i risultati sperati poiché molti Stati vicini non hanno voluto o potuto, a causa dell'instabilità interna, attuare le riforme necessarie ad avvicinarli ai membri dell'UE. Gli strumenti attraverso i quali le istituzioni europee intendevano incentivare i vicini ad accedere alla via del cambiamento istituzionale, e cioè l'assistenza tecnica ed economica e gli aiuti e il sostegno della BERS e della BEL, non sono risultati sufficienti. È questo il caso di tutti i Paesi vicini meridionali, tranne Israele, Tunisia e Marocco e di vari vicini orientali tranne Moldavia, Georgia e Ucraina. Invece, i tre Stati da ultimo citati hanno concluso accordi che, dopo una certa esitazione²⁸, l'UE ha accettato di

²⁴ Vedi il documento della Commissione "Approccio globale in materia di migrazione: Azioni prioritarie incentrate sull'Africa e il Mediterraneo", allegato I alle conclusioni del Consiglio europeo del 15/16 dicembre 2005.

²⁵ R. PETROV, *Energy Community as a Promoter of the European Union's 'Energy Acquis' to Its Neighbourhood*, in *Legal Issues of Economic integration*, 2012, p. 349 ss.

²⁶ COM(2011)303 def., p. 6.

²⁷ Come la missione UE di monitoraggio in Georgia, la missione UE di assistenza alle frontiere nella Repubblica di Moldova/Ucraina o la missione di polizia e la missione UE Rafah di assistenza alle frontiere nei territori palestinesi occupati.

²⁸ Questa era dovuta al rischio che l'utilizzo di accordi di associazione potesse essere interpretata dai *partners* come un'apertura da parte dell'Unione alla prospettiva di adesione.

qualificare (prima per l'Ucraina e poi anche per gli altri due Stati e per l'Armenia), come veri e propri accordi di associazione basati, quindi, *inter alia*, sull'art. 217 del TFUE e per la prima volta anche su una disposizione della PESC (l'art. 37 del TUE), a testimonianza degli stretti rapporti che intende intrattenere con tali Stati in tutti i settori di competenza dell'organizzazione. Al momento, questi sono gli unici accordi di associazione esistenti.

Nel 2015 è stata aperta la negoziazione per la conclusione di accordi di libero scambio anche con la Tunisia e il Marocco. Il primo Stato è quello in cui il processo di transizione democratica è più avanzato nella regione²⁹; il mandato negoziale dell'accordo non è pubblico ed è stata peraltro autorizzata la negoziazione di un mero accordo di libero scambio; ciò fa pensare ad un accordo commerciale classico. Quanto al Marocco, i negoziati per la firma di un accordo di libero scambio globale e approfondito sono stati sospesi³⁰ a causa delle tensioni causate dall'interpretazione offerta dalla Corte di giustizia con riguardo all'applicazione territoriale dell'accordo sulla liberalizzazione degli scambi di prodotti agricoli e della pesca tra l'Unione e il Marocco al territorio del Sahara occidentale³¹, nonché della sua posizione con riguardo alla validità dell'accordo di partenariato nel settore della pesca nell'ambito del rinvio pregiudiziale *Western Sahara Campaign UK*³². In entrambi i casi il giudice dell'Unione interpreta gli accordi in modo tale da non permettere che l'Unione violi il principio di autodeterminazione dei popoli.

4. Gli accordi con Georgia, Moldavia e Ucraina sono di tipo misto, come avviene nella prassi più recente degli accordi di associazione conclusi dall'Unione. La scelta verso questa tipologia di accordo testimonia l'interesse dell'UE ad intrattenere un rapporto privilegiato con i tre Stati del partenariato orientale. Ciò non implica che sia automaticamente aperta la prospettiva di adesione all'Unione. Gli accordi si limitano a riconoscere le aspirazioni europee dei tre *partners*³³ ma non ci sono indicazioni concrete che facciano pensare ad una prospettiva di adesione, che, anzi, appare esclusa nel breve e medio termine. Certamente, rimane molto ambigua l'affermazione nei preamboli dei tre accordi che questi ultimi non pregiudicano futuri sviluppi nei rapporti tra ciascuno dei tre Paesi e l'Unione. L'associazione con quest'ultima è finalizzata ad integrare gradualmente i tre *partners* nel mercato interno e a promuovere la graduale convergenza normativa in numerosissimi set-

²⁹ Risoluzione del Parlamento europeo del 25 febbraio 2016 sull'avvio di negoziati per un accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Tunisia, P8_TA(2016)0061, punto 6.

³⁰ Risoluzione non legislativa del Parlamento europeo del 16 gennaio 2019 sul progetto di decisione del Consiglio relativa alla conclusione dell'accordo in forma di scambio di lettere tra l'Unione europea e il Regno del Marocco relativo alla modifica dei protocolli n. 1 e 4 dell'accordo euro-mediterraneo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e il Regno del Marocco, dall'altra, punto 31.

³¹ Nella sentenza del 21 dicembre 2016, causa C-104/06 P, *Consiglio c. Front Populaire*, la Corte di giustizia annulla la sentenza del Tribunale per aver statuito che l'accordo in questione si applicava anche al territorio del Sahara occidentale. Per un commento sul ricorso in appello e sulla sentenza del Tribunale si veda U. VILLANI, *La Cour de justice de l'Union européenne et le droit à l'autodétermination du peuple sahraoui*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano*, 2018, p. 1007 ss.

³² V. sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 2018, causa C-266/16.

³³ A differenza dell'Ucraina e della Moldavia, che sono definiti nel preambolo degli accordi di associazione "Paesi europei", con un chiaro riferimento all'art. 49 del TUE, la Georgia è definita un "Paese dell'Europa orientale".

tori³⁴. La decisione di istituire la forma di cooperazione più stretta possibile che l'UE possa offrire a Paesi terzi è intesa anche a ricompensare l'attuazione di riforme interne.

Come è noto, gli accordi di associazione dovevano essere firmati (insieme a quello con l'Armenia) al summit di Vilnius, nel novembre 2013, ma il processo si è arrestato a causa del rifiuto, all'ultimo momento, del Presidente Yanukovich di apporre la firma al testo negoziato. Anche il Governo armeno ha preso la stessa decisione ed ha poi aderito all'Unione economica eurasiatica. Solo nel 2017 ha concluso un accordo di partenariato con l'Unione³⁵. Il Trattato con l'Ucraina è stato invece firmato nel 2014, dopo un tumultuoso cambio di governo e lo scoppio del conflitto con la Russia³⁶. Tutti e tre gli accordi sono entrati in vigore a titolo provvisorio nel 2014³⁷ e a titolo definitivo nel 2016³⁸ e nel 2017 nel caso dell'Ucraina³⁹.

I trattati hanno una portata materiale molto ampia, che comprende gli scambi e la cooperazione commerciale⁴⁰, economica⁴¹, finanziaria e politica (sia nel settore dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia che in quello della politica estera e di

³⁴ Per una descrizione e commento approfondito del contenuto dell'accordo si rimanda a M. EVOLA, *The EU-Ukraine Association Agreement, between the European Neighbourhood Policy and Admission*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2014, p. 199 ss., spec. p. 205 ss.

³⁵ Per ulteriori informazioni, vedi *infra*, paragrafi 7 e 8.

³⁶ Giova ricordare che il conflitto in Ucraina è alimentato dalla Russia; il primo Paese ha perso il controllo del territorio nella sua parte orientale: si sono autoproclamate due Repubbliche autonome (Repubbliche di Luhansk e Doneck), non riconosciute da alcuno Stato. Inoltre, ancor prima degli sviluppi nell'est dell'Ucraina, la Crimea è stata annessa alla Federazione Russa.

³⁷ Tuttavia, l'entrata in vigore a titolo provvisorio della parte dell'accordo con l'Ucraina che disciplina l'area di libero scambio globale e approfondita per l'Ucraina è stata sospesa fino al 31 dicembre 2015 per venire incontro alle richieste della Russia che si riteneva danneggiata dagli effetti dell'accordo. Contemporaneamente, l'UE ha unilateralmente concesso preferenze tariffarie autonome nel 2015. V. il comunicato stampa del 16 settembre 2014, reperibile *online*.

³⁸ Decisione (UE) 2016/839 del Consiglio, del 23 maggio 2016, relativa alla conclusione, a nome dell'Unione europea, dell'accordo di associazione tra l'Unione europea e la Comunità europea dell'energia atomica e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Moldova, dall'altra; decisione (UE) 2016/838 del Consiglio, del 23 maggio 2016, relativa alla conclusione, a nome dell'Unione europea, dell'accordo di associazione tra l'Unione europea e la Comunità europea dell'energia atomica e i loro Stati membri, da una parte, e la Georgia, dall'altra.

³⁹ V. Decisione (UE) 2017/1247 del Consiglio, dell'11 luglio 2017, relativa alla conclusione, a nome dell'Unione europea, dell'accordo di associazione tra l'Unione europea e la Comunità europea dell'energia atomica e i loro Stati membri, da una parte, e l'Ucraina, dall'altra, fatta eccezione per le disposizioni concernenti il trattamento dei cittadini dei Paesi terzi legalmente assunti come lavoratori subordinati nel territorio dell'altra parte. L'entrata in vigore a titolo definitivo dell'accordo è stata ostacolata da vicende interne all'Unione. Infatti, nel 2016 il processo di ratifica dell'accordo si è arrestato in Olanda, a seguito di un *referendum* negativo. Il Governo olandese ha, infine, approvato il testo grazie alle rassicurazioni fornite al Paese da una dichiarazione sottoscritta a livello intergovernativo dagli Stati membri sulle implicazioni collegate allo stesso. In tale documento, che costituisce un mero atto di natura politica, viene sottolineato come l'accordo non renda automatica l'adesione dell'Ucraina all'Unione o obblighi gli Stati membri ad intervenire ai fini della difesa nel Paese o a favorire l'ammissione dello stesso alla NATO. Tra i molti commenti v. A. TYUSHKA, *Association-cum-Integration: The EU-Ukraine Association Agreement and the 'Association Law' as an Institution of Ukraine's European Integration*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2018, p. 87 ss.

⁴⁰ Titolo IV dell'accordo con l'Ucraina.

⁴¹ Comprendente, *inter alia*, la cooperazione in materia di energia, fiscale e ambientale, i trasporti e lo spazio, la cooperazione scientifica e tecnologica, la politica industriale, la politica audiovisiva e il turismo, la politica agricola, marittima e della pesca, la protezione dei consumatori, la sanità pubblica, l'istruzione e la formazione, la cultura.

sicurezza comune). Ma il loro obiettivo più importante è la creazione di un'area di libero scambio "globale e approfondita" che viene istituita a partire dall'entrata in vigore dell'accordo di associazione nel caso della Georgia⁴² e nell'arco di un periodo transitorio di dieci anni per gli altri due Stati⁴³.

La portata materiale dell'area di libero scambio va ben al di là dei settori disciplinati dagli accordi OMC in quanto comprende, oltre ad impegni a liberalizzare gli scambi di merci, disposizioni intese alla liberalizzazione della prestazioni di servizi, ad assicurare la libertà di stabilimento e la libertà di circolazione dei capitali; a liberalizzare l'accesso agli appalti pubblici (solo parzialmente regolata nell'ambito dell'OMC), a tutelare i diritti di proprietà intellettuale, a rispettare norme in materia di concorrenza e aiuti di stato, al fine di evitare che le imprese europee concorrano in modo sleale con quelle locali. Infine, l'accordo disciplina l'energia e contiene un capitolo dedicato all'ambiente. Considerata la portata, lo spazio di libero scambio viene qualificato come "globale". Inoltre, è anche "approfondita" poiché, oltre a prevedere l'abbattimento degli ostacoli tariffari al commercio, le disposizioni degli accordi contengono anche una serie di obblighi finalizzati a rimuovere le barriere non tariffarie al commercio e ad attribuire il trattamento nazionale alle merci dei *partners* (cioè a trattarle come se fossero prodotti domestici). Per poter far ciò, è richiesto ai *partners* di far convergere le proprie norme con quelle dell'Unione. Il fine ultimo è integrare i tre Paesi gradualmente nel mercato interno. Si tratta della forma di cooperazione più stretta che l'Unione abbia con uno Stato terzo per il quale non sia in vista l'adesione. È un modello di accordi unico⁴⁴ per l'intensità e la portata della cooperazione, se si esclude l'accordo che istituisce uno spazio economico europeo.

Vale la pena aggiungere che gli accordi di associazione in esame vanno oltre le indicazioni emerse nella comunicazione della Commissione "Global Europe-competing in the world"⁴⁵ del 2006. In tale documento si mette in evidenza come la strategia dell'Unione per gli anni a venire avrebbe dovuto essere rivolta alla conclusione di accordi commerciali bilaterali che mirassero ad assicurare un livello di liberalizzazione degli scambi superiore rispetto a quello previsto nell'ambito dell'OMC, essendo in fase di stallo il processo di liberalizzazione nel contesto multilaterale⁴⁶. L'obiettivo dell'Unione doveva essere l'apertura di nuovi mercati per le merci e i servizi europei e nella comunicazione erano indicati i settori e gli ambiti di cooperazione che avrebbero dovuto essere regolati dagli accordi⁴⁷. Va anche messo in evidenza, per inciso, che i Paesi del vicinato orientale non rientravano tra

⁴² Art. 22 dell'accordo con la Georgia.

⁴³ Art. 25 dell'accordo con l'Ucraina, art. 143 dell'accordo con la Moldavia.

⁴⁴ G. VAN DER LOO, P. VAN ELSUWEGE, R. PETROV, *The EU-Ukraine Association Agreement: Assessment of an Innovative Legal Instrument*, EUI Working Papers (Law), 2014/09, p. 11, reperibile online.

⁴⁵ COM(2006)567 def., del 4 ottobre 2006. Per un commento v. C. DI TURÌ, *La strategia commerciale dell'Unione europea tra regionalismo economico e multilateralismo: quale ruolo per gli accordi di libero scambio di nuova generazione*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 81 ss.

⁴⁶ L'unico ambito non coperto dagli accordi di associazione, ma considerato cruciale nella comunicazione sopra citata, è quello degli investimenti. Nell'accordo con l'Ucraina ci sono solo alcune disposizioni in materia di investimenti esteri diretti in materia di ambiente.

⁴⁷ Il primo accordo di libero scambio che attua la strategia *Global Europe* è l'accordo con i Paesi caraibici del Paesi Africa, Caraibi, Pacifico (l'accordo di partenariato economico Cariforum del 2009), seguito da quello con la Corea del Sud. V. F. HOFFMEISTER, *op. cit.* p. 17.

quelli considerati prioritari per la Commissione⁴⁸; il sostegno fornito dall'Unione ha ragioni più politiche che economiche.

L'accordo con l'Ucraina, che è disciplinato in circa 2000 pagine, nel titolo IV dedicato agli scambi commerciali prevede che siano aboliti gli ostacoli tariffari agli scambi di merci: i dazi doganali sulle importazioni⁴⁹ ed esportazioni di merci⁵⁰; i sussidi alle esportazioni non potranno più essere applicati⁵¹. Simili disposizioni sono contenute negli altri due accordi. Il testo del Trattato con l'Ucraina individua le merci per le quali dovranno essere aboliti o diminuiti i dazi. Invece, gli altri due accordi adottano una tecnica diversa: stabiliscono il principio dell'abolizione dei dazi sulle merci, salvo quelle individuate negli annessi. Oltre all'abolizione dei dazi sui prodotti industriali, tessili e materie prime⁵², la maggior parte dei quali saranno aboliti immediatamente (tra le eccezioni ci sono le automobili), l'accordo comporta la quasi piena liberalizzazione degli scambi di prodotti agricoli⁵³. Per questi ultimi il processo ha carattere asimmetrico poiché prevede che gli ostacoli al commercio siano aboliti subito per la maggior parte delle importazioni dall'Ucraina; invece, la maggior parte dei dazi applicabili sulle esportazioni dall'Unione continueranno ad applicarsi più a lungo⁵⁴. Naturalmente, taluni prodotti agricoli ucraini, considerati sensibili per l'Unione, rimangono soggetti a quote di importazione (simili eccezioni sono disposte dall'accordo con la Moldavia e la Georgia)⁵⁵.

Uno dei tratti distintivi dei tre accordi rispetto ad altri di natura commerciale è che la cooperazione nell'ambito dello spazio di libero scambio globale e approfondito si basa su un meccanismo, non esplicitamente identificato come tale nel testo dell'accordo, che può essere definito della condizionalità per l'accesso al mercato. Questo prevede che la piena partecipazione al mercato interno sarà possibile, su decisione del Consiglio di associazione, formato da rappresentanti delle Parti a livello ministeriale⁵⁶, man mano che i tre Paesi attuano il pertinente *acquis* dell'Unione. Il meccanismo condiziona l'ottenimento di vantaggi per il Paese terzo (l'accesso al mercato) alla convergenza delle sue norme interne rispetto a quelle di origine unionale.

Così, potrà essere riconosciuta l'equivalenza delle norme sanitarie e fitosanitarie dei *partners* rispetto a quelle dell'Unione, se i tre Paesi procedono sulla via dell'approssimazione legislativa in questo settore⁵⁷; oppure sarà possibile concludere un accordo sulla valutazione della conformità e l'accettazione dei prodotti industriali che consentirà di considerare equivalenti a quelle dell'Unione le valu-

⁴⁸ Infatti, nel 2014 il commercio con tutti gli Stati del vicinato era pari al 2% rispetto a quello complessivo dell'Unione con il resto del mondo. V. SWD(2015)77 fin., del 23 maggio 2015, Attuazione della politica di vicinato-statistiche, p. 37. Erano invece prioritari per l'UE i Paesi dell'Asean, la Corea e quelli del Mercosur.

⁴⁹ Accordo di associazione tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e l'Ucraina, dall'altra, art. 29.

⁵⁰ *Ivi*, art. 31.

⁵¹ *Ibidem*, rt. 32.

⁵² G. VAN DER LOO, *op. cit.*, p. 232.

⁵³ *Ivi*, p. 229.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Art. 461, co. 2, dell'accordo con l'Ucraina.

⁵⁷ Art. 66 (accordo con l'Ucraina), art. 57 (accordo con la Georgia), art. 183 (accordo con la Moldavia).

tazioni di conformità e le certificazioni relative ai prodotti industriali provenienti dai *partners*, qualora gli Stati associati si allineino alla legislazione settoriale e orizzontale dell'Unione⁵⁸; tali prodotti potranno così accedere al mercato interno senza restrizioni.

Ancora, il principio della condizionalità sull'accesso al mercato si applica in materia di appalti⁵⁹. In questo settore l'accordo prevede l'accesso reciproco ai mercati degli appalti pubblici a livello nazionale, regionale e locale, sulla base del principio del trattamento nazionale⁶⁰. Al contempo, gli Stati associati assicurano che la propria legislazione presente e futura in questo settore sia resa progressivamente compatibile con il relativo *acquis* dell'UE. La portata dell'accesso al mercato reciprocamente concesso è collegata ai progressi compiuti in tale processo e la decisione è presa dal Comitato di associazione nella formazione commercio⁶¹.

Si osservi che ci sono settori dell'area di libero scambio globale e approfondita in cui l'Ucraina procede ad allinearsi all'*acquis* dell'Unione, senza che operi alcun meccanismo di condizionalità sull'accesso al mercato. Sono tali la concorrenza⁶² e gli aiuti di stato⁶³.

Degno di nota è anche che il processo di approssimazione regolatoria debba avvenire tenendo in considerazione l'interpretazione offerta dalla Corte di giustizia, come avviene, ad esempio in materia di appalti⁶⁴. Tale vincolo dovrebbe garantire l'uniforme applicazione dell'*acquis* dell'Unione negli ordinamenti interni dei partner contraenti. Gli accordi non arrivano a prescrivere il principio dell'omogeneità⁶⁵ nell'interpretazione delle disposizioni del Trattato, come invece prevede l'accordo sullo Spazio Economico Europeo. Tuttavia, l'obbligo di adeguamento alla giurisprudenza della Corte di giustizia è comunque molto pervasivo.

Dal quadro sommariamente delineato risulta che il grado di apertura del mercato interno che l'UE ha tendenzialmente accettato di concedere ai tre *partners* del vicinato orientale risulta particolarmente ampio; è richiesto, però, il ravvicinamento normativo nei settori chiave del mercato interno. Notevole è anche la limitazione della sovranità accettata dai tre *partners* che si sono impegnati a tenere in considerazione la giurisprudenza della Corte di giustizia nel processo di avvicinamento all'*acquis* dell'Unione. Come è stato osservato, quest'ultima avrebbe potuto con-

⁵⁸ Art. 57 (accordo Ucraina), art. 48 (accordo con la Georgia), art. 174 (accordo con la Moldavia).

⁵⁹ Art. 154 (accordo con l'Ucraina), art. 147 (accordo con la Georgia), art. 273 (accordo con la Moldavia).

⁶⁰ Art. 148 (accordo con l'Ucraina), art. 141 (accordo con la Georgia), art. 268 (accordo con la Moldavia).

⁶¹ V. art. 154 (accordo con l'Ucraina), art. 147 (accordo con la Georgia), art. 274 (accordo con la Moldavia).

⁶² L'art. 256 dell'accordo con l'Ucraina nel capo dedicato alla concorrenza specifica le norme di diritto secondario a cui deve essere approssimata la legislazione dell'Unione. Non ci sono disposizioni corrispondenti nei testi degli accordi con la Moldavia e la Georgia.

⁶³ Nell'interpretare le disposizioni dell'accordo che riguardano gli aiuti di stato e che corrispondono alle norme del TFUE, sono considerate "mere fonti di ispirazione" il diritto derivato, le discipline, gli orientamenti e gli altri atti amministrativi in vigore nell'Unione europea, nonché la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea compresa. V. art. 264 con riguardo agli aiuti di stato (accordo con l'Ucraina). Nell'accordo con la Moldavia c'è una disposizione simile all'art. 264, ma non identica (v. art. 340).

⁶⁴ Art. 153, co. 2 (accordo con l'Ucraina), art. 146, co. 2 (accordo con la Georgia), art. 273, co. 2 (accordo con la Moldavia).

⁶⁵ V. art. 102 dell'accordo sullo Spazio economico europeo.

cludere accordi con le caratteristiche sopra individuate solo con Paesi “with small economies” e strettamente dipendenti dal mercato interno⁶⁶, come quelli in esame. Viceversa, è difficilmente concepibile che l'UE possa stipulare accordi simili con Paesi più lontani dall'Unione, economicamente più solidi dei tre Stati associati e meno dipendenti dal mercato interno. Va anche ricordato che il meccanismo della condizionalità per l'accesso al mercato non è presente negli accordi di stabilizzazione e associazione conclusi con gli Stati candidati dell'area balcanica⁶⁷, per i quali la prospettiva di adesione all'UE è determinata quanto all'*an* anche se non riguardo al *quando*.

Se il contenuto dei tre accordi è simile, va detto che ci sono importanti differenze di cui non si può non dar conto in questo scritto. Alcune di queste sono dovute al fatto che l'Ucraina è lo Stato di gran lunga più grande rispetto agli altri due, in termini di popolazione e territorio; per questo motivo il suo mercato presenta una maggiore attrattività per gli operatori economici dell'Unione rispetto a quello moldavo e georgiano; allo stesso tempo, l'Ucraina ha una maggiore forza contrattuale; inoltre, ha negoziato per prima l'accordo (a partire dal 2008) mentre Georgia e Moldavia hanno potuto avviare il processo nel 2012 proprio quando la negoziazione del primo era stata conclusa⁶⁸.

Una disposizione unica nell'accordo ucraino è quella che interessa il trattamento dei lavoratori ucraini per quanto riguarda le condizioni di lavoro, di retribuzione o di licenziamento, rispetto ai cittadini dello Stato membro nel cui territorio sono legalmente occupati. L'art. 17 dell'accordo in esame stabilisce il principio del divieto di discriminazione in relazione al trattamento sopra identificato. In linea di principio, la disposizione risulta particolarmente favorevole per i lavoratori ucraini⁶⁹. Tuttavia, occorre sottolineare che tutti e tre gli accordi di associazione sono privi di effetti diretti⁷⁰. Di conseguenza, nell'ambito di un rinvio pregiudiziale non può essere riconosciuto ad un singolo la possibilità di far valere direttamente i diritti individuati da tale accordo davanti ai giudici nazionali. Viceversa, come è noto, qualora il testo di un accordo concluso dall'Unione non contenga disposizioni che ne escludono l'effetto diretto, la Corte di giustizia ha potuto in via interpretativa attribuire un tale effetto ad una disposizione sufficientemente precisa e incondizionata dell'accordo, se questo è idoneo a produrre tali effetti considerata la sua natura e il suo oggetto. Ciò è avvenuto, ad esempio, nella sentenza *Simutenkov* riguardante l'accordo di partenariato e cooperazione con la Russia⁷¹.

⁶⁶ G. VAN DER LOO, *op. cit.*, p. 223 ss.

⁶⁷ Naturalmente gli accordi di stabilizzazione e associazione stabiliscono obblighi di armonizzazione normativa progressiva rispetto a tutto l'*acquis* dell'Unione.

⁶⁸ G. VAN DER LOO, *op. cit.*, p. 315.

⁶⁹ Peraltro, si segnala che il Regno Unito ha voluto esercitare il diritto di *opt-out*, previsto dal Protocollo n. 19 al Trattato di Lisbona, proprio in relazione a questa disposizione del Trattato ed ha preteso al momento della conclusione dell'accordo che il Consiglio adottasse una specifica decisione nella quale si precisava che tale Stato membro non era tenuto al rispetto dell'art. 17, in virtù del suddetto Protocollo.

⁷⁰ V. art. 5 della decisione (UE) 2017/1247 del Consiglio, dell'11 luglio 2017, art. 5 della decisione (UE) 2016/838 del Consiglio, del 23 maggio 2016, e art. 5 della decisione (UE) 2016/839 del Consiglio, del 23 maggio 2016.

⁷¹ Il giudice dell'Unione ha ritenuto che l'art. 23, co. 1, dell'accordo, che stabiliva il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità con riguardo alle condizioni di lavoro, fosse direttamente efficace. V. sentenza della Corte di giustizia del 12 aprile 2005, causa C-265/03, *Simutenkov*, punti 20-29.

5. Gli accordi di associazione contengono disposizioni uniche anche con riguardo al sistema di risoluzione delle dispute che insorgono in relazione alle disposizioni sull'approssimazione normativa in particolari settori della zona di libero scambio globale e approfondita⁷², o che comunque “impongono a una Parte un obbligo definito con riferimento a una disposizione del diritto dell'UE⁷³”. Qualora la controversia di cui sopra riguardi l'interpretazione e l'applicazione del diritto UE, il collegio di arbitri non dovrà decidere⁷⁴ ma sospenderà il procedimento e si rivolgerà alla Corte di giustizia, come avviene nell'ambito di un rinvio pregiudiziale per i giudici di ultima istanza. La sentenza emessa sarà vincolante per il collegio arbitrale. Quest'obbligo è inteso a salvaguardare l'autonomia dell'ordinamento dell'UE in quei settori in cui le norme dell'Unione sono collegate al funzionamento del mercato interno. Gli obblighi descritti del collegio arbitrale non si ritrovano in altri accordi dell'Unione e sono del tutto coerenti come quelli relativi all'approssimazione normativa stabiliti dai tre Trattati. Il sistema di risoluzione delle controversie previsto dagli accordi di associazione in esame deve considerarsi senz'altro compatibile con le norme che disciplinano il sistema dei rimedi dell'Unione e, in particolare, la competenza esclusiva della Corte di giustizia a determinare l'interpretazione e l'applicazione del diritto unionista⁷⁵.

Come è noto, nel parere 1/91 il giudice dell'Unione non ha escluso la compatibilità con le regole dei Trattati di accordi che prevedono l'istituzione di un giudice incaricato dell'interpretazione delle loro disposizioni⁷⁶. Tuttavia, il funzionamento di un organo giurisdizionale esterno che possa interpretare e stabilire come applicare le disposizioni dell'accordo non deve alterare le competenze della Corte di giustizia, altrimenti ne risulterebbe violata l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione⁷⁷. Ad esempio, se le istituzioni dell'Unione sono vincolate sul piano

⁷² Ostacoli tecnici al commercio, le misure sanitarie e fitosanitarie, le dogane e facilitazione degli scambi, lo stabilimento e il commercio di servizi e commercio elettronico, appalti pubblici e concorrenza.

⁷³ Art. 322, co. 1, dell'accordo di associazione con l'Ucraina.

⁷⁴ Art. 322, co. 2, dell'accordo di associazione con l'Ucraina; simile è il testo dell'art. 403 del Trattato con la Moldavia e dell'art. 267 dell'Accordo con la Georgia anche se quest'ultimo ha un'applicazione più limitata.

⁷⁵ Art. 19, co. 1, del TUE e art. 344 del TFUE. La compatibilità del sistema di risoluzione delle controversie tra investitori e Stati, istituito dall'accordo economico e globale tra l'UE e il Canada (il CETA), è stata messa in discussione dal Belgio che ha chiesto un parere alla Corte di giustizia, *ex art.* 218, co. 11, del TFUE. Secondo lo Stato richiedente, il tribunale arbitrale, che opera nell'ambito del menzionato sistema di risoluzione delle controversie, potrebbe trovarsi ad esaminare questioni di interpretazione di diritto dell'Unione senza avere l'obbligo di rivolgersi alla Corte di giustizia, in violazione della competenza esclusiva di quest'ultima al riguardo. Tuttavia, il giudice dell'UE ha ritenuto compatibili con il Trattato le disposizioni del CETA, poiché non permettono al Tribunale arbitrale, istituito dall'accordo in esame, di interpretare o applicare le norme dell'Unione al di là di quelle dell'accordo stesso. Di conseguenza, il fatto che essi non debbano preventivamente rivolgersi alla Corte di giustizia per dirimere la controversia tra le parti non pregiudica la funzione dell'istituzione giudiziaria di interpretare il diritto dell'Unione in via definitiva e vincolante. V. parere della Corte di giustizia del 30 aprile 2019, n. 1/17, punti 120-136.

⁷⁶ Parere della Corte di giustizia del 14 dicembre 1991, n. 1/91. Per la prima volta il problema si è posto in relazione all'accordo che istituisce uno spazio economico europeo. Per approfondimenti v. M. CREMONA, R. WESSEL, A. THIES, *The European Union and the International Dispute Settlement*, Oxford, 2017.

⁷⁷ La Corte ha escluso che l'accordo di adesione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali possa essere concluso poiché le sue disposizioni non consentono di

interno al rispetto dell'interpretazione di un giudice esterno all'Unione, tale principio viene lesa. Se il giudice esterno può interpretare atti di diritto secondario o il TFUE, l'accordo previsto non viene considerato compatibile con il diritto dell'Unione⁷⁸. Qualora, invece, come nel caso degli accordi in esame, la Corte di giustizia abbia la possibilità pronunciarsi nell'ambito di un meccanismo che assomiglia ad un rinvio pregiudiziale obbligatorio per il collegio di arbitri, abilitato a risolvere le controversie tra l'Unione e uno dei tre Stati associati, l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione e l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione risultano preservate⁷⁹. Il meccanismo di risoluzione delle dispute previsto dagli accordi di associazione in esame permette senz'altro di garantire il rispetto delle competenze esclusive della Corte di giustizia⁸⁰. Infine, vale la pena sottolineare che anche il sistema di risoluzione delle dispute che si applica in via esclusiva alle controversie che dovessero insorgere con riguardo all'applicazione dell'accordo di recesso tra l'UE e il Regno Unito prevede un obbligo di rinvio a carico del collegio arbitrale, che si ispira al modello inserito negli accordi di associazione conclusi con Moldavia, Georgia e Ucraina⁸¹.

6. Questioni interessanti emergono in relazione all'applicabilità degli accordi di associazione per ciò che riguarda le aree del territorio delle Parti contraenti dell'UE su cui esse non hanno più un controllo effettivo. Come è noto, ciascuno dei tre Stati associati ha al suo interno parti di territorio che, o si sono autoproclamate indipendenti, o sono state annesse ad altri Stati. Con riguardo all'Ucraina, l'annessione della Crimea e le secessioni delle autoproclamate repubbliche di Donbass e Luhansk si sono verificate dopo che l'accordo di associazione era stato negoziato⁸².

preservare la competenza esclusiva ad interpretare e applicare il diritto dell'Unione, in violazione, *inter alia*, dell'art. 344 TFUE. Parere della Corte di giustizia del 18 dicembre 2014, n. 2/13.

⁷⁸ Parere della Corte di giustizia del 8 marzo 2011, n. 1/09, punto 78. La Corte ha ritenuto incompatibile con il diritto dell'Unione anche l'istituzione di un collegio arbitrale operante nell'ambito di un accordo bilaterale in materia di investimenti (concluso prima che l'Unione acquisisse competenza esclusiva in questo settore). Infatti, tale organo lede l'autonomia del diritto dell'Unione poiché è abilitato a risolvere controversie tra un investitore e uno Stato membro che possono riguardare l'interpretazione o l'applicazione del diritto dell'Unione, senza che siano risolte in modo da garantire la piena efficacia del suddetto diritto. Infatti, il collegio arbitrale non può essere qualificato come un organo giurisdizionale e non potrebbe dunque adire la Corte di giustizia nell'ambito di un rinvio pregiudiziale. Sentenza della Corte di giustizia del 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Slowakische Republik (Achmea)*, punti 56-60.

⁷⁹ Un altro meccanismo di risoluzione delle dispute ritenuto compatibile con le norme del Trattato è quello istituito nell'ambito dello spazio aereo comune europeo tra l'allora Comunità europea e un gruppo di Stati membri. V. sul punto il parere della Corte di giustizia del 18 aprile 2002, n. 1/00.

⁸⁰ Con riguardo alla compatibilità del sistema di risoluzione delle dispute previsto da un accordo diverso da un accordo di associazione, come il CETA, v. parere n. 1/17.

⁸¹ "Se una controversia sottoposta ad arbitrato solleva una questione d'interpretazione di un concetto di diritto dell'Unione, d'interpretazione di una disposizione del diritto dell'Unione di cui all'accordo di recesso o sull'eventuale conformità del Regno Unito agli obblighi di cui all'articolo 89, paragrafo 2, il collegio arbitrale non decide su una tale questione. In tal caso esso chiede alla Corte di giustizia dell'Unione europea di pronunciarsi sulla questione. La decisione di quest'ultima è vincolante per il collegio arbitrale". V. art. 174 dell'accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica.

⁸² L'Unione e gli Stati membri non riconoscono le nuove entità; non ritengono neppure legittima l'annessione della Crimea alla Federazione Russa. I dirigenti politici e militari delle autoproclamate repubbliche e della Crimea sono oggetto di una serie di misure restrittive per le azioni condotte a detrimento della integrità territoriale dell'Ucraina. Infine, l'Unione ha stabilito sanzioni contro la Russia per le attività di destabilizzazione dell'Ucraina ed anche per favorire l'attuazione degli accordi di Minsk (in

Pertanto, quest'ultimo si applica *de iure* all'intero territorio dell'Ucraina. Tuttavia, *de facto*, le repubbliche secessioniste del Donbass e di Luhansk e la Crimea non possono beneficiare delle disposizioni dell'accordo che riguardano l'abolizione dei dazi perché l'UE riconosce come merci ucraine solo quelle che hanno un certificato di origine rilasciato dalle competenti autorità di tale Stato⁸³. È evidente che le merci che originano dai territori su cui l'Ucraina ha perso il controllo effettivo non possono ottenere tali documenti poiché questi sono rilasciati da autorità russe. Neanche le autorità che governano le repubbliche secessioniste nella parte orientale dell'Ucraina potranno consegnare agli esportatori la documentazione necessaria per poter godere del trattamento tariffario previsto dall'accordo di associazione.

Diverso è il caso degli accordi con la Georgia e la Moldavia, che sono stati conclusi in un'epoca successiva ai conflitti che hanno portato alla lesione della loro integrità territoriale. Per questo motivo, è prevista la possibilità di estendere l'applicazione territoriale di tutto l'accordo, o della parte dedicata all'area di libero scambio globale e approfondita, alle regioni georgiane dell'Abkhazia e di Tskhinvali/Ossezia del Sud e alla Transnistria su cui i due Stati non hanno il controllo effettivo. Ciò a condizione che venga presa una decisione in tal senso dal Consiglio di associazione, dopo aver constatato che la Georgia e la Moldavia garantiscono la piena attuazione dell'accordo o di una sua parte (nel caso della sola applicazione del titolo IV (Georgia) o V (Moldavia)⁸⁴. In Georgia, non è stato possibile raggiungere una simile posizione con riguardo all'Abkhazia e all'Ossezia del sud sul cui territorio non è applicabile, né *in toto* e neppure in parte, l'accordo di associazione. Viceversa, in Moldavia il Consiglio di associazione, su richiesta del governo moldavo, ha deciso che la parte V dell'accordo si applica, a partire dal 2016, a tutto il territorio moldavo, inclusa la Transnistria⁸⁵. Tale entità avrebbe voluto concludere un accordo separato con l'UE ma quest'ultima si è rifiutata. Di fronte alla minaccia dell'Unione di terminare il trattamento tariffario preferenziale di cui godeva la regione prima che fosse concluso l'accordo di associazione, la regione ha deciso di accettare l'estensione della parte che riguarda l'area di libero scambio globale e approfondita.

particolare il protocollo di Minsk del 5 settembre 2014, il *memorandum* di Minsk del 19 settembre 2014 e il "pacchetto di misure per l'attuazione degli accordi di Minsk" del 12 febbraio 2015).

⁸³ G. VAN DER LOO, *op. cit.*, p. 241. Anche la giurisprudenza della Corte di giustizia depone a favore di questa interpretazione. Si veda, in particolare, la sentenza della Corte di giustizia del 25 febbraio 2010, causa C-386/08, *Brita*, riguardante i territori occupati da Israele e la sfera di applicazione territoriale dei cosiddetti accordi euromediterranei tra l'Unione e Israele e tra l'Unione e l'OLP. Qui la Corte di giustizia ha previsto che i certificati necessari per effettuare importazioni di merci nel mercato interno debbano essere rilasciati dalle competenti autorità dello Stato con cui l'Unione ha concluso l'accordo. Se, viceversa, l'Unione accettasse i certificati rilasciati dalle autorità israeliane in relazione a prodotti che originano dalla Cisgiordania o dalla Striscia di Gaza imporrebbe obblighi a terzi (le autorità competenti individuate dall'accordo CE-OLP) senza il loro consenso, in violazione dell'art. 34 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati (punto 52).

⁸⁴ Art. 429, commi 2 e 3, dell'accordo con la Georgia e art. 462, commi 2 e 3, dell'accordo con la Moldavia.

⁸⁵ Decisione n. 1/2015 del Consiglio di associazione UE-Repubblica di Moldova, del 18 dicembre 2015, relativa all'applicazione del titolo V dell'accordo di associazione tra l'Unione europea e la Comunità europea dell'energia atomica e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Moldova, dall'altra, in tutto il territorio della Repubblica di Moldova.

7. Nel 2015 la strategia dell'Unione con riguardo ai rapporti con i vicini muta. La Commissione e l'AR in un documento congiunto hanno raccomandato una serie di cambiamenti da apportare alla politica europea di vicinato⁸⁶. Occorre precisare che non si tratta di una rivoluzione copernicana; molti dei suoi caratteri distintivi rimangono inalterati. Viene, ad esempio, sottolineato che lo scopo della PEV è di agire da catalizzatore dei processi di riforma politica ed economica nei Paesi vicini ma non necessariamente di preparare tali Stati all'adesione all'UE. Emergono comunque alcuni elementi di rottura rispetto agli obiettivi e ai principi che hanno ispirato questa componente dell'azione esterna nel 2003. Pur non rinnegando il cosiddetto principio della condizionalità positiva, l'UE è consapevole dei limiti del suo potere di trasformazione. Il documento congiunto in esame effettua una valutazione più realistica rispetto al passato dell'impatto che l'UE può produrre nei Paesi vicini, alcuni dei quali sono sconvolti da guerre civili protratte (Siria), che hanno ripercussioni sulla stabilità di altri Stati (Libano e Giordania), o da conflittualità di lungo corso (come nel caso del conflitto tra Israele e Palestina). Anche i Paesi del partenariato orientale sono caratterizzati da conflitti internazionali (come nel caso dell'Azerbaijan e Armenia per il Nagorno-Karabak) o da conflitti interni come nel caso della Moldavia per la Transnistria o da conflitti internazionalizzati come nel caso di quello georgiano (per le regioni dell'Abkhazia e dell'Ossezia del Sud la cui indipendenza è sostenuta dalla Russia). Anche il conflitto tra l'Ucraina e le Repubbliche separatiste, a cui la Federazione russa fornisce appoggio, può essere definito un conflitto internazionale, nonostante la Russia si autodefinisca un mediatore tra le parti.

Alla luce dell'alto livello di instabilità dei vicini meridionali e orientali, l'AR pone l'accento sulla stabilizzazione dei vicini e tale obiettivo risulta prioritario. Ciò distingue il presente approccio da quello inaugurato nel 2011. In quegli anni l'UE sembrava più propensa ad agire per consolidare il processo di transizione democratica, frutto della primavera araba, che a favorire la stabilità, assicurata dai precedenti regimi autoritari. Nel 2015, l'obiettivo primario della PEV diventa essenzialmente la stabilità dei vicini. Si tratta di una meta sicuramente meno ambiziosa di quelle originarie, che includeva anche una maggiore prosperità.

Un ulteriore elemento di novità è costituito dall'intenzione di differenziare maggiormente i rapporti contrattuali tra l'UE e le parti contraenti nella raggiunta consapevolezza che non tutti i vicini sono interessati ad approfondire nello stesso modo i rapporti con l'UE. Infatti, i processi di riforma interna sono costosi (sia dal punto di vista politico per i *leaders* che li intraprendono, che economico) e gli incentivi offerti dall'Unione non possono essere considerati sufficientemente significativi⁸⁷.

⁸⁶ JOIN(2015)50 del 18 novembre 2015, Revisione della politica di vicinato. V. S. POLI, *La revisione della politica europea di vicinato e il controverso rapporto tra condizionalità e geometria variabile*, in *European Papers*, 2016, reperibile *online*.

⁸⁷ La dotazione finanziaria dello strumento europeo di vicinato nell'ambito del quadro finanziario pluriennale 2014-2020 è pari a 15 432 634 000 di euro che devono essere distribuiti tra tutti i 16 Paesi del vicinato (inclusi i territori palestinesi occupati). V. art. 17 del regolamento (UE) n. 232/2014 del Parlamento e del Consiglio, dell'11 marzo 2014, che istituisce uno strumento europeo di vicinato. Nell'ambito del procedimento di approvazione del quadro finanziario pluriennale 2021-2027, la Commissione propone di riformare il quadro degli strumenti finanziari dedicati all'azione esterna dell'Unione. Con riguardo all'entità del finanziamento, propone di aumentare ad almeno 22 miliardi di euro la dotazione finanziaria riservata ai Paesi e territori del vicinato. V. art. 6, co. 2, lett. a) della proposta COM(2018)460

Inoltre, spesso Paesi quali Egitto, Bielorussia, Azerbaijan, tenendo da parte gli Stati in preda a guerre civili (Siria e Libia), contestano i valori che l'UE difende sul piano esterno risultando dunque ben poco interessati al loro radicamento; oppure sono attratti dalle opportunità di integrazione economica offerte dai “vicini dei vicini” (come dimostra l'adesione dell'Armenia all'Unione economica eurasiatica). In questo quadro, l'Unione differenzierà la sua offerta di cooperazione e introdurrà nella PEV rapporti di cooperazione a “geometria variabile”⁸⁸. In occasione della presente riforma il termine “differenziazione” implica che l'UE svilupperà rapporti anche con quei Paesi che, pur non avendo aspirazione a convergere verso il modello politico ed economico dell'Unione, sono comunque interessati a cooperare con l'UE. In altre parole, pur mantenendo fermo il principio del “più per più” (condizionalità positiva), l'UE cala il sipario sulla seconda componente dell'*incentive-based approach*, quello del “meno per meno”.

Nel documento si evidenzia che agli Stati che intendono impostare i rapporti con l'UE ad una “velocità inferiore” rispetto ad altri saranno proposti accordi commerciali più flessibili di quelli conclusi con Georgia, Moldavia e Ucraina. Come esempio viene individuato l'accordo sulla valutazione della conformità e accettazione dei prodotti industriali (a cui è legato ad esempio Israele) che mira a liberalizzare gli scambi di specifici prodotti industriali e si basa sull'allineamento della legislazione e regolamentazione tecnica del Paese contraente a quella dell'Unione⁸⁹. È intuibile che un simile accordo favorirebbe l'importazione di prodotti provenienti dal territorio di quest'ultima e sarebbe in linea con il principio del buon vicinato.

8. Nella prassi il principio della “differenziazione rafforzata” ha trovato applicazione rapidamente. Nel dicembre 2015 il Consiglio ha autorizzato l'apertura di negoziati per la conclusione di un accordo quadro con l'Armenia, in sostituzione dell'accordo di partenariato e cooperazione del 1996. Il nuovo Trattato, denominato accordo di “Partenariato globale economico”⁹⁰ (in inglese l'acronimo è “CEPA”) siglato nel marzo 2017, non può essere qualificato di “libero scambio” poiché non è inteso ad abolire i dazi doganali alle frontiere; infatti, ciò contrasterebbe con gli obblighi che l'Armenia ha assunto quando ha aderito all'Unione economica euroasiatica⁹¹ alla quale è legata da un'unione doganale. Come già accennato⁹², nel 2013 dopo aver rifiutato di firmare l'accordo di associazione negoziato con l'UE, l'Armenia è entrata a far parte di tale organizzazione di cui sono membri la Russia, la Bielorussia e il Kazakistan. Si segnala che tale adesione ha costretto tale Stato ad allineare la tariffa doganale esterna

def., del 14 giugno 2018. Il finanziamento è vincolato alle esigenze del Paese (tenendo in considerazione la popolazione e il suo grado di sviluppo, ma anche “l'impegno e i progressi nella realizzazione degli obiettivi concordati in materia di riforme politiche, economiche e sociali; l'impegno e i progressi nella costruzione di una democrazia radicata e sostenibile”). V. art. 16 della proposta sopra citata.

⁸⁸ P. VAN ELSUWEGE, *Variable Geometry in the European Neighbourhood Policy: The Principle of Differentiation and Its Consequences*, in E. LANNON (ed.), *op. cit.*, p. 59.

⁸⁹ JOIN(2015)50, p. 8.

⁹⁰ Accordo di partenariato globale e rafforzato tra l'Unione europea e la Comunità europea dell'energia atomica e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica d'Armenia, dall'altro.

⁹¹ Y. VYMYATNINA, D. ANTONOVA, *Creating a Eurasian Union: Economic Integration of the Former Soviet Republics*, Basingstoke, 2014; R. DRAGNEVA, *The Legal and Institutional Dimensions of the Eurasian Customs Union*, in R. DRAGNEVA, K. WOLCZUK (eds.), *Eurasian Economic Integration: Law, Policy and Politics*, Cheltenham, 2013.

⁹² V. *supra*, par. 4.

a quella della Russia determinando un aumento della tariffa media sulle importazioni rispetto ai livelli precedenti all'adesione⁹³. Se questo costituisce un chiaro svantaggio economico, che si sarebbe potuto evitare se avesse firmato l'accordo di associazione con l'UE, d'altra parte, l'Armenia ha potuto mantenere ad un livello accettabile il costo dell'importazione del gas dalla Russia (da cui dipende) e ha potuto evitare l'applicazione "ostile" delle norme sull'immigrazione da parte di questo Paese nei confronti dei numerosi armeni che lavorano in quello Stato. Inoltre, la Russia è considerata il garante della sicurezza del Paese e non a caso vi detiene basi militari. Tuttavia, la scelta dell'Armenia per il progetto di integrazione economica della Russia non ha impedito lo sviluppo della cooperazione con l'UE in numerosi settori.

Il CEPA riprende l'accordo di associazione, abbandonato nel 2013, senza contenere le disposizioni relative alla creazione di un'area di libero scambio globale e approfondita⁹⁴. L'accordo è "globale" perché il nuovo quadro di rapporti abbraccia un elevato numero di settori, mentre è "approfondito" perché intensifica la cooperazione rispetto ai precedenti rapporti contrattuali; infatti, l'Armenia si impegna a far convergere le proprie norme interne rispetto a quelle dell'Unione.

Occorre soffermarsi su alcune peculiarità dell'accordo con l'Armenia, in primo luogo con riguardo agli aspetti istituzionali del suo processo di approvazione e poi alle caratteristiche distintive della cooperazione instaurata con l'Unione. Sotto il primo profilo, il CEPA è stato negoziato dalla Commissione e anche dall'AR, in considerazione dell'estensione della cooperazione al settore PESC. Ciò a differenza degli accordi di associazione del 2016 con i tre Stati associati, in cui i negoziati sono stati condotti esclusivamente dalla prima.

Con riguardo al coinvolgimento degli Stati membri nel processo di conclusione del Trattato, occorre sottolineare che la Commissione e l'AR, nella proposta congiunta di decisione sulla conclusione dell'accordo, affermano che quest'ultimo non si sarebbe dovuto concludere in forma mista, in assenza di materie di competenza esclusiva degli Stati membri. Ciò contrariamente alla posizione assunta al riguardo dal Consiglio nelle sue direttive di negoziato; posizione che è stata, infine, accettata dalla Commissione. Per poter concludere l'accordo occorrerà, dunque, attendere l'approvazione di tutti gli Stati membri. Alcune parti dell'accordo sono già in vigore a titolo provvisorio dal 1° giugno 2018⁹⁵, naturalmente per le materie che rientrano nelle competenze dell'Unione⁹⁶.

Si noti che tra i settori disciplinati dall'accordo ci sono: oltre alla PESC, la cooperazione economica, i servizi, i trasporti, l'energia, la salute, l'ambiente, energia, la fiscalità, l'istruzione e la cultura, l'occupazione e affari sociali, la politica

⁹³ L. ALIEVA, L. DELCOUR, H. KOSTANYAN, *EU Relations with Armenia and Azerbaijan*, 2017, European Parliament study, reperibile *online*, p. 5.

⁹⁴ L. DELCOUR, N. GHAZARYAN, *From EU Integration Process to the Eurasian Economic Union: The Case of Armenia*, in R. PETROV, P. VAN ELSUWEGE (eds.), *Post-Soviet Constitutions and Challenges of Regional Integration*, Oxon, 2018.

⁹⁵ Sull'applicazione provvisoria v. art. 385.

⁹⁶ Decisione (UE) 2017/104 del Consiglio, del 20 novembre 2017, relativa alla firma, a nome dell'Unione, e all'applicazione provvisoria dell'accordo di partenariato globale e rafforzato tra l'Unione europea e la Comunità europea dell'energia atomica e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica d'Armenia, dall'altra. Poiché l'accordo riguarda anche materie di competenza della Comunità europea per l'energia atomica (CEEA), l'accordo è stato concluso dalla Commissione a nome di tale organizzazione, con decisione separata rispetto a quella del Consiglio sopra citata, sulla base dell'art. 101 del Trattato che istituisce la CEEA.

industriale, l'agricoltura, il turismo, la ricerca e l'innovazione, la cooperazione allo sviluppo. Ritornando sulla questione della forma dell'accordo, per decidere se quest'ultimo debba essere misto o meno, per ogni settore disciplinato dall'accordo, che non ricade nella competenza esclusiva dell'Unione ma in quella concorrente, occorre verificare se le relative disposizioni vanno ad incidere su norme comuni o ne alterano la portata⁹⁷. Tuttavia, tenendo conto che non si tratta di un accordo di libero scambio, che interessa dunque una competenza esclusiva dell'Unione, e che pare difficile che quest'ultima abbia "occupato" tutti i settori sopra citati, si può condividere la posizione del Consiglio di volerlo concludere in forma mista⁹⁸.

Venendo alla qualità della cooperazione instaurata, va sottolineato che nella proposta congiunta sopra menzionata viene specificato che il Trattato non istituisce un'associazione con l'Armenia, a differenza degli accordi con Georgia, Moldavia, e Ucraina; in effetti, anche se la portata materiale dell'accordo è ampia e il Trattato istituisce organismi comuni (il Consiglio di partenariato, il Comitato di partenariato e il Comitato parlamentare), che hanno poteri giuridicamente vincolanti, la qualità della cooperazione non è tale da creare un rapporto privilegiato con tale Paese. Il nuovo Trattato non è neppure qualificabile come un accordo di libero scambio poiché l'Armenia non può più autonomamente determinare il livello dei dazi applicabili allo scambio di merci; ciò sarebbe contrario agli impegni assunti con l'Unione economica euroasiatica. Per inciso, il fatto che l'accordo non istituisca un'area di libero scambio non è particolarmente svantaggioso per l'Armenia poiché quest'ultima concede a tale Paese preferenze tariffarie autonome nell'ambito del sistema di preferenze generalizzate (GSP+)⁹⁹.

Con riguardo allo scambio di merci, alle misure sanitarie e fitosanitarie, agli ostacoli tecnici agli scambi, l'accordo si limita a riprendere sostanzialmente le disposizioni dell'accordo OMC. Invece, in materia di appalti pubblici, sono previsti impegni aggiuntivi. Quanto allo stabilimento delle imprese, le parti rispettano il principio del trattamento nazionale, tranne nei casi individuati da specifici annessi; anche in materia di prestazione di servizi transfrontaliera si applica la stessa regola ma stavolta per i servizi indicati negli annessi oggetto di specifici impegni. L'obbligo di approssimazione gradualmente alle norme dell'Unione è previsto nei limiti indicati dal Trattato e dai suoi annessi. Il compito di aggiornare l'*acquis* elencato in questi ultimi è riservato al Consiglio di partenariato, sulla base di un meccanismo di adattamento dinamico.

Altri settori in cui la semplice cooperazione è affiancata al ravvicinamento normativo riguardano politiche settoriali in materia di ambiente, protezione dei consumatori, politiche economiche e finanziarie, nonché promozione dell'efficienza energetica.

⁹⁷ Art. 3, co. 2, TFUE.

⁹⁸ Si noti che il CEPA non riguarda la cooperazione in materia di investimenti (v. art. 203) poiché il Consiglio non aveva incluso nel suo mandato negoziale questo settore, in attesa che la Corte di giustizia chiarisse se l'accordo siglato dall'UE con Singapore potesse essere concluso dall'Unione da sola ovvero dovesse essere firmato e concluso in forma mista. Sul punto v. il parere della Corte di giustizia del 16 maggio 2017, n. 2/2015.

⁹⁹ L'Armenia è tra i Paesi presenti nell'allegato III del regolamento (UE) n. 978/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, relativo all'applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate e che abroga il regolamento (CE) n. 732/2008 del Consiglio.

In materia di politica estera l'accordo prevede clausole simili a quelle presenti negli accordi di associazione con gli altri tre Paesi del partenariato orientale. Ad esempio, la cooperazione in materia di disarmo e la lotta contro la proliferazione delle armi di massa vengono considerate elementi essenziali dell'accordo¹⁰⁰. Inoltre, è previsto che l'Armenia partecipi alle operazioni di gestione delle crisi civili e militari dirette dall'Unione europea, sulla base di una decisione da assumersi caso per caso¹⁰¹.

Venendo al meccanismo di risoluzione delle dispute, questo presenta notevoli somiglianze con quello dei tre Stati associati¹⁰²; ad esempio, è prevista la costituzione di un collegio arbitrale per dirimere le controversie tra le Parti ed è sancito l'obbligo¹⁰³ di deferire alla Corte di giustizia questioni di interpretazione sul ravvicinamento normativo in alcuni specifici settori¹⁰⁴. La risposta alla questione di interpretazione deve essere necessaria per decidere della controversia. È notevole che l'Armenia abbia accettato le stesse limitazioni di sovranità dei tre Stati associati, nonostante che la qualità della sua cooperazione implichi legami di gran lunga meno stretti di quelli con Georgia, Moldavia e Ucraina. In chiusura, occorre sottolineare che il Consiglio nella proposta di conclusione dell'accordo, così come avvenuto nel caso degli accordi di associazione con i tre Stati associati, esclude che le sue disposizioni abbiano effetto diretto¹⁰⁵.

9. Nel novembre 2016 è stata aperta la negoziazione per un accordo di partenariato strategico anche con l'Azerbaijan; il Consiglio ha affidato il ruolo di negoziatore sia alla Commissione che all'AR, come nel caso dell'accordo con l'Armenia. Si noti che nel 2013 tale Paese non aveva dimostrato interesse verso la stipulazione di un accordo di associazione e neppure verso l'istituzione di uno spazio di libero scambio globale e approfondito (peraltro, l'Azerbaijan non è neppure membro dell'OMC). A ciò si aggiunga che la posizione dell'UE con riguardo all'integrità territoriale del Paese, in relazione al Nagorno-Karabakh, non è chiara; l'Unione cerca di mantenere una posizione di equidistanza tra le parti coinvolte e preferisce supportare gli sforzi diplomatici del gruppo di Minsk dell'OSCE nel conflitto congelato con l'Armenia, anziché assumere iniziative autonome. Si è limitata a nominare un Rappresentante speciale per il Caucaso; peraltro, il conflitto negli ultimi anni si è esacerbato anziché avviarsi ad una soluzione pacifica e negoziata.

L'Azerbaijan rimane ben lontano dal rispettare i valori di cui all'art. 2 del TUE; sono state criticate dall'UE le violazioni dei diritti umani compiute al suo interno, ad esempio per il trattamento riservato ai prigionieri politici o alle ONG; la libertà di stampa non viene rispettata e gli esempi di arresti arbitrari sono numerosi; è considerato da Freedom House un Paese non libero. Nel 2015 il Paese ha anche interrotto la sua partecipazione al partenariato orientale; nel 2016 sono state introdotte riforme costituzionali che rafforzano il ruolo del Presidente della Repubblica. Ciononostante, il futuro accordo, che sostituirà quello esistente del 1996, può essere

¹⁰⁰ Art. 9.

¹⁰¹ Art. 7.

¹⁰² V. art. 320 (avvio della procedura di arbitrato) ss.

¹⁰³ L'art. 342 è perentorio nel prevedere: "il collegio arbitrale chiede alla Corte di Giustizia".

¹⁰⁴ Servizi postali, reti di comunicazioni elettroniche, servizi finanziari e servizi di trasporto.

¹⁰⁵ V. art. 5 della decisione (UE) 2017/104.

considerato un esempio di “partenariato su misura”¹⁰⁶, attraverso il quale l’UE intende rinvigorire i rapporti con Stati geopoliticamente importanti, sulla base di considerazioni meramente pragmatiche. Infatti, lo Stato in esame rimane un *partner* essenziale per la sicurezza energetica dell’UE; infatti, anche se l’UE importa solo il 5% del gas dall’Azerbaijan, risulta cruciale intrattenere buoni rapporti di cooperazione con tale Stato al fine di diminuire la dipendenza energetica dalla Russia.

In questo contesto, l’UE considera il rispetto dei valori di cui all’art. 2 del TUE non tanto come una pre-condizione per lo sviluppo dei rapporti contrattuali ma come un obiettivo da raggiungersi nel corso del tempo. Anche l’Azerbaijan, la cui economia ha risentito della diminuzione del prezzo del petrolio, è attratto dalla prospettiva di concludere un accordo con l’UE poiché si tratta del suo primo partner commerciale sia per le importazioni che per esportazioni. Il Paese nel 2017 ha proposto alla Commissione europea un testo di accordo. La discussione è ancora in corso attualmente ma è senz’altro da escludersi che sarà istituita un’area di libero scambio.

10. A dieci anni dall’inaugurazione del partenariato orientale, il quadro dei rapporti tra l’UE e gli Stati del partenariato orientale si presenta frammentato. Da un lato, l’Unione ha notevolmente approfondito la cooperazione economica¹⁰⁷ e politica¹⁰⁸ con Georgia, Moldavia e Ucraina (i cui cittadini sono anche esentati dall’obbligo di possedere un visto). L’intensità della cooperazione e l’interesse dei *partners* ad allinearsi con l’*acquis* dell’Unione e a rispettare il ruolo della Corte di giustizia nell’interpretazione del diritto dell’Unione sono seconde solo a quella dei Paesi dello spazio economico europeo. Le cosiddette “agende di associazione”, stabilite dai Consigli di associazione operanti in ciascuno degli accordi, e che mirano a sostituire i piani di azione, usati alle origini della politica di vicinato, hanno stabilito con un notevole livello di dettaglio un elenco di misure prioritarie da realizzare sul piano politico per attuare gli accordi di associazione, sulla base dei valori di cui all’art. 2 del TUE. Dal canto loro, tali Paesi, in particolare l’Ucraina, hanno riformato l’ordinamento interno in certa misura, nonostante l’assenza di prospettive di adesione. Dall’altro lato, l’Armenia e l’Azerbaijan hanno impostato i loro rapporti su basi strettamente bilaterali, eliminando ogni dubbio sulla possibilità di fondare i rapporti con il gruppo di Paesi vicini in esame su un nucleo di principi comuni.

Il quadro in esame conferma la difficoltà dell’UE a mantenere in vita l’idea di una politica di vicinato intesa come quadro di principi comuni applicabili agli Stati di vicinato; al contrario, mette in evidenza la necessità di impostare rapporti con i Paesi limitrofi su base strettamente bilaterale.

¹⁰⁶ JOIN(2017)18, Relazione sull’attuazione del riesame della politica europea di vicinato, p. 4.

¹⁰⁷ L’UE è il primo *partner* commerciale per tutti e tre i Paesi. Le importazioni dai Paesi del partenariato orientale sono andate aumentando a partire dal 2016 per effetto della creazione della zona di libero scambio globale ed approfondita. JOIN(2017)18, p. 16.

¹⁰⁸ L’Ucraina, la Georgia e la Moldavia partecipano anche a missioni nell’ambito della Politica di Sicurezza e di Difesa Comune dell’UE, JOIN(2017)18, p. 21. Inoltre, la Georgia e l’Ucraina hanno aderito alla Comunità per l’energia il cui obiettivo è la creazione di un mercato integrato dell’energia (elettricità e gas) tra l’UE e le parti contraenti.

Abstract

The European Neighbourhood Policy and Its Evolution in the EU Relations with the Eastern Partnerships Countries

This essay examines, from a legal prospective, the nature and the evolution of the European neighbourhood policy and the cooperation between the European Union and the countries of the Eastern Partnership. In particular, it explores the main aspects of the deep and comprehensive free trade areas, the principle of market access conditionality, the specificities of the dispute settlement mechanism in the context of the association agreements between Ukraine, Georgia and Moldova, with a special attention to that with Ukraine. The application of the association agreements with the three associated countries to contested territories such as Crimea, the secessionist Republics of Eastern Ukraine, Transnistria, Abkhazia and South Ossetia, is also examined. The objective of this essay is to show how intense the economic and political relations with the three associated countries are in all areas of EU competence. Moreover, this essay highlights the EU change of strategy occurred in 2015 vis-a-vis neighbour countries: the EU leans towards a more pragmatic and flexible approach. In this context, the controversial decision to conclude a mixed agreement with Armenia and the main aspects of the Comprehensive Economic Partnership agreement (CEPA) are also examined. Furthermore, the EU has opened the negotiation for the conclusion of a partnership agreement with Azerbaijan. These two initiatives show the EU's interest in maintaining good neighbour relations with countries of the Eastern Partnership that do not respect the values upon which the EU is founded. Finally, this essay places emphasis on how the European neighbourhood policy cannot be said to be based on a multilateral approach, following a set of common principles for all neighbour countries, but rather on a bilateral approach that differentiates the conditions of cooperation depending on the concerned third country.

Giuseppe Morgese*

Discriminazioni dirette e indirette a carico dei cittadini non-italiani nell'accesso al reddito e alla pensione di cittadinanza**

SOMMARIO: 1. Introduzione. Le diverse categorie di soggetti ammessi a richiedere il reddito e la pensione di cittadinanza sulla base della nazionalità. – 2. L'accesso da parte dei cittadini europei e loro familiari alla luce del divieto di discriminazioni indirette: valutazione del requisito della residenza decennale e biennale continuativa nel territorio dello Stato. – 3. Discriminazioni dirette e indirette a carico dei cittadini di Paesi terzi. – 4. *Segue*: valutazione dell'obbligo di produrre la certificazione del Paese d'origine. – 5. Brevi conclusioni.

1. L'entrata in vigore del d.l. 4/2019¹, convertito con modifiche dalla l. 26/2019², permette di svolgere alcune considerazioni sulle diverse categorie di individui che possono richiedere le nuove misure di protezione sociale denominate “reddito di cittadinanza” (RDC) e “pensione di cittadinanza” (PDC).

Secondo l'art. 1, co. 1, d.l. 4/2019, il RDC rappresenta una misura di politica attiva del lavoro “a garanzia del diritto al lavoro, di contrasto alla povertà, alla disuguaglianza e all'esclusione sociale, nonché diretta a favorire il diritto all'informazione, all'istruzione, alla formazione e alla cultura attraverso politiche volte al sostegno economico e all'inserimento sociale dei soggetti a rischio di emarginazione nella società e nel mondo del lavoro”. Esso costituisce “livello essenziale delle prestazioni”, seppur nei limiti delle risorse a disposizione. In presenza di nuclei familiari composti da una o più persone di età pari o superiore a 67 anni, ai sensi del co. 2 il RDC è denominato PDC, intesa quale misura di contrasto alla povertà delle persone anziane i cui requisiti soggettivi per l'accesso, salvi l'età e il reddito familiare minimo, sono gli stessi del RDC.

A dispetto del loro nome, RDC e PDC sono misure di integrazione reddituale inquadrabili nel paradigma del c.d. “reddito minimo”. Un genuino reddito (e pensione) di cittadinanza verrebbe, infatti, corrisposto in maniera non-selettiva e incondizionata: in ragione, cioè, del mero possesso della cittadinanza italiana. Il RDC

* Ricercatore di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro.

** Questo contributo è destinato anche agli *Scritti in onore di Claudia Morviducci*.

¹ D.l. 28 gennaio 2019, n. 4, Disposizioni urgenti in materia di reddito di cittadinanza e di pensioni.

² L. 28 marzo 2019, n. 26, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 28 gennaio 2019, n. 4, recante disposizioni urgenti in materia di reddito di cittadinanza e di pensioni.

disciplinato dal d.l. 4/2019 si compone, invece, di una parte “passiva” di sostegno al reddito finalizzato al contrasto alla povertà, prevedendo soglie reddituali al di sopra delle quali non si ha diritto al beneficio, e di una parte “attiva” (non rivolta a tutti i beneficiari) di inserimento nel mondo del lavoro³. La PDC condivide col RDC la componente passiva di sostegno al reddito ma non quella di politica attiva del lavoro, esclusa a’ termini dell’art. 4, co. 2.

I requisiti economici che deve possedere il nucleo familiare del richiedente sono indicati nell’art. 2, co. 1, lett. b): essi prendono in considerazione il valore dell’ISEE (che deve essere inferiore a euro 9.360), del patrimonio immobiliare (non superiore a euro 30.000, esclusa la casa di abitazione), del patrimonio mobiliare (non superiore a euro 6.000, aumentati in ragione del numero dei componenti, di figli successivi al primo e di persone in condizione di disabilità) nonché del reddito familiare (inferiore a euro 6.000 annui moltiplicati per il parametro della scala di equivalenza di cui al co. 4 nonché aumentati ai fini dell’accesso alla PDC o in caso di abitazione in locazione). Inoltre, secondo la lett. c), nessun componente del nucleo familiare deve essere intestatario o avere disponibilità di alcuni beni durevoli. Considerato che la soglia annua di povertà assoluta definita dall’ISTAT, in diversi casi, supera la soglia per accedere al beneficio economico del d.l. 4/2019, è chiara la connotazione del RDC e della PDC quali misure prevalentemente rivolte al contrasto alla povertà assoluta e, dunque, a rispondere ai bisogni essenziali delle persone.

Pare opportuno esaminare la conformità della novella legislativa al diritto internazionale e dell’Unione europea con riferimento ai requisiti soggettivi per l’accesso al RDC e alla PDC da parte dei cittadini non-italiani. L’art. 2 d.l. 4/2019 ricomprende infatti tra i beneficiari i nuclei familiari in cui il componente richiedente sia cittadino italiano, cittadino di uno Stato membro dell’UE (o suo familiare) titolare del diritto di soggiorno o di soggiorno permanente, oppure cittadino di Paese terzo soggiornante di lungo periodo (co. 1, lett. a), n. 1)⁴. Il richiedente straniero – come quello italiano – deve anche risiedere in Italia da almeno dieci anni, di cui gli ultimi due in modo continuativo (lett. a), n. 2) e, in taluni casi, deve produrre apposita certificazione rilasciata dal Paese d’origine per dimostrare il possesso dei requisiti economici su indicati. Infine, in base alla lett. c-bis), non deve essere sottoposto a misura cautelare personale o condannato per alcuni reati nei dieci anni precedenti⁵.

Ai nostri fini si verificherà, per un verso, se le categorie indicate all’art. 2 esauriscano o meno il novero dei cittadini non-italiani che potrebbero accedere al RDC e alla PDC in virtù dei rilevanti atti internazionali e dell’UE vincolanti lo Stato italiano e quindi se, in caso negativo, ci si trovi in presenza di violazioni del divieto di discriminazione in base alla nazionalità; per altro verso, se taluni obblighi previsti nella novella violino indirettamente quel divieto o siano comunque da considerarsi irragionevoli alla luce della pertinente giurisprudenza sia europea sia costituzionale.

³ In argomento v. F. POLACCHINI, *Principi costituzionali e reddito minimo di cittadinanza*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 5.

⁴ La novella legislativa ripropone, in buona sostanza, la medesima platea del c.d. “bonus bebè” di cui all’art. 1, co. 125, l. 23 dicembre 2014, n. 190, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2015).

⁵ Sotto altro profilo, sugli illeciti penali introdotti dal d.l. 4/2019 v. R. RIVERSO, *Reddito di cittadinanza: assistenza alla povertà o governo penale dei poveri?*, in *Questione giustizia*, 6 giugno 2019, reperibile online.

2. La prima categoria di cittadini non-italiani presi in considerazione dall'art. 2 è quella dei cittadini dei Paesi facenti parte dell'Unione europea, nonché dei loro familiari, titolari del diritto di soggiorno temporaneo o permanente.

La disciplina del soggiorno dei cittadini europei e dei loro familiari (di Paesi terzi)⁶ in Italia, che qui si illustra per cenni, è contenuta nel d.lgs. 30/2007 che ha dato attuazione alla direttiva 2004/38/CE⁷. Per il soggiorno non superiore a tre mesi (c.d. “di breve durata”) non vi sono formalità particolari a carico di quei cittadini e familiari: in specie, essi godono della parità di trattamento rispetto ai cittadini italiani⁸ ma non accedono alle prestazioni di assistenza sociale che non derivino dall'attività esercitata o da specifiche norme di legge⁹. Il soggiorno superiore a tre mesi (c.d. “di lunga durata”), invece, è possibile solo a determinate condizioni che implicano, in sostanza, la disponibilità di risorse sufficienti per non gravare sull'assistenza sociale dello Stato ospite e dà diritto, tra l'altro, a svolgere attività lavorative e alle prestazioni di assistenza sociale a parità di trattamento con i cittadini italiani. Infine, il soggiorno legale e ininterrotto del cittadino europeo e dei suoi familiari per cinque anni dà diritto al soggiorno permanente, che comporta l'assenza delle limitazioni proprie degli altri tipi di soggiorno.

Per quel che ci interessa, i beneficiari del diritto di soggiorno e di soggiorno permanente in Italia godono della parità di trattamento¹⁰ con i cittadini italiani anche nell'accesso alle prestazioni di assistenza sociale (articoli 24 direttiva 2004/38 e 19 d.lgs. 30/2007). Si noti che, secondo la Corte di giustizia dell'Unione europea, esse fanno riferimento “all'insieme dei regimi di assistenza istituiti da autorità pubbliche a livello nazionale, regionale o locale, a cui può ricorrere un soggetto che non disponga delle risorse economiche sufficienti a far fronte ai bisogni elementari propri e a quelli della sua famiglia”¹¹. Tra queste rientrano, in particolare, le prestazioni

⁶ I familiari ammissibili sono quelli di cui all'art. 2 del d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, Attuazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. Inoltre, *ex art.* 3, l'Italia si è impegnata ad agevolare l'ingresso e il soggiorno di altre categorie di familiari.

⁷ Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. Di recente v. C. MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, Torino, 2017, III ed. Tra gli altri, v. anche U. VILLANI, *La cittadinanza dell'Unione europea*, in *Studi in ricordo di Antonio Filippo Panzera*, Bari, 1995, p. 1001 ss.; E. TRIGGIANI, *La cittadinanza europea per la “utopia” sovranazionale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, p. 435 ss.; ID. (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011; C. SIMONCINI, *Circolazione e soggiorno dei cittadini nello spazio europeo tra libertà della persona e tutela degli interessi economici*, in P. GARGIULO (a cura di), *Politica e diritti sociali nell'Unione europea*, Napoli, 2011, p. 115 ss.; B. NASCIBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Padova, 2012; e P. DE PASQUALE, C. PESCE (a cura di), *I cittadini e l'Europa. Principio democratico e libertà economiche*, Napoli, 2015.

⁸ Art. 19, co. 2, d.lgs. 30/2007, che dà attuazione all'art. 24, par. 1, direttiva 2004/38.

⁹ Art. 19, co. 3, d.lgs. 30/2007, in attuazione dell'art. 24, par. 2, direttiva 2004/38 che, a sua volta, richiama l'art. 14, par. 4, lett. b).

¹⁰ Sul divieto di discriminazioni v., tra i tanti, C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, 2008; e A. RIZZO, *La funzione “sociale” del principio di uguaglianza e del divieto di discriminazioni nel diritto dell'Unione europea*, in P. GARGIULO (a cura di), *op. cit.*, p. 43 ss.

¹¹ Sentenza dell'11 novembre 2014, causa C-333/13, *Dano*, punto 63 (prestazioni assicurative di base della normativa tedesca), che richiama la precedente sentenza del 19 settembre 2013, causa C-140/12, *Brey*, punto 61 (integrazione compensativa prevista dalla legislazione austriaca).

di “sicurezza sociale” di cui al regolamento 883/2004¹², alle quali il giudice sovranazionale riconduce tutte le prestazioni che vengono erogate dagli Stati membri in base a criteri oggettivi e predeterminati, indipendentemente dalla modalità di finanziamento e senza discrezionalità del soggetto erogatore¹³. A noi pare che il RDC e la PDC – essendo misure rivolte al contrasto alla povertà assoluta che vengono corrisposte con le modalità sopra ricordate – possano rientrare in detta nozione¹⁴.

La parità di trattamento nell’accesso alle prestazioni di assistenza sociale riguarda appieno, però, solo i soggiornanti permanenti, mentre per quelli di breve e di lungo periodo, se “inattivi”, è solo discrezionale. L’art. 24, par. 2, direttiva 2004/38 afferma che “lo Stato membro ospitante non è tenuto ad attribuire il diritto a prestazioni d’assistenza sociale durante i primi tre mesi di soggiorno o, se del caso, durante il periodo più lungo previsto all’articolo 14, paragrafo 4, lettera b)”, cioè qualora “siano entrati nel territorio dello Stato membro ospitante per cercare un posto di lavoro”. Negli ultimi anni, la Corte ha precisato queste deroghe in modo da evitare che i cittadini europei inattivi divengano un onere eccessivo per gli Stati ospitanti. Nel già citato caso *Dano*, il giudice sovranazionale ha ricordato che tali Stati non sono tenuti a corrispondere dette prestazioni ai cittadini di altri Stati membri non solo in caso di soggiorno di breve periodo¹⁵, ma anche qualora essi non rispettino le condizioni per il soggiorno di lungo periodo¹⁶, ad es. se non lavorano, non dispongono di risorse proprie sufficienti e soggiornano con il solo fine di beneficiare di un aiuto sociale. Nella sentenza *Alimanovic*, la Corte ha poi affermato la possibilità di escludere dalle prestazioni in parola anche quei cittadini di altri Stati membri il cui diritto di soggiorno di lungo periodo nello Stato ospitante è giustificato unicamente dalla ricerca di un lavoro dopo averlo perso da più di sei mesi, senza che rilevi la dimostrazione di essere alla ricerca di un nuovo lavoro e di avere buone possibilità di trovarlo¹⁷. In sostanza, per la direttiva 2004/38, come interpretata dalla Corte di giustizia, solo i cittadini europei “economicamente attivi” hanno sempre diritto ad accedere a tali prestazioni in condizioni di parità di trattamento con i cittadini dello Stato ospite¹⁸.

¹² Regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale. Cfr. per tutti A. RIZZO, *Sicurezza e assistenza sociale nel quadro delle competenze dell’Unione europea*, in P. GARGIULO (a cura di), *op. cit.*, p. 243 ss.

¹³ Si vedano ad es. le sentenze del 16 luglio 1992, causa C-78/91, *Huges*; del 5 marzo 1998, causa C-160/96, *Molenaar*; del 20 gennaio 2005, causa C-101/04, *Noteboom*; del 19 settembre 2013, cause riunite C-216 e 217/12, *Hliddal e Bornard*; e del 14 giugno 2016, causa C-308/14, *Commissione c. Regno Unito*.

¹⁴ Rileva a tal fine la categoria delle prestazioni “speciali in denaro di carattere non contributivo” di cui all’art. 70 regolamento 883/2004: quelle, cioè, previste da normative nazionali che hanno “caratteristiche tanto della legislazione in materia di sicurezza sociale (...) quanto di quella relativa all’assistenza sociale” e che comprendono le prestazioni intese a fornire “copertura in via complementare, suppletiva o accessoria dei rischi corrispondenti ai settori di sicurezza sociale (...) e a garantire, alle persone interessate, un reddito minimo di sussistenza in relazione al contesto economico e sociale dello Stato membro interessato”, per le quali “il finanziamento deriva esclusivamente dalla tassazione obbligatoria intesa a coprire la spesa pubblica generale e le condizioni per la concessione e per il calcolo della prestazione non dipendono da alcun contributo da parte del beneficiario”.

¹⁵ Conforme la sentenza del 25 febbraio 2016, C-299/14, *García-Nieto e al.*

¹⁶ V. anche la sentenza *Commissione c. Regno Unito*.

¹⁷ Sentenza del 15 settembre 2015, causa C-67/14, *Alimanovic*.

¹⁸ Su questo filone giurisprudenziale v., tra gli altri, M.E. BARTOLONI, *La libera circolazione dei cittadini europei economicamente inattivi tra principio di non discriminazione e tutela dei sistemi nazionali*

L'art. 19, co. 3, d.lgs. 30/2007 contiene una deroga automatica alla regola della parità di trattamento nei confronti dei soggiornanti di breve periodo e di quelli che siano entrati nel territorio italiano per cercare un posto di lavoro, a meno che il beneficio sociale non derivi dall'attività lavorativa o da specifiche norme di legge. Dato che l'art. 2 d.l. 4/2019 richiede sotto il profilo soggettivo la mera titolarità del soggiorno o del soggiorno permanente per la richiesta del RDC e della PDC, esso sembra porsi come *lex specialis* e permettere a tutti i cittadini europei soggiornanti legalmente in Italia – di breve o lungo periodo o in maniera permanente – di accedere al beneficio, senza che si possa limitarlo a quelli economicamente attivi.

Tuttavia, la novella legislativa introduce un altro requisito, quello della residenza almeno decennale e continuativa negli ultimi due anni, che di fatto restringe il novero dei richiedenti ben al di là delle deroghe ammesse dal d.lgs. 30/2007 (e dalla direttiva 2004/38). Tale requisito, infatti, ha l'effetto di escludere non solo i titolari del soggiorno di breve durata ma anche quelli del soggiorno di lunga durata, non importa se attivi o inattivi, nonché un buon numero di soggiornanti permanenti se residenti da meno di dieci anni.

Il requisito della residenza non rappresenta una discriminazione direttamente basata sulla nazionalità – come tale vietata ad es. in base agli articoli 18 TFUE e 24 direttiva 2004/38 (per i cittadini europei e loro familiari), agli articoli 45 TFUE e 7, par. 2, regolamento 492/11¹⁹ (per i lavoratori), e al citato art. 4 regolamento 883/04 (relativo ai sistemi di sicurezza sociale) – perché la novella legislativa lo estende anche ai cittadini italiani. Esso però, a nostro avviso, opera una discriminazione “indiretta” dato che sfavorisce i cittadini di altri Stati membri in misura maggiore rispetto ai cittadini italiani: per i primi, in gran parte nati e cresciuti al di fuori del territorio italiano, è oggettivamente più arduo soddisfare una condizione di questo tipo rispetto a chi, come i secondi, può più facilmente maturare i periodi di residenza utili. In altri termini, come affermato dalla Corte di giustizia, il requisito della residenza “rischia di operare principalmente a danno dei cittadini di altri Stati membri, considerato che il più delle volte i non residenti sono cittadini di altri Stati

di welfare, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 474 ss.; S. CUSTURERI, *Il trattamento sanitario del cittadino europeo inattivo alla luce della sentenza Dano*, in A. TARTAGLIA POLCINI, R. VIRZO (a cura di), *A scuola di cittadinanza europea*, Napoli, 2016, p. 115 ss.; R. PALLADINO, *Protezione delle finanze degli Stati membri e ridefinizione delle condizioni di esercizio delle libertà fondamentali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2016, p. 533 ss.; R. ROSSOLINI, *L'assistenza sociale ai cittadini europei migranti economicamente inattivi*, *ivi*, p. 125 ss.; D. CARTER, M. JESSE, *The “Dano Evolution”: Assessing Legal Integration and Access to Social Benefits for EU Citizens*, in *European Papers*, 2018, p. 1179 ss.; M. MESSINA, *I cittadini europei inattivi e le condizioni per l'accesso alle prestazioni di assistenza sociale in uno Stato membro ospitante: quale lezione dall'ordinamento USA?*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2018, n. 3, p. 44 ss., spec. p. 61 ss.; e E. MUIR, *EU Citizenship, Access to “Social Benefits” and Third-Country National Family Members: Reflecting on the Relationship Between Primary and Secondary Rights in Times of Brexit*, in *European Papers*, 2018, p. 1353 ss., spec. p. 1363 ss. Ciò pare ammissibile alla luce dell'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, secondo cui “[o]gni persona che risieda o si sposti legalmente all'interno dell'Unione ha diritto alle prestazioni di sicurezza sociale e ai benefici sociali, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali” (par. 2) e “[a] fine di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà, l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti, secondo le modalità stabilite dal diritto dell'Unione e le legislazioni e prassi nazionali” (par. 3) (corsivi aggiunti).

¹⁹ Regolamento (UE) n. 492/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione.

membri”²⁰. Il carattere discriminatorio emerge anche dal fatto che solo gli ultimi due anni devono essere continuativi: anche in questo caso, per i cittadini italiani è molto più facile dimostrare di aver “accumulato” i primi otto anni di residenza nel territorio italiano, in periodi anche lontani tra loro e spesso sin dalla nascita, rispetto ai cittadini di altri Stati UE che in buona parte si trasferiscono in Italia dopo un certo numero di anni trascorsi altrove.

La Corte di giustizia ha più volte affermato che le restrizioni fondate sulla residenza – così come ogni restrizione delle libertà fondamentali dei Trattati – possono risolversi in discriminazioni non solo dirette²¹ ma anche indirette, vietate al pari delle prime qualora non si basino su considerazioni oggettive indipendenti dalla cittadinanza dei soggetti interessati e non siano proporzionate rispetto all’obiettivo da raggiungere²². Posto che una misura è proporzionata nel caso in cui sia idonea a realizzare l’obiettivo perseguito senza andare oltre quanto necessario per il suo raggiungimento²³, il giudice sovranazionale ha talvolta valorizzato il requisito del grado reale di integrazione, sostenendo che una condizione unica di residenza rischia di escludere dal beneficio i cittadini europei che non soddisfino detta condizione ma abbiano, ciò nonostante, effettivi collegamenti sotto il profilo dell’integrazione in tale Stato²⁴.

A nostro avviso, il requisito della residenza decennale e biennale di cui all’art. 2 d.l. 4/2019 risulta sproporzionato – e quindi discriminatorio – proprio in virtù del fatto che non prende in considerazione il grado effettivo di integrazione di quei cittadini europei e loro familiari che, pur risiedendo in Italia da meno tempo o in maniera non continuativa negli ultimi due anni, sono, sulla base di altri concordanti elementi, sufficientemente integrati nel nostro Paese²⁵.

Qualora si volesse accedere alla tesi qui sostenuta, il giudice dell’Unione e i giudici italiani dovrebbero propendere per una dichiarazione di totale o almeno parziale incompatibilità del requisito della residenza previsto dal d.l. 4/2019 con il diritto dell’Unione, il che permetterebbe di ampliare il novero dei cittadini europei e loro familiari richiedenti il RDC e la PDC. In specie, vi sarebbero così ricompresi non solo i titolari del diritto di soggiorno permanente infradecennale²⁶ ma anche quelli del diritto di soggiorno di lungo periodo e loro familiari, a prescindere dal fatto che siano o non siano economicamente attivi purché sufficientemente inte-

²⁰ Sentenza del 16 gennaio 2003, causa C-388/01, *Commissione c. Italia*, punto 14. V. anche la sentenza del 18 luglio 2007, causa C-212/05, *Hartmann*, punto 31.

²¹ Come nel caso della condizione della residenza imposta dal Belgio solo ai lavoratori di altri Stati membri per l’accesso al c.d. “minimex”, una misura simile al RDC: sentenze del 27 marzo 1985, causa 249/83, *Hoeckx*, e causa 122/84, *Scrivner*.

²² V. ad es. le sentenze del 18 luglio 2006, causa C-406/04, *De Cuyper*, punto 40; del 26 ottobre 2006, causa C-192/05, *Tas-Hagen e Tas*, punto 33; del 23 ottobre 2007, cause riunite C-11 e 12/06, *Morgan e Bucher*, punto 33; e del 18 luglio 2013, cause riunite C-523 e 585/11, *Prinz*, punto 23.

²³ Sentenze *De Cuyper*, punti 40 e 42; *Morgan e Bucher*, punto 33; *Prinz*, punto 33. V. anche la sentenza *Commissione c. Regno Unito*, punto 79.

²⁴ Sentenza del 26 febbraio 2015, causa C-359/13, *Martens*, punto 39. V. anche la sentenza del 13 dicembre 2012, causa C-379/11, *Caves Krier Frères*, punto 53.

²⁵ Per alcune considerazioni v. A. RUGGIERI, *Cittadini, immigrati e migranti, alla prova della solidarietà*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2019, n. 2.

²⁶ Considerato che questo diritto costituisce espressamente “un autentico mezzo di integrazione nella società di detto Stato”: sentenza *Dano*, punto 72.

grati, così come, almeno in ipotesi, i soggiornanti di breve periodo²⁷. Naturalmente, il legislatore italiano ben potrebbe introdurre in un momento successivo nel d.l. 4/2019 le deroghe dell'art. 19, co. 3, d.lgs. 30/2007 – che forse ha ritenuto in un certo qual modo “assorbite” dalla clausola della residenza –, così escludendo legittimamente i soli soggiornanti di breve periodo e quelli di lungo periodo inattivi. L'incompatibilità totale o parziale col diritto UE del requisito della residenza dovrebbe anche consentire l'accesso alla PDC a tutti i cittadini europei e loro familiari, di età pari o superiore a 67 anni, che mantengano il diritto di soggiorno in Italia dopo aver svolto l'attività lavorativa anche senza la previa residenza decennale e biennale continuativa.

L'ampliamento della categoria dei cittadini europei e loro familiari si riverbererebbe in senso favorevole anche sui cittadini italiani che abbiano o non abbiano esercitato i diritti di circolazione dei Trattati UE. Quanto ai primi, da tempo la Corte di giustizia ha affermato che non si ricade in situazioni puramente interne²⁸ – e che, quindi, le norme del diritto UE possono essere fatte valere nei confronti dello Stato membro di cittadinanza – nel caso in cui i cittadini nazionali beneficino o abbiano beneficiato della libertà di circolazione²⁹. Pertanto, i cittadini italiani che abbiano spostato la propria residenza in altri Stati membri e siano a un certo punto rientrati in Italia sarebbero trattati in maniera non meno favorevole dei cittadini europei e loro familiari, accedendo così al RDC e alla PDC alle stesse loro (più favorevoli) condizioni anche se non soddisfano il requisito della residenza indicato dalla normativa³⁰. Peraltro tali cittadini italiani, così come quelli che non hanno mai usufruito del diritto di circolazione e che così subirebbero una discriminazione c.d. “a rovescio”, si vedrebbero garantire la parità di trattamento anche in base all'art. 53 della l. 234/2012³¹, per il quale “[n]ei confronti dei cittadini italiani non trovano applicazione norme dell'ordinamento giuridico italiano o prassi interne che producano effetti discriminatori rispetto alla condizione e al trattamento garantiti nell'ordinamento italiano ai cittadini dell'Unione europea”.

²⁷ Per i quali, tuttavia, pare arduo in concreto dimostrare quel grado sufficiente di integrazione.

²⁸ Come invece si ricadrebbe in presenza di situazioni completamente “sganciate” dal diritto UE: ad es. il lavoratore che non abbia mai esercitato il diritto alla libera circolazione e non intenda farlo (di recente v. la sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2017, causa C-566/15, *Erzberger*).

²⁹ Sentenza del 7 luglio 1992, causa C-370/90, *Singh*, che ha affermato il diritto di un cittadino di uno Stato membro, che abbia esercitato il diritto di libera circolazione per poi ritornare nello Stato di origine, di ottenere per il proprio coniuge il diritto di ingresso e soggiorno alle medesime condizioni (più favorevoli) di un lavoratore di altro Stato membro. V. anche la sentenza del 21 settembre 1999, causa C-378/97, *Wijzenbeek*, concernente un cittadino di uno Stato membro al quale la Corte ha incidentalmente riconosciuto l'esercizio del diritto alla libera circolazione per il solo fatto di essere sbarcato in un aeroporto del proprio Stato di cittadinanza da un volo proveniente da un altro Stato membro. Nella nota sentenza dell'8 marzo 2011, causa C-34/09, *Ruiz Zambrano*, ha poi riconosciuto i diritti derivanti dalla cittadinanza europea (escludendo, quindi, l'esistenza di una situazione puramente interna) ai cittadini europei c.d. “statici”, che non si siano cioè mai allontanati dallo Stato membro di cittadinanza ma che potrebbero farlo in futuro (v. anche le sentenze del 5 maggio 2011, causa C-434/09, *McCarthy*, e del 13 settembre 2016, causa C-165/14, *Rendón Marín*).

³⁰ V. analogamente la sentenza del 21 luglio 2011, causa C-503/09, *Stewart*, punto 87, concernente l'incompatibilità col diritto UE del diniego di una prestazione per inabilità temporanea per giovani disabili fondata, tra l'altro, sulla mancanza del requisito della residenza abituale e del soggiorno progressivo.

³¹ L. 24 dicembre 2012, n. 234, Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea.

Si noti che all'ampliamento dei beneficiari cittadini europei e loro familiari – e, per l'effetto, dei cittadini italiani – potrebbe giungersi anche in base a una pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 2 d.l. 4/2019, qualora la Consulta ritenga che le discriminazioni indirette risultanti dall'applicazione del requisito della residenza siano sproporzionate e non giustificabili alla luce della parità di trattamento (sostanziale) nell'accesso a prestazioni sociali, come il RDC e la PDC, che concorrono anche in parte al sostentamento minimo delle persone. La Corte costituzionale – basandosi anche sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo³² – nel corso del tempo ha censurato disposizioni normative che introducevano il requisito della lungo-residenza per l'accesso a talune prestazioni sociali a carico sia dei soli cittadini europei sia di cittadini italiani ed europei.

Con sentenza 9 febbraio 2011, n. 40, ad es., è stata censurata la legge del Friuli-Venezia Giulia che riservava l'accesso al sistema integrato di interventi e servizi sociali regionali ai cittadini UE residenti da almeno trentasei mesi³³. Nell'importante sentenza 4 luglio 2013, n. 172, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di una legge della Provincia autonoma di Trento nella parte in cui attribuiva il beneficio dell'assegno di cura solo ai cittadini italiani, europei ed extra-europei che risiedessero da almeno tre anni continuativi nel territorio provinciale, affermando che il requisito della residenza – seppur non irragionevole in sé – è permesso “solo in presenza di una causa normativa non palesemente irragionevole o arbitraria, che sia cioè giustificata da una ragionevole correlazione tra la condizione cui è subordinata l'attribuzione del beneficio e gli altri peculiari requisiti che ne condizionano il riconoscimento e ne definiscono la ratio”³⁴. Analogamente, nella sentenza 11 giugno 2014, n. 168, è stata riconosciuta l'illegittimità costituzionale di una legge della Valle d'Aosta perché subordinava l'accesso all'edilizia residenziale pubblica al requisito della residenza nella Regione da almeno otto anni anche non consecuti-

³² La Corte di Strasburgo ha più volte affermato che gli Stati parte della CEDU non sono tenuti a creare un sistema nazionale di protezione sociale o assicurare uno specifico livello di prestazioni assistenziali, ma qualora lo facciano, la normativa ricade all'interno dell'art. 1, Protocollo 1, CEDU e quindi deve essere conforme alle altre norme della Convenzione, tra cui l'art. 14 secondo cui “[i]l godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare [sull']origine nazionale o sociale” (v. ad es. la decisione del 5 settembre 2005, *Stec e al. c. Regno Unito (ricevibilità)*). Stante l'ampio margine di apprezzamento di cui godono gli Stati parte in materia di prestazioni sociali (sentenza (Grande camera) del 16 marzo 2010, *Carson e al. c. Regno Unito*), una differenza tra cittadini nazionali e stranieri risulta discriminatoria solo qualora alla base non vi sia una giustificazione oggettiva e ragionevole, cioè un rapporto di proporzionalità tra mezzi impiegati e obiettivo perseguito (v. anche le sentenze del 16 settembre 1996, *Gaygusuz c. Austria*; del 25 ottobre 2005, *Niedzwiecki c. Germania e Okpiz c. Germania*; del 31 marzo 2009, *Weller c. Ungheria*; del 28 ottobre 2010, *Fawsie c. Grecia*). Sotto questo profilo, dunque, “seules des considérations très fortes peuvent l'amener à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité” (sentenza del 29 ottobre 2009, *Si Amer c. France*, par. 39). Su queste basi, peraltro, la Corte europea ha condannato anche l'Italia con riferimento alle limitazioni per l'accesso all'assegno ai nuclei familiari con almeno tre figli minori (sentenza dell'8 aprile 2014, *Dhahbi c. Italia*). In generale v. G. TURATTO, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione ai temi della previdenza e della protezione sociale*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2012, p. 679 ss.

³³ Cfr. F. CORVAJA, *Cittadinanza e residenza qualificata nell'accesso al welfare regionale*, in *Le Regioni*, 2011, p. 1257 ss., e R. NUNIN, *L'integrazione dello straniero: tra partecipazione al Welfare State italiano e diritto all'inclusione nel mercato del lavoro*, in S. AMADEO, F. SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015, p. 91 ss., p. 106 ss.

³⁴ Par. 3 delle considerazioni in diritto.

tivi³⁵. Recentemente, la Corte costituzionale ha confermato questo orientamento con riguardo alla legge del Veneto sull'accesso agli asili nido³⁶.

3. Le maggiori criticità del d.l. 4/2019 si riscontrano, tuttavia, in merito ai richiedenti cittadini di Paesi terzi³⁷. Secondo l'art. 2, infatti, essi devono essere cumulativamente “in possesso del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo” (co. 1, lett. a), n. 1), della predetta residenza decennale e biennale continuativa nonché, per dimostrare il soddisfacimento dei requisiti economici³⁸, di “apposita certificazione rilasciata dalla competente autorità dello Stato estero, tradotta in lingua italiana e legalizzata dall'autorità consolare italiana” (co. 1-bis), a meno che non siano rifugiati politici, oppure nei loro confronti convenzioni internazionali dispongano diversamente, o ancora provengano da Paesi terzi “nei quali è oggettivamente impossibile acquisire” quei certificati (co. 1-ter).

In primo luogo, dunque, il d.l. richiede la titolarità del permesso per c.d. “lungosoggiornanti”, disciplinato dalla direttiva 2003/109³⁹, come attuata in Italia dal d.lgs. 3/2007⁴⁰ che ha modificato gli articoli 9 e 9-bis del T.U. immigrazione⁴¹. Tale permesso si può ottenere dopo un soggiorno legale e ininterrotto di cinque anni nel territorio nazionale, previa dimostrazione da parte del richiedente della disponibilità di risorse stabili e regolari in misura sufficiente da non gravare sul sistema

³⁵ Al par. 2 delle considerazioni in diritto, la Corte costituzionale sottolinea che “la previsione dell'obbligo di residenza da almeno otto anni nel territorio regionale, quale presupposto necessario per la stessa ammissione al beneficio dell'accesso all'edilizia residenziale pubblica (e non, quindi, come mera regola di preferenza), determina un'irragionevole discriminazione (...) nei confronti dei cittadini dell'Unione, [ponendoli] in una condizione di inevitabile svantaggio in particolare rispetto alla comunità regionale, ma anche rispetto agli stessi cittadini italiani, che potrebbero più agevolmente maturare gli otto anni di residenza in maniera non consecutiva, realizzando una discriminazione vietata dal diritto [UE]”.

³⁶ Con sentenza 25 maggio 2018, n. 107, la Consulta ha ritenuto costituzionalmente illegittima la normativa della Regione Veneto sui servizi educativi alla prima infanzia, nella parte in cui stabiliva un titolo di preferenza nei confronti dei figli di genitori residenti in Veneto anche in modo non continuativo da almeno quindici anni o che prestassero attività lavorativa in Veneto ininterrottamente da almeno quindici anni, ricordando che “[l]a configurazione della residenza (o dell'occupazione) protratta come titolo di precedenza per l'accesso agli asili nido, anche per le famiglie economicamente deboli, si pone in frontale contrasto con la vocazione sociale di tali asili” (par. 3.2 delle considerazioni in diritto). Vedi A. GUARISO, *Le sentenze della Corte costituzionale 106, 107 e 166 del 2018: diritto alla mobilità e illegittimità dei requisiti di lungo-residenza per l'accesso all'alloggio e alle prestazioni sociali*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2018, n. 3.

³⁷ Per un quadro della circolazione e del soggiorno dei cittadini di Paesi terzi nell'UE v. A. ADINOLFI, *La circolazione tra gli Stati membri dell'Unione degli stranieri in condizione regolare*, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014, p. 137 ss.

³⁸ Indicati *supra*, par. 1.

³⁹ Direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo. In argomento v. A. DI STASI, *L'integrazione del lungo soggiornante*, in G. CAGGIANO (a cura di), *op. cit.*, p. 241 ss., e P. DE PASQUALE, *Il trattamento degli 'stranieri lungo soggiornanti' fra libera circolazione e profili economici della parità di trattamento*, in S. AMADEO, F. SPITALERI (a cura di), *op. cit.*, p. 31 ss.

⁴⁰ D.lgs. 8 gennaio 2007, n. 3, Attuazione della direttiva 2003/109/CE relativa allo status di cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo.

⁴¹ D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero.

nazionale di assistenza sociale⁴² e, nel caso di richiesta relativa ai familiari, di un reddito sufficiente e di un alloggio idoneo; una volta ottenuto, il permesso è a tempo indeterminato, permette di usufruire appieno delle prestazioni sociali⁴³ e può essere revocato solo in determinati casi, tra cui non figura la mancata capacità reddituale. Di conseguenza, ci pare che la possibilità per i lungosoggiornanti di accedere al RDC e alla PDC in base alla novella legislativa si verifichi – al netto della clausola di residenza – solo qualora essi non dispongano più del reddito minimo in costanza di soggiorno ultraquinquennale, e non invece se non hanno ancora acquisito la titolarità del permesso pur soddisfacendo il requisito del soggiorno medesimo.

La possibilità per i soli lungosoggiornanti di presentare domanda per il RDC e la PDC ci sembra discriminatoria nei confronti di un gran numero di cittadini di Paesi terzi che, in base agli atti internazionali e UE di volta in volta rilevanti, hanno diritto alla parità di trattamento con i cittadini italiani nell'accesso alle prestazioni di sicurezza sociale⁴⁴.

Ci si riferisce anzitutto ai cittadini di Paesi terzi titolari del permesso unico soggiorno-lavoro, disciplinato dalla direttiva 2011/98⁴⁵ come attuata in Italia dal d.lgs. 40/2014⁴⁶. L'art. 12, par. 1, lett. e) della direttiva dispone, infatti, la parità di trattamento tra i cittadini di Paesi terzi ammessi in uno Stato membro per motivi di lavoro subordinato (o per altri motivi che consentono però anche di svolgere tale lavoro) e i cittadini di quest'ultimo Stato per quanto riguarda "i settori della sicurezza sociale" di cui al citato regolamento 883/2004, salvo talune limitazioni. Assume peraltro rilievo ai nostri fini la recente sentenza *Martinez Silva*⁴⁷, in cui la Corte ha censurato la legge italiana che riservava l'assegno in favore dei nuclei familiari con tre o più figli minorenni, titolari di redditi inferiori a un determinato limite, solo ai rifugiati politici, ai beneficiari della protezione sussidiaria e ai lungosoggiornanti⁴⁸, affermando invece che anche i titolari del permesso unico soggiorno-lavoro beneficiano delle prestazioni di sicurezza sociale previste per i cittadini di tale Stato.

Lo stesso discorso può essere svolto con riguardo alla mancata inclusione dei cittadini di Paesi terzi che siano lavoratori altamente qualificati in possesso della

⁴² In proposito, la sentenza della Corte di giustizia del 3 ottobre 2019, causa C-302/18, *X. c. Belgische Staat*, ha specificato che tali risorse non devono essere necessariamente quelle proprie del richiedente, ma anche quelle "messe a disposizione (...) da un terzo purché, tenuto conto della situazione individuale del richiedente interessato, siano considerate stabili, regolari e sufficienti" (punto 44).

⁴³ In senso conforme v. la sentenza della Corte di giustizia del 24 aprile 2012, causa C-571/10, *Kamberaj*, nonché, recentemente, Cassazione, Sez. Lavoro, sentenze dell'8 maggio 2017, n. 11165 e 11166.

⁴⁴ Per alcune considerazioni v. A. ROSENTHAL, *Gli status sociali dei cittadini di Paesi terzi nel diritto derivato dell'Unione europea*, in P. GARGIULO (a cura di), *op. cit.*, p. 353 ss.

⁴⁵ Direttiva 2011/98/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e a un insieme comune di diritti per i lavoratori di paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro. In argomento v. M. EVOLA, *I lavoratori di Stati terzi nel diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2018, p. 143 ss.

⁴⁶ D.lgs. 4 marzo 2014, n. 40, Attuazione della direttiva 2011/98/UE relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di Paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e a un insieme comune di diritti per i lavoratori di Paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro.

⁴⁷ Sentenza del 21 giugno 2017, causa C-449/16, *Martinez Silva*.

⁴⁸ L. 23 dicembre 1998, n. 448, Misure di finanza pubblica per la stabilizzazione e lo sviluppo.

Carta blu UE, per i quali l'art. 14 direttiva 2009/50⁴⁹ garantisce – in termini non differenti dal richiamato art. 12 direttiva 2011/98 – la parità di trattamento coi cittadini nazionali per quanto riguarda le “disposizioni della legge nazionale relative ai settori della sicurezza sociale” del regolamento 883/2004. Posto che questa disposizione trova eco nell'art. 27-quater T.U. immigrazione⁵⁰, volto a disporre la parità di trattamento tra titolari della Carta blu e cittadini italiani⁵¹ (co. 15), e che la Carta blu può essere revocata “qualora lo straniero non abbia risorse sufficienti per mantenere se stesso e, nel caso, i propri familiari, senza ricorrere al regime di assistenza sociale nazionale, ad eccezione del periodo di disoccupazione” (co. 12, lett. d)⁵², ne discende la possibilità per quei lavoratori di accedere al RDC almeno durante il periodo di disoccupazione ove il reddito familiare scenda al di sotto della soglia massima prevista dal d.l. 4/2019.

Parimenti discriminatorie, e dunque vietate, appaiono le esclusioni di alcune delle categorie di cittadini di Paesi terzi che soggiornano in Italia ai sensi della direttiva 2016/801⁵³. Quanto ai ricercatori, essi svolgono attività lavorativa e devono poter godere della parità di trattamento coi cittadini nazionali alla stessa maniera dei titolari del permesso soggiorno-lavoro (art. 22, par. 1)⁵⁴, giusta la citata giurisprudenza *Martinez Silva*. Anche gli studenti, che in base all'art. 24 hanno il diritto di svolgere attività lavorativa subordinata o autonoma al di fuori delle ore dedicate al programma di studi ed entro un limite massimo di ore per settimana, sono equiparati ai titolari del permesso soggiorno-lavoro (art. 22, par. 3)⁵⁵ così godendo della predetta parità di trattamento. I tirocinanti, i volontari e le persone collocate alla pari, invece, non possono essere ricompresi tra i richiedenti le misure di cui si tratta in quanto l'art. 22, par. 3, direttiva 2016/801 li equipara ai cittadini nazionali anche nell'accesso alle prestazioni di sicurezza sociale solo quando si ritiene che abbiano un rapporto di lavoro nello Stato membro interessato (par. 3). In Italia, invero, tali attività non sono qualificabili come lavorative in mancanza di una vera e propria retribuzione: nel caso dei tirocinanti, tale non può essere ritenuta l'indennità di partecipazione prevista dalle normative regionali in materia⁵⁶; per i volontari, la retribuzione è esclusa *ex art. 27-bis*, co. 2, lett. d), T.U. immigrazione; l'accoglimento temporaneo dei collaboratori *au pair* in seno alle famiglie ospitanti,

⁴⁹ Direttiva 2009/50/CE del Consiglio, del 25 maggio 2009, sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati. Cfr. M. EVOLA, *op. cit.*, p. 238 ss.

⁵⁰ Introdotto dal d.lgs. 28 giugno 2012, n. 108, Attuazione della direttiva 2009/50/CE sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di Paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati.

⁵¹ A eccezione dell'accesso al mercato del lavoro per i primi due anni.

⁵² Norma conforme all'art. 13 direttiva 2009/50, per il quale “[l]a disoccupazione non costituisce di per sé un motivo di revoca di una Carta blu UE (...)”.

⁵³ Direttiva (UE) 2016/801 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2016, relativa alle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di paesi terzi per motivi di ricerca, studio, tirocinio, volontariato, programmi di scambio di alunni o progetti educativi, e collocamento alla pari, attuata in Italia con d.lgs. 11 maggio 2018, n. 71.

⁵⁴ Benché gli Stati possano limitare l'erogazione di sussidi familiari se quei cittadini sono autorizzati a soggiornare fino a un massimo di sei mesi (par. 2).

⁵⁵ Con la medesima limitazione dei ricercatori.

⁵⁶ V. anche l'accordo tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, sul documento recante “Linee Guida per in materia di tirocini per persone straniere residenti all'estero”, del 5 agosto 2014, reperibile *online*.

come contropartita di alcune prestazioni, e la corresponsione di una piccola somma di danaro⁵⁷ non è sufficiente a qualificare la prestazione come lavorativa. Gli alunni, infine, non possono mai svolgere attività lavorative e dunque accedere alle prestazioni di sicurezza sociale.

Anche l'esclusione dei lavoratori stagionali dall'art. 2 d.l. 4/2019 risulta discriminatoria in base alla direttiva 2014/36⁵⁸, il cui art. 23 prevede la parità di trattamento con i cittadini dello Stato ospite con riguardo ai settori della sicurezza sociale del regolamento 883/2004 (par. 1, lett. d)⁵⁹. L'equiparazione ai cittadini nazionali nell'accesso a simili prestazioni opera anche nei confronti dei lavoratori titolari del permesso per trasferimento intra-societario, disciplinato dalla direttiva 2014/66⁶⁰, ma solo se nei loro confronti non si applichi già il diritto del Paese d'origine (art. 18).

In via generale, poi, a nostro parere anche altre due categorie di stranieri devono poter accedere al RDC e alla PDC. La prima è quella dei cittadini di Paesi terzi che "risied[on]o legalmente nel territorio di uno Stato membro e si trov[a]no in una situazione che non sia confinata, in tutti i suoi aspetti, all'interno di un solo Stato membro", nei cui confronti il regolamento 1231/2010 ha disposto l'estensione del regolamento 883/2004⁶¹. In tal modo, tutti quei cittadini extraeuropei che si siano spostati in Italia da altro Stato membro in cui hanno soggiornato legalmente sono equiparati ai cittadini UE, così godendo della parità di trattamento coi cittadini italiani nell'accesso alle prestazioni di sicurezza sociale. La seconda categoria invece è quella dei familiari extraeuropei dei cittadini di Paesi terzi ammessi al ricongiungimento familiare in base alla direttiva 2003/86⁶². Vero è che, per ottenere il ricongiungimento, il cittadino di Paese terzo richiedente deve dimostrare tra l'altro di disporre "di risorse stabili e regolari sufficienti per mantenere se stesso e i suoi familiari senza ricorrere al sistema di assistenza sociale dello Stato membro interessato" (art. 7, par. 1, lett. c)⁶³, così come è vero che la direttiva 2003/86 non

⁵⁷ In proposito si veda la l. 18 maggio 1973, n. 304, Ratifica ed esecuzione dell'accordo europeo sul collocamento alla pari, con allegati e Protocollo, adottato a Strasburgo il 24 novembre 1969, che regola ancor oggi la materia: l'Italia, infatti, in occasione del d.lgs. 71/2018 ha scelto di non avvalersi della facoltà di recepire la normativa di cui alla direttiva 2016/801.

⁵⁸ Direttiva 2014/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle condizioni di ingresso e di soggiorno dei cittadini di paesi terzi per motivi di impiego in qualità di lavoratori stagionali, attuata in Italia con d.lgs. 29 ottobre 2016, n. 203, che ha modificato l'art. 24 T.U. immigrazione. Cfr. M. EVOLA, *op. cit.*, p. 252 ss.

⁵⁹ Sebbene gli Stati possano escludere "le prestazioni familiari e di disoccupazione" (par. 2, lett. i).

⁶⁰ Direttiva 2014/66/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di paesi terzi nell'ambito di trasferimenti intra-societari, attuata in Italia con d.lgs. 29 dicembre 2016, n. 253, che ha introdotto gli articoli 27-quinquies e 27-sexies nel T.U. immigrazione. Vedi M. EVOLA, *op. cit.*, p. 262 ss.

⁶¹ Regolamento (UE) n. 1231/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, che estende il regolamento (CE) n. 883/2004 e il regolamento (CE) n. 987/2009 ai cittadini di paesi terzi cui tali regolamenti non siano già applicabili unicamente a causa della nazionalità. Cfr. R. NUNIN, *op. cit.*, p. 95 s.

⁶² Direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare. L'attuazione è stata disposta con d.lgs. 8 gennaio 2007, n. 5.

⁶³ A sua volta, l'art. 29, co. 3, lett. b), T.U. immigrazione chiede la disponibilità "di un reddito minimo annuo derivante da fonti lecite non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale aumentato della metà dell'importo dell'assegno sociale per ogni familiare da ricongiungere. Per il ricongiungimento di due o più figli di età inferiore agli anni quattordici è richiesto, in ogni caso, un reddito non inferiore al

prevede espressamente il diritto dei familiari di accedere alle prestazioni di assistenza sociale; ma è altrettanto vero che l'art. 30, co. 2, T.U. immigrazione fornisce una disciplina più favorevole affermando che “[i]l permesso di soggiorno per motivi familiari consente l'accesso ai servizi assistenziali”.

Un cenno a parte, infine, merita l'esclusione anche dei rifugiati e dei beneficiari della protezione sussidiaria dal novero dei richiedenti cittadini di Paesi terzi. Quanto ai primi, l'art. 23 della Convenzione di Ginevra del 1951 relativa allo *status* dei rifugiati⁶⁴ afferma che “[i]n materia di assistenza e di soccorsi pubblici, gli Stati Contraenti concederanno ai rifugiati residenti regolarmente nel loro territorio lo stesso trattamento che ai loro cittadini”. La piena equiparazione tra rifugiati e cittadini nazionali è confermata nell'art. 29 direttiva 2011/95⁶⁵, per il quale sussiste l'obbligo in capo agli Stati UE di protezione di concedere ai rifugiati “adeguata assistenza sociale, alla stregua dei cittadini dello Stato membro in questione” (par. 1). Nei confronti dei beneficiari della protezione sussidiaria, invece, l'art. 29, par. 2 permette agli Stati di limitare l'assistenza sociale “alle prestazioni essenziali, che in tal caso sono offerte allo stesso livello e alle stesse condizioni di ammissibilità previste per i cittadini dello Stato membro in questione”. Il d.lgs. 251/2007⁶⁶, che dà attuazione nel nostro ordinamento alla direttiva 2011/95 (così come alla precedente 2004/83⁶⁷), prevede però all'art. 27, co. 1, la completa equiparazione ai cittadini italiani sia dei rifugiati sia dei beneficiari della protezione sussidiaria “in materia di assistenza sociale e sanitaria”.

Se ciò è vero, l'esclusione operata dall'art. 2 d.l. 4/2019 si pone in aperto contrasto con l'art. 29 direttiva 2011/95 e anche con l'art. 27 d.lgs. 251/2007. Per quanto attiene ai rifugiati, una questione analoga è venuta recentemente in rilievo nel caso *Ayubi*, concernente la mancata erogazione di un sussidio per necessità di sostentamento e alloggio in Austria: la Corte di giustizia ha sottolineato che “il livello delle prestazioni sociali accordate ai rifugiati dallo Stato membro che ha concesso tale status (...) deve essere lo stesso di quello offerto ai cittadini di tale Stato membro”, senza che rilevi la durata solo temporanea o a tempo indeterminato del titolo di soggiorno di cui godono i rifugiati medesimi⁶⁸. Questa pronuncia assume

doppio dell'importo annuo dell'assegno sociale. Ai fini della determinazione del reddito si tiene conto anche del reddito annuo complessivo dei familiari conviventi con il richiedente”.

⁶⁴ Firmata il 28 luglio 1951 ed entrata in vigore il 22 aprile 1954. Essa è stata ratificata ed eseguita in Italia con l. 24 luglio 1954, n. 722.

⁶⁵ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta, sulla quale v. G. MORGESE, *La Direttiva 2011/95/UE sull'attribuzione e il contenuto della protezione internazionale*, in *La Comunità Internazionale*, 2012, p. 255 ss.

⁶⁶ D.lgs. 19 novembre 2007, n. 251, Attuazione della direttiva 2004/83/CE recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta.

⁶⁷ Direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta.

⁶⁸ Sentenza del 21 novembre 2018, causa C-713/17, *Ayubi*, punto 25. In argomento v. S. PROGIN-THEUERKAUF, *Case C-713/17 Ayubi: A Refugee Is a Refugee Is a Refugee (Even with Temporary Right of Residence)*, in *European Law Blog*, 27 novembre 2018, reperibile *online*, e F. BIONDI DAL MONTE,

rilievo ai nostri fini, posto che anche l'art. 2 d.l. 4/2019, come la rilevante normativa austriaca, permette implicitamente l'accesso al RDC e alla PDC ai soli rifugiati che siano anche in possesso del permesso per lungosoggiornanti. Ma analoga considerazione va fatta per i beneficiari della protezione sussidiaria: anche qualora il legislatore italiano avesse sfruttato la possibilità di disporre nei loro confronti l'accesso alle sole prestazioni essenziali, infatti, la qualificazione del RDC e della PDC come misure di contrasto alla povertà assoluta le avrebbe comunque rese accessibili anche a quei cittadini di Paesi terzi o apolidi.

Va ricordato che la mancata inclusione dei beneficiari della protezione internazionale non è un'assoluta novità del d.l. 4/2019: già in passato, invero, il legislatore italiano ha operato limitazioni nei loro confronti con riguardo a talune prestazioni di assistenza sociale⁶⁹, e l'equiparazione si è avuta solo successivamente e in via amministrativa mediante circolari dell'INPS⁷⁰. Ci limitiamo a sottolineare come tale prassi non sia certamente idonea a sanare il contrasto del d.l. 4/2019 con la direttiva 2011/95, anche perché nel nostro caso la possibilità per i beneficiari di protezione internazionale di accedere al beneficio non è stato disposto nemmeno con la pertinente circolare INPS 43/2019 ma, in via di fatto, soltanto nel modello per la domanda.

In tutti i casi prima illustrati, si ricava la possibilità per i giudici nazionali – aditi dai cittadini di Paesi terzi beneficiari della parità di trattamento che hanno presentato la domanda di RDC e di PDC e se la sono vista rifiutare – di applicare in via diretta, anche previo rinvio pregiudiziale di interpretazione alla Corte di giustizia, le norme degli atti UE di volta in volta rilevanti e così ammettere quei cittadini al beneficio economico del d.l. 4/2019.

A tale conclusione si potrebbe giungere anche attraverso una pronuncia di illegittimità costituzionale del decreto in esame. Si ricorda che l'art. 41 T.U. immigrazione dispone in via generale la piena equiparazione tra cittadini di Paesi terzi soggiornanti da almeno un anno in Italia e cittadini italiani in materia di “provvidenze e (...) prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale”. La portata della norma è stata successivamente limitata dall'art. 80, co. 19, l. 388/2000, che ha disposto l'accesso alle provvidenze economiche erogate sulla base di requisiti predeterminati

*Il diritto all'assistenza sociale dei rifugiati. Riflessioni a partire da Corte di giustizia, sentenza 21 novembre 2018 (C-713/17), in *Questione giustizia*, 8 aprile 2019, reperibile online.*

⁶⁹ Si vedano, ad es., l'art. 3, co. 6, l. 8 agosto 1995, n. 335, Riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare (istitutivo dell'assegno sociale); l'art. 65 della citata l. 448/1998 (istitutivo dell'assegno ai nuclei familiari con almeno tre figli minori); art. 1, co. 125, l. 23 dicembre 2014, n. 190, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2015) (istitutivo dell'assegno di natalità: c.d. “bonus bebè”); l'art. 1, co. 353, l. 11 dicembre 2016, n. 232, Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2017 e bilancio pluriennale per il triennio 2017-2019 (istitutivo del premio alla nascita: c.d. “bonus mamma domani”); l'art. 1, co. 355, della medesima l. 232/2016 (istitutivo del “bonus asili nido”); e il d.lgs. 15 settembre 2017, n. 147, Disposizioni per l'introduzione di una misura nazionale di contrasto alla povertà (istitutivo del reddito d'inclusione o “REI”, oggi sostituito dal RDC e dalla PDC).

⁷⁰ V. le circolari 105/2008 sull'assegno sociale; 9/2010 sull'assegno ai nuclei familiari con almeno tre figli minori; 93/2015 sul bonus bebè; 39/2017 sul bonus mamma domani; 88/2017 sul bonus asili nido; e 172/2017 sul REI.

(cioè, la gran parte delle prestazioni di assistenza sociale) solo agli stranieri lungosoggiornanti⁷¹.

Benché entrambe le norme convivano ancor oggi, la Corte costituzionale ha progressivamente “smantellato” questo impianto, dando prevalenza all’art. 41 T.U. immigrazione alla luce del principio di ragionevolezza insito nell’art. 3 Cost. In specie, l’art. 41 è stato riconosciuto come “necessario paradigma sulla cui falsariga calibrare [lo] scrutinio di ragionevolezza” al fine di censurare quelle normative statali o regionali che operano differenziazioni tra cittadini italiani e stranieri nell’accesso alle prestazioni sociali, qualora non si rinvenga “nella stessa struttura normativa una specifica, trasparente e razionale ‘causa giustificatrice’, idonea a ‘spiegare’, sul piano costituzionale, le ‘ragioni’ poste a base della deroga”⁷². Secondo la Consulta, e con motivazioni non differenti da quelle già viste a proposito dei cittadini UE e loro familiari⁷³, si ricade nella discriminazione in presenza di disposizioni che istituiscono prestazioni rientranti in un “nucleo essenziale” rivolto ad assicurare un aiuto a persone svantaggiate e/o in condizioni reddituali limitate, e cioè misure “di sostegno per le indispensabili necessità di una vita dignitosa”⁷⁴.

In un primo momento, il giudice delle leggi ha ritenuto irragionevoli e quindi illegittime le limitazioni fondate sull’art. 80, co. 19, l. 388/2000 per via del fatto che alcune prestazioni relative a condizioni di invalidità non andavano concesse solo a quegli stranieri, come i lungosoggiornanti, che già avevano un reddito minimo, dovendosi invece estendere a tutti quelli regolarmente soggiornanti⁷⁵. Successivamente, la Consulta ha esaminato anche l’altro requisito per ottenere il permesso per lungosoggiornanti, e cioè il soggiorno legale e ininterrotto per almeno cinque anni. In proposito, è stato rilevato il carattere irragionevole di quel requisito che determinava la concessione ai soli lungosoggiornanti dell’assegno mensile di invalidità (sentenza 28 maggio 2010, n. 187), dell’indennità di frequenza ai minori stranieri (sentenza 16 dicembre 2011, n. 329), dell’indennità di accompagnamento e

⁷¹ V. tra gli altri C. CORSI, *Stranieri, diritti sociali e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2014, n. 3, spec. p. 11 s.; e G. ROMEO, *Il cosmopolitismo pragmatico della Corte costituzionale tra radicamento territoriale e solidarietà*, in *Rivista AIC*, 2018, n. 1.

⁷² Sentenza 2 dicembre 2005, n. 432, par. 5.2 delle considerazioni in diritto. Cfr. M. GNES, *Il diritto degli stranieri extracomunitari alla non irragionevole discriminazione in materia di agevolazioni sociali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, p. 4681 ss.; F. RIMOLI, *Cittadinanza, eguaglianza e diritti sociali: qui passa lo straniero*, *ivi*, p. 4675 ss.; e M. CUNIBERTI, *L’illegittimità costituzionale dell’esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, in *Le Regioni*, 2006, p. 510 ss. V. anche la sentenza 40/2011.

⁷³ *Supra*, al par. 2.

⁷⁴ Sentenza 11 novembre 2015, n. 230, par. 2.2 delle considerazioni in diritto (corsivo aggiunto).

⁷⁵ Sentenze 30 luglio 2008, n. 306, sull’indennità di accompagnamento, e 23 gennaio 2009, n. 11, sulla pensione di inabilità. In quest’ultima pronunzia, la Corte costituzionale ha sottolineato che “[l]a subordinazione dell’attribuzione di tale prestazione al possesso, da parte dello straniero, di un titolo di soggiorno il cui rilascio presuppone il godimento di un reddito, rende ancor più evidente l’intrinseca irragionevolezza del complesso normativo in scrutinio (par. 3 delle considerazioni in diritto). Cfr. A. M. BATTISTI, *Rilevanza del reddito e adeguatezza della prestazione assistenziale per i cittadini e gli stranieri extracomunitari*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, p. 3338 ss.; D. CARRARELLI, *La manifesta irragionevolezza dei presupposti economici per l’accesso all’assistenza sociale dei cittadini extracomunitari*, in *Giurisprudenza italiana*, 2009, p. 1353 ss.; B. MARZIALE, *Stranieri extracomunitari e prestazioni di assistenza sociale*, *ivi*, p. 1357 ss.; e G. BRUNELLI, *Minori immigrati, integrazione scolastica, divieto di discriminazione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2010, n. 1, p. 58 ss.

della pensione di inabilità (sentenza 15 marzo 2013, n. 40), della pensione e indennità di accompagnamento per ciechi assoluti e dell'assegno sociale maggiorato (sentenza 27 febbraio 2015, n. 22), nonché della pensione di invalidità civile per sordi e della indennità di comunicazione (sentenza 230/2015)⁷⁶.

Quanto alle prestazioni che esulano da quelle riconducibili al nucleo essenziale, perché non esclusivamente destinate al soddisfacimento di bisogni primari (come nel caso delle ricordate prestazioni di invalidità), la Corte costituzionale ha adottato un orientamento meno netto, ritenendo che sia in principio ammissibile introdurre un criterio di radicamento territoriale – e, dunque, di previa residenza – al fine di escludere persone che non hanno un nesso reale col territorio. Tuttavia, anche tale requisito va esaminato alla luce del principio di ragionevolezza e di non-discriminazione. Così, la Corte ha censurato non solo una disposizione normativa che escludeva *in toto* i cittadini di Paesi terzi dall'accesso al sistema integrato di interventi e servizi sociali (sentenza 40/2011)⁷⁷, ma anche quelle che condizionavano al requisito della lungo-residenza l'accesso dei cittadini di Paesi terzi, ad es., a prestazioni sociali regionali (sentenze 18 gennaio 2013, n. 2, e 19 luglio 2013, n. 222), all'assegno di cura (sentenza 172/2013), all'edilizia residenziale pubblica (sentenze 168/2014 e 24 maggio 2018, n. 106) e al sostegno per l'accesso alle abitazioni in locazione (sentenza 20 luglio 2018, n. 166)⁷⁸. In un caso, il requisito della residenza biennale è stato ritenuto costituzionalmente legittimo in quanto la prestazione non era limitata solo alle persone in situazione di bisogno ma interessava una platea più vasta (sentenza 28 maggio 2014, n. 141)⁷⁹.

Molto recentemente, la Corte è giunta a ritenere legittimo il cumulo dei due requisiti dello *status* di lungosoggiornante – e, quindi, del previo possesso del reddito minimo per il suo ottenimento⁸⁰ – e del soggiorno legale e continuativo in Italia per almeno dieci anni ai fini dell'accesso dei cittadini di Paesi terzi all'assegno sociale⁸¹. Simile posizione restrittiva è stata motivata in ragione del fatto che l'assegno sociale, a differenza delle prestazioni di invalidità, risulta non solo esterno e ulteriore rispetto a quel nucleo essenziale prima ricordato, ma anche riservato a

⁷⁶ Su queste sentenze v., variamente, W. CHIAROMONTE, *Stranieri e prestazioni assistenziali destinate al sostentamento della persona: sono illegittime le differenziazioni fondate sulla durata del soggiorno in Italia*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2010, II, p. 947 ss.; L. SURDI, *Art. 80, comma 19, l. n. 388/2000: never ending story*, *ivi*, 2012, II, p. 521 ss.; D. FIUMICELLI, *L'integrazione degli stranieri extracomunitari alla luce delle più recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2013, n. 18, spec. p. 16 ss.; C. CORSI, *op. cit.*, *passim*; A. CIERVO, *La sentenza n. 22/2015 della Corte costituzionale in materia di prestazioni assistenziali a favore degli stranieri extracomunitari. Cronaca di una dichiarazione di incostituzionalità annunciata*, *ivi*, 2015, n. 2; e P. DE PASQUALE, *op. cit.*, p. 43 s.

⁷⁷ Sulla quale v. F. CORVAJA, *op. cit.*

⁷⁸ Su questa giurisprudenza v. per tutti C. CORSI, *op. cit.*; *Id.*, *La trilogia della Corte Costituzionale: ancora sui requisiti di lungo-residenza per l'accesso alle prestazioni sociali*, in *Le Regioni*, 2018, p. 1170 ss.; D. FIUMICELLI, *op. cit.*; D. MONEGO, *La "dimensione regionale" nell'accesso alle provvidenze sociali*, in *Le Regioni*, 2014, p. 244 ss.; E. MONTICELLI, *La giurisprudenza costituzionale italiana in materia di residenza qualificata e accesso al welfare regionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 2016, n. 2; A. GUARISO, *op. cit.*; e G. SOBRINO, *Leggi regionali e violazione del principio di uguaglianza. Le discriminazioni verso i non cittadini operate dalle leggi regionali*, in *Diritti regionali*, 2019, n. 1.

⁷⁹ Sulla quale E. MONTICELLI, *op. cit.*

⁸⁰ *Ex art. 80, co. 19, l. 388/2000.*

⁸¹ Ai sensi dell'art. 20, co. 10, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria, convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2008, n. 133.

coloro che, uscendo per limiti di età dal mondo del lavoro, hanno “concorso al progresso della società, grazie alla partecipazione alla vita di essa in un apprezzabile arco di tempo” (sentenza 15 marzo 2019, n. 50)⁸².

Alla luce di questa recentissima giurisprudenza, si potrebbe in principio dubitare che il beneficio del RDC e della PDC possa estendersi ad altri cittadini di Paesi terzi rispetto a quelli individuati dal legislatore. Tuttavia, come rilevato anche dal Tribunale di Bergamo nell'ordinanza di rimessione alla Consulta del 1° agosto 2019⁸³, in una specie avente a oggetto il denegato accesso al REI⁸⁴, riteniamo che si versi, nel nostro caso, in una situazione differente. Ciò non solo e non tanto perché si tratta di misure (come il REI e, di conseguenza, il RDC/PDC) da iscrivere nel nucleo essenziale delle prestazioni estese a tutti in quanto finalizzate all'affrancamento dalla condizione di povertà, ma anche in ragione del fatto che – a differenza dell'assegno sociale – quelle misure sono per natura dirette a fronteggiare situazioni contingenti di necessità e non possono, quindi, essere legate a un precedente contributo del cittadino di Paese terzo alla vita socioeconomica del nostro Paese. Quindi, non ci pare inverosimile che la Consulta possa pervenire a una dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 2 d.l. 4/2019, nella parte in cui non permette di accedere al beneficio economico a tutti i cittadini di Paesi terzi regolarmente soggiornanti e nelle medesime condizioni reddituali, a prescindere dalla titolarità di questo o quel permesso di soggiorno e dalla mancanza della residenza protratta nel tempo.

4. Da ultimo, bisogna accennare al terzo requisito che condiziona l'accesso dei cittadini di Paesi terzi al RDC e alla PDC, introdotto nel d.l. 4/2019 in sede di conversione al Senato.

L'art. 2, co. 2-bis prevede l'obbligo per i cittadini di Paesi terzi, al momento della richiesta del beneficio di cui si tratta, di produrre una certificazione, rilasciata dalla competente autorità dello Stato estero, che comprovi il possesso dei requisiti reddituali e patrimoniali nonché della composizione del nucleo familiare di cui al precedente co. 1, lett. b). Detta certificazione deve essere tradotta in lingua italiana e legalizzata dall'autorità consolare italiana. In deroga a quanto appena detto, il co. 1-ter dell'art. 2 esenta dall'obbligo alcune categorie di cittadini di Paesi terzi quali i rifugiati politici, coloro per i quali specifiche convenzioni tra l'Italia e il Paese di provenienza dispongano diversamente e, infine, gli stranieri nei cui confronti sia oggettivamente impossibile acquisire simili certificazioni. A tale ultimo fine, il co. 1-ter ha previsto l'emanazione, entro tre mesi dall'entrata in vigore della legge di conversione, di un apposito decreto ministeriale contenente l'elenco dei Paesi dai quali è impossibile acquisire quei certificati.

L'anzidetto obbligo riproduce in maniera pressoché integrale l'art. 8, commi da 5 a 9, dell'emendato regolamento per l'accesso alle prestazioni sociali agevolate del

⁸² In particolare, la Corte sottolinea che “[t]ali persone ottengono infatti, alle soglie dell'uscita dal mondo del lavoro, un sostegno da parte della collettività nella quale hanno operato (non a caso il legislatore esige in capo al cittadino stesso una residenza almeno decennale in Italia), che è anche un corrispettivo solidaristico per quanto doverosamente offerto al progresso materiale o spirituale della società” (par. 7 delle considerazioni in diritto).

⁸³ La si può leggere in www.asgi.it/wp-content/uploads/2019/08/Tribunale-di-Bergamo-ordinanza-1-agosto-2019-est.-Bertoncini-xxx-avv.ti-Guariso-e-Traina-c.-Comune-di-Bergamo-avv.ti-Gritti-e-Mangili.pdf

⁸⁴ Misura, come ricordato *supra* in nota 69, sostituita proprio dal RDC e dalla PDC.

Comune di Lodi (di sèguito, “emendamento Lodi”), elevandolo a norma di legge. Si ricorda che l’emendamento in questione, riproduttivo dell’art. 3, co. 4, d.P.R. 445/2000⁸⁵, è stato ritenuto discriminatorio dal Tribunale di Milano⁸⁶. Quest’ultimo ha fatto leva sulla natura regolamentare dell’art. 3 d.P.R. 445/2000⁸⁷ e sul suo contrasto con una fonte di grado superiore come l’art. 2, co. 5, T.U. immigrazione, in base al quale “[a]llo straniero è riconosciuta parità di trattamento con il cittadino (...) nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell’accesso ai pubblici servizi, nei limiti e nei modi previsti dalla legge”. Così, ha riscontrato una discriminazione diretta in danno dei soli cittadini di Paesi terzi, non giustificabile alla luce delle stesse condizioni di partenza e dell’aspirazione alla medesima prestazione sociale agevolata dei cittadini italiani e dell’UE.

Le considerazioni svolte dal giudice milanese possono essere estese anche al caso in esame, nonostante la diversità tra un regolamento amministrativo e una disposizione legislativa come l’art. 2 d.l. 4/2019. Va rilevato infatti – come ha fatto incidentalmente anche il giudice meneghino – che la disposizione di cui si tratta crea una disparità di trattamento tra cittadini di Paesi terzi, da un lato, e cittadini italiani e dell’UE, dall’altro, che difficilmente appare ragionevole alla luce della giurisprudenza costituzionale prima ricordata⁸⁸. In specie, la riconduzione da noi operata del RDC e della PDC al “nucleo essenziale” delle prestazioni che vanno garantite a tutti coloro che versano in stato di bisogno impedisce di dare preminenza a differenziazioni su base nazionale, rendendo irragionevole, e dunque discriminatorio, il requisito della certificazione da parte del Paese di provenienza imposto ai cittadini di Paesi terzi. Qualora aderisse alla tesi qui sostenuta, pertanto, la Corte costituzionale dovrebbe pervenire a una declaratoria di illegittimità dell’art. 2, co. 2-bis (e 2-ter) della novella legislativa.

Ciò, peraltro, permetterebbe di risolvere due ulteriori problemi. In primo luogo, supererebbe l’incomprensibile sotto-differenziazione tra rifugiati politici (da intendersi, evidentemente, come titolari dello *status* di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra), non tenuti a presentare la certificazione, e beneficiari della protezione sussidiaria che invece devono adempiere a tale obbligo, nonostante l’art. 27, co. 1, d.lgs. 251/2007 equipari le due categorie in materia di assistenza sociale e sanitaria. In secondo luogo, l’eliminazione del requisito in parola consentirebbe di ovviare a tutti quei casi in cui l’impossibilità di acquisizione della certificazione del Paese di provenienza non derivi da ragioni oggettive – perché accertate (e accettate) dallo Stato italiano mediante l’inserimento di quel Paese in un apposito elenco – bensì da altri motivi. Si pensi, ad es., al caso in cui il Paese si renda indisponibile a rilasciare le certificazioni attraverso i canali diplomatici oppure, più semplicemente, non risponda alle richieste in tal senso provenienti dall’estero, obbligando il richiedente a recarvisi di persona, o ancora non preveda *tout court* il rilascio di simili documenti⁸⁹. Ma rileva anche il caso in cui il Paese di provenienza non intenda rilasciare il certificato non in via generale ma per questo

⁸⁵ D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa.

⁸⁶ V. la sentenza del 12 dicembre 2018, R.G. 20954/2018.

⁸⁷ Il d.P.R. in questione, infatti, reca accanto all’art. 3 la lettera (R), a indicare che la norma ha carattere regolamentare e non legislativo.

⁸⁸ *Supra*, al par. 3.

⁸⁹ Casi che si sono, del resto, effettivamente verificati con riguardo all’emendamento Lodi.

o quel richiedente, per le motivazioni più disparate, impedendogli così di usufruire del suo buon diritto ai sensi dell'ordinamento italiano.

Va rilevato, da ultimo, l'ulteriore significativa criticità derivante dal fatto che l'INPS, con circolare 100/2019, nel rilevare alla data del 5 luglio 2019 la mancanza del decreto ministeriale di cui all'art. 2, co. 1-ter, d.l. 4/2019, "ha provveduto a sospendere l'istruttoria di tutte le domande presentate a decorrere dal mese di aprile 2019 da parte di richiedenti non comunitari", la cui definizione è rinviata a un momento successivo la pubblicazione di quel decreto e "in relazione al contenuto dello stesso". Posto che si sarebbe dovuto adottare il decreto entro il 18 luglio 2019 e che al momento in cui si scrive non si ha notizia della sua emanazione, ci sembra francamente irragionevole che l'Istituto blocchi le domande di tutti i richiedenti di Paesi terzi, senza alcuna differenziazione e senza neanche procedere nei casi in cui la documentazione rilevante sia stata prodotta.

5. In conclusione, riteniamo di affermare che il d.l. 4/2019 contenga numerose criticità relativamente ai requisiti soggettivi per accedere al RDC e alla PDC. Esse consistono non solo in discriminazioni dirette in danno di tutte le categorie di cittadini di Paesi terzi non lungosoggiornanti, stante le esclusioni operate dalla novella legislativa dal punto di vista non soltanto sostanziale ma anche procedurale (il requisito della certificazione del Paese di provenienza); ma anche in discriminazioni indirette basate sulla lungo-residenza, che interessano i cittadini italiani, europei ed extraeuropei obbligandoli a rispettare un criterio purtroppo ancora in auge nonostante le numerose censure dei giudici costituzionale, dell'Unione europea e della CEDU.

Tutto ciò, a ben vedere, si risolve in un "odioso" pregiudizio per l'accesso a misure, come quelle di cui si tratta, che hanno l'obiettivo di rispondere ai bisogni minimi delle persone in difficoltà; pregiudizio che il legislatore italiano ha voluto mantenere – e persino rafforzare – durante l'*iter* di approvazione del decreto legge, col probabile doppio intento di "proteggere" le finanze dello Stato e "tagliare fuori" i cittadini non italiani: una finalità fin troppo frequente, invero, in tempi di sovranismi veri o presunti.

E però, non si può evitare di notare come, con il d.l. 4/2019, si sia andati ben oltre la pur ammissibile tutela delle finanze degli Stati membri dalla circolazione dei cittadini europei inattivi – ormai passata, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, da interesse legittimo a vero e proprio obiettivo⁹⁰ – giungendo all'esclusione da misure come quelle in oggetto, per un verso, di numerosi cittadini europei e loro familiari (in virtù dell'operare del criterio della residenza decennale e biennale continuativa) e, per altro verso, di amplissime categorie di cittadini di Paesi terzi (attraverso il cumulo di discriminazioni dirette e indirette).

A nostro avviso, alcune di queste criticità sono superabili in tempi relativamente rapidi mediante l'applicazione diretta delle norme UE da parte dei giudici nazionali; altre, invece, richiederebbero gli inevitabili tempi più lunghi delle pronunzie della Corte di giustizia e/o della Corte costituzionale.

⁹⁰ Così R. PALLADINO, *op. cit.*, p. 552 s.

Abstract

Direct and Indirect Discrimination against non-Italian Nationals Regarding the Access to the so-called 'Citizenship Income'

In the establishment of the so-called 'citizenship income', the Italian legislator decided to limit the personal scope of application only to families where the applicant member is an Italian national, or an EU national (or family member) who is a beneficiary of the right of residence or permanent residence, or a third-country national who has obtained the long-term resident status; every applicant must reside in Italy for at least ten years (the last two of which must be consecutive); moreover, several third-country nationals have the obligation to submit appropriate certification issued by their country of origin in order to demonstrate that the economic requirements are fulfilled. This paper seeks to demonstrate that such higher criteria not only have direct or indirect (or both) discriminatory effects *vis-à-vis* International and EU law, especially in view of the relevant ECJ, ECtHR and Italian Constitutional Court case-law, but are also disproportionate in order to get an income as basic as the one at issue.

Francesco Buonomenna*

Nuovi scenari di diritto di famiglia, con particolare riferimento alle unioni civili: profili evolutivi e applicativi di diritto internazionale privato ed europeo

SOMMARIO: 1. Profili introduttivi. – 2. Dai modelli contrappositivi del diritto di famiglia alla ricerca di fattispecie condivise tra gli ordinamenti. – 3. L'incidenza dell'ordine pubblico internazionale e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'evoluzione del diritto di famiglia. – 4. La nozione di famiglia e il diritto a costituirla a prescindere dal matrimonio. Autonomia ed evoluzione interpretativa dei diritti di cui all'art. 8 CEDU. – 5. Il percorso comunitario in materia di unioni civili e i nuovi scenari ai sensi della sentenza della Corte di giustizia del 5 giugno 2018. – 6. Conclusioni.

1. In una fase storica, come quella attuale, in cui il tema della sovranità statale si pone al centro di un dibattito in ordine al recupero della stessa nelle relazioni internazionali, e all'interno dei rapporti dell'Unione europea, discorrere in tema di incidenze all'interno dello Stato di nuovi *status* in materia di diritto di famiglia provenienti dal confronto con altri ordinamenti, o dalla stessa attività delle Corti di Strasburgo o Lussemburgo, può sembrare inconferente. Nel settore dell'armonizzazione legislativa tra gli ordinamenti degli Stati membri, una materia sensibile come quella del diritto familiare riposa su tradizioni particolarmente radicate e tali da suscitare reazioni sovraniste.

Ciò premesso una prospettiva che prende atto di un mutamento sociale, per effetto di un "procedimento silenzioso", non riconducibile alle scelte sovrane di uno Stato o piuttosto di un altro, può rapportarsi al tema in misura diversa, evidenziando da un lato il grado di compenetrazione dei modelli giuridici all'interno dei singoli Stati e dall'altro della necessaria valutazione in sede europea e in sede di Unione di individuare standard comuni di riconoscimento di "nuove" situazioni giuridiche in materia di diritto di famiglia.

Invero, la ricerca in sede europea, nei rispettivi sistemi della CEDU e dell'Unione europea di standard comuni di regolamentazione si pone, fuori da una logica

* Ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Salerno.

stringente di sovranità, ma ricondotta all'esigenza di limitare situazioni discriminatorie incidenti sui diritti fondamentali, valorizzando l'affermazione della persona nelle sue diverse manifestazioni. Tale ultimo profilo assume una prospettiva più ampia se il confronto tra nuovi *status* in materia di diritto di famiglia è affidato ai giudici nazionali nella fase del vaglio di conformità all'ordine pubblico, in un contesto di riconoscimento di decisioni giurisdizionali provenienti da ordinamenti di Stati terzi, o di Stati non riconducibili al sistema europeo CEDU. Il richiamo ai valori della comunità internazionale e al rispetto della persona umana¹ si pongono da guida per i giudici nazionali al fine di superare una visione dell'ordine pubblico riconducibile strettamente ad una dimensione nazionale che a volte non tiene conto del profondo mutamento sociale e dell'incidenza di quest'ultimo sugli ordinamenti nazionali di diversi Stati.

In tale contesto il presente studio tenta di inquadrare gli aspetti evolutivi delle situazioni giuridiche ricondotte al diritto di famiglia, muovendo da una prospettiva per certi versi neutra, rispetto al dibattito in ordine alla erosione o meno della sovranità statale, senza però rinunciare ad evidenziare con particolare riferimento al matrimonio tra persone lo stesso sesso, come le stesse Corti, sia di Strasburgo che di Lussemburgo, hanno più volte marcato l'autonomia costituzionale degli Stati nelle scelte normative. Si è ben consapevoli che ci si muove in un ambito settoriale in cui un ruolo significativo ha assunto la giurisprudenza, sia nazionale che sovranazionale non sempre univoca negli approcci e nelle soluzioni dettate da esigenze di istanze concrete. Invero, se da un lato può ritenersi consolidato l'orientamento giurisprudenziale che riconosce agli Stati l'autonomia in ordine alla disciplina o meno del matrimonio tra le persone dello stesso sesso, dall'altro non può dirsi raggiunto un equilibrio giurisprudenziale allor quando entrino in discussione profili collegati al riconoscimento di *status filiationis*, derivanti da riconoscimento di decisioni straniere².

¹ Particolare attenzione al tema dei diritti fondamentali nel contesto applicativo delle regole generali di diritto internazionale privato si rinviene in R. CLERICI, *I diritti fondamentali nella dimensione familiare: il punto di vista internazionalprivatistico*, in A. PIN, A. VETTOREL (a cura di), *La riforma dei diritti. Mutamenti sociali e nuovi scenari giuridici*, Venezia, 2013, p. 131 ss. Per un'ampia indagine in materia di diritto di famiglia che muove da un inquadramento della disciplina statale in ordine alle coppie omosessuali e che tiene conto dei diversi sistemi di diritto internazionale privato cfr. D. GALLO, L. PALADINI, P. PUSTORINO (eds.), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Berlin-Heidelberg, 2014. L'opera richiamata, sia pur di non recentissima pubblicazione si presenta utile per l'approfondimento del tema nel rapporto con i diritti umani, considerate specifiche sezioni dedicate ai diversi sistemi di tutela oltre quelli riconducibili all'area europea.

² Ben nota è la recente decisione della Cassazione civile, SS.UU., sentenza dell'8 maggio 2019, n. 12193, che ha ritenuto contrario all'ordine pubblico il riconoscimento di una decisione straniera volta al riconoscimento dello *status filiationis* nei confronti di un genitore con il quale il minore non ha alcun rapporto biologico, essendo stato generato in un contesto di surroga di maternità, non consentita dal nostro ordinamento.

In particolare la valutazione della Corte ha riguardato il riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento emesso all'estero, che ha attribuito ai minori *lo status* di figli di uno dei due istanti, con il quale essi non hanno alcun rapporto biologico, essendo stati generati mediante gameti forniti dall'altro, già dichiarato loro genitore con un precedente provvedimento regolarmente trascritto in Italia, con la cooperazione di due donne, una delle quali ha donato gli ovociti, mentre l'altra, in virtù di un accordo validamente stipulato ai sensi della legge straniera, ha portato avanti la gravidanza, rinunciando preventivamente a qualsiasi diritto nei confronti dei minori. Per alcuni commenti ed inquadramento tematico della decisione cfr. M. ACIERNO, S. CELENTANO, *La genitorialità e la gestazione per altri. L'intervento*

2. I modelli familiari, nelle diverse late accezioni rappresentano il “termometro” giuridico dell’evoluzione degli ordinamenti e della loro capacità di confrontarsi e integrarsi tra loro. Lo studio di essi si sono posti e si pongono al centro di diverse indagini, affidando per gli aspetti transnazionali al diritto internazionale privato e alle disposizioni processuali dell’Unione europea soluzioni anticonflittuali di non facile applicazione³. Invero, in caso di fattispecie riconducibili a diversi sistemi, sovente si è posto il richiamo alla clausola generale dell’ordine pubblico. Specialmente intorno agli anni Trenta dello scorso secolo, la nozione di ordine pubblico era funzionale ad escludere l’applicabilità delle norme straniere costituenti espressione di principi etici contrastanti con quelli dell’ordinamento interno in un determinato momento storico, o più precisamente con quei principi a cui lo Stato “non può o non crede di dover rinunciare” ovvero con i “sommi inderogabili canoni del nostro sistema positivo”⁴. La conseguenza era di impedire l’applicazione, nel territorio dello Stato, di qualsiasi disposizione del diritto straniero non conforme a quelle norme di diritto interno che dal giudice fossero ritenute rappresentative di uno stabile assetto normativo nazionale.

Tale approccio è inciso sulla prassi applicativa del diritto di famiglia avente caratteri transnazionali. Ben note sono, invero, le decisioni dei giudici italiani degli anni Sessanta, che in assenza di una legge sul divorzio, rilevavano la contrarietà all’ordine pubblico in relazione al riconoscimento di sentenze di divorzio, dichiarato in altri Stati⁵.

delle Sezioni unite, in Questione giustizia, 14 maggio 2019, reperibile online; M. DOGLIOTTI, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, in *Famiglia e diritto*, 2019, p. 653 ss.; G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all’estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell’atto di nascita. Un primo commento*, *ivi*, p. 677 ss.

³ Ampia si presenta la bibliografia in ordine allo studio delle problematiche di diritto di famiglia richiedenti soluzioni di diritto internazionale privato. Tradizionalmente i profili di maggiore interesse hanno riguardato la forma e condizioni per contrarre matrimonio, nonché i regimi patrimoniali e gli aspetti transnazionali collegati alle regole di separazione e divorzio. Per quanto riguarda la filiazione, i profili collegati all’adozione internazionale hanno rappresentato per decenni l’esclusivo *focus* di indagine. Come è noto gli aspetti evolutivi del diritto di famiglia nei vari ordinamenti hanno inciso sulle regole di conflitto, richiedendo ulteriori soluzioni di diritto internazionale privato. Con particolare riferimento ai recenti aspetti di diritto internazionale privato riguardanti le unioni civili cfr. E. BERGAMINI, *Contratti di convivenza e unioni civili: la nuova sfida per il diritto internazionale privato italiano e dell’Unione europea*, in *Eurojus*, 28 giugno 2016, reperibile online; C. CAMPIGLIO, *La disciplina delle unioni civili transazionali e dei matrimoni esteri tra persone dello stesso sesso*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2017, p. 39 ss.; B. BAREL, *Cittadinanza e disciplina di conflitto delle unioni civili*, in A. DI STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, Napoli, p. 171 ss.

⁴ Per le espressioni citate cfr. Cassazione, SS. UU., sentenza del 19 maggio 1964, n. 1220, *Santilli*. La nozione di ordine pubblico in senso internazionale veniva ritenuta non pertinente, in quanto troppo astratta, oppure legata ai principi dell’ordinamento interno, cioè alle regole di contenuto rigido, aderenti alle esigenze peculiari del singolo Stato e perciò destinate ad operare solo nel suo ambito. Il superamento di tale impostazione per anni presente nel pensiero giurisprudenziale si è posto a fondamento nel recente percorso logico della Suprema Corte in tema di ammissibilità nel nostro ordinamento della risarcibilità dei c.d. danni punitivi. Sul punto cfr. Cassazione civile, ordinanza del 16 maggio 2016, n. 9978. Per un inquadramento dottrinario in ordine al percorso della riconoscibilità o meno delle sentenze straniere comminatorie dei danni punitivi, focalizzato tale percorso sul contrasto con l’ordine pubblico cfr., *ex multis*, V. ZUCCHERINO, *L’ammissibilità dei punitive damages nell’ordinamento italiano: la globalizzazione del diritto preme sulle mura della responsabilità civile*, in S. RUSCICA (a cura di), *Giurisprudenza civile*, Milano, 2017, p. 351 ss.

⁵ Sul punto in particolare cfr. l’orientamento espresso in Cassazione civile, sentenza del 24 ottobre 1968, n. 3444, “negazionista” all’ingresso delle sentenze straniere di divorzio, solo perché la legisla-

Diversamente, la tendenza verso un unico modello di società, fortemente caratterizzato dalla circolazione delle persone e dei loro *status*, ha ridisegnato i confini di istituti giuridici propri del diritto di famiglia, stimolando nuove riflessioni sulla nozione di matrimonio, famiglia e forme associative diverse dal matrimonio. Il percorso di riflessione, tutt'ora in corso si è posto ampio e teso a bilanciare nuove istanze, provenienti dalla circolazione dei modelli giuridici, espressione anche della giustapposizione tra *civil law* e *common law*⁶.

In tale contesto un ruolo centrale ha assunto l'attività interpretativa della Corte europea dei diritti dell'uomo, più volte chiamata ad intervenire sulla nozione di matrimonio, in relazione alla diversità di sessi, e soprattutto sulla compatibilità dei sistemi nazionali in ordine alla non previsione negli ordinamenti interni di istituti funzionali all'esercizio di costituire una famiglia, in una prospettiva sganciata dal matrimonio. Tale ripetuto monito, derivante dalla Corte europea⁷ ha comportato da

zione ordinaria dell'epoca stabiliva l'indissolubilità del matrimonio, sebbene detta indissolubilità non esprimesse alcun principio o valore costituzionale essenziale.

⁶ La recente evoluzione normativa degli ordinamenti di *civil law* e di *common law* in relazione alla disciplina degli *status* e dei rapporti di famiglia ha condotto al riconoscimento di nuovi modelli di convivenza. "Si è avuta la formazione di nuovi istituti, soprattutto di unioni personali, siano esse eterosessuali od omosessuali, a seguito del fatto che molti sistemi giuridici hanno previsto regole specifiche per unioni diverse dal matrimonio, fondate sulla volontà delle parti e generalmente definite come unioni civili. Tra le convivenze volontarie ispirate da ragioni non esclusivamente sentimentali, differenti sono i modelli rivolti alla disciplina di tali fattispecie, tra i quali si declinano innanzitutto le c.d. unioni di fatto, ovvero le unioni informali, non fondate su atti o dichiarazioni rese e raccolte dinanzi ad un'autorità pubblica, né regolate da alcun tipo di accordo formalizzato tra i membri dell'unione. Quale alternativa alle unioni di fatto, alcuni ordinamenti nazionali hanno posto alcune norme per regolare le convivenze nella forma delle unioni civili, in un quadro molto diversificato, entro il quale è possibile delineare differenti modelli, riconducibili da un lato al contratto di convivenza, e dall'altro lato al partenariato registrato, ovvero all'istituto che consente di formalizzare una relazione tra individui con effetti in parte analoghi al matrimonio": così S. TONOLO, *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007, p. 1 ss.

Particolare attenzione, allo studio dei modelli familiari presenti nei diversi sistemi di *common law* e *civil law*, è stata dedicata dagli studiosi di diritto comparato. Per un inquadramento generale e ampiamente ricostruttivo delle fasi, normative e giurisprudenziali nei diversi sistemi cfr., *ex multis*, G. AUTORINO, *Profili evolutivi del diritto di famiglia* (per un'introduzione storico-sistemica), in *Comparazione e diritto civile*, luglio 2018, reperibile *online*. Per un'analisi dei modelli di unioni civili ed unioni registrate con particolare riferimento agli Stati che fanno parte dell'Unione europea cfr. P. PASSAGLIA, *Matrimonio ed unioni omosessuali in Europa: una panoramica*, in *Foro italiano*, 2010, c. 273 ss.; C. SARACINO, *Unioni civili in Europa: modelli a confronto*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2011, p. 471 ss. V. anche K. FIORENZA, R. VIRZO, *Le unioni civili nello scenario internazionale: spunti di riflessione*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2017, p. 853 ss.

⁷ L'attività monitoria della Corte europea dei diritti dell'uomo ha trovato nella decisione del 21 luglio 2015, *Oliari e altri c. Italia*, un punto fermo, visto che espressamente la Corte ha richiamato l'inerzia del legislatore italiano, per non essersi attivato in favore di una disciplina diversa dal matrimonio per le relazioni tra le persone dello stesso sesso, ponendo così una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare come enunciato dall'art. 8 CEDU. Sin dalla emanazione della richiamata sentenza molti sono stati i commenti che hanno evidenziato l'esigenza di addivenire ad un intervento normativo, esigenza dapprima segnalata anche nei "richiami" provenienti dalla Corte costituzionale ed anche dalla Cassazione, prima dell'intervento monitorio della Corte europea. Sul punto cfr., *ex multis*, L. PALADINI, *Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 25 luglio, Oliari e altri c. Italia. L'inerzia del Parlamento italiano in tema di unioni civili al cospetto della Corte di Strasburgo*, in *DPCE Online*, 2015, n. 3, reperibile *online*. Cfr. A. VALITUTTI, *Il diritto al rispetto della vita familiare e il riconoscimento delle unioni same sex*, in A. DI STASI (a cura di), *Cedu e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno*, Vicenza, 2016, p. 675 ss.

parte dell'ordinamento nazionale l'adozione della legge sulle unioni civili del 20 maggio 2016 n. 76⁸.

La recente disciplina pur prevedendo al suo interno delle disposizioni in ordine alle coppie di fatto, è incentrata prevalentemente sulla regolamentazione dei rapporti tra persone dello stesso sesso, in una prospettiva, anche, di diritto internazionale privato. La rilevanza di quest'ultimo profilo, ha comportato un intervento modificativo-aggiuntivo alle disposizioni contenute nella legge n. 218/1995, modifica non esente da profili applicativi critici evidenziati dalla dottrina.

Invero, da subito, dubbi interpretativi sono emersi sulla scelta normativa dello strumento della c.d. conversione, volta a “trasformare” gli effetti del matrimonio contratto tra cittadini italiani dello stesso sesso all'estero in unione civile⁹.

⁸ Più precisamente, legge 20 maggio 2016, n. 76, concernente regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze. È pur vero che prima che si giungesse alla legge per effetto del “richiamo” nella ben nota decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo, la stessa Corte costituzionale, come dapprima anticipato, aveva più volte segnalato l'esigenza di una regolamentazione delle forme di convivenza tra persone dello stesso sesso diverse dal matrimonio, partendo dal presupposto giuridico che, “per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri”: così, da ultimo, Corte costituzionale, sentenza del 14 aprile 2010, n. 138. In dottrina sul punto cfr. L. PALADINI, *Le coppie dello stesso sesso tra la sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 14 aprile 2010 e la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 giugno 2010 nel caso Schalk and Kopf c. Austria*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2011, p. 137 ss. Per un inquadramento della legge 20 maggio 2016 n. 76 in una prospettiva di raffronto con i diversi sistemi giuridici dell'area europea, e di analisi dei principali casi da parte della Corte EDU in materia di coppie dello stesso sesso, cfr. A.M. ROMITO, *The Rights of Same Sex Couples under European and Italian Law*, in *Bullettin of the Transilvania University of Braşov*, 2018, p. 161 ss.

Un invito espresso al legislatore, da parte della stessa Corte costituzionale per regolamentare forme di convivenze diverse dal matrimonio “con la massima sollecitudine” si rinviene successivamente nel 2014, con la sentenza n. 170 dell'11 giugno 2014. Ampia si presenta la letteratura che si è occupata delle principali innovazioni dettate dalla c.d. “legge Cirinnà”. Per alcuni profili riguardanti le ricadute applicative cfr. *ex multis* R. MARSEGLIA, *I matrimoni contratti all'estero fra i cittadini dello stesso sesso dopo la legge Cirinnà*, in *Rivistafamilia.it*, 2017, n. 3, reperibile online.

⁹ Sulla base dell'art. 1, co. 28, lett. b) della legge 20 maggio 2016, n. 76, sono stati emanati alcuni decreti legislativi, e tra questi, va segnalato il n. 7 del 19 gennaio 2017 concernente modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili. Per un inquadramento generale dei recenti sviluppi in materia di diritto internazionale privato cfr. L. SCAFFIDI RUNCHELLA, *Osservazioni a prima lettura sulla legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso, nella prospettiva internazionale-privatistica*, in *SIDIBlog*, 16 maggio 2016, reperibile online; G. BIAGIONI, *Forum: La disciplina internazionalistica italiana delle unioni civili*, in *Crossborder*, 7 novembre 2016, reperibile online; F. PESCE, *La legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato alla prova della nuova disciplina sulle unioni civili*, in *GenIUS*, ottobre 2017, reperibile online, p. 85 ss. Il menzionato d.lgs. n. 7 ha introdotto quattro nuove disposizioni dedicate al raccordo con la disciplina nazionale dei matrimoni tra persone dello stesso sesso e delle stesse unioni civili costituite all'estero tra persone dello stesso sesso. Nello specifico la novità che ha particolarmente attratto gli studiosi della materia ha riguardato la scelta del ricorso all'istituto della conversione. Come è noto l'art. 32-bis del richiamato d.lgs. ha previsto la conversione *ex lege* in un'unione civile dei matrimoni contratti all'estero tra persone dello stesso sesso. La formulazione vigente è frutto di una modifica del testo iniziale, dovuta all'intervento correttivo sollecitato dalle Commissioni affari costituzionali e giustizia sul testo precedente che non prevedeva la limitazione della conversione in un'unione civile ai matrimoni contratti da “cittadini italiani” all'estero ma si riferiva genericamente ai matrimoni contratti all'estero

Si può ben intendere come la previsione normativa ponga ulteriori problematiche connesse alla richiesta di trascrizioni di matrimoni compiuti all'estero tra persone dello stesso sesso, soprattutto quando si fuoriesce dallo schema tipico della conversione¹⁰. Come emerge, l'opzione del legislatore italiano di regolamentare le

comprendendovi anche i cittadini stranieri. La scelta definitiva di restringere il campo di applicazione ai soli cittadini italiani si è posta come una condizione antielusiva della disciplina.

Con particolare riferimento alla prospettiva di inquadramento della c.d. conversione, cfr. O. LOPES PEGNA, *Effetti in Italia del matrimonio fra persone dello stesso sesso celebrato all'estero: solo una questione di ri-qualificazione?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 89 ss. L'istituto della conversione non si pone come una novità riconducibile solo all'ordinamento italiano. Per un esame dei profili collegati da parte della dottrina straniera cfr. D. MARTINY, *Private International Law Aspects of Same-Sex Couples under German Law*, in K. BOELE-WOELKI, A. FUCHS (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe National, Crossborder and European perspectives*, Cambridge, 2012, p. 203 ss. La prassi ha posto diversi interrogativi in ordine alla portata applicativa della conversione di cui al richiamato art. 32-bis, nel senso se possa o meno essere ricompresa la conversione di un matrimonio contratto all'estero tra un cittadino italiano ed uno straniero, e non solo tra due cittadini italiani come farebbe intendere la disposizione normativa. Sul punto cfr. Cassazione civile, sentenza del 30 novembre 2017-14 maggio 2018, n. 11696. Va evidenziato come in ogni caso, il ricorso allo strumento della conversione non si presentava una scelta tipica del legislatore italiano, considerato che anche altri ordinamenti hanno fatto ricorso a tale meccanismo, garantendo così in concreto una tutela sostanziale anche alle previsioni contenute nella Convenzione europea. Invero, la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, con riferimento alla legislazione di altri Paesi, ha avuto modo di evidenziare che la conversione del matrimonio in un'unione civile da cui discendono diritti equiparabili, ma non identici, a quelli previsti a favore dei coniugi, in vista della tutela della famiglia matrimoniale, può rappresentare un corretto esercizio del margine di apprezzamento concesso allo Stato in tale ambito. Sul punto cfr. Corte EDU, sentenza del 16 luglio 2014, *Hämäläinen c. Finland*, par. 62. Per un richiamo ed un inquadramento sistematico di tale decisione nel percorso evolutivo della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di diritto di famiglia cfr. C. RAGNI, *L'impatto della introduzione delle unioni civili e delle convivenze di fatto sugli obblighi assunti dall'Italia in ambito europeo*, in *Eurojus*, 6 giugno 2016, reperibile *online*. Per ulteriori profili applicativi della recente disciplina oggetto di particolare attenzione applicativa cfr. E. CALÒ, *Le norme di conflitto nelle unioni civili e nelle convivenze*, in *Notariato*, 2017, p. 401.

¹⁰ Al di fuori delle ipotesi in cui opera la conversione del matrimonio tra persone dello stesso sesso in unione civile permangono ulteriori criticità derivanti dal confronto con altri ordinamenti che hanno optato per la disciplina del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Certamente uno dei profili di interesse attiene all'ammissibilità o meno della trascrizione dei matrimoni compiuti all'estero tra persone dello stesso sesso. Sul punto la prassi, a volte anche diversificata, degli ufficiali di Stato civile in ordine alla trascrizione o meno, continua a mantenere aperto il dibattito anche giurisprudenziale. Cfr. Cassazione civile, sentenza del 31 gennaio 2017 n. 2487, e la già richiamata decisione della Suprema Corte del 30 novembre-14 maggio 2018, n. 11696. Si veda anche Tribunale Grosseto, sentenza del 9 aprile 2014, con la quale si è accolto il ricorso di una coppia omosessuale volto a chiedere la trascrizione del matrimonio compiuto all'estero. In dottrina *ex multis*, R. CONTI, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dei giudici di merito*, in *CDE Unict*, maggio 2014, reperibile *online*, in particolare par. 5; F. AZZARRI, *Diritti fondamentali e stato civile: il caso delle trascrizioni dei matrimoni omosessuali celebrati all'estero*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, p. 385 ss.; A. DI STASI, *Corte di Cassazione e Corti europee*, in A. DIDONE, F. DE SANTIS (a cura di), *I processi civili in Cassazione*, Milano, 2018, in particolare p. 276 ss. Come è noto la tematica della trascrizione del matrimonio contratto all'estero tra persone dello stesso sesso si è posta come una costante di dibattito anche prima dei recenti interventi normativi. Cfr., *ex multis*, M. BONINI-BARALDI, *Il matrimonio tra cittadini italiani dello stesso sesso contratto all'estero non è trascrivibile: inesistente, invalido o contrario all'ordine pubblico?*, in *Famiglia e diritto*, 2005, p. 418 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il matrimonio omosessuale (anche se celebrato all'estero) è nullo, ma una cosa è lo stato civile, un'altra è l'anagrafe*, in *Lo stato civile italiano*, 2010, p. 31 ss.; G. BERLOCO, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero. Inidoneità a produrre effetti nell'ordinamento italiano. Sentenza della Cassazione 4 novembre 2011-15 marzo 2012, n. 4184, ivi*, 2012, p. 25 ss.

forme di convivenza tra persone dello stesso sesso nella tipologia delle unioni civili lascia aperti diversi interrogativi, derivanti dal fatto che in altri ordinamenti sussiste già da tempo una disciplina, non solo delle unioni civili, ma anche dei matrimoni tra persone dello stesso sesso. Ovviamente, la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo ha avuto modo di precisare più volte che si rendeva necessario procedere soltanto ad una disciplina delle forme di unione tra persone dello stesso sesso, come condizione minima, lasciando la libertà agli Stati di valutare se procedere o meno anche alla disciplina del matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Sulla base di tale assunto dovrebbe essere letta anche la decisione della Corte di giustizia del 5 giugno 2018 nella parte in cui chiede che venga riconosciuto il matrimonio tra persone dello stesso sesso, ai soli fini della concessione per il coniuge del diritto di soggiorno derivato¹¹. Una diversa lettura, che va oltre il riconoscimento per i fini dichiarati metterebbe in crisi l'autonomia costituzionale degli Stati di scegliere o meno di regolamentare il matrimonio tra persone dello stesso sesso, peraltro mai messa in discussione nelle diverse pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo che si sono susseguite negli anni.

3. Com'è noto lo studio delle problematiche correlate al diritto di famiglia nell'ultimo ventennio si è ampliato, considerata la circolazione dei modelli giuridici e la forte incidenza sugli *status* che attualmente contraddistinguono i rapporti di famiglia, intervenendo così sullo sviluppo della nozione di nucleo familiare. Un ruolo significativo di tale evoluzione è da ascrivere alla rimodulazione del concetto di ordine pubblico internazionale, quale strumento processuale che funge, in ogni caso, da filtro all'entrata nel nostro ordinamento di istituti o fattispecie non oggetto di regolamentazione interna¹². Proprio dal superamento del giudizio di conformità all'ordine pubblico di decisioni provenienti da altri ordinamenti volti al riconoscimento di *status familiae* non presenti nel nostro sistema si è aperto un nuovo fronte

¹¹ La predetta decisione della Corte di giustizia del 5 giugno 2018, causa C-673/16, *Coman e al.*, in seguito sentenza *Coman*, come si avrà modo di evidenziare nel corso del presente studio ha rappresentato l'occasione per tenere aperto e vivo il dibattito in ordine al riconoscimento dei matrimoni tra persone dello stesso sesso. Anche se espressamente la richiamata decisione al punto 46 afferma che “un simile obbligo di riconoscimento ai soli fini della concessione di un diritto di soggiorno derivato a un cittadino di uno Stato terzo non attenta all'identità nazionale, né minaccia l'ordine pubblico dello Stato membro interessato”, non sono mancati echi interpretativi successivi alla decisione che si sono orientati verso il riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso.

¹² Certamente, ad incidere o meno sul confronto tra istituti o esperienze provenienti da altri ordinamenti è il contenuto, variabile nel tempo, che si vuole riconoscere in un dato momento storico alla nozione di ordine pubblico. Come emerge dalla già richiamata sentenza della Corte di cassazione dell'8 maggio 2019, le disposizioni che individuano il limite dell'ordine pubblico al riconoscimento di atti e provvedimenti formati all'estero “non prevedono affatto il recepimento degli istituti ivi applicati, così come sono disciplinati dagli ordinamenti di provenienza, ma si limitano a consentire la produzione dei relativi effetti, nella misura in cui gli stessi risultino compatibili con la delineata nozione di ordine pubblico”.

Ampia si presenta la bibliografia sullo studio della nozione di ordine pubblico, sia come “limite” processuale al riconoscimento delle decisioni straniere, sia come nucleo di valori, interni e internazionali. Proprio l'analisi dei valori strutturanti l'ordine pubblico ha comportato un ulteriore livello di valutazione, sia in ordine al sistema CEDU, sia con riguardo al diritto dell'Unione europea, tanto da poter configurare un ordine pubblico europeo. Per i caratteri salienti del menzionato ordine pubblico europeo cfr., *ex multis*, O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, in particolare p. 323 ss.

del diritto di famiglia. La stessa nozione di ordine pubblico in relazione ai rapporti di famiglia, così come interpretata dalla giurisprudenza interna ha acquisito nel corso degli anni una diversa connotazione¹³. Invero, ad una concezione di ispirazione statualista se ne è opposta un'altra, di maggiore apertura verso gli ordinamenti esterni e più aderente agli articoli 10, 11 e 117, co. 1, Cost. fondandosi tale diversa concezione su una maggiore partecipazione dei singoli Stati alla vita della comunità internazionale¹⁴. Proprio sulla base del percorso evolutivo dell'apertura statale ai principi della comunità internazionale, espressione del mutamento e circolazione di valori, si comprendono i diversi cambiamenti in materia di diritto di famiglia¹⁵. Ben note sono le decisioni giudiziarie degli anni Sessanta, espressione di una concezione statualistica dell'ordine pubblico, che non procedevano al riconoscimento delle decisioni straniere in materia di divorzio, basandosi sull'assenza al quel tempo di una disciplina interna in materia di divorzio.

Diversamente, altrettanto ben note, ai giorni d'oggi sono quelle sentenze provenienti anche dalla Corte di cassazione aderenti alla diversa prospettiva dell'ordine pubblico, anche quando si è trattato di procedere al riconoscimento di decisioni straniere, riguardanti il rapporto familiare, tra genitori omosessuali e figli nati da fecondazione eterologa¹⁶. L'apertura dell'ordinamento interno ad altri ordinamenti, sia per il richiamato art. 11, sia per l'art. 117, co. 1, della Cost. ai valori della comunità internazionale, e in specie al maggiore interesse della tutela dei minori, hanno sviluppato una rimodulazione del contenuto dell'ordine pubblico, che non si è posto come ostacolo al riconoscimento di decisioni riguardanti situazioni di diritto di famiglia non regolamentate nel nostro ordinamento¹⁷.

¹³ Il ruolo centrale dell'ordine pubblico dal punto di vista processuale e la sua diretta "apertura" o "chiusura" all'ingresso di nuovi istituti provenienti da altri ordinamenti si pone sovente, in una prospettiva di inquadramento sistematico da parte della Corte di cassazione. Per una recente ricostruzione del percorso giurisprudenziale dedicata all'evoluzione e sviluppo della nozione di ordine pubblico cfr. Cassazione civile, sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599.

¹⁴ Così, Cassazione civile, sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599. Viene evidenziato come in tale nuova prospettiva l'ordine pubblico assume rilevanza sotto il profilo dell'ordine pubblico internazionale e, quindi, in termini di conformità al complesso dei principi caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico e fondati sulle esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, comuni ai diversi ordinamenti e, quindi, sulla base di valori condivisi nella comunità giuridica sovranazionale.

¹⁵ Il tema assume una sua peculiarità allor quando ci si confronti con ordinamenti in cui la componente religiosa e le tradizioni culturali assumono una particolare valenza. Sul punto cfr. R. CLERICI, *La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in *Famiglia e diritto*, 2009, p. 197 ss.

¹⁶ Sul punto cfr. Cassazione civile, sentenza del 15 giugno 2017, n. 14878, in *Il familiarista*, reperibile online, con commento di G. CARDACI; Appello Trento, Sez. I, sentenza del 23 febbraio 2017.

¹⁷ Questa evoluzione della nozione di ordine pubblico segna un progressivo e condivisibile allentamento del "livello di guardia" tradizionalmente opposto dall'ordinamento nazionale all'ingresso di norme, istituti giuridici e valori estranei. Così, Cassazione civile, sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599, p. 21. Ciò si traduce, prosegue la Suprema Corte, nel dato che il giudice al quale è affidato il compito di verificare preventivamente la compatibilità della norma straniera con tali principi, dovrà negare il contrasto con l'ordine pubblico in presenza di una mera incompatibilità (temporanea) della norma straniera con la legislazione nazionale vigente, quando questa rappresenti una delle possibili modalità di espressione della discrezionalità del legislatore ordinario in un determinato momento storico. Si tratta, secondo la Corte di cassazione più volte chiamata a pronunciarsi sul limite dell'ordine pubblico, di un giudizio (o di un test) simile a quello di costituzionalità, ma preventivo e virtuale, dovendosi ammettere il contrasto con l'ordine pubblico soltanto nel caso in cui il giudice possa motivatamente ritenere che al legislatore ordinario sarebbe ipoteticamente precluso di introdurre, nell'ordinamento interno, una

A tale logica di continuità, potrebbe essere ricondotta anche la già menzionata decisione della Corte di cassazione dell'8 maggio 2019, nonostante la stessa ha ritenuto non trascrivibile in Italia il provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione italiano. All'atto del riconoscimento della decisione è emerso il contrasto con il divieto della surrogazione di maternità, qualificabile come principio di ordine pubblico, posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione¹⁸.

A ben vedere la predetta decisione non si pone in un contesto di arretramento della visione dell'ordine pubblico aperto ai valori espressione della comunità internazionale¹⁹, ma diversamente vuole porre dei limiti significativi scaturenti da un processo di armonizzazione tra gli ordinamenti, che non necessariamente deve condurre ad un'assoluta uniformità nella disciplina delle singole materie, che nel caso di specie avrebbe comportato un riconoscimento indiretto della surroga di maternità²⁰. A diverse conclusioni può giungersi in ordine alla valutazione della tutela dell'interesse del minore nel caso di mancato riconoscimento del provvedimento straniero, che preclude la possibilità di riconoscere il rapporto di filiazione tra madre non biologica e figlio nato tramite maternità surrogata²¹.

Invero lo stesso interesse del minore è destinato ad "affievolirsi" in caso di maternità surrogata, come ha espressamente affermato la Corte²². Tuttavia, secondo

norma analoga a quella straniera, in quanto incompatibile con valori costituzionali primari. Da tempo la Cassazione ha precisato che le norme espressive dell'ordine pubblico non coincidono con quelle imperative o inderogabili, cfr., *ex multis*, Cassazione civile, sentenza del 5 aprile 1984, n. 2215, *Reisch*, sicché il contrasto con queste ultime non costituisce, di per sé solo, impedimento all'ingresso dell'atto straniero; il giudice deve avere riguardo non già all'astratta formulazione della disposizione straniera o alla correttezza della soluzione adottata alla luce dell'ordinamento straniero o di quello italiano, bensì "ai suoi effetti", in termini di compatibilità con il nucleo essenziale dei valori del nostro ordinamento. Sul punto da ultimo richiamato cfr. Cassazione civile, sentenza n. 9483 del 18 aprile 2013.

¹⁸ Per un inquadramento delle problematiche giuridiche correlate alla maternità surrogata e per una bibliografia di settore cfr., *ex multis*, A. MARTONE, *La maternità surrogata: ordine pubblico e best interest of the child*, in A. DI STASI (a cura di), *Cedu e ordinamento italiano*, cit., p. 717 ss.; M.C. BARUFFI, *La maternità surrogata nel diritto internazionale privato alla luce della CEDU*, in G. CAGGIANO (a cura di), *Integrazione europea e sovranazionalità*, Bari, 2018, p. 248 ss.

¹⁹ Nel richiamare più volte l'apertura dell'ordinamento interno ai valori della comunità internazionale che hanno contribuito all'evoluzione storica del concetto di ordine pubblico nella predetta decisione la Suprema Corte ha espressamente evidenziato come "il risalto in tal modo conferito ai principi consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ai quali viene attribuita una portata complementare a quella dei principi sanciti dalla nostra Costituzione, non trova smentita nella recente sentenza emessa da questa Corte a sezioni unite e richiamata nell'ordinanza di rimessione".

²⁰ In alcune circostanze e per alcune materie spetterebbe alla discrezionalità del legislatore l'individuazione degli strumenti più opportuni per dare attuazione a quei valori, profilo che tiene a precisare la Corte è "rimasto forse in ombra nelle enunciazioni di principio delle precedenti decisioni": così, da ultimo Cassazione civile, SS.UU., sentenza dell'8 maggio 2019, n. 12193, p. 29.

²¹ Per un approfondimento dell'incidenza del valore del c.d. superiore interesse del bambino nei rapporti di "tensione ordinamentali" evidenziabili dal limite dell'ordine pubblico cfr. *ex multis* A. MARTONE, *op. cit.*; M.G. STANZIONE, *Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale*, in *Comparazione e diritto civile*, ottobre 2016, reperibile online; S. TONOLO, *L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 1070 ss.

²² Il percorso logico seguito dalla Corte è volto ad evidenziare come la tutela del minore e del predetto interesse posto anche dalle fonti internazionali non si pone in contrasto con l'esigenza di un contem-

la stessa non si configurano in ogni caso violazioni allor quando “come nella specie, non sia in discussione il rapporto di filiazione con il genitore biologico, ma solo quello con il genitore d’intenzione, il cui mancato riconoscimento non preclude al minore l’inserimento nel nucleo familiare della coppia genitoriale né l’accesso al trattamento giuridico ricollegabile allo *status filiationis*, pacificamente riconosciuto nei confronti dell’atro genitore”²³.

Oltre alla diversa prospettiva di apertura riconosciuta alla nozione di ordine pubblico, certamente un ruolo significativo nel percorso evolutivo del diritto di famiglia ha assunto l’attività della Corte europea dei diritti dell’uomo non solo per la sua attività tradizionale ma anche per il particolare ruolo propulsivo che ha avuto nei confronti degli Stati chiamati a regolamentare fenomeni che necessitavano di una tutela.

In tale logica, significativo si pone anche il primo parere consultivo della Corte EDU del 10 aprile 2019 che, esprimendosi su attivazione della Corte di cassazione francese, è giunta a conclusioni differenti, rispetto alla decisione della Corte di cassazione italiana a Sezioni unite dapprima richiamata, riguardo alla possibilità del riconoscimento del rapporto di filiazione tra madre non biologica e figlio nato da maternità surrogata²⁴. Nella specie, la Corte EDU ha ritenuto che il diritto del minore al rispetto della vita privata, ai sensi dell’art. 8 CEDU, richiede che la legge nazionale degli Stati preveda, in ogni caso, la possibilità di riconoscere il rapporto di filiazione, sia con la trascrizione del certificato, o mediante una procedura di adozione da parte della madre non biologica, anche se tale tecnica è vietata dalle stesse leggi nazionali.

In generale, con particolare riferimento al diritto di famiglia, la stessa Corte ha evidenziato che lo Stato deve scegliere le misure da adottare per tutelare la famiglia e garantire il rispetto della vita familiare, tenendo conto dell’evoluzione della società e dei cambiamenti che si verificano nella percezione delle questioni sociali, di stato civile e di ordine relazionale, in particolare del fatto che vi sono più modi o scelte possibili sulla maniera di condurre una vita privata e familiare²⁵.

Nello specifico la Corte è stata più volte, e da diversi anni, adita su tematiche connesse con l’impostazione costituzionale degli Stati, in ordine sia al diritto di

peramento con altri valori e “considerati irrinunciabili dall’ordinamento, la cui considerazione può ben incidere sull’individuazione delle modalità più opportune da adottare per la sua realizzazione, soprattutto in materie sensibili come quella in esame, che interrogano profondamente la coscienza individuale e collettiva, ponendo questioni delicate e complesse, suscettibili di soluzioni differenziate”: così, da ultimo Cassazione civile, SS.UU., sentenza dell’8 maggio 2019, n. 12193, p. 39.

²³ *Ivi*, p. 40.

²⁴ Per un approfondimento del richiamato parere e degli effetti della maternità surrogata sull’interesse del minore cfr. I. ANRÒ, *Il primo parere reso dalla Corte europea dei diritti dell’uomo ai sensi del Protocollo n. 16 alla CEDU: il nuovo strumento alla prova del dialogo tra giudici sul delicato tema della maternità surrogata*, in *SIDIBlog.it*, 6 maggio 2019, reperibile online; A. BUYSE, *Analysis: The Strasbourg Court’s First Advisory Opinion under Protocol 16*, in *ECHR Blog*, 10 maggio 2019, reperibile online; A. DI BLASE, *Il riconoscimento della genitorialità a favore del genitore non biologico nel parere della Corte europea dei diritti dell’uomo del 10 aprile 2019*, in *SIDIBlog.it*, 16 maggio 2019, reperibile online; L. RICCARDI, *Il primo parere consultivo della Corte europea dei diritti dell’uomo tra maternità surrogata e genitorialità “intenzionale”: il possibile impatto nell’ordinamento giuridico italiano*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2019, n. 2, p. 160 ss.

²⁵ Così, Corte EDU, sentenza del 19 febbraio 2013, *X e altri c. Austria*, par. 12.

sposarsi tra persone dello stesso sesso, sia al diritto alla vita privata e familiare²⁶. Come si avrà modo di evidenziare il percorso della Corte in tali ambiti si è orientato in due diverse direzioni, dapprima non intervenendo volutamente nel rispetto delle opzioni costituzionali sulla nozione di matrimonio, e contestualmente richiamando gli Stati a soddisfare il precetto del diritto ad una vita familiare mediante una regolamentazione che tenesse conto dell'evoluzione della società e dei modelli familiari. Si è così avviato, per quest'ultimo aspetto, un "richiamo" dei legislatori nazionali, in particolar modo quello italiano, a prendere atto del mutamento di società che avrebbe necessitato di adeguate risposte giuridiche in relazione a fattispecie non presenti nel nostro ordinamento.

Ben note sono le conclusioni della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 21 luglio 2015, che in più punti ha evidenziato la mancata "sensibilità"²⁷ giuridica del legislatore italiano ad emanare una legge sulle unioni civili, nonostante tale lacuna fosse stata autorevolmente già segnalata al legislatore italiano dall'allora presidente della Corte costituzionale in occasione della relazione tenuta per la riunione straordinaria della Corte costituzionale del 12 aprile 2013. Ne è conseguito che proprio rispetto a tale scenario, il nostro legislatore non poteva non prendere atto della necessaria esigenza di dar vita ad una regolamentazione sia delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, da un lato, e solo in parte delle convivenze di fatto, dall'altro.

4. Come si è fatto cenno, la complessità di individuare un unico modello di famiglia risiede nel dato che il diritto di famiglia è espressione diretta dell'intervento statale. Il riflesso del dominio statale racchiude in sé valori di ogni singola specifica cultura e si pone quale espressione di un tratto fondativo dell'identità costituzionale di ogni singolo Stato. Tale prospettiva ha inciso e incide sulla stessa nozione di famiglia e relazioni familiari anche fra Stati appartenenti ad organizzazioni internazionali statali, come quelle dell'area europea espressione un medesimo ambito culturale, economico e politico. Oltre la diversa identità costituzionale, è da ascrivere un ruolo significativo alla trasformazione sociale che ha inciso sulla stessa nozione di famiglia e di vita familiare prescindente dall'atto di matrimonio²⁸.

²⁶ Ulteriore ambito di intervento attiene alla tematica concernente l'istituto dell'adozione di minori da parte di persone dello stesso sesso. L'ampiezza del tema richiederebbe un'indagine specifica che esula volontariamente dalla predetta ricerca. Per un inquadramento e una ricostruzione del percorso giurisprudenziale si v., *ex multis*, E. CRIVELLI, *Gas e Dubois c. Francia: la Corte di Strasburgo frena sull'adozione da parte di coppie omosessuali*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, p. 672 ss.; R. CONTI, *op. cit.*; R. PALLADINO, *Adozione e coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Federalismi.it*, Focus Human Rights, 2013, n. 3, reperibile *online*.

²⁷ Sul punto cfr. in particolare par. 185 della sopra menzionata decisione della Corte EDU del 21 luglio 2015, *Oliari e altri c. Italia*, nella parte in cui si conclude che il Governo italiano "ha ecceduto il suo margine di discrezionalità e non ha ottemperato all'obbligo positivo di garantire che i ricorrenti disponessero di uno specifico quadro giuridico che prevedesse il riconoscimento e la tutela delle loro unioni omosessuali".

²⁸ La stessa Corte EDU a partire dalla ben nota decisione del 10 maggio 2001, *Mata Estevez c. Spagna*, ha offerto un'interpretazione ampia della nozione di famiglia ai sensi dell'art. 8 CEDU. Sulla base di tale premessa la Corte è giunta ad affermare che è "artificiale sostenere l'opinione che, a differenza di una coppia eterosessuale, una coppia omosessuale non possa godere della "vita familiare" ai fini dell'articolo 8". Conseguentemente la relazione di una coppia omosessuale convivente, con una stabile relazione di fatto, rientra nella nozione di "vita familiare", proprio come vi rientrerebbe la relazione di una coppia eterosessuale nella stessa situazione. Sul punto cfr. Corte EDU, sentenza del 24 giugno

Diritto a sposarsi tra persone dello stesso sesso e diritto a costituire una famiglia anche tra persone dello stesso sesso, si sono poste e si pongono da circa un ventennio al centro di un dibattito normativo e giurisprudenziale in ordine ai nuovi contorni di tali diritti la cui affermazione si pone come differenziata. Invero, se da un lato, allo stato attuale, non sembra potersi riconoscere in maniera generalizzata un diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso, dall'altro non può non giungersi alla considerazione che una disciplina delle forme di tutela diverse dal matrimonio in favore delle c.d. unioni e/o famiglie di fatto, si presentava e si presenta come la naturale condizione di tutela di cui all'art. 8 CEDU in ordine al diritto al rispetto della propria vita familiare²⁹.

In ogni caso, il percorso evolutivo della Corte europea dei diritti dell'uomo è apparso in tale materia non del tutto scontato, sia in relazione all'interpretazione dell'art. 12 concernente il diritto al matrimonio, sia in relazione al richiamato art. 8³⁰. Nonostante le diverse argomentazioni e istanze provenienti dalle parti in relazione alla diversità dei sessi per contrarre matrimonio, la stessa Corte ha da sempre ritenuto di dover lasciare liberi gli Stati di valutare la possibilità di riconoscere o meno il matrimonio omosessuale, anche per l'impossibilità di rintracciare tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri dell'area europea³¹.

2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, paragrafi 93 e 94, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, p. 1137 ss., con nota di commento di M.M. WINKLER, *Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo*, p. 1148 ss.; E. CRIVELLI, D. KRETZMER, *Il caso Schalk e Kopf c. Austria in tema di unioni omosessuali*, in M. CARTABIA (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, 2011, p. 67 ss.; L. HOODSON, *A Marriage by Any Other Name? Schalk and Kopf v Austria*, in *Human Rights Law Review*, 2011, p. 152 ss.; L. MAGI, *La Corte Europea dei diritti dell'uomo e il diritto alla vita familiare e al matrimonio fra individui dello stesso sesso*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 396 ss.

²⁹ Per un inquadramento del richiamato diritto alla vita familiare nelle sue diverse accezioni derivanti dall'interpretazione evolutiva della Corte europea dei diritti dell'uomo e per un raffronto con i contenuti del diritto alla vita privata, cfr. M.G. PURATURO DONATI, *Il diritto al rispetto della «vita privata e familiare» di cui all'art. 8 della CEDU, nell'interpretazione della Corte Edu: il rilievo del detto principio sul piano del diritto internazionale e su quello del diritto interno*, in *Europeanrights*, 15 febbraio 2015, reperibile online.

³⁰ Per un raffronto dei menzionati diritti con il contenuto normativo di cui all'art. 9 CEDU cfr., *ex multis*, C. CAMPIGLIO, *Art. 9*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, II ed., p. 1685 ss. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, vista la sua applicazione e richiamo nella prassi, ha favorito lo sviluppo di diversi commentari: cfr., *ex multis*, W.B.T. MOCK, G. DEMURO (eds.), *Human Rights in Europe. Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Durham, 2010; S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, 2014; R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017; F. PICOD, S. VAN DROOGHENBROECK (dirs.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruxelles, 2018.

Per un approfondimento dei diritti in esame, di cui agli articoli 8 e 12 CEDU, cfr., *ex multis*, B. RAINEY, E. WIKS, C. OVEY, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2017; W.A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford, 2017; D. HARRIS, M. O'BOYLE, E. BATES, C. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2018; P. VAN DIJK, F. VAN HOOF, A. VAN RIJN, L. ZWAAK (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Cambridge, 2018.

³¹ Sul punto, abbastanza evidente, si presenta la posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo ben riassunta in alcuni passaggi della sentenza della Grande camera del 19 febbraio 2013, *X e altri c. Austria*, ove si afferma che “conviene anzitutto tenere presente che l'articolo 12 della Convenzione non impone agli Stati contraenti l'obbligo di aprire il matrimonio alle coppie omosessuali, che il diritto al

L'impostazione di fondo è stata confermata anche in una fattispecie in cui i ricorrenti hanno fatto riferimento ad un'interpretazione della Carta dei diritti fondamentali al fine di stimolare un orientamento condiviso dalla stessa giurisprudenza CEDU. Rispetto a ciò, la richiamata Corte nel ben noto caso *Schalk e Kopf* (ricorso di cui alla sentenza del 24 giugno 2010) ha precisato che il mancato riferimento alla identità sessuale nell'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali non implica, come avrebbero voluto i ricorrenti, il riconoscimento esplicito di un obbligo per gli Stati membri dell'UE di introdurre nei propri ordinamenti il diritto per tutti, comprese le coppie omosessuali di contrarre matrimonio³². Altro profilo, invece, ha riguardato la valutazione della Corte EDU in ordine alla qualificazione della diversità del sesso, ai fini del matrimonio. In un primo indirizzo, la Corte aveva ritenuto che il diritto di sposarsi garantito dall'art. 12 della Convenzione riguardasse il matrimonio tradizionale tra due persone di sesso biologicamente diverso³³. Tuttavia, nella giurisprudenza della Corte si sono profilati nel tempo nuovi scenari in ordine alla determinazione del concetto di "sesso diverso" giungendo ad affermare che, tenuto conto sia dell'evoluzione della coscienza sociale che dei progressi della medicina e della scienza, il sesso di una persona non può essere determinato secondo criteri puramente biologici³⁴.

Certamente un passaggio significativo in ordine alle relazioni familiari si è avuto con il progressivo riconoscimento dell'autonomia del diritto di fondare una famiglia rispetto al diritto di sposarsi³⁵. Il percorso della Corte concernente l'interpretazione dell'art. 8 ha visto due momenti significativi. Il primo, volto a ricomprendere nel diritto alla vita familiare anche le relazioni stabili basate sullo stesso sesso. Il secondo, incentrato al richiamo degli Stati a porre in essere strumenti giuridici per far sì che tale riconoscimento non sia solo virtuale ma effettivo. In questo contesto

matrimonio omosessuale non può essere dedotto nemmeno dall'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 e che gli Stati, quando decidono di offrire alle coppie omosessuali un'altra modalità di riconoscimento giuridico, godono di un certo margine di apprezzamento per decidere sulla natura esatta dello status conferito".

³² Cfr. Corte EDU, sentenza del 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf*, par. 60 ss. La diversa formulazione letterale tra l'art. 9 della Carta e l'art. 12 della CEDU si è posta come un'occasione interpretativa funzionalmente diversa in ordine al riconoscimento del matrimonio omosessuale da parte dell'Unione europea. Il mancato riferimento all'identità sessuale di cui all'art. 9 della Carta farebbe propendere secondo verso una diversa conclusione. Per una lettura e interpretazione ampia dell'art. 9 della Carta che farebbe propendere per una diversa soluzione in ordine al riconoscimento del matrimonio omosessuale nell'Unione europea, cfr. I. QUEIROLO, *Integrazione europea e diritto di famiglia*, in N. PARISI, M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, A. SANTINI, D. RINOLDI (a cura di), *Scritti in Onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2011, p. 585 ss., in particolare p. 606.

³³ Nello specifico, Corte EDU, sentenza del 27 settembre 1990, *Cossey c. Regno Unito*.

³⁴ Il riferimento giurisprudenziale del mutamento di prospettiva si rinvia a partire da due sentenze della Grande camera della Corte EDU, entrambe dell'11 luglio 2002, *I. c. Regno Unito*, e *Goodwin c. Regno Unito*. Nelle predette decisioni la Corte di Strasburgo ha accertato la violazione del diritto di sposarsi a carico dello Stato contraente che non consentiva l'accesso all'istituto del matrimonio a persone transessuali.

³⁵ A partire dalla sentenza della Corte EDU più volte richiamata del 24 giugno 2010, la Corte ha affermato che la relazione di una coppia omosessuale rientra nella nozione di "vita privata" nonché in quella di "vita familiare" nell'accezione dell'art. 8. Infatti, ad avviso della consolidata giurisprudenza della Corte, in materia di coppie eterosessuali, la nozione di "famiglia" in base a questa disposizione non è limitata alle relazioni basate sul matrimonio e può comprendere altri legami "familiari" di fatto, se le parti convivono fuori dal vincolo del matrimonio. Il figlio nato da tale relazione è *ipso iure* parte di quel nucleo "familiare" dal momento e per il fatto stesso della nascita. Sul punto cfr. M.G. PURATURO DONATI, *op. cit.*, p. 7.

si inserisce la più volte richiamata decisione *Oliari*, con la quale la Corte ha avuto modo di evidenziare come alla data del 2015 il Governo italiano non aveva ottemperato l'obbligo positivo di garantire il rispetto della vita privata e familiare delle persone omosessuali mediante la previsione di un quadro giuridico di riconoscimento e tutela della loro relazione³⁶. Ed è proprio grazie all'individuazione di un obbligo positivo contenuto nell'art. 8³⁷ di attivazione normativa da parte degli Stati che si è giunti nel nostro ordinamento alla previsione normativa delle unioni civili, riconoscendo così agli assetti familiari, costituiti anche tra persone dello stesso sesso, una tutela autonoma non necessariamente basata sull'atto di matrimonio.

5. Volgendo l'attenzione all'ambito del diritto dell'Unione europea, la prospettiva di approccio alle situazioni familiari è ben diversa dall'inquadramento fornito dal percorso giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'ambito di funzioni e il ruolo che le diverse Corti sono chiamate a svolgere comporta, come è noto, una prospettiva di inquadramento della Corte di giustizia funzionale all'esercizio delle libertà di mercato e ai principi sottesi a tali libertà.

Per tale motivo le situazioni familiari, pur individuando nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea una loro affermazione³⁸, trovano un loro risvolto concreto prevalentemente nello scenario della libera circolazione e nel principio di non discriminazione³⁹. In relazione al primo profilo lo stretto legame tra libertà di

³⁶ Sul punto cfr. par. 164 della richiamata sentenza *Oliari*.

³⁷ Il confine tra obblighi positivi e negativi posti a carico degli Stati contraenti, ai sensi dell'art. 8, non si presta ad una definizione precisa, ma i principi applicabili sono, comunque, assimilabili. Nell'adempiere ad entrambi gli obblighi (positivo e negativo), lo Stato deve trovare un giusto equilibrio tra i concorrenti interessi generali e dei singoli, nell'ambito del margine di apprezzamento che gli è conferito. Inoltre, la procedura decisionale prevista deve essere "equa" e tale da garantire il dovuto rispetto degli interessi tutelati dall'art. 8. In particolare, deve esistere "un principio di proporzionalità tra la misura [contestata] e lo scopo perseguito": così, M.G. PURATURO DONATI, *op. cit.*, p. 8. Cfr. anche Corte EDU, sentenza del 3 giugno 2014, *Lopez Guiò c. Slovacchia*.

³⁸ Com'è noto l'intervento dell'Unione europea in materia di diritti fondamentali è ben circoscritto ed in ogni caso non è sovrapponibile all'ambito di applicazione *ratione materiae* della Convenzione europea, nonostante l'adozione da parte della stessa Unione di una Carta dei diritti fondamentali avente valore giuridico vincolante. L'espressa precisazione contenuta nell'art. 51 della richiamata Carta di non introdurre "competenze nuove" conferma tale prospettiva, pertanto anche i diritti riguardanti il tema oggetto di esame, contenuti nell'art. 7 (rispetto della vita privata e familiare) e nell'art. 9 (diritto di sposarsi e costituire una famiglia), possono trovare un'attuazione allor quando vengano messi in discussione soltanto nel raffronto con le libertà fondamentali e i principi ad essi sottesi tutelati dall'Unione europea. In tale logica cfr. D. RINOLDI, V. PETRALIA, *Art. 9*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI, (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, in particolare p. 178.

³⁹ Va precisato che se dal punto di vista sostanziale le situazioni familiari ricevono nell'affermazione dei menzionati principi una loro tutela effettiva, dal punto di vista processuale, in caso di conflitti riguardanti i regimi patrimoniali tra i coniugi e in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, l'Unione europea si è dotata di strumenti tipici di intervento. Invero, nel mese di gennaio del 2019 sono entrati in vigore sia il regolamento (UE) 2016/1103 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, sia il regolamento (UE) 2016/1104 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate. La prospettiva di regolamentazione è incentrata esclusivamente sui profili di carattere processuale (giurisdizione, legge applicabile e riconoscimento delle sentenze e degli atti pubblici). Pur richiedendo una trattazione specifica, va in ogni caso segnalato, con

circolazione e diritto di famiglia è stato reso evidente dal fenomeno della famiglia transnazionale, basata sul presupposto che la persona che esercita il diritto di circolare e stanziarsi in altro Paese, spesso, è portato a farlo accompagnato dalla sua famiglia per le più naturali motivazioni⁴⁰. Tale aspetto, se da un lato va inquadrato nella disciplina della libera circolazione, dall'altro necessita di una valutazione preventiva in ordine al riconoscimento degli *status familiari*⁴¹.

Sulla base di tale presupposto si è aperto il dibattito normativo e giurisprudenziale sulle forme di convivenza diverse dal legame coniugale. Come è noto, con la direttiva n. 38 del 29 aprile 2004 si è avuto un significativo sviluppo del diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. In particolare, e per tali fini, l'art. 2, par. 2 della richiamata direttiva ha dato una nozione di "familiare" più ampia rispetto a quella intesa nel senso tradizionale. È ben noto che in tale prospettiva è stato ricompreso, oltre al coniuge, il partner con cui il cittadino dell'Unione ha contratto un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro⁴². La giurisprudenza formatasi sull'applicazione della predetta direttiva si è sempre mossa lungo la richiamata impostazione non incidendo in alcun modo sulla qualificazione della nozione di matrimonio e di coniuge.

particolare riferimento al secondo regolamento, come esso si collochi in un contesto normativo statale già definito in ordine alla disciplina delle unioni registrate. Sarebbe stato al quanto sorprendente se all'entrata in vigore del predetto regolamento soltanto pochi Paesi dell'Unione europea si fossero dotati di una disciplina delle unioni civili. Per un approfondimento della disciplina dei regimi patrimoniali di cui ai richiamati regolamenti cfr. A.L. VALVO, *Il contributo dell'Unione europea in materia di unioni di fatto*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2013, p. 9 ss.; S. ZINO, *La giurisdizione nelle cause tra coniugi secondo la normativa europea*, in *Civil Procedure Review*, 2014, p. 85; M.C. BARUFFI, *I nuovi regolamenti Ue sui regimi patrimoniali delle coppie internazionali sposate o registrate*, in *Il quotidiano giuridico*, 21 luglio 2016, reperibile online; P. LAGARDE, *Reglements 2016/1103 et 1104 sur les regimes matrimoniaux et sur le regime patrimonial des partenariats enregistrés*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, p. 679; D. DAMASCELLI, *La legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra i coniugi, uniti civilmente e conviventi di fatto nel diritto internazionale privato italiano ed europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 1103.

⁴⁰ Il profilo segnalato si ricollega alla più ampia tematica della sussistenza di un diritto alla unità familiare. Cfr. *ex multis* G. SCIANCALEPORE, *Il diritto al ricongiungimento familiare tra norma speciale e disciplina costituzionale*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1996, p. 1276 ss.; M.C. CICIRIELLO, *Il ricongiungimento familiare come diritto fondamentale del migrante*, in *La Comunità Internazionale*, 2006, p. 109 ss.; P. FRANCO, *Sul diritto all'unità familiare nel diritto europeo e nel diritto italiano*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2007, p. 522 ss.; V. DI COMITE, *Diritto di soggiorno e unità familiare: ancora molta strada da percorrere?*, in *Sud in Europa*, 2014, reperibile online, p. 12 ss.; L. TRIA, *Il diritto all'unità familiare degli stranieri e degli apolidi nell'Unione europea ed in Italia: una prospettiva di sintesi*, in *Europeanrights*, 23 marzo 2018, reperibile online.

⁴¹ Con particolare riferimento agli effetti dell'introduzione in Italia delle unioni civili sull'applicazione delle direttive dell'UE in materia di libera circolazione delle persone, si v. C. RAGNI, *op. cit.*, in particolare p. 3 ss. Per un approfondimento dell'estensione agli *status familiari* nell'ambito dell'Unione del principio di mutuo riconoscimento, si v. B. BAREL, *op. cit.*; L. TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea*, Padova, 2007, p. 95 ss.; E. BERGAMINI, *La famiglia nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012.

⁴² M. FINOCCHIARO (a cura di), *Una nozione ampia di "familiare" fa spazio alle unioni di fatto. Commento al decreto legislativo n. 30 del 6 febbraio 2007 in attuazione della direttiva 2004/38/CE*, in *Guida al diritto*, 2007, n. 19, p. 28 ss. Anche prima dell'emanazione della richiamata direttiva la tematica assumeva una sua rilevanza con profili rilevanti segnalati dalla dottrina. Cfr., *ex multis*, P. MORI, *Il diritto di soggiorno del compagno non coniugato del lavoratore comunitario: coniuge in senso lato o «vantaggio sociale»?», in *Giustizia civile*, 1987, p. 1364 ss.*

Un impatto diverso rispetto a tale consolidato indirizzo si è avuto con la richiamata decisione del 5 giugno 2018 da parte della Corte di giustizia che ha fornito l'occasione di ravvivare il dibattito riguardante il riconoscimento del matrimonio omosessuale all'interno dell'UE⁴³. La fattispecie che ha visto porre l'attenzione sull'esercizio del c.d. diritto di soggiorno indiretto da parte di un coniuge omosessuale legittimamente riconosciuto tale in un altro Stato dell'Unione, è volta a dare una risposta concreta in ordine alla possibilità o meno di vedersi riconosciuto il diritto di soggiorno anche negli Stati in cui non è disciplinato il matrimonio omosessuale⁴⁴. La Corte muovendo da tale interrogativo e per tale interrogativo si "spinge" al riconoscimento del matrimonio omosessuale all'interno dell'UE. Vale la pena rimarcare che si tratta di un riconoscimento soltanto funzionale al riconoscimento del c.d. soggiorno indiretto e non si configura in nessun caso come un monito per gli Stati al riconoscimento dei matrimoni celebrati all'estero tra persone dello stesso sesso⁴⁵. Nonostante l'espressa precisazione della Corte, non sono mancate interpretazioni e commenti a tale decisione che hanno ipotizzato il riconoscimento da parte dell'Unione del matrimonio omosessuale anche per gli Stati che non lo hanno disciplinato. Un'estensione del riconoscimento del matrimonio omosessuale anche agli Stati che non lo hanno disciplinato per fini diversi da quello del diritto di soggiorno indiretto, non può allo stato attuale del diritto dell'Unione considerarsi sussistente. Certamente, non può sottacersi che la condizionalità dell'estensione, ponendosi comunque come un regime derogatorio, ha posto e pone non pochi profili problematici derivanti dalla prassi che tenta di ricondurre a regola generale il riconoscimento del matrimonio omosessuale tra gli Stati dell'Unione.

⁴³ La sentenza *Coman* si è posta e si pone al centro del dibattito che ha suscitato anche un effetto mediatico, non pienamente corrispondente alle precisazioni della Corte di giustizia. Sul punto confronta M. LIBELLI, *Corte Ue: si alla nozione di "coniuge" per i matrimoni omosessuali*, in *Sole 24 ore*, 5 giugno 2018. Per un inquadramento sistematico della decisione e ulteriori richiami bibliografici in ordine ai profili collegati al riconoscibilità dei matrimoni omosessuali v. G. ROSSOLILLO, *Corte di Giustizia, matrimonio tra persone dello stesso sesso e diritti fondamentali: il Caso Coman*, in *SIDIBlog*, 8 luglio 2018, reperibile *online*.

⁴⁴ Sul punto cfr. punto 2 della massima ove si statuisce che "[l] articolo 21, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, il cittadino di uno Stato terzo, dello stesso sesso del cittadino dell'Unione, che abbia contratto matrimonio con quest'ultimo in uno Stato membro conformemente alla sua normativa, dispone di un diritto di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi nel territorio dello Stato membro di cui il cittadino dell'Unione ha la cittadinanza. Tale diritto di soggiorno derivato non può essere sottoposto a condizioni più rigorose di quelle previste all'articolo 7 della direttiva 2004/38".

⁴⁵ Significativi aspetti di tale passaggio si rinvencono nei punti 43 e 45 della richiamata decisione: "[a] tale riguardo, occorre ricordare che, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE, l'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri, insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale (v. anche, in tale senso, sentenza del 2 giugno 2016, *Bogendorff von Wolfersdorff*, C438/14, EU:C:2016:401, punto 73 e giurisprudenza ivi citata)"; "In proposito, si deve rilevare che l'obbligo per uno Stato membro di riconoscere un matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto in un altro Stato membro conformemente alla normativa di quest'ultimo, ai soli fini della concessione di un diritto di soggiorno derivato a un cittadino di uno Stato terzo, non pregiudica l'istituto del matrimonio in tale primo Stato membro, il quale è definito dal diritto nazionale e rientra, come ricordato al punto 37 della presente sentenza, nella competenza degli Stati membri. Esso non comporta l'obbligo, per detto Stato membro, di prevedere, nella normativa nazionale, l'istituto del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Tale obbligo è circoscritto al riconoscimento di siffatti matrimoni, contratti in un altro Stato membro in conformità della normativa di quest'ultimo, e ciò unicamente ai fini dell'esercizio dei diritti conferiti a tali persone dal diritto dell'Unione".

Anche con riguardo al rapporto tra principio di non discriminazione in base al sesso e situazioni familiari l'intervento dell'Unione non racchiude in sé obiettivi di armonizzazione, né tantomeno di uniformazione delle legislazioni nazionali in materia di matrimonio tra persone dello stesso sesso⁴⁶. La scelta dell'Unione di dare attuazione a profili attinenti al riconoscimento o meno di prestazioni previdenziali o retributive, in assenza di un vincolo coniugale tra due persone che hanno una relazione affettiva stabile dello stesso sesso non si pone come monito a regolamentare il matrimonio tra persone dello stesso sesso, ma si inserisce in un contesto più ampio di attuazione della direttiva n. 78 del 27 novembre 2000 che stabilisce un quadro generale per la rimozione nel mondo del lavoro di qualunque discriminazione, ivi comprese quelle basate sull'orientamento sessuale⁴⁷. Sia pur sussistenti delle zone grigie in ordine al riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso, da parte dell'Unione, permane un nucleo di valutazione sostanziale rimesso ai singoli Stati secondo quelle che sono le rappresentazioni e/o i dettami costituzionali.

6. Era immaginabile che ad una evoluzione della società e dell'integrazione tra ordinamenti corrispondesse una nuova fase di riflessione in ordine ai settori ritenuti prerogative della sovranità statale. Il diritto di famiglia, come altri settori, si pongono quale nucleo centrale, espressione di valori riconducibili alle tradizioni costituzionali degli Stati, e per tali ragioni gli Stati si presentano restii ad un mutamento "indotto" da fattori esterni al proprio ordinamento.

Per diversi decenni la clausola di contrarietà all'ordine pubblico quale limite al riconoscimento di decisioni provenienti da altri ordinamenti ha funzionato da "filtro" valutativo statale in ordine all'ingresso indiretto di istituti provenienti da altri ordinamenti. Ovviamente, il carattere flessibile della nozione di ordine pubblico ha fatto sì che la stessa fosse rapportata al nucleo di valori costituzionali statali nel suo divenire. Certamente tra questi valori, si rinviene l'apertura dell'ordinamento statale ai valori della comunità internazionale. È proprio sulla base di tale prospettiva che gli ordinamenti statali si sono confrontati con nuove istanze provenienti da altre esperienze giuridiche ed incidenti sui rapporti di vita familiare tradizionalmente intesi, basati sul matrimonio tra persone di sesso diverso.

Si è avviato così un dibattito sui limiti di questa apertura nel settore del diritto di famiglia, e sulla stessa nozione di famiglia, condizionata o meno alla sussistenza di un matrimonio. In tale contesto si inseriscono gli interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo volti ad "armonizzare" posizioni statali di chiusura con nuove istanze proprie della società civile. Da qui il "richiamo" del legislatore italiano ad intervenire in materia di unioni civili, garantendo uno standard minimo di tutela

⁴⁶ Per un approfondimento di tale profilo cfr. M. CONDINANZI, C. AMALFITANO, *La libera circolazione della coppia nel diritto comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008, p. 399 ss.

⁴⁷ In tal senso si rappresenta l'indirizzo consolidato della giurisprudenza della Corte di giustizia. Cfr. in particolare, *ex multis*, la sentenza del 12 dicembre 2013, causa C-267/12, *Frédéric Hay*; la sentenza del 10 maggio 2011, causa C-147/08, *Jürgen Römer*, punti 41-43. In dottrina cfr. M. BONINI-BARALDI, *La pensione di reversibilità al convivente dello stesso sesso: prima applicazione della direttiva 2000/78/CE in materia di discriminazione basata sull'orientamento sessuale*, in *Famiglia e diritto*, 2008, p. 660 ss.; D. DEL VESCOVO, *Coppie di fatto: pensione reversibile anche per le coppie omosessuali*, in *Sud in Europa*, 2008, n. 10, p. 17 ss.; G. MARZULLI, *Il riconoscimento della pensione di reversibilità ai partner di coppie dello stesso sesso: la Corte di giustizia tra principio di uguaglianza e competenze statali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, p. 1505 ss.

alle coppie omosessuali legati da relazioni stabili. Ne è scaturita una disciplina con profili di naturale rilevanza di diritto internazionale privato, che non trovano una piena collocazione nella prassi, per certi versi insoddisfatta dalle scelte normative.

Si assiste, in altri termini, ad istanze, indubbiamente meritevoli di grande considerazione civile, ma non si presentano ancora “mature” anche per una riflessione costituzionale in ordine al matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Di ciò ne è ben consapevole la Corte di giustizia che, nel rispetto della autonomia costituzionale degli Stati, ha ben distinto l'estensione degli effetti del matrimonio tra persone dello stesso sesso dal riconoscimento del momento costitutivo del rapporto, quest'ultimo espressione della disciplina sovrana degli Stati. Distinzione dei due momenti non sempre colta nella sua portata, giungendo così ad errate interpretazioni additive in ordine al riconoscimento da parte della Corte di giustizia del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Va altresì evidenziato come il tema del riconoscimento o meno del matrimonio tra persone dello stesso, in ogni caso non esaurisce le istanze derivanti dal mutamento sociale ed incidenti sul diritto di famiglia, considerato lo stretto legame con il tema delle adozione delle coppie omosessuali, e con il riconoscimento dello *status filiationis* in caso di maternità surrogata. Certamente non si tratta di temi che possono trovare una loro soluzione in una sentenza piuttosto che in un'altra, profilo quest'ultimo ben presente alle Corti sovranazionali che si approciano alle tematiche nel pieno rispetto delle scelte costituzionali degli Stati, lasciando a quest'ultimi la opportuna riflessione normativa. Diversamente, proprio nella riflessione interna degli Stati non sempre si giunge a posizioni nette con la naturale conseguenza che le Corti interne sono chiamate a risolvere profili applicativi non secondari e che in ogni caso si presentano come identificativi delle tematiche⁴⁸. Emerge così un “puzzle” non sempre armonico tra scelte legislative e prassi applicativa delle Corti interne soprattutto quando trattasi di riconoscimento di *status* familiari in ordine all'applicazione di norme di diritto internazionale privato.

Abstract

New Scenarios of Family Law, with Relevance on Civil Unions: Evolutionary and Applicative Profiles of International Private and European Law

In this study some evolutionary issues of family law, coming from social changes, are investigated. In this context, relevant attention has been addressed to the role of the international public order and law, with reference both to the European Court of Human Rights and European Court of Justice.

⁴⁸ Per alcuni spunti riflessivi cfr. G. IORIO, *La trascrizione dei matrimoni tra persone dello stesso sesso: tra ordinamento vigente e giurisprudenza ‘creativa’*, in *Lo stato civile italiano*, 2015, p. 10 ss.

Davide Maresca*

Il limite alla libertà dello Stato nella cessazione anticipata delle concessioni alla luce dell'ordinamento dell'Unione europea

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Delimitazione delle fattispecie oggetto del presente lavoro: concessioni e ipotesi di caducazione. – 3. I mercati interessati da casi di cessazione anticipata o modifiche autoritative delle concessioni da parte del legislatore. – 4. I limiti posti dall'ordinamento europeo: diritto primario e diritto derivato. – 5. Conclusione.

1. Obiettivo del presente lavoro è individuare il limite che incontra lo Stato nella cessazione anticipata dei rapporti di durata, con specifico riferimento al mercato della gestione delle infrastrutture¹.

Il lavoro prende le mosse dall'analisi di tre mercati in cui lo Stato è intervenuto massicciamente su rapporti concessori in essere prevedendo la caducazione degli effetti contrattuali o una relativa modifica *in peius* a danno del concessionario.

Dopo aver chiarito la nozione di concessione e di convenzione contrattuale accessoria, verrà effettuata una breve ricognizione delle ipotesi di caducazione del rapporto concessorio in senso amministrativistico, ossia revoca e decadenza, per poi concentrare l'attenzione sui casi in cui lo Stato ha preferito terminare la convenzione e la concessione attraverso misure legislative. Come si vedrà, i casi maggiormente invasivi si sono verificati in tre mercati: quelli del trattamento dei rifiuti, delle autostrade e dell'alta velocità ferroviaria.

* Ricercatore di Diritto dell'economia nell'Università telematica Pegaso.

¹ Il quesito del presente lavoro, specifico nella materia delle concessioni, si inserisce nel più ampio dibattito di carattere generale ben sintetizzato da E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione dei mercati, tutela dell'affidamento e indipendenza dalla politica. Riflessioni a partire dai lavori di Nicola Bassi*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2017, n. 2, p. 230 ss., secondo cui la questione “può essere riassunta nell'interrogativo se il legittimo affidamento maturato in capo ad uno o più operatori in ordine alla vigenza di una determinata regolazione legislativa o amministrativa, in forza della quale gli stessi abbiano operato scelte di investimento o di mercato, comporti dei limiti – dei limiti effettivi – al potere del legislatore o del regolatore di apportare modifiche sostanziali a quella disciplina”.

Il primo caso si riferisce alla gestione del termovalorizzatore di Acerra, in cui lo Stato ha previsto una sostanziale revoca della concessione, affidata ad una società appartenente al Gruppo Impregilo S.p.A., e nuova assegnazione *ex lege* ad un soggetto privato diverso, ossia A2A S.p.A. Il secondo caso è quello del mercato autostradale, già oggetto di un provvedimento legislativo di decadenza prevista dal d.l. n. 262/2006 (c.d. decreto Di Pietro)², poi corretto in sede di conversione, e tornato oggi prepotentemente d'attualità in occasione dell'adozione del d.l. n. 109/2018³ che, ancorché non ponga in essere una revoca in senso tecnico, priva parzialmente di effetti la concessione di Autostrade per l'Italia S.p.A. Il terzo caso prende in considerazione la revoca *ex lege* delle concessioni per la costruzione gestione delle infrastrutture ferroviarie ad alta velocità ad opera del d.l. n. 7/2007⁴ sulla base di una presupposta violazione delle norme europee in materia di mercato interno che avrebbero reso illegittima l'aggiudicazione iniziale.

Come si vedrà, la tutela dei concessionari, proprio per il fatto che lo Stato interviene attraverso l'esercizio del potere legislativo, non può che essere basata su fonti di rango superiore, o comunque prevalenti, sulla legge ordinaria, ossia sulla Costituzione o sull'ordinamento dell'Unione europea e, specificamente, sulle norme che siano in grado di produrre effetti diretti, come ampiamente argomentato dalla Corte Costituzionale a partire dalle note sentenze *Frontini*⁵ e *Granital*⁶.

2. I rapporti di durata per la costruzione e gestione di infrastrutture, sotto il profilo pubblicistico, hanno la forma della concessione, ossia un atto amministrativo attraverso cui lo Stato concede ad un soggetto privato il diritto di gestire un'opera pubblica come contropartita del rischio imprenditoriale accompagnato, talvolta, dall'obbligo di costruirla.

Il rapporto di concessione tra Stato e impresa, da molti indicato come forma principale del partenariato pubblico privato sulla scorta dell'inquadramento ricavabile dal libro verde della Commissione europea del 2004⁷, mira quindi a realizzare una cooperazione con la finalità di garantire il finanziamento, la costruzione e la

² Decreto legge 3 ottobre 2006, n. 262, convertito, con modificazioni, in legge 24 novembre 2006, n. 286, Disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria.

³ Decreto legge 28 settembre 2018, n. 109, convertito, con modificazioni, in legge 16 novembre 2018, n. 130, Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze.

⁴ Decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7, convertito, con modificazioni, in legge 2 aprile 2007, n. 40, Misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese.

⁵ Corte costituzionale, sentenza del 27 dicembre 1973, n. 183.

⁶ Corte costituzionale, sentenza del 8 giugno 1984, n. 170, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1984, p. 1098 ss.

⁷ Libro verde della Commissione, del 30 aprile 2004, relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, COM(2004)327 def. Va però specificato che, come emerge dall'atto di sintesi della Commissione europea al citato libro verde, nel diritto positivo, "non esiste alcun quadro giuridico specifico per le PPP a livello europeo. Il Libro verde si prefigge quindi di esaminare se il trattato che istituisce la Comunità europea (trattato CE) e il suo diritto derivato siano adeguati e sufficienti per far fronte alle particolari situazioni determinate dalle PPP. Questa analisi verte tanto sulla selezione del partner privato, quanto sulla realizzazione della partnership"; atto reperibile *online*.

gestione di un'infrastruttura “permettendo alla sfera pubblica di beneficiare del *know-how* e del capitale del settore privato”⁸.

Tuttavia, accanto al rapporto concessorio che trasferisce il potere pubblico ad un soggetto privato, la collaborazione tra pubblico e privato è disciplinata da un contratto privatistico, denominato convenzione accessoria alla concessione⁹, molto diversificato in ragione dell'identificazione dell'oggetto principale del rapporto alla luce delle modalità di finanziamento, della ripartizione dei rischi¹⁰ e dal grado di libertà di gestione di cui gode l'impresa concessionaria¹¹.

Attraverso una semplificazione dettata dalla giurisprudenza è possibile distinguere due tipi di concessioni e, quindi, di convenzioni: quelle che hanno come oggetto principale il bene e quelle che hanno come oggetto principale la costruzione e/o l'erogazione del servizio.

Nel primo caso, il concessionario è titolare di un diritto di godimento del bene oppure di un diritto di superficie per le opere costruite¹², senza una vera e propria regolazione dell'attività, con la conseguenza che il servizio erogato diventa una

⁸ Cfr. A. CARULLO, *Lezioni di diritto amministrativo dell'economia*, Torino, 2018, p. 305.

⁹ Per una ricognizione delle concessioni amministrative, sulla loro natura e sul rapporto con le autorizzazioni si rinvia, senza pretesa di esaustività, ai contributi di O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giurisprudenza italiana*, 1894, p. 7 ss.; E. SILVESTRI, voce *Concessione amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, 1961, p. 374 ss.; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle Pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981; A. ORSI BATTAGLINI, voce *Autorizzazione amministrativa*, in *Digesto (discipline pubblicistiche)*, II, 1987, p. 59 ss.; D. SORACE, C. MARZUOLI, voce *Concessioni amministrative*, *ivi*, III, 1989, p. 290 ss.; C. PIACENTINI, *La concessione di opere pubbliche alla luce delle nuove esigenze del settore*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 1993, p. 542 ss.; B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Diritto amministrativo*, 1995, p. 509 ss.; con specifico riferimento al valore del consenso del privato, si rinvia a E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996, p. 185 ss.; ID., *Accordi pubblici (ad vocem)*, in *Enciclopedia del diritto*, V Agg., 2001, p. 21 ss.; G. GRECO *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; G. PERICU, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in L. MAZZAROLLI *et al.* (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, IV ed., p. 317 ss.; F. CANGELLI, *Gli strumenti consensuali dell'azione pubblica: accordi tra amministrazioni ed accordi con i privati nel mutato quadro dogmatico introdotto dalla L. n. 15/2005*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2007, p. 286 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011.

¹⁰ Va segnalato che l'elemento distintivo tra il contratto di appalto e la concessione è proprio la ripartizione dei rischi: nel primo caso i rischi sono posti interamente in capo all'autorità pubblica, nel secondo caso la convenzione accessiva alla concessione disciplina un trasferimento del rischio dall'amministrazione pubblica al concessionario, talvolta mitigato dalla regolazione stessa che, ad esempio, può imporre una tariffa per gli utenti in modo da garantire, comunque, la limitazione del rischio per il concessionario.

¹¹ Cfr. A. CARULLO, *op. cit.*, p. 306.

¹² Orientamento confermato da giurisprudenza pressoché unanime: cfr. *ex multis* Cassazione civile, SS. UU., sentenza del 13 febbraio 1997, n. 1324, in *Giustizia civile. Massimario annotato dalla Cassazione*, 1997, p. 236 ss., con la conseguenza che acquisisce la proprietà, a titolo originario, delle opere costruite, fino al termine della concessione, momento in cui la proprietà viene trasferita all'amministrazione concedente.

componente accessoria rispetto al godimento del bene¹³; ciò avviene, ad esempio, per le concessioni portuali e per le concessioni demaniali¹⁴.

Nel secondo caso, il diritto di godimento del bene è accompagnato dall'obbligo di soddisfare un interesse pubblico previamente individuato dall'amministrazione che ne regola, quindi, tariffe, condizioni e modalità di erogazione. Ciò avviene, ad esempio, per le concessioni autostradali, ferroviarie e per il trattamento dei rifiuti. In tali casi, infatti, l'amministrazione determina le tariffe nonché le condizioni di erogazione dei servizi che diventano, quindi, la componente principale del rapporto concessorio¹⁵.

La distinzione tra concessione e convenzione accessoria alla concessione è fondamentale per circoscrivere la legittimità delle ipotesi di cessazione del rapporto tra Stato e impresa. Mentre la cessazione del rapporto di concessione è disciplinata dal diritto pubblico, la cessazione del rapporto contrattuale è basata sulla parità tra le parti, con conseguente soggezione alla disciplina civilistica¹⁶. Quest'ultima, tuttavia, subisce un'influenza delle norme pubblicistiche poiché la cessazione del rapporto di concessione, di regola, fa venir meno anche il rapporto contrattuale in quanto ne costituisce un presupposto di legittimità.

L'ordinamento nazionale, alla l. n. 241/1990¹⁷, prevede due principali istituti attraverso cui l'autorità concedente può estinguere unilateralmente il rapporto di concessione: la revoca e la decadenza.

La revoca può essere dichiarata quando muta l'interesse pubblico o quando si verifica un mutamento della situazione di fatto non prevedibile dall'amministra-

¹³ Si segnalano le riflessioni di E. SANTORO, *Concessioni di beni pubblici e procedure di evidenza pubblica con riferimento ai porti turistici*, in *Foro amministrativo CDS*, 2005, p. 2388 ss., che effettua un'analisi delle concessioni portuali dalla diversa visuale dello sfruttamento immobiliare dell'area conducendo l'inapplicabilità delle direttive UE alla espressa esclusione dei contratti di locazione. La qualificazione della concessione come diritto reale di godimento è stata effettuata, più che altro, con riferimento agli effetti fiscali che ne derivano: Cassazione civile, sentenza del 4 maggio 1998, n. 4402, *Soc. S. Giorgio cantieri marittimi c. Ministero delle finanze*, in *Diritto marittimo*, 2000, p. 157 ss.; mentre altre pronunce ne valorizzano l'aspetto obbligatorio equiparando la convenzione tra privato e amministrazione ad un contratto ad effetti obbligatori accessivo alla concessione: TAR Liguria, Sez. I, sentenza del 25 ottobre 2004, n. 1479, *C.G. c. Comune di Lavagna*, in *Foro amministrativo TAR*, 2004, p. 2887 ss. Va, comunque, segnalato che esiste un orientamento giurisprudenziale che considera la prestazione dei servizi su aree demaniali come mera occasione in quanto "l'attribuzione di alcune facoltà atte a garantire una certa redditività del titolo (possibile attivazione di punti di ristoro, possibilità di affittare attrezzature balneari, ecc.) consenta di configurare un appalto di servizi, essendo queste soltanto occasionate dall'assentimento, avente valore assorbente": TAR Latina, sentenza del 6 febbraio 2004, n. 36, *Soc. S. c. Comune di Latina*, *ivi*, p. 452.

¹⁴ La Corte di giustizia, sotto il profilo civilistico ha assimilato le concessioni demaniali e le concessioni portuali a veri e propri contratti di locazione: sentenza del 18 novembre 1999, causa C-224/97, *Erich Ciola c. Land Vorarlberg*, in *Consiglio di Stato*, 1999, p. 1358 ss.

¹⁵ Per una ricostruzione della componente regolatoria da cui consegue la prevalenza dell'erogazione del servizio rispetto al godimento bene, si rinvia a D. MARESCA, *La regolazione delle infrastrutture di trasporto tra esigenze di certezza e di promozione degli investimenti*, in L. AMMANNATI, A. CANEPA (a cura di), *Politiche per un trasporto sostenibile*, Napoli, 2017, p. 75.

¹⁶ Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Consenso*, cit.

¹⁷ Sull'applicabilità della legge 7 agosto 1990, n. 241, Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi alla revoca delle concessioni, si legga TAR Campania, Sez. VII, sentenza del 7 agosto 2007, n. 7378, *E.E. c. Comune di Monte di Procida*, in *Foro amministrativo TAR*, 2007, p. 2006 ss.

zione al momento dell'adozione del provvedimento¹⁸; qualora la revoca comporti un pregiudizio economico per il concessionario, quest'ultimo ha diritto ad un indennizzo generalmente pari al valore dell'affidamento generato dalla completa esecuzione della convenzione¹⁹.

Nel caso delle concessioni, la regola generale è integrata da alcune discipline di settore: ad esempio, le concessioni che hanno come oggetto il godimento di un bene possono essere revocate sulla base dell'art. 42 del codice della navigazione²⁰ che, tuttavia, dava un ampio potere di revoca senza indennizzo ma che, oramai, deve essere letto in combinato disposto con il citato art. 21-*quinquies* nella parte in cui prevede l'obbligo di corrispondere l'indennizzo²¹.

¹⁸ Sulla base dell'art. 21-*quinquies* della l. n. 241/1990, “[p]er sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti”.

¹⁹ Sull'applicazione di tali regole si vedano i contributi che sintetizzano il quadro normativo attualmente vigente e la sua applicazione ad opera della giurisprudenza: M. ANNUNZIATA, *L'autotutela amministrativa nel quadro dei principi del potere di ordinanza della pubblica amministrazione*, in *Giurisprudenza di merito*, 2000, p. 496 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *La revoca dopo la l. n. 15 del 2005*, in *Foro amministrativo TAR*, 2006, p. 1547 ss.; P. GOTTI, *Osservazioni in tema di revoca degli atti amministrativi dopo le leggi n. 15/2005 e n. 40/2007*, in *Diritto amministrativo*, 2009, p. 691 ss.; G. CREPALDI, *la revoca dell'aggiudicazione provvisoria tra obbligo indennitario e risarcimento*, in *Foro amministrativo CDS*, 2010, p. 868 ss.

²⁰ Secondo l'art. 42, le concessioni di durata inferiore a quattro anni sono revocabili in tutto o in parte a giudizio discrezionale dell'Autorità portuale, come precisato da L. ACQUARONE, *La concessione di porti ed impianti portuali per il naviglio da diporto*, in *Diritto marittimo*, 1970, p. 281 ss. Tuttavia, i terminali marittimi hanno, generalmente, una durata superiore a quattro anni e, peraltro, essendo la concessione basata su una relazione economica che non può essere certo soggetta al giudizio discrezionale dell'Autorità portuale, sono soggetti ad una diversa disciplina. Per una specifica analisi dei limiti alla discrezionalità si vedano A. GRECO, B. MURRONI, *Demanio marittimo - Zone costiere - assetto del territorio*, Bologna, 1980; A. GRECO, F. GHELARDUCCI, *I beni pubblici in Italia, profili funzionali e problemi di gestione*, Bologna, 1982; A. POLICE, *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008; F.A. QUERCI, *Le nuove vocazioni nei beni demaniali marittimi*, in *Nuovi profili istituzionali dell'attività marittima*, Padova, 1983; ID., *Questioni in tema di demanio marittimo*, in *Rivista di diritto della navigazione*, 1960, p. 36 ss.; G. PERICU, voce *Porto*, in *Enciclopedia del diritto*, 1985, p. 42 ss. Essi, infatti, sono revocabili solo per specifici motivi inerenti al pubblico uso del mare o per altre ragioni di pubblico interesse, con la precisazione che alla revoca può pervenirsi soltanto in presenza di concrete ed adeguate ragioni di interesse pubblico, sulle quali si rinvia a TAR Calabria, Sez. I, sentenza del 22 luglio 2008, n. 411, non pubblicata. Come si vede, il giudizio discrezionale dell'amministrazione marittima, in tali casi, è fortemente limitato dal dovere di motivare la scelta sulla base di uno specifico interesse pubblico che debba essere considerato prevalente rispetto al rapporto concessorio in essere.

²¹ Il codice della navigazione, all'art. 42, prevede, poi, che se il concessionario ha costruito opere stabili sul terminale, l'Autorità portuale è tenuta a corrispondere un indennizzo “pari al rimborso di tante quote parti del costo delle opere quanti sono gli anni mancanti al termine di scadenza fissato”. La legge prevede, comunque, un tetto massimo per la corresponsione dell'indennizzo; quest'ultimo, infatti, non può essere superiore al valore delle opere al momento della revoca, detratto l'ammontare degli effettuati ammortamenti. La giurisprudenza ha precisato, però, che il diritto all'indennizzo a favore del concessionario viene meno quando nell'atto concessorio sia stato già preventivamente specificato l'interesse pubblico potenziale che avrebbe giustificato la revoca e la relativa assenza di indennizzo: secondo il Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza del 6 luglio 2000, n. 3775, *Ministero dei trasporti e altro c. Soc. Carbolio*, in *Foro amministrativo*, 2000, p. 2693 ss., “a norma dell'art. 42 comma 4, codice della navigazione l'indennizzo previsto a favore del concessionario di area demaniale marittima per il caso

Per le concessioni di costruzione e gestione (ossia di lavori o di servizi), la disciplina della revoca è integrata dalla previsione di cui all'art. 176 del d.lgs. n. 50/2016 (codice degli appalti e delle concessioni)²², che elenca i casi di cessazione delle concessioni. In particolare, la revoca può essere disposta in tre casi: in primo luogo, quando il concessionario avrebbe dovuto essere escluso; in secondo luogo, quando la stazione appaltante ha violato, con riferimento al procedimento di aggiudicazione, il diritto dell'Unione europea; e, infine, quando la concessione ha subito una modifica sostanziale che avrebbe richiesto una nuova procedura di aggiudicazione.

In caso di revoca, l'art. 176 d.lgs. n. 50/2016 prevede che il concessionario diventi creditore di un indennizzo che include tre principali poste economiche: a) il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario, b) le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione, ivi inclusi gli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse, e c) un indennizzo a titolo di risarcimento del mancato guadagno pari al 10% del valore delle opere ancora da eseguire ovvero, nel caso in cui l'opera abbia superato la fase di collaudo, del valore attuale dei ricavi risultanti dal piano economico finanziario allegato alla concessione per gli anni residui di gestione.

L'indicata disciplina di cui all'art. 176 d.lgs. n. 50/2016 va letta in rapporto di specialità rispetto alla regola generale prevista dall'art. 21-*quinquies*, co. 3, l. n. 241/1990, secondo cui la revoca di provvedimenti che incidono su rapporti negoziali durevoli darebbero diritto ad un indennizzo limitato al danno emergente; in sostanza, la concessione accessoria (in quanto atto negoziale) alla concessione non può rientrare nell'ambito di applicazione di tale regola per due ragioni: in primo luogo in virtù della previsione speciale di cui all'art. 176 d.lgs. n. 50/1976 e, in secondo luogo, in quanto le convenzioni accessorie alle concessioni, che spesso disciplinano le conseguenze della revoca, richiedono, nella maggior parte dei casi, un'approvazione con legge che si pone in rapporto di specialità rispetto alla l. n. 241/1990²³.

La stessa normativa impone una riflessione con riferimento al dovere di motivazione²⁴, da un lato, e alla tutela delle posizioni giuridiche private, dall'altro. La

di anticipata revoca della concessione, non è dovuto nell'ipotesi in cui la cessazione della concessione sia stata stabilita fin dall'atto concessorio con riferimento a prestabilite esigenze dell'amministrazione e comunque in tale atto sia stato escluso il diritto del concessionario a compensi, indennizzi o rimborsi di sorta”.

²² Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici.

²³ Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Consenso*, cit., p. 185 ss.; ID., *Accordi pubblici (ad vocem)*, cit., p. 21 ss.; G. GRECO, *op. cit.*

²⁴ Che non sussiste nel caso in cui la revoca sia dettata esclusivamente da ragioni relative al cambiamento della normativa in quanto, secondo il TAR Puglia Bari, Sez. I, sentenza del 6 maggio 2003, n. 1903, *Soc. Mimmo c. Ausl n. 3 Foggia*, in *Foro amministrativo TAR*, 2003, p. 1753 ss., “costituisce atto obbligato e privo di discrezionalità il provvedimento con cui l'amministrazione revoca un precedente atto di contenuto difforme dalla vigente normativa, l'organo che assume la decisione non ha, dunque, l'onere di manifestare le sottese ragioni di interesse pubblico, poiché sotto tale profilo la motivazione è *in re ipsa*”. La medesima conclusione è, a maggior ragione, stata dichiarata con riferimento al cambiamento di una normativa dell'Unione europea con una diretta incidenza sul provvedimento concessorio: “a fronte dell'adozione di una decisione di contenuto diverso dalla normativa comunitaria, il provvedimento con cui l'amministrazione ne dispone la revoca costituisce atto obbligato e privo di

giurisprudenza amministrativa è stata chiara nel riferire l'obbligo di motivazione anche alle ragioni di interesse pubblico che ne giustificano l'adozione²⁵. Ciò risulta particolarmente importante soprattutto in quei casi in cui la revoca incide su posizioni in precedenza acquisite²⁶ dal privato²⁷.

La motivazione della revoca²⁸, infatti, deve includere tanto le ragioni di interesse pubblico quanto le posizioni giuridiche che si sono consolidate in capo ai soggetti privati²⁹ e su cui questi ultimi avevano fatto affidamento³⁰. In altri termini, "l'ordinamento, per un verso, permette la revoca dei provvedimenti al sussistere delle ragioni di interesse pubblico, per altro verso, impone all'amministrazione un onere di pun-

discrezionalità, e non sussiste, quindi, per l'organo che assume la decisione, l'onere di esplicitare le sottese ragioni di interesse pubblico, in quanto sotto tale profilo la motivazione è *in re ipsa*" (Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza del 29 ottobre 2001, n. 5630, *Regione Lazio c. Società Elettronica c. P.*, in *Foro amministrativo*, 2001, p. 2737 ss.).

²⁵ TAR Sicilia, Sez. III, sentenza del 4 dicembre 2008, n. 2279, *C.G. c. Provincia regionale di Ragusa*, in *Foro amministrativo TAR*, 2008, p. 3485 ss., che effettua un ragionamento già condiviso in dottrina: cfr. M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999.

²⁶ Sul tema dei c.d. diritti quesiti si rinvia a A. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1989, XV ed., pp. 720-721.

²⁷ In particolare, l'equilibrio tra potere autoritativo ed interesse acquisito dal singolo è stato affrontato da S. FANTINI, *La revoca dei provvedimenti incidenti su atti negoziali*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2009, p. 1 ss., nonché, in tema di responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Assorbimento dell'indennizzo da revoca dell'aggiudicazione e responsabilità precontrattuale dell'amministrazione*, in *Foro amministrativo TAR*, 2007, p. 144 ss.; mentre nel caso di assegnazione provvisoria di un contratto, per certi aspetti assimilabile alla concessione provvisoria ex art. 38 cod. nav., si veda M. ALESIO, *Assegnazione provvisoria e poi revoca - dietrofront senza effetti? i dubbi restano - trattativa privata: se l'ente ci ripensa e dice no in autotutela*, in *Diritto e giustizia*, 2006, p. 60 ss. Tra le posizioni della giurisprudenza si segnala il Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza del 14 dicembre 2006, n. 7412, *Ministero della salute c. M.N.V.*, in *Rassegna giuridica della sanità*, 2007, p. 283 ss., secondo cui "la revoca, in quanto provvedimento di riesame, è soggetto a criteri di valutazione dell'interesse pubblico specifico, differenti da quelli che presiedono all'adozione dell'atto da rimuovere ed esigono che si tenga altresì conto, comparativamente, del sacrificio imposto al destinatario, titolare di posizioni consolidate, sulle quali ha fatto affidamento".

²⁸ Sul dovere di motivazione nascente anche dalla l. n. 241/1990 e sull'estensione della sua applicazione, si vedano i recenti contributi: M. ALESIO, *Legge 241: la motivazione non va soppressa senza limiti*, in *Diritto e giustizia*, 2004, p. 76 ss.; M. CERCHIARA, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, in *Foro amministrativo CDS*, 2004, p. 1451 ss.; S. BACCARINI, *Motivazione ed effettività della tutela*, in *Foro amministrativo TAR*, 2007, p. 3311 ss.; L. FERRARA, *Motivazione e impugnabilità degli atti amministrativi*, *ivi*, 2008, p. 1193 ss.; M. COCCONI, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2009, p. 707 ss.; B.D. FRAUDATARIO, *Motivazione postuma: l'orientamento garantista del Consiglio di Stato*, in *Foro amministrativo CDS*, 2010, p. 151 ss.

²⁹ Al riguardo secondo la già citata sentenza del TAR Sicilia n. 2279/2008, l'atto di revoca deve essere motivato "non solo con riferimento ai motivi di interesse pubblico che giustificano il ritiro dell'atto, ma anche in considerazione delle posizioni consolidate in capo al privato e all'affidamento ingenerato nel destinatario dell'atto da revocare".

³⁰ Sulla tutela dell'affidamento in quanto principio che orienta l'attività dell'amministrazione pubblica si rinvia ai lavori di F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; *Id.*, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico - Dagli anni 'trenta' all'alternanza*, Milano, 2001; M. IMMORDINO, *op. cit.*, p. 1 ss.; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005; M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008; A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, 2016.

tuale motivazione, soprattutto quando il provvedimento di secondo grado incide su una situazione giuridica soggettiva consolidata³¹.

La decadenza, invece, può essere dichiarata quando il concessionario è inadempiente rispetto agli obblighi concessori e presuppone un accertamento delle relative violazioni attraverso un procedimento amministrativo³².

Anche se non esiste una disciplina generale sulla decadenza del provvedimento amministrativo, l'istituto ha presupposti di applicazione coerenti tra le concessioni di beni e le concessioni di servizi: mentre per le prime la disciplina di settore prevede ipotesi specifiche di decadenza, per le seconde occorre fare riferimento alle convenzioni accessorie alla concessione nonché alle conseguenze previste dal codice degli appalti in caso di inadempimento del concessionario.

Per le concessioni di beni, si può prendere ad esempio la norma che disciplina le concessioni demaniali marittime, sulla base dell'art. 47 del codice della navigazione che prevede sei casi in cui può essere pronunciata la decadenza: tre casi riferibili alla violazione dei termini della concessione e tre casi riferibili ad uno scarso sfruttamento del bene.

Le prime tre ipotesi includono: a) la mancata esecuzione delle opere prescritte nell'atto di concessione e/o la loro gestione senza il rispetto dei termini previsti, b) il mancato pagamento del canone fissato dal provvedimento di rilascio della concessione e c) la generale inadempienza degli obblighi derivanti dalla concessione o imposti da norme di legge o di regolamenti.

Le altre tre ipotesi di decadenza includono a) il mancato o cattivo uso del bene, b) il mutamento sostanziale non autorizzato dello scopo³³ per il quale è stata rilasciata la concessione nonché c) l'abusiva sostituzione di altri nel godimento di essa³⁴.

Per le concessioni di costruzione e gestione, il codice degli appalti prevede la risoluzione contrattuale *ex art. 1453 c.c.* come conseguenza dell'inadempimento: la risoluzione si applica, ovviamente, alla convenzione tra concessionario e concedente e comporta, inevitabilmente, la decadenza del provvedimento amministrativo concessorio³⁵.

Tuttavia, il codice degli appalti prevede che, prima di dichiarare la risoluzione e la decadenza, il concedente sia obbligato a tentare di conservare la vita della

³¹ TAR Sicilia, sentenza n. 2279/2008.

³² Sulla necessaria istruttoria si veda, *ex multis*, TAR Sicilia, Sez. II, sentenza del 5 giugno 1997, n. 1255, *Rapisarda c. Capitaneria porto Catania*, in *Diritto dei trasporti*, 1998, p. 532 ss.

³³ Va rilevata la differenza di tale situazione da un inadempimento contrattuale. In tale caso, infatti, il concedente effettua un accertamento di fatto sul mutamento non autorizzato dello scopo e, a seguito dell'accertamento, adotta il provvedimento prescritto: "la potestà di dichiarare la decadenza per mutamento sostanziale non autorizzato dello scopo della concessione demaniale, nel sistema dell'art. 47 del cod. nav. è svincolata dall'esigenza di una previa diffida a ripristinare lo scopo originario, ma si correla unicamente all'accertamento della attività illegittima, salva solo l'esigenza, secondo i principi generali, della comunicazione di avvio del procedimento" (Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, sentenza del 3 ottobre 2007, n. 905, www.giustizia-amministrativa.it).

³⁴ Tale ipotesi non va confusa con il caso in cui vi sia un cambiamento della compagine sociale del concessionario che, incidendo sui requisiti soggettivi essenziali, non consenta più l'adempimento agli obblighi concessori; tale ipotesi, infatti, come confermato da S.M. CARBONE, F. MUNARI, *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2006, p. 65, comporta la decadenza *ex art. 47*, lett. e) e cioè per inadempienza del terminalista.

³⁵ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011.

concessione chiedendo agli enti finanziatori del concessionario (a prescindere dallo strumento di finanziamento in capitale proprio o “a debito”) di individuare un diverso operatore industriale con le medesime caratteristiche che possa subentrare all'operatore inadempiente. In questo caso non si verifica alcuna decadenza.

Va poi specificato che il d.lgs. n. 50/2016 prevede, infine, una specifica ipotesi di decadenza: ai sensi dell'art. 103, co. 3, la mancata costituzione della garanzia richiesta dal bando di gara determina la decadenza dell'affidamento.

Alla disciplina del codice degli appalti si affiancano le discipline speciali previste dalle convenzioni accessorie. Ad esempio, le convenzioni autostradali, pubblicate dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, prevedono la pronuncia della decadenza in caso di inadempimento del concessionario previo accertamento tramite un procedimento in contraddittorio tra concedente e concessionario della durata di circa sei mesi. In caso di esito positivo dell'accertamento, il concedente può applicare una sanzione pari al 10% del valore residuo della concessione, fatto salvo il maggior danno che può essere fatto valore in via giudiziale attraverso il già citato art. 1453 c.c. In tali casi, infatti, non viene meno il diritto all'indennizzo per il concessionario, pari a quello dovuto in caso di revoca, che, tuttavia, dovrà essere ridotto dal giudice in ragione della misura del maggior danno patito dal concedente.

Va specificato che sia ai sensi delle convenzioni accessorie sia ai sensi del d.lgs. n. 50/2016, all'art. 176, co. 6, la revoca e la decadenza hanno come effetto l'obbligo di consegna dell'opera dal concessionario al concedente a condizione che il concedente effettui il pagamento dell'indennizzo indicato³⁶.

Va, infine, specificato che il diritto dell'Unione europea disciplina indirettamente le ipotesi di decadenza delle concessioni in quanto richiede allo Stato membro un obbligo di chiarezza, trasparenza e predeterminazione dei casi di decadenza in modo tale che il concessionario non sia soggetto al potere arbitrario del concedente³⁷.

Con tutta evidenza, nei casi in cui l'atto amministrativo concessorio non è assoggettato a revoca o decadenza per mancanza dei presupposti, la relativa disciplina del recesso sarebbe interamente soggetta al codice civile al quale, tuttavia, le amministrazioni si sono dimostrate poco inclini a voler essere vincolate³⁸: in questi

³⁶ Secondo l'art. 176, co. 6, d.lgs. n. 50/2016, “l'efficacia della revoca della concessione è sottoposta alla condizione del pagamento da parte dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore delle somme previste al comma 4”. Clausole analoghe si leggono nella maggior parte delle convenzioni accessorie alla concessione sia nel caso di revoca che nel caso di decadenza.

³⁷ Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 12 settembre 2013, cause riunite C-660/11 e 8/12, *Biasci e altri c. Ministero dell'Interno*: “Risulta dagli articoli 43 CE e 49 CE, dal principio di parità di trattamento, dall'obbligo di trasparenza, nonché dal principio di certezza del diritto che le condizioni e le modalità di una gara, quale quella in questione nei procedimenti principali, in particolare le norme contemplanti la decadenza di concessioni rilasciate al termine di una tale gara, come quelle dettate dall'articolo 23, comma 3, dello schema di convenzione tra l'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato e l'aggiudicatario della concessione relativa ai giochi d'azzardo riguardanti gli eventi diversi dalle corse dei cavalli, devono essere formulate in modo chiaro, preciso e univoco, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare”. In senso analogo si vedano le sentenze del 16 febbraio 2012, cause riunite C-72 e 77/10, *Costa e Cifone*; del 12 marzo 2015, causa C-538/13, *eVigilo*; e, più recentemente, del 19 dicembre 2018, causa C-375/17, *Stanley International Betting Ltd c. Ministero dell'Economia e delle Finanze*.

³⁸ Cfr. L. MONTEFERRANTE, *La disciplina privatistica nell'adozione degli atti di natura non autoritativa della pubblica amministrazione*, in *Amministrazione in cammino*, 2006, reperibile online.

casi, non molto frequenti ma molto invasivi, il legislatore è intervenuto con misure ad hoc, attraverso decreti legge convertiti in legge, che hanno sostanzialmente privato di effetti le convenzioni accessorie, e le concessioni, in via totale o parziale.

Tuttavia, proprio per la natura paritetica della convenzione accessoria alla concessione, anche la massima espressione della sovranità, il legislatore, incontra alcuni limiti nell'adozione di tali misure in ragione dell'appartenenza all'Unione europea.

Nei successivi paragrafi verranno analizzati alcuni casi emblematici al fine, poi, di delineare i limiti che lo Stato membro incontra nella privazione autoritativa degli effetti delle concessioni e delle convenzioni accessorie.

3. Alla fine degli anni '90, il Commissario straordinario per la gestione dei rifiuti in Campania (il Presidente della Regione Campania) decise di aggiudicare con gara due concessioni di costruzione e gestione (una per la provincia di Napoli ed una per il resto della Campania) al fine di affidare l'intero ciclo di smaltimento dei rifiuti a valle della raccolta differenziata³⁹.

Il rapporto contrattuale prevedeva che il concessionario trattasse i rifiuti in stabilimenti dedicati, separando la parte combustibile, da bruciare in due "termovalorizzatori" allo scopo costruiti⁴⁰, da quella non combustibile, da smaltire in siti reperiti e gestiti dall'affidatario stesso. A fronte degli oneri di costruzione e di esercizio degli impianti e dei siti di smaltimento, il concessionario si era assunto la gestione consistente nella riscossione di una tariffa di smaltimento e nella vendita dell'elettricità prodotta bruciando i rifiuti combustibili. Ambedue le gare, regolate dalla disciplina UE sul mercato interno (art. 49 ss. TFUE), sono state vinte da un raggruppamento di imprese la cui mandataria era Impregilo S.p.A. (costruttore edile).

È importante sottolineare che il beneficio economico per il concessionario, che consentiva di garantire l'equilibrio finanziario della concessione, era incentrato sullo smaltimento e sulla combustione dei rifiuti con contestuale vendita dell'energia prodotta. In particolare, lo schema contrattuale individuato dal committente prevedeva che i rifiuti trovassero la loro destinazione finale nella combustione (presso i due grandi impianti costruiti dall'affidatario) ed in siti di smaltimento.

Tuttavia, prima che gli impianti di termovalorizzazione venissero ultimati, la gestione dei rifiuti in Campania peggiorò in modo esponenziale obbligando il Commissario a predisporre misure di urgenza autoritative per la gestione anticipata degli impianti nei confronti del concessionario che, concentratosi nella gestione dell'emergenza, non riuscì a smaltire ed eseguire la combustione dei rifiuti non soggetti a raccolta differenziata.

Per tali ragioni, constatata l'impossibilità di proseguire il rapporto concessorio così come l'impossibilità di dichiarare una decadenza per inadempimento o una

³⁹ L'emergenza era dettata anche dall'adempimento ad alcuni obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea sulla base di una procedura d'infrazione avviata dalla Commissione europea, con conseguente condanna della Corte di giustizia; per una ricostruzione si rinvia a L. BARONI, *Lo sguardo vigile dell'Europa sulla "emergenza rifiuti" in Campania*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2011, p. 1093, e ID., *Le principali sentenze di condanna dell'Italia per la mala gestione dell'emergenza rifiuti in Campania e la perdurante violazione della normativa europea*, *ivi*, 2015, p. 615.

⁴⁰ Per una ricostruzione degli obblighi di carattere ambientale connessi alla pianificazione del territorio, si rinvia a L. COLELLA, *La governance dei rifiuti in Campania tra tutela dell'ambiente e pianificazione del territorio. Dalla "crisi dell'emergenza rifiuti" alla "società europea del riciclaggio"*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2010, p. 493 ss.

revoca, lo Stato ha disposto la risoluzione della concessione attraverso l'esercizio del potere legislativo con il d.l. n. 245/2005, convertito con la l. n. 21/2006⁴¹.

Attraverso il d.l. n. 245/2005, lo Stato ha, in primo luogo, disposto la risoluzione dei contratti di affidamento di smaltimento rifiuti e vendita energia, facendo salve tutte le posizioni giuridiche soggettive fino ad allora maturate e maturande derivanti dagli stessi; in secondo luogo, ha previsto l'obbligo per il concessionario di assicurare la gestione provvisoria del servizio e l'utilizzo dei beni nella loro materiale disponibilità, fino al subentro di un nuovo soggetto affidatario, ma "nel puntuale rispetto dell'azione di coordinamento svolta dal Commissario delegato" e sotto le esclusive direttive di quest'ultimo e, infine, ha previsto l'obbligo, per il concessionario, di completare comunque il termovalorizzatore di Acerra (l'unico iniziato). Tali obblighi avrebbero dovuto durare sino al subentro di un nuovo soggetto, al quale il concessionario avrebbe dovuto trasferire tutti i propri impianti, ivi incluso il termovalorizzatore in corso di costruzione.

In sede di conversione del d.l. n. 245/2005, è stato fissato autoritativamente dallo Stato un indennizzo per il trasferimento della proprietà del termovalorizzatore ultimato dal concessionario ed è stato individuato il soggetto a cui doveva essere trasferita la proprietà e la concessione per la gestione del termovalorizzatore.

Il mercato autostradale è particolarmente soggetto agli umori del legislatore tanto che gli interventi autoritativi che hanno inciso sulle concessioni già stipulate sono stati numerosi, di cui due molto recenti⁴².

Il primo intervento unilaterale dello Stato è avvenuto nel 2006 in occasione dell'adozione del d.l. n. 262/2006 che ha disposto un accorpamento di tutti i testi concessori vigenti per ogni tratta autostradale in un unico atto, denominato convenzione unica, con l'imposizione di un nuovo regime regolatorio. Secondo il nuovo regime, gli investimenti effettuati dal concessionario, sulla base del piano economico finanziario vigente allegato alla concessione, sarebbero stati remunerati, tramite aumento tariffario, solo dopo una verifica annuale di corretto adempimento e conseguente approvazione da parte del concedente. Per i concessionari che non avessero accettato la sottoscrizione della convenzione unica e il nuovo regime regolatorio, il d.l. n. 262/2006, all'art. 12, prevedeva la decadenza per legge e l'automatico subentro in concessione di ANAS S.p.A.⁴³.

⁴¹ Decreto legge 30 novembre 2005, n. 245, convertito in legge 27 gennaio 2006, n. 21, Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dei rifiuti nella regione Campania ed ulteriori disposizioni in materia di protezione civile.

⁴² Il mercato della gestione delle infrastrutture autostradali negli ultimi trent'anni è stato oggetto di una serie di riforme che ne hanno cambiato profondamente la struttura e la ripartizione del rischio. Partendo da un controllo quasi esclusivamente contrattuale svolto dall'ANAS, passando per la Direzione vigilanza del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e per il Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE), si è arrivati all'attuale sistema misto tra Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in qualità di concedente, spesso insieme a società controllate dalle Regioni di riferimento, e Autorità di regolazione dei trasporti. Il susseguirsi di riforme è illustrato in L. SALTARI, A. TONETTI (a cura di), *Il regime giuridico delle autostrade, in Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere*, Milano, 2017, p. 67 ss., nonché in S. ZUNARELLI, L. DI GIROLAMO, *Il settore autostradale*, in F. BASSAN (a cura di), *La regolazione dei trasporti in Italia: L'ART e i suoi poteri, alla prova dei mercati*, Torino, 2015, p. 166 ss.

⁴³ Per una efficace ricostruzione della vicenda si rinvia a L. SALTARI, A. TONETTI (a cura di), *op. cit.*, p. 67 ss.

Più recentemente, in occasione del crollo del Viadotto Polcevera, il d.l. n. 109/2018 ha disposto lo sposessamento della disponibilità del medesimo Viadotto a favore di un Commissario straordinario, nominato dal Presidente del Consiglio dei Ministri, al fine di affidarne la ricostruzione ad un soggetto diverso dal concessionario. Il d.l. n. 109/2018 ha inoltre quantificato in via unilaterale gli indennizzi dovuti dal concessionario a favore delle imprese e persone residenti nella zona interessata dal crollo nonché la consegna dei tratti autostradali funzionali alla ricostruzione del Viadotto crollato.

Peraltro, si prevede una procedura di scelta del costruttore ai sensi dell'art. 32 della direttiva 2014/24/UE⁴⁴, ossia con negoziazione senza pubblicazione del bando di gara, con il solo limite di non poter aggiudicare l'appalto all'attuale concessionario o a società ad esso collegate. Il medesimo decreto dispone una modifica autoritativa di tutte le concessioni autostradali vigenti attraverso una variazione tariffaria consistente nell'inserimento di un parametro "X", basato sulla produttività, la cui determinazione spetta all'Autorità di regolazione dei trasporti⁴⁵ attraverso una procedura di consultazione aperta agli operatori⁴⁶.

In entrambi i casi del d.l. 262/2006 e del d.l. 109/2018, si è assistito ad un tentativo di regolazione più stringente della tariffa autostradale con due finalità: il contenimento degli incrementi del pedaggio e un maggiore controllo sulla realizzazione degli investimenti da parte del concessionario.

Va precisato che, nel primo caso, il d.l. n. 262/2006 segnava il passaggio al già citato nuovo regime regolatorio per le autostrade, che ha sostituito la remunerazione degli investimenti *ex ante*, ossia sulla base del cronoprogramma per l'anno in corso, con la remunerazione *ex post*, ossia successivamente alla verifica della loro realizzazione, a seguito di un'adeguata verifica da parte del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti⁴⁷. In occasione del d.l. n. 109/2018, invece, il nuovo parametro tariffario interviene per modificare la ripartizione del rischio contrattuale a sfavore del concessionario attraverso un intervento da parte dell'Autorità di regolazione dei trasporti. In sostanza, il parametro X integra la formula tariffaria vigente per i due modelli esistenti, c.d. "a riequilibrio" e "a convalida"⁴⁸, in modo diverso. Nel caso

⁴⁴ Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE.

⁴⁵ Con specifico riferimento ai limiti che incontrano le Autorità indipendenti si rinvia a E. BRUTI LIBERATI, *Servizi di interesse economico generale e regolatori indipendenti*, in E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010, p. 75 ss; e ID., *Regolazione indipendente e politica energetica nazionale*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2014, n. 1, p. 81 ss.

⁴⁶ L'Autorità di regolazione dei trasporti, con delibera n. 16/2019, ha avviato una consultazione pubblica nell'ambito di un procedimento, che si concluderà con più deliberazioni finali, volto a stabilire il sistema tariffario di pedaggio delle concessioni autostradali in essere, basato sul metodo del *price cap* e con determinazione dell'indicatore di produttività X a cadenza quinquennale.

⁴⁷ La disciplina dell'approvazione dei lavori a consuntivo, ossia con autorizzazione all'incremento tariffario l'anno successivo a quello di realizzazione, è conseguenza dell'approvazione della delibera CIPE n. 39/2007: L. SALTARI, A. TONETTI (a cura di), *op. cit.*, p. 61 ss.

⁴⁸ Ai fini del presente lavoro è sufficiente ricordare che i piani finanziari "a riequilibrio" prevedono che la dinamica tariffaria consenta di arrivare alla fine del periodo regolatorio con un pareggio tra ricavi e costi; i piani finanziari "a convalida" prevedono invece l'assunzione di un rischio iniziale da parte del concessionario, sulla base di previsioni condivise con l'amministrazione, senza che, alla fine del periodo regolatorio, vi sia alcuna garanzia di riequilibrare eventuali maggiori costi o minori ricavi né l'obbligo di restituire eventuali maggiori utili (salvo che non siano dovuti ad un traffico maggiore rispetto a

dei piani finanziari “a riequilibrio”, il d.l. n. 109/2018 introduce un parametro di contenimento dei costi e di miglioramento del livello del servizio non ancora applicato prima che implica un possibile fattore di abbassamento delle tariffe non previsto inizialmente. Nel caso dei piani finanziari “a convalida”, come emerge dalle concessioni pubblicate sul sito del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, l'efficienza era forfettizzata allo 0,70% dell'inflazione con la conseguenza che la determinazione variabile da parte dell'Autorità di regolazione dei trasporti di un nuovo parametro modifica l'alea contrattuale che, al momento dell'approvazione del Decreto Emergenze era limitata allo 0,30% dell'inflazione.

L'affidamento delle concessioni per la realizzazione delle infrastrutture ferroviarie ad alta velocità rappresenta un altro caso pilota di intervento autoritativo in rapporti concessori attraverso l'esercizio del potere legislativo⁴⁹.

Agli inizi degli anni '90, le autorità italiane decisero di realizzare una rete ferroviaria ad alta velocità attraverso un sistema articolato su più livelli: l'Ente ferrovie dello Stato, quale concessionario del Ministero dei trasporti e della navigazione (odierno Ministero delle infrastrutture e dei trasporti)⁵⁰ incaricava la TAV, società *in house* rispetto all'Ente medesimo, della progettazione, della costruzione e della gestione della rete ad alta velocità. Sulla base di tale incarico, la concessionaria TAV doveva adempiere ai propri obblighi avvalendosi di *general contractors* facenti parte della cerchia dei principali gruppi industriali italiani ovvero di imprese garantite integralmente da questi. A tal fine, attraverso una procedura di gara che consentiva la partecipazione solo a soggetti di nazionalità italiana, vennero scelti, tre gruppi industriali, dei quali uno, quello FIAT, operava quale *general contractor*, mentre gli altri due assunsero garanzie per i consorzi di *general contractors* IRICAV UNO, IRICAV DUE, CEPAV UNO e CEPAV DUE. Il consorzio COCIV veniva destinato alla realizzazione di un'altra tratta. Infine, i *general contractors* avrebbero dovuto affidare la realizzazione dei lavori a imprese appaltatrici.

Il sistema così delineato era pertanto caratterizzato dai seguenti rapporti inter-soggettivi: a) concessione tra Ministero dei trasporti e della navigazione ed Ente F.S. (poi Rete ferroviaria italiana S.p.A., anche RFI); contratto di servizio tra RFI e TAV; b) singoli contratti di servizio per ciascuna tratta tra TAV e *general contractors*; e c) contratti di appalto tra i *general contractors* e le imprese appaltatrici.

Nel 2000, con la l. n. 388/2000⁵¹, le autorità italiane hanno revocato, in relazione ad alcune delle tratte in programma ma non ancora iniziate, le concessioni rilasciate alla TAV. Siffatta revoca veniva abrogata nel 2002 ad opera della l. n. 166/2002⁵²,

quello previsto). Per una ricognizione dei due modelli tariffari esistenti sulla base dei due diversi regimi, “a riequilibrio” e “a convalida”, si rinvia a D. MARESCA, *La regolazione*, cit., p. 75.

⁴⁹ Va precisato che l'Unione europea ha previsto e finanziato i programmi di realizzazione delle infrastrutture ad alta velocità nell'ottica di realizzare lo spazio comune europeo in grado di attuare quello spazio comune di mobilità che consenta a persone, merci e servizi di circolare liberamente; per questa ragione, la competenza dell'ordinamento dell'Unione europea in materia di alta velocità è particolarmente importante in quanto condiziona sensibilmente la finanziabilità delle infrastrutture: cfr. L. AMMANNATI, *Verso un trasporto sostenibile. Interoperabilità intermodalità e digitalizzazione*, in L. AMMANNATI, A. CANEPA (a cura di), *Politiche per un trasporto sostenibile*, Napoli, 2017, p. 11.

⁵⁰ In forza di una concessione del 7 agosto 1991 nonché di una disciplina ministeriale di attuazione del 24 settembre 1991.

⁵¹ Legge 23 dicembre 2000, n. 388, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2001).

⁵² Legge 1° agosto 2002, n. 166, Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti.

inizialmente contestata dalla Commissione europea per l'assenza di gara tra RFI e TAV, con procedura d'infrazione poi archiviata in virtù dell'impegno di scegliere con gara le imprese costruttrici. Nonostante fossero state fugate le perplessità sull'obbligo di gara, con l'art. 12 d.l. n. 7/2007 venne disposta la revoca della concessione rilasciata nel 1991/92 per le tratte Milano-Verona, Milano-Genova e Verona-Padova, non ancora realizzate. Venne contemporaneamente revocata anche la corrispondente autorizzazione rilasciata dal Ministero dei trasporti e della navigazione alla RFI per proseguire nel rapporto con la TAV; tali effetti si estesero a tutti i connessi rapporti fra la TAV e i *general contractors*, rispetto ai quali le concessioni e le autorizzazioni revocate costituivano il presupposto. Dall'art. 12 d.l. n. 7/2007 risulta che le prestazioni già eseguite dalle ricorrenti dovevano essere compensate nei limiti dei costi effettivamente sostenuti, restando così escluso il rimborso del lucro cessante.

Nel 2007 il TAR Lazio, investito della questione relativa all'annullamento di tale disposizione, su richiesta dei tre *general contractors* (guidati da Eni, Impregilo e Ansaldo) ha rimesso alla Corte di giustizia dell'Unione europea la valutazione della compatibilità dell'art. 12 del d.l. n. 7/2007 con gli articoli 43, 49 e 56 TCE nonché con i principi UE di certezza del diritto e tutela del legittimo affidamento. Tuttavia, tanto il contenzioso al TAR quanto il corrispondente rinvio pregiudiziale in Corte di giustizia non giunsero a conclusione in quanto il legislatore abrogò l'art. 12 d.l. n. 7/2007, e la conseguente revoca, in sede di conversione del d.l. ad opera dell'art. 1 della l. n. 40/2007.

4. Come accennato in premessa, la modifica di una concessione, attraverso l'esercizio del potere legislativo, incontra alcuni vincoli basati sulle limitazioni alla sovranità consentite dalla Costituzione ai sensi degli articoli 11 e 117. Si tratta, in particolare, delle disposizioni appartenenti all'ordinamento dell'Unione europea che, come ripetutamente stabilito dalla Corte costituzionale, sin dalle sentenze *Frontini* e *Granital*, impongono allo Stato membro di disapplicare le norme interne incompatibili con il diritto dell'Unione europea.

Il generale obbligo di disapplicazione, confermato più volte anche dalla Corte di giustizia a partire dalle sentenze *Costa c. Enel*⁵³ e *Simmmenthal*⁵⁴, è stato ritenuto sussistente, in modo inequivocabile, in capo, non solo al giudice, ma anche all'amministrazione pubblica, fin dalla sentenza *Fratelli Costanzo*⁵⁵, nonché al potere legislativo come specificamente affermato dalla Corte di giustizia, in occasione della sentenza *Brasserie du pecheur*⁵⁶, secondo lo schema di responsabilità inaugurato con la sentenza *Francovich*⁵⁷.

⁵³ Sentenza del 15 luglio 1964, causa 6/64.

⁵⁴ Sentenza del 9 marzo 1977, causa 106/77.

⁵⁵ Sentenza del 22 giugno 1989, causa C-103/88.

⁵⁶ Sentenza del 5 marzo 1996, cause riunite C-46 e 48/93, che estende chiaramente gli obblighi anche al legislatore: "la circostanza che, per effetto delle norme interne, l'inadempimento contestato sia imputabile al legislatore nazionale non può compromettere le esigenze relative alla tutela dei diritti dei singoli che fanno valere il diritto comunitario e, nel caso di specie, il diritto di ottenere dinanzi ai giudici nazionali la riparazione del danno originato dal detto inadempimento".

⁵⁷ Sentenza del 19 novembre 1991, cause riunite C-6 e 9/90, in *Giurisprudenza italiana*, 1993, p. 1585, con nota di L. ANTONIOLLI DEFLORIAN.

Tra i vincoli che condizionano l'incidenza autoritativa nelle concessioni di lavori e servizi, la giurisprudenza ne ha segnalati alcuni che, tuttavia, hanno avuto un'applicazione non sempre univoca e richiedono, pertanto, una sistematizzazione; si tratta, in particolare, del principio di legittimo affidamento⁵⁸ nonché delle norme in materia di libera circolazione dei servizi (art. 56 TFUE), come dettagliate dalle direttive 23⁵⁹ e 24 del 2014 applicabili agli appalti e alle concessioni e, infine, dalla tutela del diritto di proprietà sulla base dell'art. 1, Prot. n. 1 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU).

Il principio di certezza del diritto, nella sua specifica declinazione del legittimo affidamento⁶⁰, è parte integrante dell'ordinamento dell'Unione europea, è dotato di una sua autonoma applicazione all'interno degli Stati membri, anche in virtù di una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia. Sotto questo profilo, preme sottolineare come la presente analisi consideri il legittimo affidamento in quanto principio generale del diritto dell'Unione europea, che attribuisce un diritto ai singoli esercitabile di fronte alla giurisdizione ordinaria, e si differenzia dalla dimensione procedimentale della tutela dell'affidamento, come principio che orienta l'attività amministrativa sulla base dell'ordinamento nazionale⁶¹.

⁵⁸ Va precisato che, sebbene la giurisprudenza amministrativa consideri la tutela dell'affidamento non come un limite all'attività legislativa e regolatoria in senso stretto ma come uno degli elementi da considerare nell'interpretazione degli atti amministrativi e delle leggi (cfr. tra le più recenti, Consiglio di Stato, Ad. Plen., sentenza del 30 agosto 2018, n. 12, in *Il Foro Amministrativo*, 2018, p. 1197 ss., che applica il legittimo affidamento ai rapporti obbligatori tra pubblica amministrazione e privato: “[l]a tutela dell'affidamento e il principio della buona fede, che in via generale devono essere osservati anche dalla pubblica amministrazione dell'attuazione del rapporto obbligatorio”; Sez. VI, sentenza del 14 novembre 2014, n. 5609, *ivi*, 2014, p. 2810 ss., che affronta il rapporto tra affidamento e ragionevolezza: “[i]l rispetto del principio di ragionevolezza impone che, in presenza di posizioni ormai consolidate, si debba suggerire, a fronte di vizi meramente formali (o addirittura di irregolarità procedurali), un puntuale apprezzamento del ragionevole affidamento suscitato nell'amministrato sulla regolarità della sua posizione”; Sez. VI, sentenza del 16 gennaio 2014, n. 154, *ivi*, p. 145 ss., che specifica la risarcibilità della lesione dell'affidamento: “[i]n capo al destinatario di un atto favorevole sussiste il diritto di fare affidamento sulla sua legittimità e, quindi, sulla correttezza dell'azione amministrativa, ritenendo risarcibile, a titolo di responsabilità contrattuale, il danno derivante dalla lesione di tale affidamento”), la dimensione comunitaria del legittimo affidamento, in quanto principio generale del diritto dell'Unione europea, pare un vero e proprio limite alla sovranità ai sensi dell'art. 11 della Costituzione. Sul punto si richiama A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni alle attività economiche)*, in *Rivista della regolazione del mercato*, 2016, n. 2, p. 7 ss.

⁵⁹ Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

⁶⁰ La distinzione tra certezza del diritto e legittimo affidamento pare chiara: il secondo si pone come dimensione soggettiva del primo. Ciò è stato chiarito più volte dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (sentenze del 3 dicembre 1998, causa C-381/97, *Belgocodex S.A.*, punto 26; e del 26 aprile 2005, causa C-376/02, *Stichting “Goed Wonen”*, punto 32) ed è condiviso dalla prevalente dottrina in tema di affidamento: cfr. M. CORSALE, *Certezza del diritto: I (Profili teorici)*, in *Enciclopedia giuridica*, VI, p. 1 ss., e A. GIGLI, *op. cit.*, p. 71 ss.

⁶¹ Come si legge in A. TRAVI, *op. cit.*, p. 30 ss., “[i]l principio riceve perciò una ambientazione in primo luogo ‘procedimentale’, nel senso che la sua incidenza è ricondotta tipicamente sull'esercizio della funzione e perciò viene valutata innanzi tutto in questo contesto. Nell'esercizio della funzione il principio si traduce (almeno nei casi più comuni) non in un vincolo preciso, che renda incompatibile con l'ordinamento un certo risultato, ma in un elemento significativo da contemperare con altri elementi significativi, secondo canoni che in via di principio non sarebbero ‘formalizzabili’, e cioè traducibili in algoritmi o in standard fissi, ma che ripropongono invece la logica propria della discrezionalità. Tutto

Va segnalato che le sentenze della Corte di giustizia che si sono occupate del tema hanno ad oggetto la restituzione degli aiuti di stato dichiarati illegittimi; con riferimento a tale fattispecie, l'obbligo dello Stato membro di porre rimedio alla violazione dell'art. 107 TFUE incontra il limite della certezza del diritto⁶², nella sua specifica declinazione del legittimo affidamento del beneficiario⁶³. Ciò significa che l'impresa che ha percepito l'aiuto non è tenuta a restituire quanto ha ricevuto in buona fede.

La domanda che ci si pone in tale sede è se la tutela del legittimo affidamento sia limitata agli aiuti di stato o possa essere invocata anche da chi è stato aggiudicatario di una concessione sulla base delle norme europee in materia di mercato interno. Prima di provare a dare una risposta è utile evidenziare i ragionamenti emersi durante i giudizi dei casi qui in esame.

Nel caso del d.l. n. 262/2012, si legge uno specifico passaggio dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Genova del 16 novembre 2006⁶⁴ che mette in discussione esplicitamente la previsione sulla decadenza, descrivendola come una espropriazione dello Stato a favore di ANAS S.p.A.: “non vi è dubbio che la concessionaria, nel sottoscrivere l'atto di concessione, abbia accettato di sottoporsi al regime giuridico proprio del bene e del servizio, ma è davvero difficile sostenere che questa consapevole accettazione potesse spingersi al punto di consentire all'eventuale, unilaterale e autoritaria espropriazione del bene (...) quando tale espropriazione avvenga in favore di una s.p.a. quale l'ANAS, sua concedente ma al tempo stesso sua concorrente sul mercato specifico”. In sostanza, il Tribunale di Genova pone il dubbio di compatibilità tra la decadenza *ex lege* e il diritto dell'Unione europea e chiede alla Corte di giustizia se tale espropriazione costituisca una fattispecie che merita tutela nel quadro delle direttive in materia di appalti e concessioni⁶⁵. Tuttavia tale ragionamento non è stato discusso in Corte di giustizia in quanto la modifica normativa intervenuta, in sede di conversione del d.l., ha abrogato la previsione sulla decadenza, con conseguente cessazione della materia del contendere.

ciò comporta che il punto di equilibrio in molti casi può essere mutevole e opinabile, ma certamente richiede di essere ricercato dando spazio sempre anche all'affidamento”.

⁶² Va specificato che la certezza del diritto è un principio generale dell'Unione europea, nel cui ambito di applicazione rientrano diverse fattispecie tra cui la tutela del c.d. legittimo affidamento. Per una breve analisi si rinvia a O. LOMBARDI, *Certezza del diritto e primato del diritto comunitario in presenza di giudicato esterno in materia tributaria*, in *Rivista di diritto tributario*, 2009, p. 303 ss., e C. FONTANA, *Certezza del diritto ed effettività del primato del diritto europeo nelle procedure di recupero degli aiuti fiscali incompatibili: il ruolo del giudice nazionale*, *ivi*, 2011, p. 118 ss.

⁶³ Lo sviluppo di questa giurisprudenza emerge, in particolare, dalle sentenze della Corte di giustizia del 21 settembre 1983, cause riunite da 205 a 215/82, *Deutsche Milchkontor e a.*, punto 19; del 20 marzo 1997, causa C-24/95, *Alcan Germania*, punto 24; del 3 luglio 2001, causa C-378/98, *Commissione c. Belgio*, punto 51; nonché del 19 settembre 2002, causa C-336/00, *Huber*, punto 55.

⁶⁴ Tribunale di Genova, ordinanza del 16 novembre 2006, n. 13411, non pubblicata.

⁶⁵ Il Tribunale ha specificamente chiesto alla Corte di giustizia, adita *ex art. 267 TFUE*, “se (in relazione alla normativa comunitaria applicabile rilevante concernente il libero esercizio delle attività economiche [ossia la libera circolazione dei servizi applicabile e normativa derivata relativa agli appalti e alle concessioni poi richiamata successivamente nell'ordinanza], tenuto presente della giurisprudenza della Corte sul punto) sia compatibile con l'ordinamento Comunitario una disciplina (analoga a quella di cui all'art 12 citato) che integri o modifichi (in particolare attraverso la loro sostituzione con una nuova convenzione unica dettata dall'Autorità) le convenzioni-contratto già in corso, alterando in misura rilevante l'equilibrio delle prestazioni corrispettive”.

Nel caso dell'alta velocità, invece, il rinvio in Corte di giustizia ha consentito all'Avvocato generale di depositare le conclusioni, come previsto dal rito, da cui emerge la chiara possibilità di applicare la tutela del legittimo affidamento ai consorzi concessionari dell'alta velocità che avevano subito la revoca con legge, entro un limite ben specifico: la buona fede rispetto alla procedura di aggiudicazione della concessione. In quel caso, la norma che revocava la concessione era intervenuta proprio per porre rimedio ad una violazione del diritto dell'Unione europea in quanto i consorzi erano stati selezionati sulla base di una gara che consentiva la partecipazione esclusivamente a soggetti stabiliti in Italia. La suddetta selezione costituiva una evidente restrizione della libertà di circolazione dei servizi e della libertà di stabilimento di cui i concessionari erano evidentemente consapevoli. Le imprese, dunque, non essendo in buona fede rispetto alla legittimità della procedura di selezione, non hanno potuto invocare il legittimo affidamento. L'Avvocato generale ha, infatti, specificato che il beneficiario può opporsi ad una misura di correzione che gli sottrae un vantaggio di cui ha goduto fino a quel momento solo a condizione che sia stato in buona fede circa la regolarità dell'aggiudicazione. Quanto sopra sembra, quindi, non escludere che il diritto di opporsi ad una misura di correzione dello Stato spetti, esclusivamente, a favore di coloro che siano diventati concessionari in modo legittimo e siano quindi titolari di una posizione giuridica meritevole di tutela⁶⁶ sulla base dell'ordinamento dell'Unione europea⁶⁷.

La Corte di giustizia già in occasione della sentenza *Commissione c. Germania* aveva affermato che le imprese possono trovare tutela nel principio del legittimo affidamento postulando addirittura una asimmetrica applicazione del medesimo principio. Esso, infatti, non sarebbe opponibile dallo Stato membro verso privati, per giustificare inadempimenti al diritto dell'Unione europea, mentre sarebbe attivabile dalle imprese nei confronti degli Stati membri: “per ciò che riguarda, in secondo luogo, i principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento, il principio *pacta sunt servanda*, nonché il diritto fondamentale di proprietà, anche a voler ritenere che l'amministrazione aggiudicatrice possa vedersi opporre tali principi e tale diritto dalla sua controparte contrattuale in caso di risoluzione del contratto, uno Stato membro non può, in ogni caso, avvalersene per giustificare una” violazione del diritto dell'Unione europea⁶⁸. La medesima conclusione è stata fatta propria dall'Avvocato generale Trstenjak proprio in occasione delle conclusioni al caso dell'alta velocità ferroviaria⁶⁹, che ha rafforzato l'analogia tra i casi di restituzione

⁶⁶ Sulla differenza tra affidamento e mera aspettativa si rinvia a Consiglio di Stato, Sez. II, sentenza del 5 giugno 2012, n. 5602/10, e Tar Umbria, sentenza del 7 giugno 2002, n. 389, e al lavoro di A. TRAVI, *op. cit.*, p. 30.

⁶⁷ La mera previsione di un indennizzo non pare, invece, sufficiente a garantire l'effetto utile del principio del legittimo affidamento, in quanto principio generale del diritto dell'Unione europea, qualora sia possibile ripristinare la situazione antecedente alla violazione dell'affidamento; mentre sull'indennizzo quale strumento sufficiente a garantire la tutela dell'affidamento si legga A. TRAVI, *op. ult. cit.*, p. 30 e, in giurisprudenza Consiglio di Stato, Ad. plen., sentenza del 30 agosto 2018, n. 12, in *Il Foro Amministrativo*, 2018, p. 1197 ss.,

⁶⁸ Sentenza del 18 luglio 2007, causa C-503/04, *Commissione c. Germania*, nonché, per analogia, sentenza del 17 aprile 2007, causa C-470/03, *AGM-COS.MET*, punto 72.

⁶⁹ Del 1° settembre 2008, causa C-351/07, secondo cui la fattispecie della revoca delle concessioni, per quanto attiene il profilo di certezza del diritto, sarebbe del tutto analoga a quella della restituzione degli aiuti di stato: “[l]o stesso vale per i conflitti che possono derivare, in relazione alla rispettiva controparte contrattuale, dalla nullità di contratti stipulati in violazione del diritto comunitario. La Corte

degli aiuti di Stato e quelli di revoca delle concessioni, ammettendo che la controparte dello Stato membro possa astrattamente far valere il principio di certezza del diritto nella specifica accezione della tutela del legittimo affidamento.

Il presupposto, tuttavia, è evidentemente la buona fede del concessionario⁷⁰, ossia la dimostrazione di non aver approfittato di un inadempimento dello Stato membro⁷¹: mentre nel caso dell'alta velocità i concessionari avevano chiesto la tutela di una situazione contraria al diritto comunitario, nei casi dei rifiuti e delle autostrade la fattispecie concreta era diversa.

Per quanto riguarda i termovalorizzatori in Campania, la scelta del concessionario era avvenuta a seguito di gara europea con la conseguenza che lo Stato membro non poteva revocare in via unilaterale la concessione e quindi il concessionario avrebbe avuto titolo a chiedere la relativa tutela del legittimo affidamento; pur essendo stata sollevata la questione di fronte all'autorità giudiziaria, con i successivi provvedimenti legislativi di conversione venne quantificato un indennizzo da corrispondere al concessionario che sostanzialmente consentiva di far cessare la materia del contendere ed evitare che si protraessero nel tempo i contenziosi⁷².

Destino simile ebbe il d.l. n. 262/2006, che arrivò fino ad essere assoggettato al sindacato della Corte di giustizia ma, come nel caso dell'alta velocità, non arrivò fino alla sentenza in quanto la decadenza *ex lege* venne poi abrogata e la modifica autoritativa dei contratti vigenti venne a sua volta modificata in modo da contemperare l'equilibrio economico finanziario dei concessionari ed evitare un ulteriore lungo contenzioso sul tema. Anche in questo caso, tuttavia, la certezza del diritto, in coerenza con le conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak, poteva bene essere fatta valere in ragione del fatto che i concessionari autostradali avevano acquisito la relativa posizione nel mercato attraverso procedure competitive basate proprio sull'ordinamento comunitario aventi ad oggetto, nella maggior parte dei casi, l'acquisizione delle società concessionarie e non già le concessioni in sé⁷³.

Non è, ovviamente, noto l'esito della sostanziale revoca parziale (e forse provvisoria) avvenuta con il d.l. n. 109/2018 a danno di Autostrade per l'Italia S.p.A. La norma che ha suscitato maggiore perplessità, l'art. 1, co. 7, prevede che la disponibilità di un tratto di concessione, il viadotto Polcevera e i tratti ad esso funzionali

di giustizia, nella sua sentenza C-503/04, Commissione/Germania, ha affermato in maniera del tutto univoca che uno Stato membro non può sottrarsi alla propria responsabilità di diritto comunitario invocando i principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento nonché il principio *pacta sunt servanda* e il diritto fondamentale di proprietà, anche a voler ritenere che l'amministrazione aggiudicatrice possa vedersi opporre tali principi e tale diritto dalla sua controparte contrattuale in caso di risoluzione del contratto".

⁷⁰ Come si legge nelle conclusioni *ult. cit.*, "[n]elle circostanze di specie, appare opportuno ricordare che non può assumersi la possibile sussistenza della summenzionata buona fede, alla luce di una disposizione evidentemente e direttamente discriminatoria come quella dell'obbligo di incaricare imprese italiane, con conseguente esclusione di imprese di altri Stati membri".

⁷¹ Tale presupposto è stato *in primis* elaborato, come accennato nel testo, per i casi di restituzione di aiuti di stato illegittimi, per la cui ricostruzione si rinvia a C. FONTANA, *op. cit.*, p. 118 ss., nonché al lavoro di O. LOMBARDI, *op. cit.*, che ricostruisce il rapporto tra principio del giudicato e certezza del diritto.

⁷² Con ciò applicando la tesi di A. TRAVI, *op. cit.*, p. 7 ss., secondo cui la tutela del legittimo affidamento trova la sua applicazione naturale nella conseguenza indennitaria.

⁷³ Per avere un quadro completo delle modalità di acquisizione delle società concessionarie, e del relativo rispetto delle norme in materia di mercato interno, si rinvia a L. SALTARI, A. TONETTI (a cura di), *op. cit.*, p. 61 ss.

di autostrada, passi nella disponibilità del Commissario straordinario prevedendo altresì la scelta di un contraente per la ricostruzione diverso dal concessionario che, sulla base della convenzione, sarebbe l'unico soggetto titolato ad effettuare le riparazioni dei tratti interessati⁷⁴. Peraltro, il divieto alla partecipazione del concessionario, in quanto possibile responsabile dell'evento, sembrerebbe, *prima facie*, una violazione della libera circolazione dei servizi, ai sensi dell'art. 56 TFUE. Tale restrizione potrebbe essere astrattamente giustificata da un'esigenza imperativa di carattere generale che, essendo assente dal d.l., probabilmente, potrà emergere durante le eventuali fasi di contenzioso.

Alla luce di quanto rilevato, la convenzione accessoria alla concessione di Autostrade per l'Italia, per essere fatta valere in termini di legittimo affidamento, deve essere sorretta da una buona fede nell'accesso al mercato, cosa che pare sussistere in ragione della procedura di gara europea svolta per la privatizzazione della società nonché in ragione della recente decisione della Commissione europea n. 2435/2018, che ha sostanzialmente giudicato legittima la relativa concessione⁷⁵.

Sembra pertanto potersi concludere che in tutti i casi esaminati sia emerso, seppur mai in una sentenza, che la tutela del legittimo affidamento costituisca un primo limite alla libertà dello Stato, tanto che è sempre intervenuto un emendamento legislativo finalizzato ad eliminare la revoca e/o la decadenza delle concessioni. V'è da precisare che tale limite, tuttavia, subisce un temperamento nella buona fede del soggetto concessionario: deve, cioè, aver acceduto al mercato in modo non discriminatorio.

Com'è noto, anche il diritto derivato dell'Unione europea si compone di una serie di norme che hanno ad oggetto appalti pubblici e concessioni, contenute oggi nelle direttive 23/2014 e 24/2014 (rispettivamente direttiva concessioni e direttiva appalti), che si occupano dell'aggiudicazione dei contratti e di alcune vicende successive all'affidamento, nonché nella direttiva 2007/66/CE che si occupa della tutela dei diritti garantiti dall'ordinamento comunitario in materia di appalti e concessioni (c.d. direttiva ricorsi)⁷⁶.

La direttiva concessioni, approvata nel 2014, disciplina le concessioni per la prima volta dopo che la Corte di giustizia, a partire dal caso *Telaustria*⁷⁷, aveva applicato i principi degli appalti pubblici anche alle concessioni, seppur con alcune correzioni. Dopo molti anni di incertezza, è stata confermata l'effettiva competenza dell'ordinamento europeo in materia di concessioni e con essa i limiti che ne conseguono alla sovranità degli Stati membri.

Con particolare riferimento al caso oggetto del presente lavoro, va segnalato che la direttiva concessioni si occupa solo marginalmente della fase di esecuzione dei contratti così come della relativa risoluzione. Sotto quest'ultimo aspetto, l'83° 'con-

⁷⁴ Tutti i testi delle convenzioni autostradali sono stati pubblicati sul sito Internet del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti: www.mit.gov.it. Dalla concessione di Autostrade per l'Italia pare emergere, all'art. 3, l'obbligo e il diritto a riparare eventuali danni causati all'autostrada.

⁷⁵ Peraltro, per un'analisi sul processo di privatizzazione di Autostrade per l'Italia, si rinvia a M. D'ANTONI, *Privatizzazione e monopolio. Il caso della Società Autostrade*, in R. ARTONI (a cura di), *Storia dell'Iri 4. Crisi e privatizzazione 1990-2002*, Roma, 2013, p. 387 ss.

⁷⁶ Direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici.

⁷⁷ Sentenza del 7 dicembre 2000, causa C-324/98, punto 62.

siderando' precisa sin da subito quanto sostanzialmente anticipato dall'Avvocato generale nel caso dell'alta velocità, ossia che gli Stati membri devono essere liberi di revocare una concessione in via anticipata qualora vi sia una violazione del diritto dell'Unione europea: in sostanza, non solo lo Stato membro può revocare ma deve revocare la concessione qualora ciò sia imposto dal diritto dell'Unione⁷⁸. Peraltro, tale eventualità è disciplinata compiutamente all'art. 44 della medesima direttiva, parzialmente ripreso dall'art. 176 d.lgs. n. 50/2016, che elenca le ipotesi possibili di revoca della concessione ed ammettendole esclusivamente in tre casi. In primo luogo, il rapporto può essere risolto se ha subito una modifica⁷⁹ che avrebbe richiesto una nuova procedura di aggiudicazione della concessione ai sensi dell'art. 43⁸⁰; in secondo luogo, la revoca è legittima se il concessionario, al momento dell'aggiudicazione della concessione, avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura di affidamento per ragioni di corruzione, criminalità organizzata o terrorismo; infine, è corretto risolvere il contratto per porre fine ad una procedura d'infrazione europea relativa all'aggiudicazione della concessione.

Nell'elencare tali ipotesi di risoluzione del rapporto, il diritto dell'Unione sembra aver già effettuato *ex ante* un bilanciamento tra revoca e legittimo affidamento che si sostanzia nella mancanza di buona fede⁸¹ rispetto ad una violazione del diritto

⁷⁸ Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori si trovano a volte ad affrontare circostanze che impongono la risoluzione anticipata della concessione al fine di rispettare gli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione nel settore delle concessioni. Gli Stati membri dovrebbero pertanto assicurare che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori abbiano la possibilità, alle condizioni stabilite dal diritto nazionale, di risolvere una concessione durante il periodo di validità della stessa, se così richiesto dal diritto dell'Unione.

⁷⁹ Sul tema delle modifiche in corso d'opera si rinvia al contributo di H. HOEPFFNER, *La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire*, in *Revue française de droit administratif*, 2011 p. 98 ss., in commento alla sentenza della Corte di giustizia del 19 giugno 2008, causa C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur*, punto 34.

⁸⁰ Quest'ultimo consente la modifica *in itinere* dei contratti di concessione in cinque casi: a) qualora ciò sia previsto nella concessione iniziale, b) qualora vi siano lavori supplementari necessari e che non possano essere tecnicamente ed economicamente scorporabili dalla concessione iniziale, c) qualora vi siano eventi imprevedibili per il concessionario e il concedente, d) qualora vi sia una sostituzione del concessionario per clausole di opzione, ristrutturazione societaria o con assunzione di responsabilità del concedente verso i subappaltatori e e) qualora la modifica non sia sostanziale rispetto all'equilibrio economico-finanziario della concessione. Come precisa l'Avvocato generale Bot nelle conclusioni del 27 ottobre 2009, causa C-91/08, *Wall AG c. La ville de Francfort-sur-le-Main e Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*, punto 48, "il concessionario si fa carico dell'organizzazione del servizio e dei relativi rischi di gestione. Considerato il carattere complesso e a lungo termine della concessione di servizi, il concessionario deve disporre del margine di manovra sufficiente per adattarsi alle condizioni del mercato e ai cambiamenti che possono intervenire nell'ambiente economico, tecnico o giuridico della concessione. Gli oneri imprevedibili e gli incidenti di esecuzione che sono inevitabili negli investimenti a lungo termine impongono dunque alle parti una particolare flessibilità e uno spirito di cooperazione. Le cause di rinegoziazione dei contratti sono pertanto molteplici".

⁸¹ Come emerge dalle conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak dell'11 settembre 2008, causa C-351/07, "[a] mio avviso non convincono, in linea di principio, argomenti come quello concernente la tutela del legittimo affidamento, invocato dai consorzi coinvolti, i quali fanno riferimento al rafforzamento ovvero alla conferma dell'asserito affidamento nella persistenza dei contratti ad opera di avvenimenti successivi. Né uno di questi eventi successivi né la lunga durata del rapporto contrattuale – inclusa la circostanza della revoca di un'interruzione di tale rapporto – sono atti ad eliminare la consapevolezza dell'appropriamento di una situazione di fatto discriminatoria. Persino l'archiviazione di un ricorso per inadempimento da parte della Commissione europea, per quanto incomprensibile possa apparire, non sembrerebbe idonea a far venir meno tale consapevolezza". Ciò non significa che non sia

dell'Unione europea, ossia della c.d. buona fede che viene in rilievo tanto nella sentenza della Corte di giustizia *Commissione c. Germania* quanto nelle conclusioni dell'Avvocato generale nel caso dell'alta velocità. Ciò supporterebbe, quindi, la tesi secondo cui la buona fede dei concessionari, nei citati casi dei rifiuti e delle autostrade, sarebbe sufficiente a consentire agli stessi di attivare una tutela basata proprio sul legittimo affidamento.

Quanto sopra sembra essere confermato anche dal dettato della direttiva ricorsi⁸². Obiettivo della direttiva è, infatti, assicurare che gli Stati membri garantiscano procedure adeguate e idonee a sottoporre a sindacato le aggiudicazioni di appalti e concessioni effettuate dalle amministrazioni aggiudicatrici, impedendo la creazione di danni agli soggetti coinvolti. Gli Stati membri, inoltre, sono tenuti a rendere accessibili le procedure di ricorso a chiunque abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e rischi di essere leso a causa di una presunta violazione. In altre parole, l'obiettivo che il legislatore europeo ha perseguito con la direttiva ricorsi è quello di "tutelare gli offerenti da atti arbitrari dell'autorità aggiudicatrice, (...) diretta a garantire l'effettiva applicazione delle regole comunitarie in materia di aggiudicazione di [contratti pubblici]"⁸³.

In quest'ottica, la direttiva affronta il rapporto tra la privazione, anche parziale, di effetti del contratto di aggiudicazione (ivi inclusa la concessione) e la tutela di alcuni dei più importanti principi UE posti a presidio dei contratti conclusi tra privati e amministrazioni statali: il principio di certezza del diritto; il principio di proporzionalità; il principio di effettività della tutela giurisdizionale. Sotto il profilo soggettivo, l'art. 2-*quinquies* della direttiva stabilisce che la privazione degli effetti di un contratto possa essere decisa esclusivamente da "un organo indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice". Essendo un provvedimento adottato dal Governo, di cui fa parte il Ministero concedente, si potrebbe dubitare della legittimità dell'utilizzo di un d.l. per revocare una concessione. Sotto il profilo oggettivo, l'art. 2-*quinquies* esplicitamente subordina la privazione degli effetti di un contratto di appalto o di concessione a tre fattispecie tassativamente previste: in primo luogo, la concessione può essere privata dei suoi effetti quando è stata aggiudicata tramite procedura negoziata senza bando di gara, pur non ricorrendone i presupposti⁸⁴; in

possibile avvalersi di mutamenti avvenuti in corso di concessione, senza gara, ma consentiti dall'ordinamento europeo, come ben precisato dalle conclusioni dell'Avvocato generale Bot del 5 settembre 2013, causa C-388/12, *Comune di Ancona*, punto 12. Per un'analisi della sentenza si rinvia a S. SMITH, *Comune di Ancona v Regione Marche (C-388/12)*, in *Public Procurement Law Review*, 2014, p. 35 ss., e M. MEISTER, *Fonds européen de développement régional*, in *Europe*, 2014, n. 1, p. 43 ss. Infatti, ad esempio, la modifica avvenuta per Autostrade per l'Italia con la decisione n. 2435 del 2018 della Commissione europea, sebbene prevede alcune condizioni contrattuali che non erano state oggetto di gara, non solo non consentono di far venir meno la buona fede del concessionario ma addirittura ne rafforzano la sussistenza, proprio in virtù della trasparenza che un procedimento di autorizzazione ex art. 107 TFUE comporta.

⁸² La direttiva 2007/66 è stata attuata tramite una revisione al codice del processo amministrativo, con diversi problemi interpretativi in ragione della natura sempre più paritaria del rapporto tra concessionario e concedente. Cfr. M. LIPARI, *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?* in *Foro amministrativo TAR*, 2010, p. 73.

⁸³ Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 3 marzo 2005, cause riunite C-21 e 34/03, *abricom SA c. Stato belga*, punto 43.

⁸⁴ Ed in questo caso, la revoca parrebbe quasi un atto dovuto in quanto l'amministrazione nazionale è addirittura obbligata a "reintrodurre la trasparenza nel procedimento, compreso un nuovo procedimento di aggiudicazione", come precisato dalla Corte di giustizia, sentenza del 13 aprile 2010, causa

secondo luogo, la privazione è possibile se i concorrenti dell'aggiudicatario non hanno potuto avvalersi dei termini di ricorso giurisdizionale nell'ambito della procedura di aggiudicazione; in terzo luogo vi può essere privazione degli effetti nel caso in cui vi sia stata deroga al termine sospensivo per appalti basati su un accordo quadro e su un sistema dinamico di acquisizione. Anche in questi casi emerge con forza il principio della buona fede del concessionario: è infatti possibile giungere ad una privazione degli effetti di una concessione solo, sostanzialmente, quando il contratto aveva un vizio *ab origine* di carattere procedurale o addirittura relativo alla mancanza di tutela per i potenziali concorrenti.

In applicazione della direttiva ricorsi, la Corte di giustizia, in una recente decisione, ha ribadito lo stretto legame tra la privazione degli effetti di un contratto e il principio di certezza del diritto⁸⁵.

La sentenza *Hochtief AG* analizza i profili di legittimità di esclusione di un'offerente da una procedura negoziata con i principi UE della certezza del diritto e della proporzionalità dell'attività posta in essere dall'amministrazione aggiudicatrice, a fronte delle esigenze di rapidità perseguite dalla direttiva ricorsi. Nelle conclusioni, fatte proprie dalla Corte di giustizia, l'Avvocato generale affermava che "privare dei suoi effetti un contratto stipulato in esito ad una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico pone fine all'esistenza, ed eventualmente esecuzione, del suddetto contratto, il che costituisce un intervento sostanziale dell'autorità amministrativa o giurisdizionale nei rapporti contrattuali intervenuti tra i privati e gli organismi statali"⁸⁶. La Corte di giustizia, confermando l'interpretazione data nel caso dell'alta velocità dall'Avvocato generale e dalla Corte nella diversa fattispecie considerata con la citata sentenza *Commissione c. Germania*, ha in sostanza affermato che la possibilità di privare degli effetti un contratto incontra limiti specifici al fine di garantire la certezza del diritto, principio fondamentale tutelato dall'ordinamento europeo.

In secondo luogo, l'eventuale intervento autoritativo del Governo deve essere in linea con il principio di proporzionalità, tutelato anch'esso, oltre che in generale dalle norme sull'accesso al mercato interno, in maniera specifica all'interno della direttiva ricorsi. Il 24° 'considerando' della direttiva sottolinea, infatti, come "gli interessi economici"⁸⁷ [dell'amministrazione pubblica] possono essere presi in

C-91/08, *Wall AG c. La ville de Francfort-sur-le-Main e Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*, punto 42. Cfr. D. MARESCA, *La modificazione sostanziale dei contratti di concessione di lunga durata durante l'esecuzione: commento alla direttiva europea 2014/23/UE*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2015, p. 749.

⁸⁵ Si fa riferimento alla sentenza del 7 agosto 2018, causa C-300/17, *Hochtief AG c. Budapest Főváros Önkormányzata*, che riprende, in parte, le argomentazioni della sentenza del 26 novembre 2015, causa C-166/14, *MedEval c. Bundesvergabeamt*.

⁸⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale M. Wathelet, del 7 giugno 2018, causa C-300/17, *Hochtief AG c. Budapest Főváros Önkormányzata*.

⁸⁷ Per interessi economici il 24° 'considerando' e l'art. 2-*quinquies*, par. 3, intendono quelli collaterali e disgiunti dal contratto, non anche quelli direttamente collegati al contratto di appalto che vengono invece individuati in modo non tassativo come: "i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto, i costi derivanti dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, i costi derivanti dal cambio dell'operatore economico che esegue il contratto e i costi degli obblighi di legge risultanti dalla privazione di effetti".

considerazione quali esigenze imperative soltanto se, in circostanze eccezionali, la privazione di effetti conduce a conseguenze sproporzionate”⁸⁸.

Quanto precisato dalla direttiva ricorsi non pare essere mai stato preso in considerazione nei casi di revoca di concessione in Italia nei mercati considerati; va, tuttavia, precisato che tanto le vicende relative ai citati casi sui rifiuti e sull'alta velocità erano preesistenti alla direttiva concessioni, con la conseguenza che la direttiva ricorsi non poteva forse dirsi applicabile alle allora concessioni.

In conclusione, anche dalla normativa derivata emerge un limite alla sovranità dello Stato nella revoca delle concessioni consistente in alcuni casi tassativi di revoca, oltre ai quali l'azione del Governo deve essere orientata a soddisfare un'esigenza imperativa di carattere generale, rispettando il principio di proporzionalità. Si potrebbe sostenere che, di fatto, le direttive analizzate realizzino un bilanciamento tra sovranità dello Stato e certezza del diritto individuando alcuni casi in cui è possibile procedere a revoca delle concessioni contemperando l'esigenza di garantire i pubblici interessi con la tutela della certezza del diritto dei concessionari.

Il concessionario di costruzione e gestione di un'opera pubblica acquisisce la proprietà delle opere costruite e gestite per tutta la durata della concessione ed ha l'obbligazione di restituirle integre alla fine della concessione, momento in cui avviene un ulteriore passaggio di proprietà. Di conseguenza, la revoca e la decadenza di una concessione, anche parziale, incidono indubbiamente sul valore patrimoniale dell'azienda di proprietà del concessionario e, per tale ragione, è evidentemente oggetto di tutela dell'art. 1, Prot. 1 CEDU⁸⁹ che entra nell'ordinamento dell'Unione europea attraverso l'art. 6, par. 3, TUE. È, infatti, noto che, a valle delle note sentenze *Scordino*⁹⁰ e *Belvedere*⁹¹, così come applicate e interpretate dalla Corte costituzionale con le sentenze nn. 347 e 348 del 2008, le persone e le società abbiano il diritto ad essere interamente compensate, secondo valori di mercato, dalle conseguenze negative di provvedimenti unilaterali di espropriazione, ivi inclusa non soltanto la proprietà in senso immobiliare, ma anche la proprietà inclusiva, ad esempio, del valore dell'azienda⁹².

⁸⁸ In altre parole dunque, prima di privare di effetti una concessione occorre verificare se vi sia la compressione di interessi economici rilevanti che pregiudichino la proporzionalità. A confermarlo è anche l'Avvocato generale nelle conclusioni *Hochtief AG* laddove afferma che, nel decidere se procedere alla privazione di effetti, l'amministrazione aggiudicatrice deve tener conto dell'eventualità che ciò possa comportare “una notevole alterazione e perdite economiche non solo sul lato dell'aggiudicatario dell'appalto in questione, ma anche su quello dell'amministrazione aggiudicatrice e, di conseguenza, del pubblico, beneficiario finale della fornitura dei lavori o servizi oggetto dell'appalto pubblico di cui trattasi”: conclusioni *Hochtief AG*, punto 66.

⁸⁹ Per una comprensione dell'art. 1, Prot. 1 CEDU si rinvia a L. CONDORELLI, *Premier Protocol Additionel. Article 1*, in L.E. PETITI, E. DECAUX, P.H. IMBERT (dirs.), *La Convention européenne des droit de l'homme. Commentaire article per article*, Paris, 1995, p. 971 ss., e A. COMBA, *La salvaguardia del valore della moneta in relazione al primo protocollo addizionale della CEDU*, in *Liber Fausto Pocar, Diritti individuali e giustizia internazionale*, Milano, 2009, p. 203.

⁹⁰ Corte EDU, sentenza del 6 marzo 2007.

⁹¹ Corte EDU, sentenza del 30 ottobre 2003.

⁹² La nozione di bene secondo la CEDU è autonoma rispetto a quella dell'ordinamento nazionale e include anche valori diversi da quelli inclusi, ad es., nella nozione di bene di cui all'art. 810 c.c. È nota l'indipendenza delle nozioni della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che, in coerenza con la dottrina delle nozioni autonome del diritto internazionale, prescindono dalle qualificazioni formali degli istituti da parte degli ordinamenti degli Stati contraenti.

Secondo la Corte europea⁹³, innanzitutto, l'ammontare dell'indennizzo deve essere tale da ripristinare lo stato che probabilmente sarebbe sussistito se la revoca non fosse avvenuta. È ad es. indicativa la previsione contenuta nella concessione di Autostrade per l'Italia S.p.A. secondo cui, in caso di revoca, il concedente deve restituire il valore attuale netto della concessione. Peraltro, se nei decreti Di Pietro, emergenze e alta velocità non era stato previsto alcun indennizzo, nel caso del mercato dei rifiuti in Campania la quantificazione effettuata ad opera della legge era stata ritenuta di gran lunga inferiore a quella del valore effettivo del termovalorizzatore, con la conseguenza che la legge di conversione ha dovuto correggere il testo originario e quantificare una cifra più alta, in modo da definire la questione con il concessionario.

Quanto avvenuto per il mercato della gestione dei rifiuti pare coerente con l'orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo considerato che l'indennizzo "deve riflettere il valore pieno ed integrale dei beni"⁹⁴ e non si deve limitare al valore che la proprietà aveva alla data dell'occupazione, ma deve riflettere il valore di mercato attuale del bene oltre al c.d. mancato guadagno, ossia al valore del mancato godimento della concessione e ogni altra perdita subita⁹⁵.

Per concludere, dall'analisi di cui sopra emerge con chiarezza una conseguenza del limite rappresentato dalla tutela della proprietà, ossia l'obbligo di corrispondere al concessionario un indennizzo pari al valore di mercato del bene espropriato; anche in questo caso, però, come per il legittimo affidamento, la nozione di proprietà presuppone la legittimità del titolo, con la conseguenza che non può essere indennizzato colui che ha acquisito la proprietà in violazione della legge.

5. Dall'analisi svolta, emerge una disciplina della revoca e della decadenza con presupposti, modalità di accertamento e conseguenze molto specifiche che non consente all'amministrazione pubblica consistenti margini di discrezionalità⁹⁶. Per tale ragione si è fatto spesso ricorso al potere del legislatore che incontra alcuni limiti tra qui quello del principio di certezza del diritto, nella specifica accezione del legit-

⁹³ La compensazione dovrebbe essere *in primis* un risarcimento in natura, o, se non è possibile, il pagamento di una somma corrispondente al valore che avrebbe il risarcimento in natura, tenuto conto anche dei danni per le perdite subite, non coperte dal risarcimento in natura stesso: sentenza del 31 ottobre 1995, *Papamichalopoulos e altri c. Grecia*.

⁹⁴ Sentenza *Belvedere Alberghiera*.

⁹⁵ L'indennità deve comprendere "il valore attuale del terreno oggetto del contendere e gli altri pregiudizi. A questo valore si aggiungerà una somma relativa al mancato godimento del terreno dal momento in cui le autorità hanno preso possesso del terreno": sentenza *Belvedere Alberghiera*, e, allo stesso modo, sentenza 11 dicembre 2003, *Carbonara e Ventura c. Italia (equa soddisfazione)*. In definitiva, l'indennizzo conseguente alla revoca, nel caso sia fuori dai casi consentiti, deve riflettere "una totale eliminazione delle conseguenze dell'ingerenza nella lite", non limitandosi al "valore che aveva la proprietà al momento dell'occupazione", ma estendendosi anche a "ogni altra perdita da loro subita" (sentenza *Scordino* e del 18 marzo 2008, *Velocci c. Italia*; ivi inclusi gli eventuali interessi maturati: sentenze del 28 giugno 2011, *De Caterina e a. c. Italia*, e del 22 dicembre 2009, *Guiso-Gallisay c. Italia (equa soddisfazione)*).

⁹⁶ Sul tema dell'attività vincolata della pubblica amministrazione si rinvia ad A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, 1964, p. 65 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1988, p. 3 ss.; e più recentemente F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011; nonché, sulla componente tecnica dei provvedimenti, D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995.

timo affidamento, quello delle direttive concessioni e ricorsi e quello del diritto di proprietà sulla base della CEDU.

È utile sottolineare che in tutti i casi esaminati, e per tutti i limiti indicati, la *ratio* delle norme che consentono la limitazione della sovranità è sempre incentrata sulla tutela delle posizioni giuridiche acquisite da persone fisiche e giuridiche rispetto agli eventuali umori del legislatore; ciò che i principi indicati premiano è, in sostanza, l'affidamento in buona fede⁹⁷ che il privato ha posto nell'acquisizione di una posizione giuridica economicamente rilevante, ossia la concessione di costruzione e gestione.

Tuttavia l'affidamento incontra un temperamento che consente allo Stato di riappropriarsi della sovranità. Si tratta della buona fede: per far valere l'affidamento sulla concessione, quest'ultima deve essere stata affidata in modo legittimo (come nel caso delle concessionarie autostradali in occasione del d.l. n. 262/2006) oppure il concessionario non doveva essere a conoscenza della eventuale illegittimità della relativa procedura di aggiudicazione (come accaduto nel caso dell'alta velocità ferroviaria). L'ordinamento europeo, come spesso accade, sposta l'attenzione dalla forma alla sostanza: non è sufficiente verificare la legittimità del titolo concessorio in senso statico ma occorre tornare indietro nel tempo verificando il momento genetico del rapporto revocato. È necessario che l'acquisizione del titolo sia avvenuta in modo non discriminatorio e che, anche se fosse avvenuto in modo selettivo, il concessionario non abbia consapevolmente approfittato di tale vantaggio.

La conclusione qui delineata si presta però ancora ad alcuni problemi di applicazione consistenti, essenzialmente, nell'apprezzamento necessariamente discrezionale della buona fede. Se è vero che ci sono casi in cui è facile individuare comportamenti di mala fede (come forse accadde per le concessioni ferroviarie ad alta velocità), pare davvero difficile immaginare sulla base di quali parametri oggettivi possa basarsi un accertamento della buona fede⁹⁸.

Un'utile indicazione può arrivare dall'interpretazione della Corte d'appello di Cagliari⁹⁹ che, in un caso di obbligo di restituzione di aiuti di stato incompatibili con il diritto dell'Unione europea, ha equiparato la buona fede al dovere di diligenza giungendo ad affermare che un operatore economico è tutelato dalla certezza del diritto se con la normale diligenza avrebbe potuto rendersi conto dell'illegittimità dell'erogazione e, nel caso delle concessioni, dell'affidamento. E l'incertezza che deriva da tale assenza di parametri o eccessiva discrezionalità¹⁰⁰ pare costituire un

⁹⁷ Sul rapporto tra buona fede e tutela dell'affidamento si rinvia a F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995.

⁹⁸ Con riferimento alla buona fede, si può fare riferimento al concetto di correttezza privatistico che forse darebbe una maggiore certezza, come precisato in A. RICCIO, *La clausola generale di buona fede è dunque un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1999, p. 21 ss. Va tuttavia precisato che la nozione di buona fede utilizzata dalla Corte di giustizia è autonoma e indipendente rispetto al relativo concetto presente nel diritto nazionale.

⁹⁹ Corte d'appello di Cagliari, Sez. I, sentenza del 1° ottobre 2018, n. 827.

¹⁰⁰ Si segnala che la posizione in dottrina relativa al rapporto tra sovranità e discrezionalità non è univoca. Ad esempio, secondo S. KELMAN, *Procurement and Public Management: The Fear of Discretion and the Quality of Government Performance*, Washington, 1990, c'è la necessità di una valutazione discrezionale, nonostante il rischio che essa comporta. Secondo chi scrive, la discrezionalità è esercitata dall'amministrazione al momento della scelta dell'interesse pubblico da tutelare: il modo in cui, invece, esso deve essere temperato con le altre situazioni protette dall'ordinamento deve passare per una procedura valutativa basata su parametri oggettivi e verificabili al fine di limitarne l'abuso.

pretesto troppo facile per gli Stati membri per rifiutarsi di accettare le limitazioni alla sovranità¹⁰¹ di cui al presente lavoro che, sebbene giuridicamente fondate, non hanno ancora costituito un vero deterrente per gli Stati membri rispetto all'esercizio del potere legislativo anche per risolvere specifici rapporti contrattuali, senza preoccuparsi troppo delle conseguenze.

Va, quindi, apprezzato lo sforzo interpretativo effettuato dai giudici nella citata sentenza della Corte d'appello di Cagliari, che si sono spinti laddove l'ordinamento dell'Unione non è ancora giunto, ossia ad affinare la tutela della certezza del diritto, nell'accezione del legittimo affidamento: in particolare, ad avviso di chi scrive, l'accertamento della buona fede andrebbe fatto coincidere con la legittimità della procedura per l'aggiudicazione che costituisce un parametro oggettivo di applicazione, evidentemente più prevedibile rispetto all'accertamento di una volontà di approfittarsi di una eventuale illegittimità.

Abstract

The Limits to Member States' Freedom to Declare the Early Termination of Concessions under European Union Law

The aim of this article is to show the limits that member States meet under current EU Law in case of termination of a concession before the deadline initially foreseen.

Various provisions of EU Law and ECHR are analyzed in order to understand their effective applicability to the concession matter that is, traditionally subject to national policies.

Since the *Telaustria* judgement, the European Court of Justice started to apply European Union law to concessions: in a first stage of its applications, the ECJ aimed to apply just the principle of non-discrimination in order to guarantee an effective freedom of circulation of services through competitive procedures. After this first period, the ECJ extended its analysis to the other phases of concessions life: the execution and the termination. This study points out the evolution from the non-discrimination principle, typical of the adjudication procedure, to the application of the legitimate expectation principle, specifically in case of early termination. This paper tries to demonstrate that the latter principle is now applicable not only to its traditional field, the State aids rules, but it extends to the concessions field too, in order to guarantee a legal certainty for concessionaires who are in good faith.

¹⁰¹ Sul tema della discrezionalità e del rischio di un relativo abuso, si rinvia a G.D. COMPORTI, *Lo Stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in *Diritto dell'economia*, 2007, p. 231 ss., oltre ad A. VANNUCCI, *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, Rendite e Corruzione*, in G.D. COMPORTI (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, 2011, p. 293 ss.

Daniela Marrani*

La cooperazione strutturata permanente (PESCO): quadro giuridico-istituzionale per l'integrazione “flessibile” in materia di difesa europea

SOMMARIO: 1. Il rilancio della PSDC dopo la Strategia globale per la politica estera e di sicurezza dell'UE. – 2. La natura intergovernativa della cooperazione strutturata permanente (PESCO). – 3. La progressiva integrazione delle capacità di difesa europee. – 4. Il contributo operativo degli Stati membri alle “missioni Petersberg” nel sistema di sicurezza collettiva delle Nazioni Unite e della NATO. – 5. La decisione del Consiglio dell'11 dicembre 2017 che istituisce la PESCO. – 6. Spunti ricostruttivi e considerazioni conclusive.

1. L'istituzione della cooperazione strutturata permanente (Permanent Structured Cooperation, PESCO secondo l'acronimo inglese), con decisione del Consiglio dell'11 dicembre 2017 (a circa 10 anni dall'introduzione della relativa disciplina nei Trattati), segna l'inizio di un nuovo ciclo per la politica di difesa europea¹. La proposta di avviare una cooperazione strutturata permanente, oggetto di diverse riunioni del Consiglio europeo e del Consiglio che si sono susseguite tra il 2016 e il 2017², è stata formulata a livello politico dal Consiglio europeo nella riunione

* Ricamatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Salerno.

¹ Così C. PRIETO, *La «coopération structurée permanente», début d'un nouveau cycle pour la politique de défense*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2018, p. 3. Si veda anche E. LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, *La nueva Cooperación Estructurada Permanente: ¿impulso definitivo para una verdadera Política Común de Seguridad y Defensa en Europa?*, in *Anuario Espanol de Derecho Internacional*, 2018, p. 1075 ss.; C. NOVI, *L'attuazione della cooperazione strutturata permanente (PESCO) nella prospettiva di una difesa europea più autonoma ed effettiva*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, p. 365 ss. Il Presidente della Commissione europea J.C. Juncker nel discorso pronunciato nel giugno 2017, con una metafora, ha parlato di risveglio della “belle au bois dormant”. L'espressione è stata ripresa da N. NOVÁKY, *The EU's Permanent Structured Cooperation in Defence: Keeping Sleeping Beauty from Snoozing*, in *European View*, 2018, p. 97 ss.

² Va ricordato che la volontà degli Stati membri era stata espressa in maniera sempre più chiara ed esplicita negli orientamenti che hanno fatto seguito all'adozione della Strategia globale. Le conclusioni del Consiglio europeo del 15 dicembre 2016 affermavano che: “Gli europei sono tenuti ad assumersi una maggiore responsabilità per la loro sicurezza (...)” (punto 10) e invitava l'Alto rappresentante a presentare “proposte per quanto concerne (...) una cooperazione strutturata permanente inclusiva, che

del 22-23 giugno 2017³ e, in seguito a notifica degli Stati membri, ha portato all'adozione della decisione del Consiglio che istituisce la cooperazione strutturata permanente (PESCO) e fissa l'elenco degli Stati membri partecipanti⁴. Sulla decisione del Consiglio hanno influito una serie di circostanze di natura geopolitica ampiamente evidenziate in dottrina⁵. La decisione in parola si inserisce nell'accelerazione impressa alla politica di sicurezza e difesa comune (PSDC)⁶ su impulso della Strategia globale per la politica estera e di sicurezza dell'Unione europea (di seguito: Strategia globale)⁷ con l'obiettivo di realizzare in pieno le potenzialità del Trattato di Lisbona⁸. L'esigenza illustrata dalla Strategia globale (in cui “‘globale’ non è inteso solo in senso geografico: si riferisce anche all'ampia gamma di politiche e strumenti promossi dalla strategia”)⁹ è quella di migliorare le capacità di difesa (militari e civili) degli Stati membri dell'Unione europea al fine di rispondere

si basino su un approccio modulare e definiscano eventuali progetti” (punto 11). Parallelamente anche il Consiglio Affari esteri aveva concluso il 14 novembre 2016 che sarebbe stato opportuno esaminare le potenzialità di una cooperazione strutturata permanente (PESCO). Sull'evoluzione che ha portato all'adozione della decisione dell'11 dicembre 2017, si veda Senato (Servizio Studi), Nota su atti dell'Unione europea, Nota n. 122, *Verso la difesa europea: la cooperazione strutturata permanente*, del 13 dicembre 2017, e Nota n. 16, *Gli sviluppi della cooperazione strutturata in materia di difesa (PESCO): i nuovi progetti e il nuovo quadro istituzionale*, del 28 novembre 2018.

³ Le conclusioni del Consiglio europeo sono reperibili *online*.

⁴ Decisione 2017/2315/PESC del Consiglio, dell'11 dicembre 2017, che istituisce la cooperazione strutturata permanente (PESCO) e fissa l'elenco degli Stati membri partecipanti.

⁵ Su cui si veda *infra*, nota 10. Per ulteriori approfondimenti sul punto si rinvia a A. MARRONE, N. PIROZZI, P. SARTORI, *PESCO: An Ace in the Hand for European Defence*, Paper preparato nel contesto dell'iniziativa EU-60: *Re-founding Europe. The Responsibility to Propose*, organizzata dall'Istituto affari internazionali in collaborazione con il Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale, 21 marzo 2017, www.iai.it.

⁶ La politica europea di sicurezza e difesa (PESD) è stata oggetto di profonde modifiche con il Trattato di Lisbona ed ha cambiato nome in politica di sicurezza e difesa comune (PSDC). Sulle diverse fasi del processo evolutivo della politica di sicurezza e difesa si veda, tra gli altri, C. MORVIDUCCI, *La PECSO: verso una politica di difesa europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, pp. 1130-1161; A. DUMOULIN, M. MATHIEU, G. SARLET, *La politique européenne de sécurité et de défense (PESD). De l'opérateur à l'identitaire*, Bruxelles, 2003; R. CIRCELLI, *La difficile costruzione di una politica di difesa comune*, in G. BONVICINI, G.L. TOSATO (a cura di), *Le relazioni internazionali dell'Unione europea dopo i Trattati di Amsterdam e Nizza*, Torino, 2003, pp. 101-139; U. VILLANI, *La politica europea in materia di sicurezza e di difesa e i suoi rapporti con le Nazioni Unite*, in *La Comunità Internazionale*, 2004, pp. 63-90; C. NOVI, *La politica di sicurezza esterna dell'Unione europea*, Padova, 2005; P. KOUTRAKOS, *The EU Common Security and Defence Policy*, Oxford, 2013; G. FIENGO, *Le missioni di pace dell'Unione europea nel quadro della politica di sicurezza e difesa comune*, in *Percorsi costituzionali*, 2015, p. 509; C. RISI, A. RIZZO, *L'Europa della sicurezza e difesa*, Napoli, 2016; A. RIZZO, *Profili giuridico-istituzionali della politica di sicurezza e difesa comune dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2016, p. 295 ss.

⁷ Consiglio dell'Unione europea, Una strategia globale per la politica estera e di sicurezza dell'Unione europea, del 28 giugno 2016, CFSP/PESC 543, CSDP/PSDC 395, reperibile *online*. Per una prima riflessione in argomento si veda *Editorial Comments*, in *Common Market Law Review*, 2016, pp. 1199-1208. L'attuazione della Strategia globale è stata avviata a partire dal *Piano d'attuazione in materia di sicurezza e difesa* presentato dall'Alto rappresentante il 14 novembre 2016, cui hanno fatto seguito ulteriori sviluppi di cui si darà conto, per quanto concerne la PESCO, nell'ambito del presente lavoro.

⁸ A tale fine particolare rilievo assume la comunicazione della Commissione, del 30 novembre 2016, Piano d'azione europeo in materia di difesa, COM(2016)950 fin.

⁹ Così l'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza nella Prefazione alla Strategia globale, p. 3.

alle crisi esterne ed assicurare la sicurezza interna¹⁰, dimensioni ritenute interconnesse¹¹, mediante una maggiore “interoperabilità, efficacia, efficienza e fiducia” e un aumento del rendimento delle spese per la difesa¹².

La possibilità di disporre di una capacità operativa ricorrendo a mezzi civili e militari sulla base delle capacità fornite dagli Stati membri (art. 42, par. 1, TUE), e l’impegno (sia pure volontario) degli Stati membri a migliorare progressivamente le loro capacità militari (art. 42, par. 3, TUE) sono obiettivi fondamentali della PSDC. In questa prospettiva, la PESCO contribuisce al perseguimento dell’autonomia operativa dell’UE¹³: disporre delle risorse militari necessarie a contrastare le minacce esterne ed interne all’Unione, incluso “affrontare le sfide che presentano una dimensione sia interna che esterna, quali il terrorismo, le minacce ibride, la sicurezza informatica ed energetica, la criminalità organizzata e la gestione delle frontiere esterne”¹⁴, senza ricorrere a risorse (sia in termini di mezzi che di capacità) della NATO sulla base degli accordi c.d. *Berlin Plus*¹⁵. La disciplina generale della PESCO inserita nei Trattati nel perseguire risultati in termini di efficienza e di razionalizzazione delle risorse militari, su iniziativa di un numero ristretto di Stati membri con capacità di difesa più “elevate” degli altri, sembra, a prima vista, abdicare al progetto ambizioso di una “Unione europea della difesa” a vantaggio di risultati più immediati ma anche più modesti.

Sin dai tempi della Comunità europea di difesa (CED), gli Stati membri hanno cercato di conseguire l’obiettivo di una difesa europea intesa quale corollario dell’unificazione politica (fine ultimo cui concorrono anche l’Unione economica e monetaria e la moneta unica) da realizzare progressivamente. L’obiettivo, ostacolato dall’assenza della volontà politica di alcuni Paesi, è rimasto iscritto nei Trattati. Non senza ambiguità l’art. 42, par. 2, TUE stabilisce che soltanto una decisione all’unanimità del Consiglio europeo “condurrà a una difesa comune”¹⁶. La norma espressamente fa salvo

¹⁰ Innanzitutto vi è l’urgenza di garantire una maggiore sicurezza ai cittadini europei, a seguito di ripetuti e violenti attacchi terroristici, o quanto meno di offrire un segnale chiaro in tale direzione. In secondo luogo, sono state prospettate varie motivazioni di natura geopolitica, dalla crisi Ucraina al nuovo corso della politica statunitense, di cui si è avuta una dimostrazione all’esito del vertice del G7 a Taormina il 28 maggio 2017. Inoltre sembra aver influito in maniera significativa il processo avviato con la Brexit al fine di superare la storica reticenza del Regno Unito a rafforzare l’Europa della difesa.

¹¹ Nella consapevolezza sottolineata dal Parlamento europeo che “la sicurezza interna e quella esterna stanno diventando sempre più interconnesse e ciò ha un impatto diretto su tutti i cittadini europei”, (punto 11), risoluzione del Parlamento europeo del 13 dicembre 2017 sulla relazione annuale sull’attuazione della politica di sicurezza e di difesa comune, 2017/2123(INI), P8_TA(2017)0492.

¹² Cfr. Strategia globale, punto 3.1.

¹³ Sulla nozione di autonomia operativa si veda più diffusamente C. NOVI, *Brevi considerazioni sulle missioni militari dell’Unione europea volte a supportare operazioni multifunzionali delle Nazioni Unite*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, I, Bari, 2017, p. 183 ss.

¹⁴ Cfr. Strategia globale, par. 3.1, p. 16, in cui si legge: “Un adeguato livello di ambizione e di autonomia strategica è importante per la capacità dell’Europa di promuovere la pace e salvaguardare la sicurezza all’interno e all’esterno delle sue frontiere”.

¹⁵ Ci si riferisce al pacchetto di accordi *Berlin plus* adottati nel 2003 che riconoscono all’UE la possibilità di avvalersi di strutture, equipaggiamenti, informazioni e capacità di pianificazione NATO, oltre che delle unità e dei quartier generali dell’Alleanza, secondo la concezione “forze separabili ma non separate”. Si veda per ogni approfondimento al riguardo, C. RISI, *La costruzione della dimensione europea di sicurezza e difesa*, in C. RISI, A. RIZZO, *op. cit.*, p. 52 ss.

¹⁶ Sull’ambiguità dell’enunciato dell’art. 42, par. 2, co. 1, TUE, cfr. U. VILLANI, *Gli sviluppi del Trattato di Lisbona in materia di politica estera e di sicurezza comune*, in *Studi sull’integrazione europea*,

“il carattere specifico della politica di sicurezza e di difesa di taluni Stati membri” e stabilisce il rispetto degli obblighi assunti in seno alla NATO come sistema di sicurezza collettiva primario per molti Stati membri. Nel senso indicato si esprime anche la Dichiarazione relativa alla politica estera e di sicurezza comune (Dichiarazione n.13).

L’assenza di una competenza di difesa dell’integrità territoriale degli Stati membri, identificata con il concetto di legittima difesa collettiva (considerato che l’art. 42, par. 7, stabilisce obblighi per gli Stati e non per l’Unione in quanto tale)¹⁷, e di un esercito europeo con compiti di difesa comune non deve tuttavia far propendere per la tesi “minimalista” secondo cui la PSDC si ridurrebbe ad una politica di gestione militare e civile di crisi confinate in una dimensione extraterritoriale all’Unione¹⁸. In tale ambito è noto il contributo rilevante dell’UE come organizzazione regionale al mantenimento della pace e della sicurezza internazionali alla luce della Carta delle Nazioni Unite (capitoli VII e VIII)¹⁹.

Per un verso, la natura intergovernativa della PSDC (definita “politica comune” dal titolo V, capo 2, sez. II, TUE) trova espressione nel livello di decisione politica, attribuito al Consiglio europeo (art. 42, par. 2), e per quanto di competenza al Consiglio (art. 42, par. 4) che delibera all’unanimità, e costituisce ad oggi il *gold standard* dell’UE in materia di difesa. Per altro verso, il funzionalismo economico supportato dal pragmatismo della Commissione europea nel promuovere l’armonizzazione del mercato (o meglio dei mercati pubblici della difesa)²⁰, incluso il settore degli appalti, e il finanziamento della ricerca e delle tecnologie per l’industria della difesa apportano un contributo significativo all’evoluzione della PSDC nella direzione auspicata dai Paesi fondatori delle prime Comunità europee sin dagli inizi degli anni ’50. Allo scopo concorrono strumenti e meccanismi nuovi e complementari, quali: il Fondo europeo per la difesa, la Revisione coordinata annuale sulla difesa e la PESCO.

Il quadro giuridico-istituzionale della PESCO trova origine nel progetto di Costituzione europea, incorporato (con modifiche) nel Trattato di Lisbona che stabilisce una cornice di riferimento (*framework*), da completare con norme più specifiche, su cui sin dall’inizio sono emerse visioni contrastanti tra gli Stati membri. La peculiarità della PESCO inizia a manifestarsi in fase di attuazione, nel doppio livello di *governance*: al primo partecipano tutti gli Stati membri che aderiscono alla

2011, p. 18; J.C. PRIS, *Il Trattato di Lisbona*, Milano, 2013, p. 327, sottolinea che a livello semantico la norma si esprime in termini più decisi (“questa condurrà”), rispetto ai termini utilizzati in precedenza dal TUE (“può condurre”).

¹⁷ Cfr. art. 42, par. 7, TUE, così testualmente: “Qualora uno Stato membro subisca un’aggressione armata nel suo territorio, gli altri Stati membri sono tenuti a prestargli aiuto e assistenza con tutti i mezzi in loro possesso, in conformità dell’art. 51 della Carta delle Nazioni Unite. Ciò non pregiudica il carattere specifico della politica di sicurezza e di difesa di taluni Stati membri”. Va appena ricordato che la clausola di difesa reciproca stabilita dai Trattati è stata invocata per la prima volta dalla Francia in risposta agli attentati terroristici perpetrati a Parigi il 13 novembre 2015. Al riguardo peraltro sono state sollevate varie perplessità in dottrina. Si veda tra gli altri A. RIZZO, *op. cit.*, p. 295 ss.

¹⁸ C. SCHNEIDER, *La PESCO miracle ou mirage de la construction communautaire?*, in *Revue de l’Union européenne*, 2018, p. 406.

¹⁹ Nella vasta bibliografia in argomento si veda, tra gli altri, E. CIMIOTTA, *L’uso della forza nei rapporti tra Nazioni Unite e organizzazioni regionali e sub regionali*, Napoli, 2018; C. NOVI, *EU-UN Cooperation in Multifunctional Peace Operations in Africa*, in G. CELLAMARE, I. INGRAVALLO (eds.), *Peace Maintenance in Africa*, Cham, 2018, p. 57 ss.

²⁰ Si veda in argomento M. TRYBUS, *Buying Defence and Security in Europe: The EU Defence and Security Procurement Directive in Context*, Cambridge, 2014.

PESCO mentre al secondo livello, relativo a singoli progetti, partecipano soltanto gruppi ristretti di Stati membri, in un'ottica di impegni e di valutazione dei risultati (*process*). L'analisi deve necessariamente tenere conto della difficoltà di trarre conclusioni definitive su una realtà *in fieri*. In tale prospettiva, il presente contributo si propone di esaminare la disciplina della PESCO nell'ottica del processo graduale di costruzione della “difesa europea”, in vista della futura Unione europea della difesa²¹, e di suggerire alcuni spunti ricostruttivi a partire da questioni di particolare rilievo quali la realizzazione di “missioni PESCO”, la flessibilità organizzativa, e la costruzione del mercato europeo della difesa.

2. A conferma della dimensione intergovernativa della PESCO è significativo rilevare che la procedura istitutiva non prevede alcuna competenza (neppure consultiva) della Commissione europea²². L'art. 46, par. 2, TUE infatti stabilisce che a seguito di notifica degli Stati membri proponenti, il Consiglio adotti una decisione a maggioranza qualificata che istituisce la PESCO e fissi l'elenco degli Stati partecipanti, previa consultazione dell'Alto rappresentante. Come è stato osservato, la maggioranza qualificata richiesta per l'istituzione della PESCO (e per l'ammissione di ulteriori Stati membri, per la sospensione o per il recesso ai sensi dell'art. 46, paragrafi 3, 4 e 5) non deve portare a ritenere che la PESCO costituisca un superamento del metodo intergovernativo in quanto è stabilito che ogni decisione nell'ambito della PESCO, diversa da quelle sopra indicate, sia adottata all'unanimità degli Stati membri partecipanti (art. 46, par. 6, TUE)²³. Analogamente, come si vedrà più avanti²⁴, il ruolo assegnato alla volontà degli Stati membri nell'attuazione della PESCO si riflette nella scelta di aderire o meno a specifici progetti, dando vita ad una “flessibilità nella flessibilità”²⁵.

Ritenuta affine alla cooperazione politica tra gli Stati membri, la PESCO si è sviluppata con il metodo della cooperazione intergovernativa²⁶, caratterizzato dalla cooperazione volontaria tra gli Stati membri, dal ruolo centrale del Consiglio e del

²¹ L'obiettivo di creare una Unione europea della difesa è ribadito in diversi orientamenti delle istituzioni, tra i quali la risoluzione del Parlamento europeo sull'Unione europea della difesa del 22 novembre 2016 e la successiva relazione annuale sull'attuazione della politica di sicurezza e di difesa comune, P8_TA(2017)0344, risoluzione del Parlamento europeo del 13 dicembre 2017. Vedi anche Commissione europea, Reflection paper on the future of European Defence, del 7 giugno 2017, COM(2017)315 fin., in cui si afferma: “The foundation of a European security and defence union are gradually being built. Only by advancing firmly along this path will our citizens feel and be safe” (par. 3, Europe in 2025 – Moving Towards a Security and Defence Union, p. 11).

²² Cfr. A. RIZZO, *op. cit.*, p. 301. L'autore puntualmente osserva che la Commissione europea “interviene perfino nel caso in cui una cooperazione rafforzata riguardi la materia della politica estera e di sicurezza comune”.

²³ La norma recita testualmente: “Le decisioni e le raccomandazioni del Consiglio prese nel quadro della cooperazione strutturata permanente, diverse da quelle previste ai paragrafi da 2 a 5, sono adottate all'unanimità. Ai fini del presente paragrafo l'unanimità è costituita dai voti dei soli rappresentanti degli Stati membri partecipanti”.

²⁴ Vedi *infra* al par. 5.

²⁵ Per un approfondimento del concetto applicato anche ad altre politiche dell'Unione, si veda per tutti G.L. TOSATO, *Per un rilancio dell'Europa – Le ragioni della flessibilità*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2007, pp. 7-26.

²⁶ Come è stato osservato, la natura intergovernativa della PSDC “emerge proprio dalla sua aggettivazione di politica ‘comune’” che si fonda sulle capacità fornite dagli Stati membri in quanto l'Unione non dispone di mezzi di difesa di tipo militare. U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione Europea*.

Consiglio europeo²⁷, dall'applicazione della regola dell'unanimità, dall'assenza di atti legislativi e di poteri di controllo della Corte di giustizia²⁸. Si comprende agevolmente, quindi, come, venuta meno la distinzione in pilastri e la differenziazione tra ambiti di cooperazione intergovernativa e ambiti di integrazione comunitaria, si sia aperto un dibattito sulla natura della competenza attribuita all'Unione europea in questa materia, che ha evidenziato differenti posizioni in dottrina²⁹. Al riguardo, basti rilevare la specificità della PESC³⁰, confermata dalla collocazione sistematica della relativa disciplina nel TUE a differenza dalle altre politiche dell'Unione inserite nel TFUE³¹. La specificità in parola potrebbe far ritenere inappropriato il riferimento alle diverse tipologie di competenze attribuite all'Unione europea di natura esclusiva, concorrente o di coordinamento e sostegno. Del resto, che si tratti di una competenza dell'Unione europea differente dalle altre si evince dal testo dell'art. 2, par. 4, TFUE.

Quanto rilevato per la PESC vale anche per la PSDC (non a caso definita "politica comune" dal Trattato di Lisbona) la cui natura intergovernativa emerge, oltre che dalle caratteristiche sopra indicate e dagli organi istituzionali³², anche dall'assenza di

Parte speciale: Il diritto sostanziale, Milano, 2014. Sul punto si veda anche S. IZZO, *Commento all'art. 42 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, II ed., p. 302 ss.

²⁷ La Commissione e il Parlamento europeo invece hanno un ruolo marginale. Sulle prospettive di riforma delle commissioni parlamentari in vista del rafforzamento del ruolo del Parlamento europeo in materia di sicurezza dei cittadini, si veda A. AVERSANO STABILE, *Difesa Ue: il Parlamento europeo può fare di più*, in *Affari internazionali*, 3 settembre 2018, www.affarinternazionali.it.

²⁸ L'evoluzione della PESC e la relativa disciplina sono stati ampiamente analizzati in dottrina. Nella vasta letteratura sull'argomento, si veda, senza pretesa di completezza, M.L. TUFANO, *La PESC nel Progetto di Costituzione per l'Europa*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, p. 1815 ss; P. PUOTI, *La PESC nella prospettiva del Trattato di revisione*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, p. 539 ss.; A.L. VALVO, *Politica estera e di sicurezza comune ed integrazione politica: l'ipotesi di un esercito europeo*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2008, pp. 53-69; U. VILLANI, *Gli sviluppi del Trattato di Lisbona*, cit., pp. 9-23; A. LANG, P. MARIANI, *La politica estera dell'Unione europea*, Torino, 2014; C. SCHNEIDER, *op. cit.*, p. 400-408.

²⁹ Alcuni hanno affermato che si tratti di una competenza concorrente, v. R. GOSALBO BONO, *Some Reflections on the CFSP Legal Order*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 364. La critica a tale posizione fa leva sul c.d. "pre-emptive effect" delle competenze concorrenti in base al quale gli Stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria (art. 2, par. 2, TFUE) e sull'assenza di poteri legislativi dell'UE in ambito PESC (cfr. P. EECKHOUT, *The EU's Foreign and Security Policy after Lisbon: From Pillar Talk to Constitutionalism*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT, S. RIPLEY (eds.), *EU Law After Lisbon*, Oxford, 2012, p. 268). Altri ritengono, con specifico riferimento alla PSDC, che si tratti di una competenza parallela di sostegno e completamento di quelle degli Stati membri, v. A. TIZZANO, R. ADAM, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2017, II ed., p. 858; concorda sulla natura di competenza di coordinamento e sostegno E. CIMIOTTA, *op. cit.*, p. 38. Diversi autori sottolineano, invece, la specificità della PESC e valorizzano la scelta, operata nei Trattati, di "non scegliere" di inquadrare la PESC nell'una o nell'altra categoria di competenze. Vedi, di seguito, nota 31.

³⁰ La PESC è infatti "soggetta a norme e procedure specifiche" (art. 24, par. 1, 2° comma, TUE).

³¹ Cfr. R. BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008, p. 21 ss., il quale utilizza l'espressione "mezzo pilastro" per indicare la volontà degli Stati membri di mantenere la PESC quale settore a sé stante, accanto alle altre azioni dell'UE contraddistinte dal metodo dell'integrazione. Per un'analisi delle problematiche inerenti alla specificità della PESC nel sistema dell'UE si veda anche L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea. Sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze*, Milano, 2010, IV ed., p. 384 ss.; F. MUNARI, *La politica estera e di sicurezza comune (PESC) e il sistema delle fonti ad essa relative*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p. 941 ss.; P. EECKHOUT, *op. cit.*, pp. 265-291; P. MARIANI, *Profili istituzionali della PESC*, in A. LANG, P. MARIANI, *op. cit.*, p. 7 ss.

³² La disciplina sulla PSDC è collocata nell'ambito della politica estera e di sicurezza comune (PESC), di cui la prima "costituisce parte integrante" (art. 42, par. 1, TUE), all'interno del titolo V del

una autonoma capacità di difesa dell'Unione europea la quale si avvale dei contingenti messi a disposizione di volta in volta dagli Stati membri (art. 42, par. 1, TUE) se e nella misura in cui questi ultimi manifestino la volontà e abbiano le capacità operative (contingenti, schieramento, interoperabilità, ecc.) per partecipare a determinate operazioni militari (missioni di pace, addestramento, ecc.)³³, e lo stesso vale per le missioni civili o miste civili-militari³⁴. Come è noto, la proposta di sviluppare una capacità militare dell'UE era stata già formulata nel vertice di Saint-Malo del 3-4 dicembre 1998, adottata dal Consiglio europeo di Colonia nel 1999, e in seguito definita nel piano per una Forza europea di reazione rapida (FERR) meglio articolata nell'Helsinki Headline Goal³⁵. Tali capacità militari sono state ulteriormente sviluppate con l'istituzione dai gruppi tattici (*battlegroups*)³⁶, i quali tuttavia finora

TUE dedicato a "Disposizioni generali sull'azione esterna dell'Unione e disposizioni specifiche sulla politica estera e di sicurezza comune". Va precisato che la PSDC (e in precedenza la PESD) presenta alcune particolarità che le conferiscono una certa autonomia nell'ambito della PESC. Si tratta innanzitutto di profili relativi alla struttura istituzionale e al funzionamento che rispecchiano le finalità militari e di difesa. Tra gli organi con competenze di natura tecnica di supporto all'attività delle istituzioni un ruolo primario è attribuito al Comitato politico e di sicurezza (COPS), affiancato dal Comitato militare e dallo Stato maggiore dell'Unione europea (SMUE), con il contributo di una serie di agenzie e di istituti specializzati. Un impulso politico significativo nella costruzione di tale struttura istituzionale è stato offerto dal Consiglio europeo di Santa Maria di Feira del 19 e 20 giugno 2000 (cfr. punti 6-12 delle Conclusioni e Allegato I contenente la relazione della Presidenza sul rafforzamento della politica europea comune in materia di sicurezza e di difesa). Va menzionato inoltre che in seno allo SMUE è stata di recente istituita una capacità militare di pianificazione e condotta (Military Planning and Conduct Capability, MPCC), incaricata a livello strategico della pianificazione e della condotta operative delle missioni militari senza compiti esecutivi, quelle cioè che hanno compiti unicamente di addestramento e sostegno alle forze armate di un Paese terzo. Particolare rilievo assume anche la proiezione esterna della PSDC che si manifesta, per un verso, nei rapporti con la NATO, per altro verso, nell'apertura ai Paesi terzi, i quali possono partecipare anche alla PESCO. Cfr. C. Novi, *Politica estera e di sicurezza comune (PESC)*, in *Enciclopedia Treccani*, 2006, p. 3 ss. la quale sottolinea come riguardo alla PESD gli Stati abbiano voluto rimarcare una certa distanza dal sistema comunitario preferendo mantenere un mero meccanismo di cooperazione internazionale.

³³ Per un elenco delle missioni e operazioni dell'UE si veda il sito del Servizio europeo per l'azione esterna (SEAE): eeas.europa.eu.

³⁴ Va precisato che la politica di difesa dell'Unione europea coinvolge oltre ai contingenti militari sopra richiamati, funzionari di polizia, magistrati, diplomatici e altre figure professionali. In questo contesto particolare rilievo assume anche la Gendarmeria europea (EUROGENDFOR) istituita nel settembre 2004, composta da 800 unità provenienti da cinque Stati membri (Spagna, Francia, Italia, Olanda, Portogallo) con il fine di condurre missioni di polizia ai fini del mantenimento dell'ordine e della sicurezza in regioni che risentono di situazioni post-conflittuali.

³⁵ Il Consiglio europeo di Helsinki il 10 e 11 dicembre 1999 aveva annunciato la creazione di una Forza di reazione rapida in maniera piuttosto dettagliata indicando le capacità operative che gli Stati membri si impegnavano a realizzare su base volontaria: la capacità di schierare entro 60 giorni e per periodi di almeno un anno fino a 15 brigate o 60.000 unità in grado di svolgere i compiti previsti dalle missioni Petersberg, che avrebbero dovuto poter essere schierate come una unica unità entro il 2003. Si trattava del primo *headline goal* dell'UE che tuttavia si rivelò un sostanziale insuccesso. Sul punto, si veda M. CREMASCO, *Il ruolo della forza europea di reazione rapida. Un quadro strategico degli anni duemila*, Roma, 2001.

³⁶ Al vertice di Le Touquet, Francia e Regno Unito decisero di passare dal concetto di forza di reazione rapida al concetto di *battlegroups*, composti da circa 1.500 unità, schierabili in 15 giorni per una durata di almeno 30 giorni prorogabili a 120 giorni. La proposta è stata inserita nel giugno 2004 nel quadro di un *headline goal* 2010 che faceva riferimento alla capacità di impiegare due *battlegroups* simultaneamente. Cfr. G. FIENGO, *Commento all'art. 43*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 311.

non sono mai stati utilizzati³⁷. Persistono, quindi, lacune, inefficienze e duplicazioni tra gli Stati membri³⁸. D'altro canto, il meccanismo di finanziamento delle missioni dell'UE (ciascuno Stato sostiene le proprie spese), da tempo oggetto di proposte di riforma, contribuisce a rafforzare il carattere intergovernativo della PSDC³⁹.

La forte tendenza verticistica nonché “l’approccio essenzialmente ‘nazionalistico’”⁴⁰ che caratterizzano la PESCO e la PSDC si riflettono sulla disciplina della PESCO (articoli 42, par. 6, e 46 TUE e Protocollo n. 10 sulla cooperazione strutturata permanente istituita dall’art. 42 TUE)⁴¹. Ai sensi dell’art. 42, par. 6: “Gli Stati membri che rispondono a criteri più elevati in termini di capacità militari e che hanno sottoscritto impegni più vincolanti in materia ai fini delle missioni più impegnative instaurano una cooperazione strutturata permanente nell’ambito dell’Unione”. L’obiettivo fondamentale della PESCO che emerge dalla disciplina in esame è di rafforzare le capacità militari degli Stati membri partecipanti mentre non si tratta né di duplicare le loro strutture militari né tantomeno di creare una separata forza militare dell’UE⁴². Tale obiettivo, considerata l’eterogeneità delle situazioni degli Stati membri in materia di sicurezza e difesa con riferimento al loro *status*, alle loro spese e capacità militari sarebbe perseguibile soltanto da un numero limitato di Stati membri individuabili, in assenza di specifici requisiti in termini di bilancio per la difesa stabiliti dai Trattati, sulla base degli impegni stabiliti dal Protocollo n. 10 che, volontariamente, gli Stati membri intendono sottoscrivere⁴³.

3. La finalità generale della PSDC è di assicurare “che l’Unione disponga di una capacità operativa ricorrendo a mezzi civili e militari” (art. 42, par. 1), mezzi che possono essere impiegati nelle missioni all’esterno per garantire la pace e la sicurezza internazionali (incluse le missioni civili e militari relative alla gestione delle frontiere, con lo scopo di migliorare la sicurezza delle frontiere e bloccare i flussi migratori). Tale finalità è perseguita mediante il miglioramento progressivo delle capacità militari degli Stati membri stabilito dal TUE (art. 42, par. 3).

In quest’ottica, gli Stati membri “che rispondono a criteri più elevati in termini di capacità militari e che hanno sottoscritto impegni più vincolanti in materia ai fini delle missioni più impegnative” (art. 42, par. 6) instaurano una cooperazione strutturata permanente. L’art. 46, par. 1, specifica che si tratta di partecipazione su base volontaria: “Gli Stati membri che desiderano partecipare alla cooperazione

³⁷ Sul punto, si veda N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino, 2017, VI ed., p. 100. Come è stato segnalato, diverse sono state le “occasioni mancate” in cui non sono stati schierati i *battlegroups* dell’UE, ad esempio in Libano e in Libia sono falliti i tentativi di avviare le operazioni mentre nel Mali si sono verificati notevoli ritardi. Un’analisi in argomento è svolta da G. FIENGO, *Le missioni di pace dell’Unione europea*, cit., p. 509.

³⁸ Sullo sviluppo di capacità militari “autonome” dell’UE si rinvia a quanto si dirà più diffusamente al par. 4.

³⁹ In argomento si veda S. PUGLIESE, *Il finanziamento della PESCO tra tendenze all’integrazione e istanze centrifughe*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2013, p. 363 ss.

⁴⁰ Così U. VILLANI, *Gli sviluppi del Trattato di Lisbona*, cit., p. 17.

⁴¹ Per un primo commento alla disciplina introdotta dal Trattato di Lisbona si veda F. SANTOPINTO, *Le traité de Lisbonne et la défense européenne. Bataille diplomatique sur fond de Coopération structurée permanente*, Note d’Analyse, Groupe de Recherche et d’Information sur la Paix et la Sécurité (GRIP), 4 novembre 2009, in www.grip.org; J.C. PIRIS, *Il Trattato di Lisbona*, Milano, 2010, p. 329 ss.

⁴² Vedi F. FERRARO, *Commento all’art. 46 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 321.

⁴³ Su cui si veda *infra* al par. 3.

strutturata permanente (...)”⁴⁴. Gli impegni degli Stati membri partecipanti alla PESCO sono elencati nel Protocollo n. 10 e mirano a sviluppare ulteriormente i loro strumenti di difesa con l’ausilio di specifiche competenze e risorse anche finanziarie dell’UE⁴⁵. È prevista inoltre la partecipazione di Stati terzi alla PESCO.

Innanzitutto va sottolineato il carattere vago dei termini utilizzati nel Protocollo e quindi l’esigenza di definire in maniera più precisa i requisiti di partecipazione alla PESCO (che resta comunque aperta a tutti gli Stati membri) rinviando implicitamente tale compito ad un momento successivo all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona⁴⁶. Inoltre, in fase di negoziazione della disciplina sulla PESCO erano stati proposti criteri precisi e stringenti di partecipazione (in particolare quello di destinare il 2% del PIL alle spese di difesa), requisiti che avrebbero limitato *ab initio* il numero degli Stati membri che potessero aspirare a farne parte, ferma restando l’assenza del requisito di un numero minimo di Stati membri partecipanti. La proposta

⁴⁴ Allo stesso modo, uno Stato membro può ritirarsi volontariamente dalla PESCO (art. 46, par. 5). Può inoltre verificarsi l’ipotesi in cui uno Stato membro partecipante non soddisfi più i criteri o non possa più assolvere gli impegni di cui agli articoli 1 e 2 del Protocollo n.10. In tal caso il Consiglio può adottare una decisione che sospende la partecipazione di questo Stato (art. 46, par. 4).

⁴⁵ L’art. 1 del Protocollo stabilisce che: “la cooperazione strutturata permanente (...) è aperta a ogni Stato membro che si impegni dalla data dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona: a) a procedere più intensamente allo sviluppo delle sue capacità di difesa, attraverso lo sviluppo dei suoi contributi nazionali e la partecipazione, se del caso, a forze multinazionali, ai principali programmi europei di equipaggiamento e all’attività dell’Agenzia (...); b) ad essere in grado di fornire, al più tardi nel 2010, a titolo nazionale o come componente di gruppi di forze multinazionali, unità di combattimento mirate alle missioni previste, (...) capaci di intraprendere missioni menzionate all’articolo 43 del Trattato sull’Unione europea, entro un termine da 5 a 30 giorni, in particolare per rispondere a richieste dell’Organizzazione delle Nazioni Unite, e sostenibili per un periodo iniziale di 30 giorni prorogabili fino ad almeno 120 giorni”. L’obiettivo di mettere a disposizione unità di combattimento nei termini indicati alla lett. b) è stato in parte raggiunto con la creazione dei *battlegroups* (formati da 1500 unità, schierabili in 15 giorni e per almeno un mese), i quali tuttavia, come si è detto, non sono mai stati inviati in missione. Vedi *supra* note 36, 37. Come è stato sottolineato, i *battlegroups* si sono rivelati insufficienti per una serie di ragioni, a partire dalla ridotta dimensione numerica che li rende inadatti ad una vasta gamma di operazioni, a capacità mancanti, alla frammentazione della catena di comando, al processo politico-decisionale europeo e in definitiva a diverse concezioni del loro ruolo. Si veda al riguardo V. BRIANI, R. MATARAZZO, *La politica di sicurezza e difesa comune e il nodo delle capacità dell’UE*, in G. AMATO, R. GUALTIERI (a cura di), *Prove di Europa unita. Le istituzioni europee di fronte alla crisi*, Firenze, 2013, p.167. Il secondo articolo del Protocollo precisa che gli Stati membri partecipanti alla cooperazione strutturata permanente si impegnano a conseguire “obiettivi concordati” riguardanti “il livello delle spese per gli investimenti in materia di equipaggiamenti per la difesa (...)” e riguardanti lo sviluppo di programmi comuni d’armamenti, al fine di armonizzare le capacità militari di ciascuno Stato in termini di interoperabilità, flessibilità e schierabilità delle loro forze. Il terzo articolo del Protocollo, infine, attribuisce all’Agenzia europea per la difesa il ruolo di “guardiana” della PESCO (l’espressione è di F. SANTOPINTO, *op. cit.*, p. 4) in quanto alla stessa è affidato il compito di procedere “alla valutazione regolare dei contributi degli Stati membri partecipanti in materia di capacità (...)”. Sulle competenze dell’Agenzia europea della difesa, con particolare riguardo al controllo degli impegni degli Stati partecipanti, si tornerà più avanti. Basti osservare che ogni decisione relativa alla PESCO e al rispetto dei requisiti sopra indicati resta di competenza degli Stati partecipanti riuniti in seno al Consiglio.

⁴⁶ È stato ipotizzato che il Consiglio potesse adottare una decisione al riguardo prima dell’instaurazione della PESCO, con voto all’unanimità, o contestualmente all’instaurazione della PESCO, con voto a maggioranza qualificata, soluzione che è stata in seguito privilegiata come si dirà più avanti. Sul punto si veda P. OROSCO, J. CATS, *Le Traité de Lisbonne: un tournant pour l’Europe de la défense: analyse des impacts du traité de Lisbonne en matière de défense*, in *Revue du marché commun et de l’Union européenne*, 2008, p. 429. Per un’analisi della disciplina e delle modalità di attuazione della PESCO si rinvia al par. 5.

francese di costituire una *avant-garde* in materia di difesa⁴⁷, o una PESCO “elitaria”, è tuttavia risultata minoritaria rispetto al modello tedesco “inclusivo”, ritenuto da molti deludente in quanto poco “ambizioso” al fine di fornire un impulso significativo alla difesa europea⁴⁸.

In secondo luogo, occorre ricordare che la PESCO risponde a una duplice esigenza: far fronte alla diminuzione dei bilanci nazionali per la difesa a causa della crisi economica e all’aumento dei costi della ricerca e sviluppo⁴⁹. Come è stato osservato, le c.d. guerre asimmetriche⁵⁰ e le missioni Petersberg richiedono strumentazioni dal più sofisticato contenuto tecnologico e quindi più costose, il cui utilizzo presuppone un altrettanto costoso e difficile addestramento⁵¹. Esigenze in parte diverse (in termini di equipaggiamenti e di addestramento degli esperti) emergono invece per quanto concerne le missioni civili⁵². In aggiunta, è emersa l’esigenza non più differibile di risolvere alcune lacune strutturali dell’UE (es: il trasporto strategico per via aerea, l’elicotteristica, la parte medica, una gendarmeria europea, e le capacità per il controllo delle frontiere). Si tratta tra l’altro di evitare duplicazioni, garantire l’interoperabilità e, in generale, di armonizzare le diverse difese nazionali tra loro eterogenee in termini di capacità militari nella prospettiva di una “difesa comune” che è destinata a diventare (se la volontà politica degli Stati membri si esprimerà in tal senso) una “difesa unica”. In quest’ottica, la PESCO è uno strumento funzionale alla progressiva integrazione delle capacità di difesa degli Stati membri⁵³.

A tal fine, un ruolo fondamentale è attribuito all’Agenzia europea per la difesa (European Defence Agency, EDA), istituita nel 2004, e inserita a pieno titolo nel diritto primario dell’Unione a seguito delle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona (quale unica agenzia menzionata dai Trattati a dimostrazione della sua

⁴⁷ Al riguardo era stato ipotizzato anche di inserire nel Protocollo l’elenco degli Stati membri partecipanti. L’art. 46, par. 2, stabilisce al riguardo: “Entro tre mesi dalla notifica di cui al paragrafo 1, il Consiglio adotta una decisione che istituisce la cooperazione strutturata permanente e fissa l’elenco degli Stati membri partecipanti”.

⁴⁸ La questione ha suscitato un ampio dibattito tra gli Stati membri, con posizioni diametralmente opposte, ad esempio la Francia favorevole ad un’idea di integrazione della difesa trainata dai maggiori Paesi contributori, cioè “ambiziosa”, e l’Irlanda schierata su posizioni più conservatrici, favorevole ad una cooperazione “inclusiva”. Si vedano, tra gli altri, F. SANTOPINTO, *op. cit.*, p. 7 s.; V. BRIANI, R. MATARAZZO, *op. cit.*, pp. 156-157.

⁴⁹ Un prospetto delle spese degli Stati membri in materia di difesa è contenuto in Camera dei deputati, Documentazione per le Commissioni, Audizione dell’Alto Rappresentante dell’Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, Federica Mogherini, Roma, 8 marzo 2017, n. 44, p. 23 ss.

⁵⁰ Si tratta dei conflitti in cui una parte strutturalmente più debole adotta strumenti non convenzionali al fine di competere con la parte più forte, quali il terrorismo, la guerriglia, l’intimidazione di popolazioni, ecc. Per ulteriori approfondimenti sul punto, si veda M. KALDOR, *Le nuove guerre. La violenza organizzata nell’età globale*, Roma, 2001.

⁵¹ In particolare, le missioni dell’UE richiedono “elevata capacità di raccolta e rapida diffusione delle informazioni, di ingaggio selettivo dei bersagli e elevata flessibilità delle forze e, naturalmente, capacità di proiezione all’estero”. Così V. BRIANI, R. MATARAZZO, *op. cit.*, p. 166.

⁵² Si tratta in particolare di armonizzare i sistemi nazionali di addestramento e di rispondere a una domanda di esperti, distaccati dagli Stati membri nelle missioni civili, che appare eccessiva rispetto all’offerta. Così V. BRIANI, R. MATARAZZO, *op. cit.*, p. 169.

⁵³ Come è stato osservato: “La recente maggiore insistenza americana sul tema dell’aumento delle spese militari europee è, di fatto, un forte stimolo al rafforzamento dell’Europa della difesa, perché è chiaro che, nell’attuale situazione, il semplice aumento non porterebbe ad una maggiore efficienza europea, a meno che non sia accompagnato da una maggiore integrazione delle Forze armate e del mercato della difesa”. Così M. NONES, *Europa della difesa forse ci siamo*, in *Affari esteri*, 2017, p. 719.

importanza “strategica”⁵⁴. L’art. 45 TUE stabilisce che essa debba contribuire a individuare gli obiettivi di capacità militari degli Stati membri, promuovere l’armonizzazione delle esigenze operative e la cooperazione in materia di armamenti e sostenere tanto la ricerca nel settore della tecnologia della difesa che una maggiore efficacia delle spese militari, creando un mercato europeo competitivo dei materiali di difesa⁵⁵. Tali finalità, come è stato osservato, sono parzialmente condivise con la PESCO⁵⁶. Allo scopo di evitare ogni inutile e problematica duplicazione, il Protocollo n. 10 (art. 3) delinea una chiara ripartizione di competenze, attribuendo all’Agenzia una funzione di valutazione dei contributi degli Stati membri partecipanti alla PESCO. In particolare, l’EDA partecipa alla definizione delle necessità dell’UE in termini di sviluppo di capacità di difesa. Inoltre l’EDA (ai sensi dell’art. 7, par. 3, lett. a) della decisione istitutiva PESCO⁵⁷), contribuisce alla valutazione regolare dei contributi degli Stati membri, sulla base dei rispettivi piani nazionali di attuazione⁵⁸. Infine partecipa alla valutazione delle proposte di progetti presentate dagli Stati membri all’Alto rappresentante (ai sensi dell’art. 5 della decisione istitutiva PESCO). Un coordinamento tra le attività dell’EDA e quelle della PESCO può rinvenirsi nella consolidata prassi della partecipazione del *Chief Executive* dell’EDA alle riunioni informali dei Ministri della difesa dell’UE⁵⁹.

Va detto che l’attività istituzionale dell’Agenzia ha subito forti limitazioni in questi anni a causa della ridotta dotazione finanziaria, in gran parte dipendente dai contributi degli Stati membri, e della volontà di alcuni Stati membri (in particolare il Regno Unito) di frenare ogni ambizione dell’EDA in materia di sviluppo di capacità

⁵⁴ Per un’analisi approfondita sul ruolo dell’EDA si veda L. CHAPPELL, P. PETROV, *The European Defence Agency and Permanent Structured Cooperation: Are We Heading Towards Another Missed Opportunity?*, in *Defence Studies*, 2012, pp. 44-66.

⁵⁵ Si veda, per tutti, F. FERRARO, *Commento all’art. 45 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 314 ss.

⁵⁶ Così A. TIZZANO, R. ADAM, *op. cit.*, p. 262. Allo stesso modo l’EDA ha una partecipazione aperta agli Stati membri che desiderino farne parte (ad oggi, tutti gli Stati membri ad eccezione della Danimarca) e consente un impegno differenziato degli Stati partecipanti. Un esempio in tal senso è l’adozione del “Codice di condotta” per gli acquisti degli armamenti, dal quale si sono dissociate la Spagna e l’Ungheria. Inoltre, l’EDA, come la PESCO, ha natura intergovernativa in quanto gli orientamenti e le linee di indirizzo sono stabiliti annualmente dal Consiglio, l’organo di governo dell’Agenzia è composto dai rappresentanti degli Stati membri al livello ministeriale (Ministri della difesa), mentre l’Agenzia è presieduta dall’Alto rappresentante dell’Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, e il finanziamento dipende in gran parte dai contributi degli Stati membri, e promuove la cooperazione tra gli Stati membri in materia di armamenti. In quest’ottica, l’Agenzia è destinata ad assorbire altri gruppi di cooperazione nel settore degli armamenti, creati da un numero esiguo di Stati membri al di fuori dell’Unione (ad esempio OCCAR e *Framework Agreement*). Cfr. G.L. TOSATO, *Per un rilancio dell’Europa*, cit., p. 21.

⁵⁷ Su cui si veda oltre al par. 5.

⁵⁸ Con riguardo a questi ultimi l’EDA fornisce un contributo alla relazione annuale sulla PESCO predisposto dall’Alto rappresentante (ai sensi dell’art. 6 della decisione istitutiva della PESCO) per la parte relativa alle capacità, mentre con riferimento agli aspetti operativi è il Servizio europeo per l’azione esterna a supportare l’Alto rappresentante nella predisposizione della relazione annuale, come stabilito dall’art. 7 della decisione istitutiva.

⁵⁹ Si veda da ultimo la riunione informale dei Ministri della difesa tenutasi a Bucarest il 31 gennaio 2019: www.difesa.it.

di difesa⁶⁰. Di conseguenza, l’Agenzia finora ha potuto realizzare solo in parte il ruolo di “organismo di integrazione flessibile” che le era stato assegnato⁶¹.

Alla costruzione del mercato europeo della difesa concorre il bilancio dell’Unione⁶², e sono preordinate una serie di politiche, di azioni e di strumenti. In particolare va menzionata la competenza dell’UE a sostenere e sviluppare i settori della ricerca e dell’industria della difesa al fine di migliorare le capacità militari degli Stati membri. A tal fine, sembra decisiva la tendenza evidenziata in dottrina all’utilizzo di competenze comunitarie a sostegno di obiettivi della PESC (cc.dd. interventi *cross-pillars*), l’adozione di atti a carattere vincolante e il crescente ruolo delle “istituzioni minori”: Commissione europea e Parlamento europeo⁶³, rafforzato dall’estensione del voto a maggioranza qualificata. A tali sviluppi si collegano le proposte di modifica istituzionale, di natura soprattutto organizzativa, finalizzate a riconoscere e ufficializzare la crescente prassi che evidenzia la centralità del dibattito in materia di difesa, ad esempio mediante la creazione di commissioni dedicate del Parlamento europeo⁶⁴ o l’istituzione di una formazione del Consiglio “difesa” che sostituisca le attuali riunioni “informali” di Ministri della difesa che si svolgono a margine del Consiglio Affari esteri.

⁶⁰ Cfr. V. BRIANI, R. MATARAZZO, *op. cit.*, p. 168, i quali sottolineano che nell’intenzione del Regno Unito l’EDA avrebbe dovuto limitare il proprio compito a facilitare la cooperazione tra gli Stati membri in materia di difesa ed astenersi da un “unnecessary institution building”. Si deve aggiungere che entrambe le criticità segnalate sono in via di soluzione in quanto, da un lato, il Fondo europeo per la difesa offrirà un incentivo finanziario ai progetti per le capacità di difesa, dall’altro, la Brexit dovrebbe rendere più agevoli le decisioni tra gli Stati membri. Sulle resistenze del Regno Unito ad ogni passo avanti verso una maggiore integrazione tra gli Stati membri in materia di difesa e, per ragioni differenti sulla riluttanza della Germania, si veda, tra gli altri, G. BONVICINI, *Proposals for a Revival of Permanent Structured Cooperation*, in *The Polish Quarterly of International Affairs*, 2013, p. 49 ss.

⁶¹ Un significativo impulso alle attività future dell’Agenzia deriva dalla decisione 2015/1835/PESC del Consiglio, del 12 ottobre 2015, che fissa lo statuto, la sede e le modalità di funzionamento dell’Agenzia europea per la difesa. La decisione in parola fa salva una successiva decisione del Consiglio sull’istituzione di una cooperazione strutturata permanente (20° ‘considerando’ e ribadisce le competenze dell’Agenzia al riguardo, cfr. art. 5, par. 3, lett. f, punto ii).

⁶² Con uno stanziamento di 13 miliardi di euro proposto dalla Commissione europea per l’EDF nel periodo di programmazione 2021-2027. Nell’attuale periodo di programmazione le risorse del bilancio UE per la difesa ammontano a 590 milioni di euro (di cui 90 milioni di euro per il finanziamento di programmi di ricerca nel periodo 2017-2019 e 500 milioni di euro per lo sviluppo di attrezzature e tecnologie nel periodo 2019-2020). Si veda da ultimo il comunicato stampa della Commissione del 12 febbraio 2019, *Defence: European Commission Paves the Way for First Joint Industrial Projects under EU Budget*, reperibile *online*.

⁶³ Così definite dalla dottrina in quanto in materia di difesa europea svolgono un ruolo marginale a differenza del Consiglio e del Consiglio europeo. Cfr. V. PETRALIA, *La PESC e i suoi confini materiali. Il contributo delle istituzioni “minori” alla loro delimitazione*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2017, pp. 19-57 e spec. p. 44 ss. Come è stato osservato, inoltre, il Trattato di Lisbona ha rafforzato i poteri di controllo e soprattutto di impulso politico del Parlamento europeo. Nell’ambito della PESC il Parlamento europeo ha svolto un ruolo rilevante nel negoziato sull’attuazione del Servizio diplomatico europeo. Inoltre, il Parlamento europeo adotta la relazione annuale sull’attuazione della politica di sicurezza e difesa comune (art. 36 TUE). Si riscontrano anche una serie di risoluzioni che evidenziano il pieno coinvolgimento dell’istituzione nella costruzione della difesa europea. Cfr. V. BRIANI, R. MATARAZZO, *op. cit.*, p. 163.

⁶⁴ In questa direzione si veda l’appello a promuovere la sottocommissione Sicurezza e difesa (SEDE) del Parlamento europeo a commissione parlamentare, ribadito nella risoluzione del Parlamento europeo del 12 dicembre 2018 sulla relazione annuale sull’attuazione della politica di sicurezza e di difesa comune (2018/2099(INI)), P8_TA-PROV(2018)0514 (punto 61).

In questa prospettiva, particolare rilievo assumono alcuni strumenti adottati di recente dalla Commissione al fine di incentivare investimenti congiunti per lo sviluppo di capacità in materia di difesa mediante il finanziamento da parte del bilancio dell'UE. In particolare, il citato Piano d'azione europeo in materia di difesa (European Defence Action Plan, EDAP), adottato nel novembre 2016, sottolinea l'esigenza di potenziare la ricerca sulle tecnologie, sui prodotti e sui servizi innovativi nel settore della difesa che è ritenuta essenziale al fine di "salvaguardare la competitività a lungo termine di detto settore e, in ultima analisi, l'autonomia strategica dell'Europa"⁶⁵. Allo scopo di finanziare la ricerca e lo sviluppo industriale sono stati adottati l'Azione preparatoria sulla ricerca in materia di difesa (Preparatory Action for Defence Research, PADR)⁶⁶ e il Programma europeo di sviluppo del settore industriale della difesa (European Defence Industry Development Program EDIDP), in vista dell'istituzione del Fondo europeo per la difesa (European Defence Fund, EDF) che si avvale del cofinanziamento da parte del bilancio UE⁶⁷. La proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2018, che istituisce il Fondo europeo per la difesa (COM(2018)476 fin.)⁶⁸ è attualmente oggetto di una procedura legislativa ordinaria. In fase di discussione dinanzi al Parlamento europeo sono stati sollevati dubbi sulla compatibilità dell'EDF con il diritto dell'UE⁶⁹. Ciò ha consentito alla Commissione di precisare che lo scopo dell'EDF non è quello di sostenere la produzione di armamenti⁷⁰, ma piuttosto di incentivare la ricerca e sviluppo tecnologico (mediante l'esercizio di competenze della politica di ricerca e sviluppo tecnologico e della politica industriale)⁷¹.

⁶⁵ L'esigenza nasce anche dalla constatazione dei tagli significativi nei bilanci nazionali alle spese per la ricerca e tecnologia (R&T). Cfr. piano d'azione della Commissione, par. 2.

⁶⁶ L'azione preparatoria, avviata su richiesta del Consiglio europeo, ha una dotazione finanziaria di 90 milioni di euro per il periodo 2017-2019.

⁶⁷ Il Fondo europeo per la difesa consiste in due distinte "sezioni", complementari e scaglionate nel tempo: una "sezione ricerca" destinata al finanziamento di progetti di ricerca collaborativa nel settore della difesa a livello UE (tale sezione da realizzarsi tramite l'avvio di un'azione preparatoria – v. *supra* nota 66 – dovrebbe sfociare in un programma specifico dell'UE nell'ambito del quadro finanziario pluriennale 2021-2027), e una "sezione capacità" volta a sostenere lo sviluppo congiunto di capacità di difesa definite di comune accordo dagli Stati membri. Questa sezione verrebbe finanziata mediante l'aggregazione dei contributi nazionali e godrebbe, ove possibile, del sostegno del bilancio UE.

⁶⁸ Per ulteriori approfondimenti si veda il dossier "Fondo europeo per la difesa" a cura della Camera dei Deputati, Ufficio rapporti con l'Unione europea, n. 6 del 5 luglio 2018, reperibile *online*.

⁶⁹ La questione avente ad oggetto l'art. 41 del TUE, che vieta di finanziare con il bilancio dell'UE programmi di armamenti, ha formato oggetto di una richiesta di parere presentata ad Euractiv. La Commissione, sulla base dei pareri legali, ha evidenziato la compatibilità della proposta con il diritto dell'Unione, sottolineando l'appropriatezza delle basi giuridiche (articoli 173, 182, 183, 188 TFUE) che riguardano il finanziamento della ricerca e dello sviluppo, una fase precedente e distinta dalla produzione industriale. Per ulteriori approfondimenti, si veda www.euractiv.com.

⁷⁰ Vietata ai sensi dell'art. 41, par. 2, del TUE che stabilisce: "Le spese operative cui da luogo l'attuazione del presente capo sono anch'esse a carico del bilancio dell'Unione, eccetto le spese derivanti da operazioni che hanno implicazioni nel settore militare o della difesa, e a meno che il Consiglio, deliberando all'unanimità, decida altrimenti".

⁷¹ La ricerca collaborativa (ai sensi dell'art. 11, co. 4) richiede la partecipazione ai progetti di almeno tre soggetti giuridici cooperanti, stabiliti in almeno tre differenti Stati membri (o Paesi associati). Al fine di assicurare un'applicazione effettiva di tale disposizione, la proposta di regolamento stabilisce che almeno tre di tali soggetti, stabiliti in almeno due Stati membri o associati, non debbano essere soggetti a un controllo effettivo, diretto o indiretto, da parte dello stesso soggetto, né debbano controllarsi a vicenda, per tutta la durata del progetto.

Nell'ottica del raggiungimento degli obiettivi della PESCO va sottolineata l'importanza del Fondo europeo per la difesa e di altri strumenti di rilievo nell'ambito della PSDC, tra cui la Revisione coordinata annuale sulla difesa (Coordinated Annual Review on Defence, CARD)⁷² e il Piano di sviluppo delle capacità (Capability Development Plan, CDP), definito dall'Agenzia europea per la difesa, il quale è stato oggetto di revisione strategica nel 2018⁷³. Gli strumenti indicati (PESCO, EDF, CARD e CDP) sono complementari e *mutually supportive* e sostengono gli sforzi degli Stati membri nel potenziamento delle loro capacità di difesa. Alla luce degli sviluppi sinteticamente illustrati emerge chiaramente che la cooperazione intergovernativa in materia di difesa si va progressivamente istituzionalizzando mediante un quadro articolato di norme e di competenze che fanno capo alle istituzioni dell'UE, in cui la PESCO assume un ruolo centrale.

4. Passando ad esaminare l'ambito di applicazione della PESCO, si pone il problema di verificare se le missioni di cui all'art. 42, par. 1, TUE richiedano in ogni caso il voto unanime del Consiglio nella sua composizione unitaria⁷⁴ oppure se siano possibili "missioni PESCO". L'orientamento della dottrina è nel senso di sottrarre alla competenza della PESCO le decisioni relative all'autorizzazione delle c.d. missioni Petersberg, che resterebbero di competenza del Consiglio nella sua composizione unitaria⁷⁵. Le suddette missioni sono da considerare in un'ottica aperta agli sviluppi futuri che potrebbero estendere ulteriormente l'ambito di appli-

Con riguardo all'accesso alle risorse del EDF, va evidenziato che i progetti PESCO godono di un trattamento privilegiato in quanto beneficiano di una percentuale di cofinanziamento più elevata (30%) rispetto alla percentuale (20%) riservata agli altri progetti collaborativi.

⁷² Si tratterebbe di una sorta di "semestre europeo della difesa", con l'obiettivo di aiutare gli Stati membri a sincronizzare i loro bilanci per la difesa, a pianificare insieme i loro investimenti futuri e a evitare duplicazioni. La CARD è stata avviata in una fase sperimentale a partire dall'autunno 2017, sulla base di una decisione del Consiglio dell'UE del 18 maggio 2017 e con l'obiettivo di consolidare la procedura in modo stabile a partire dall'autunno del 2019. La CARD è coordinata dall'EDA incaricata di presentare una relazione al Consiglio dell'UE, sulla base dei contatti bilaterali con ciascuno Stato membro. Cfr. il cit. dossier "Fondo europeo per la difesa".

⁷³ Quest'ultimo stabilisce 11 priorità di sviluppo delle capacità di difesa identificate di comune accordo dagli Stati membri. Per approfondimenti in merito alle suddette priorità di sviluppo delle capacità di difesa si rimanda al sito istituzionale dell'EDA: www.eda.europa.eu.

⁷⁴ Un'interessante evoluzione si rileva nell'ambito del Discorso sullo stato dell'Unione del 2018 (reperibile *online*) in cui la Commissione formula la proposta di estendere il voto a maggioranza qualificata (utilizzando la clausola passerella dell'art. 31, par. 3, TUE) ad alcuni ambiti specifici delle relazioni esterne dell'Unione, tra cui le decisioni sulle missioni civili nell'ambito della PSDC (cfr. p. 11), al fine di consentire all'Unione di intervenire in maniera più efficace e flessibile.

⁷⁵ Si tratta delle missioni umanitarie e di soccorso, attività di mantenimento della pace e missioni di unità di combattimento nella gestione delle crisi, comprese le missioni tese al ristabilimento della pace, ampliate con il Trattato di Lisbona, fino a comprendere le azioni congiunte di disarmo, le missioni di consulenza e di assistenza in materia militare, le missioni di prevenzione dei conflitti e le operazioni di stabilizzazione al termine dei conflitti. Queste ultime sarebbero il risultato della prassi consolidatasi nel corso degli anni che ha fatto emergere inedite e differenti modalità di gestione delle crisi. Sul punto, cfr. G. FIENGO, *Commento all'art. 43*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 310. Occorre considerare inoltre l'elenco di missioni civili e militari allegato alle conclusioni del Consiglio "Affari esteri" del 14 novembre 2016, il quale include tipologie di missioni non coincidenti con quelle menzionate all'art. 43 TUE, definite "Petersberg 2", cfr. Senato, *Dalla Strategia globale al Consiglio "Affari esteri" del 6 marzo 2017: verso un'Unione europea della difesa*, Nota n. 98, 7 marzo 2017, p. 6.

cazione⁷⁶. Alla luce della prassi, assume particolare rilievo la precisazione secondo cui tutte le missioni possono contribuire alla lotta contro il terrorismo, incluso il sostegno a Paesi terzi per combattere il terrorismo sul loro territorio (art. 43, par. 1). La decisione del Consiglio all'unanimità riguarda "l'obiettivo, la portata e le modalità generali di realizzazione delle missioni" (art. 43, par. 2, TUE).

L'art. 42, par. 6, TUE, nel rimandare all'art. 46 per la disciplina generale della PESCO, inclusa la regola decisionale dell'unanimità "costituita di voti dei soli rappresentanti degli Stati membri partecipanti" (art. 46, par. 6, TUE), "lascia impregiudicato l'art. 43" avente ad oggetto proprio le missioni Petersberg di cui all'art. 42, par. 1, ovvero le "missioni al suo esterno per garantire il mantenimento della pace, la prevenzione dei conflitti e il rafforzamento della sicurezza internazionale, conformemente ai principi della Carta delle Nazioni Unite". Al riguardo, come è stato osservato: "sembra da escludere che la cooperazione strutturata permanente possa favorire forme di 'unilateralismo' degli Stati partecipanti, rispetto all'Unione"⁷⁷. In altri termini, l'ambito di applicazione della PESCO sarebbe circoscritto allo sviluppo delle "capacità" (comprendenti mezzi civili e militari) e quindi agli strumenti operativi di diversa natura (inclusi quelli finanziari) destinati a supportare l'Unione nelle suddette missioni, nel raggiungimento degli obiettivi della PSDC⁷⁸. Secondo questa interpretazione non sarebbero possibili "missioni PESCO", intese come missioni deliberate dal Consiglio PESCO.

D'altro canto, è chiaro che il rafforzamento delle singole capacità militari degli Stati membri, alla luce di un disegno unitario che tende all'efficienza e alla razionalizzazione delle risorse civili e militari nell'UE (descritto nella Strategia globale), è funzionale alla realizzazione dei fini della PSDC, con particolare riguardo allo svolgimento delle missioni dell'Unione europea, in particolare delle "missioni più impegnative" come stabilito dall'art. 46, par. 1, e degli obblighi che l'UE assume al livello internazionale nel quadro delle Nazioni Unite, in una prospettiva multilaterale⁷⁹. È sempre possibile che il Consiglio nella composizione unitaria possa deliberare "missioni PESCO" nel senso di affidare lo svolgimento di una missione a un gruppo di Stati membri che dispongono delle capacità necessarie per realizzare quella determinata missione (ad esempio in quanto le hanno sviluppate nell'ambito di progetti PESCO), ai sensi dell'art. 42, par. 5, e dell'art. 44 TUE, mentre è controverso se il c.d. Consiglio PESCO possa deliberare l'avvio di missioni

⁷⁶ Va evidenziato che i termini utilizzati dall'art. 42, par. 6, TUE non sembrano coincidere nelle diverse versioni linguistiche "en vue des missions les plus exigeantes" o "the most demanding missions", "ai fini delle missioni più impegnative". Se infatti la terminologia francese e inglese sembra suggerire l'esigenza di impiegare strumenti qualitativamente più avanzati (capacità, equipaggiamenti, tecnologie, ecc.) riferiti alla stessa missione all'estero, quella italiana sembrerebbe fare riferimento a criteri quantitativi (durata dell'operazione, risorse impiegate, ecc.) riferiti allo Stato partecipante. Un settore attualmente oggetto di riflessioni nella prospettiva futura riguarda la *cyberwar*, i cui riflessi in termini di attribuzione degli attacchi a Stati e/o a privati restano ancora problematici. In argomento, si veda per tutti M. ROSCINI, *Cyber Operations and the Use of Force in International Law*, Oxford, 2016.

⁷⁷ Così U. VILLANI, *Gli sviluppi del Trattato di Lisbona*, cit., p. 22.

⁷⁸ Sul punto, si veda S. BISCOP, *Permanent Structured Cooperation and the Future of the ESDP: Transformation and Integration*, in *European Foreign Affairs Review*, 2008, pp. 431-448.

⁷⁹ Vedi U. LEANZA, *Il nuovo multilateralismo nel mantenimento della pace: Nazioni Unite ed Unione europea*, in *La Comunità Internazionale*, 2007, pp. 51-63.

Petersberg⁸⁰. Maggiore interesse riveste la possibilità che gruppi ristretti di Stati membri, che sviluppano determinati progetti nell'ambito della PESCO, possano essere incaricati dello svolgimento di missioni Petersberg, come si dirà più avanti. In questo caso l'inciso: "Essa lascia impregiudicato l'art. 43", di cui all'art. 42, par. 6, (sopra richiamato), deve essere interpretato nel senso di circoscrivere la possibilità per gli Stati partecipanti alla suddetta missione di agire al di fuori del perimetro dei compiti Petersberg.

In quest'ottica va menzionato il ruolo più volte riconosciuto, e oggetto di particolare apprezzamento da parte del Consiglio di sicurezza, di *peace-keeper* regionale dell'Unione europea⁸¹. In particolare, il Protocollo n. 10⁸² fa espresso riferimento alla richiesta di assistenza che le Nazioni Unite possono rivolgere all'UE "per attuare d'urgenza missioni avviate ai sensi dei capitoli VI e VII della Carta delle Nazioni Unite". È significativo che non venga menzionato invece il cap. VIII della Carta che disciplina i rapporti tra le Nazioni Unite e le organizzazioni regionali in materia di mantenimento della pace⁸³. La spiegazione sarebbe da rinvenire nella prassi del Consiglio di sicurezza consistente nel richiamare sempre più spesso il cap. VII della Carta (di solito invocato per autorizzare singoli Stati o gruppi di Stati, non le organizzazioni regionali cui essi appartengono, a intraprendere azioni militari), una prassi il cui fondamento è attualmente oggetto di differenti interpretazioni in dottrina⁸⁴.

In particolare, alcuni ritengono ormai superato il modello della delega all'esercizio di poteri coercitivi da parte del Consiglio di sicurezza alle organizzazioni regionali e sub-regionali, sulla base dell'art. 53, par. 1, della Carta, che per molto

⁸⁰ Va osservato che la distinzione assume scarso rilievo pratico e costituisce una speculazione accademica considerato che gli Stati partecipanti alla PESCO corrispondono alla quasi totalità degli Stati membri (25 Stati membri). Sulle forme di flessibilità nell'ambito della PSDC si veda oltre al par. 6.

⁸¹ Sul *peacekeeping* delle organizzazioni regionali, si veda, tra gli altri, A. DEL VECCHIO, *Consiglio di sicurezza e organizzazioni internazionali regionali nel mantenimento della pace*, in *La Comunità Internazionale*, 1995, pp. 229 ss.; VILLANI, *Les rapports entre l'ONU et les organisations régionales dans le domaine du maintien de la paix*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 290, 2011, pp. 225 ss.; A. DE GUTTRY, *Recent Trends in Peacekeeping Operations Run by Regional Organisations and the Resulting Interplay with the United Nations System*, in *African Journal on Conflict Resolution*, 2011, pp. 27 ss.; G. CELLAMARE, *Le operazioni di peacekeeping delle organizzazioni regionali*, Bari, 2015; F. GRAZIANI, *L'attuazione delle operazioni di peacekeeping a livello regionale*, in I. CARACCIOLLO, U. MONTUORO (a cura di), *L'evoluzione del peacekeeping. Il ruolo dell'Italia*, Torino, 2017, pp. 105-135.

⁸² Su cui si veda *supra* al par. 3.

⁸³ Come rilevato da U. VILLANI, *Gli sviluppi del Trattato di Lisbona*, cit., p. 18.

⁸⁴ Alcuni hanno affermato che nell'ambito delle autorizzazioni all'uso della forza, l'evoluzione del sistema di sicurezza collettiva ha annullato la distinzione tra interventi armati di Stati e interventi armati effettuati da organizzazioni regionali, per cui non sempre nelle risoluzioni autorizzative viene citato il cap. VIII della Carta delle Nazioni Unite e viene meno la "contrapposizione tra interpretazione ampia o restrittiva dei requisiti posti dal cap. VIII alla partecipazione di organizzazioni regionali ad azioni armate decise dal Consiglio di sicurezza". Così M. IOVANE, *L'articolo 11 della Costituzione italiana e le operazioni della NATO*, in N. RONZITTI (a cura di), *L'articolo 11 della Costituzione. Baluardo della situazione internazionale dell'Italia*, Napoli, 2013, p. 161. Altri hanno ritenuto che: "dal mancato riferimento (...) al capo VIII della Carta ONU riguardante i rapporti tra ONU e organizzazioni regionali, emerge con maggiore nitidezza la concezione di una politica di sicurezza e di difesa affidata sostanzialmente agli Stati membri, pur realizzata nell'alveo giuridico dell'Unione europea". Così G. FIENGO, *Le missioni di pace dell'Unione europea*, cit., p. 508.

tempo ha fatto ritenere le stesse come “organi decentrati” delle Nazioni Unite⁸⁵. L’evoluzione in corso evidenzerebbe l’esistenza di organizzazioni regionali con competenze proprie in materia di sicurezza e difesa (o comunque la “progressiva affermazione dei ‘sistemi’ regionali di sicurezza collettiva”) capaci di agire in regime di partenariato con le Nazioni Unite⁸⁶. La critica a questa impostazione fa leva sulle implicazioni di “una certa parcellizzazione dei sistemi di sicurezza collettiva, data la compresenza di più apparati istituzionali potenzialmente in concorso tra loro”⁸⁷. Non è possibile dedicare ulteriori approfondimenti alla questione in questa sede ma sembrano da condividere sia la cautela sia l’apertura ai cambiamenti che potranno verificarsi in futuro.

Allo stato, l’Unione europea, come si è detto, non dispone della competenza per perseguire i propri obiettivi di sicurezza collettiva regionale. Neppure l’UE ha manifestato la volontà politica di emanciparsi dai sistemi di sicurezza collettiva dell’ONU e della NATO, la cui osservanza è più volte rimarcata nei Trattati⁸⁸, con un’ enfasi ancora più accentuata dopo le modifiche apportate dal Trattato di Lisbona. In maniera analoga, alla luce delle considerazioni svolte, sembra da escludere che la PESCO possa costituire a sua volta “un embrione di sistema europeo di sicurezza collettiva”⁸⁹, tale da entrare in competizione con la NATO⁹⁰. Pertanto, la PSDC non sembra avere ancora mutato la propria natura di politica comune improntata al metodo intergovernativo. Si ritiene, invece, che l’Unione europea proceda a piccoli passi verso il raggiungimento di obiettivi sempre più ambiziosi in materia di sicurezza e difesa, di cui lo sviluppo di capacità di difesa “autonome” sembra costituire una tappa fondamentale.

5. Ai sensi dell’art. 46, par. 1, TUE, la PESCO è istituita dal Consiglio con decisione 2017/2315/PESC, dell’11 dicembre 2017, a seguito della notifica mediante la

⁸⁵ E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, Torino, 2016, III ed., p. 98; B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, Padova, 2017, XI ed., pp. 377-378. Una lettura critica di questa tesi, che si sofferma anche sull’autorizzazione del Consiglio di sicurezza, è svolta da E. CIMIOTTA, *op. cit.*, p. 83 ss.

⁸⁶ Al riguardo si è parlato di “autonomia funzionale” delle organizzazioni regionali, a livello sia decisionale che operativo. Inoltre, è stata evidenziata la complessità delle situazioni di crisi in cui le richieste di intervento non sono più limitate al mantenimento della pace ma ad un ventaglio piuttosto ampio di minacce alla sicurezza, difficili da circoscrivere in termini precisi ed esaustivi, che molto spesso vedono coinvolte le organizzazioni regionali in una fase che precede (e talvolta prepara) la decisione del Consiglio di sicurezza. Vedi E. CIMIOTTA, *op. cit.*, p. 235 ss.

⁸⁷ Esprime una posizione critica al riguardo I. INGRAVALLO, in *Recensione a “L’uso della forza tra Nazioni Unite e organizzazioni regionali e sub-regionali”*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2018, p. 824.

⁸⁸ Sulla prassi per cui i “documenti” regionali pertinenti contengano delle specifiche norme dirette a ribadire gli impegni e gli obblighi assunti con la Carta delle Nazioni Unite si rinvia a U. VILLANI, *Les rapports entre l’ONU*, cit., p. 291 ss. e P. GARGIULO, *Sicurezza collettiva*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali*, IX, 2016, p. 952.

⁸⁹ Una posizione diversa è stata espressa da P. PUOTI, *op. cit.*, p. 561.

⁹⁰ Le istituzioni hanno più volte ribadito che il rapporto tra l’UE e la NATO si configura in termini di complementarità e di cooperazione (nonché di mutuo sostegno) e non in termini di competizione. Pertanto, particolare rilievo va attribuito alla dichiarazione congiunta UE-NATO adottata a margine del Vertice NATO dell’8 e 9 luglio 2016 in Polonia che si propone di rilanciare il partenariato strategico tra le due organizzazioni in sette ambiti specifici. Al fine di dare attuazione alla Dichiarazione congiunta, la *roadmap* di Bratislava, all’esito di ulteriori lavori comuni ha adottato il 6 dicembre 2016 un insieme di proposte che elencano azioni concrete.

quale 23 Stati membri interessati (con l'aggiunta quasi contestuale di altri due Stati membri) manifestano la loro intenzione in tal senso al Consiglio e all'Alto rappresentante⁹¹. La notifica è seguita da un termine (di tre mesi) entro cui il Consiglio adotta la decisione istitutiva, previa verifica della sottoscrizione degli impegni più vincolanti elencati nel Protocollo n. 10. L'allegato III alla notifica precisa che sono gli Stati membri i veri attori della PESCO insieme all'Alto rappresentante: "Gli Stati membri partecipanti rimangono al centro del processo decisionale, in coordinamento con l'Alto rappresentante. La PESCO è un quadro guidato dagli Stati membri partecipanti (...)".

Vale la pena di ricordare che la PESCO fu oggetto di ampi negoziati e di vivaci dibattiti in seno alla Convenzione sul futuro dell'Europa che elaborò il progetto di Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa⁹². La possibilità di accordarsi su una soluzione unitaria, secondo alcuni, fu ostacolata da contestuali iniziative di alcuni gruppi di Stati membri⁹³. È interessante notare che la Costituzione europea stabilì una disciplina diversa e molto più dettagliata rispetto a quella oggi contenuta nei Trattati⁹⁴. La scelta di posticipare la definizione degli Stati partecipanti e di adottare una disciplina che potrebbe definirsi "minimale" è stata oggetto di varie critiche⁹⁵. Allo stesso tempo la soluzione adottata solleva l'esigenza di analizzare la disciplina relativa all'attuazione della PESCO e, in definitiva, avvalorare la tesi che si tratti di un "processo" *in itinere* di cui sono state avviate soltanto le prime fasi, e su cui ancora si continuerà a dibattere⁹⁶.

⁹¹ Per un primo commento alla decisione si veda, tra gli altri, A. HAMONIC, *La coopération structurée permanente de l'article 42, paragraphe 6, TUE enfin établie!*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2018, pp. 215-217.

⁹² Si veda in letteratura M.L. TUFANO, *op. cit.*, p. 1815 ss.; E. BARONCINI, *Il ruolo di attore internazionale dell'Unione nella Costituzione europea*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2005, p. 797 ss.; M. TRYBUS, *With or Without the EU Constitutional Treaty: Towards a Common Security and Defence Policy?*, in *European Law Review*, 2006, pp. 145-166.

⁹³ Il riferimento è all'iniziativa *Tervuren* della primavera del 2003 che riuniva Francia, Germania, Belgio e Lussemburgo, finalizzata a creare nei pressi di Tervuren un quartier generale militare autonomo per le operazioni militari dell'UE.

⁹⁴ In particolare, come si è detto, furono previsti impegni vincolanti degli Stati rispetto alle finalità previste dal Trattato, furono stabiliti requisiti specifici (come per l'UEM) in termini di capacità militari per la partecipazione degli Stati membri, ciò che avrebbe reso possibile soltanto a pochi Stati partecipare. Il criterio riguardava una percentuale del 2% PIL da destinare al bilancio per la difesa. Sul punto si veda F. SANTOPINTO, *op. cit.*, p. 9. Inoltre, sarebbe stato inserito da subito un elenco di Stati membri contenuto in una dichiarazione allegata al Trattato che istituisce la Costituzione e l'avvio della "cooperazione strutturata" sarebbe stato contestuale all'entrata in vigore del Trattato sulla Costituzione europea. Nella dichiarazione allegata dovevano essere specificati sia i criteri e gli impegni di capacità degli Stati partecipanti, sia l'elenco degli stessi, sia la decisione sull'ingresso successivo di altri Stati membri, con la previsione di una applicazione delle disposizioni appropriate relative alle cooperazioni rafforzate. Si veda sul punto M.L. TUFANO, *op. cit.*, p. 1833.

⁹⁵ L'entrata in vigore concomitante del Trattato di Lisbona e della PESCO sarebbe stata possibile in virtù della disciplina contenuta nel Protocollo che avrebbe indicato gli Stati partecipanti e avrebbe allo stesso tempo definito le norme organizzative e di funzionamento della PESCO. Si veda sul punto C. SCHNEIDER, *Le réveil d'un tigre de papier. La création de la coopération structurée permanente des articles 42.6 et 46 TUE par la décision (PESC) 2017/2315 du Conseil du 11 décembre 2017*, in *La relance de la politique de sécurité et de défense commune (PSDC). Table ronde organisée par Mme Deschaux-Dutard et le Professeur Schneider, Grenoble, le 12 mars 2018*, reperibile online.

⁹⁶ Un utile strumento di approfondimento è costituito dallo studio condotto dal Parlamento europeo, *La coopération structurée permanente. Perspectives nationales et état d'avancement*, luglio 2017: www.europarl.europa.eu. Una prima analisi complessiva delle questioni relative alla PESCO è inol-

Innanzitutto, va rilevato che nelle conclusioni del Consiglio europeo di giugno 2017 la PESCO viene definita con il binomio “ambiziosa e inclusiva”⁹⁷. Si tratta di due termini apparentemente inconciliabili che rievocano la dialettica tra approfondimento del processo di integrazione e allargamento dell’Unione. A ben vedere, tuttavia, non esiste contraddizione se si considera adeguatamente la funzione che può rivestire in questo ambito la flessibilità⁹⁸. Va considerato che l’elevato numero di Stati membri che hanno notificato la richiesta al Consiglio (quasi tutti gli Stati membri ad eccezione di Malta, Regno Unito e Danimarca)⁹⁹ può sembrare eccessivo alla luce dei requisiti stabiliti dai Trattati (art. 46, par. 1, TUE e Protocollo n. 10)¹⁰⁰. Infatti, la PESCO istituita dalla decisione in parola non è riservata ai soli Stati membri che dispongono di capacità militari “elevate” ma al contrario è aperta a tutti gli Stati membri desiderosi di partecipare¹⁰¹.

A tal fine, ciascuno Stato membro, che ha accettato di perseguire gli obiettivi di cui all’art. 1 del Protocollo n. 10, ha dovuto altresì sottoscrivere gli impegni “più vincolanti”, elencati nell’allegato alla decisione dell’11 dicembre 2017¹⁰², e presen-

te sviluppata in D. FIOTT, A. MISSIROLI, T. TARDY, *Permanent Structured Cooperation: What's in a Name?*, Chaillot Paper n. 142, novembre 2017, www.iss.europa.eu.

⁹⁷ Cfr. conclusioni del Consiglio europeo del 22-23 giugno 2017.

⁹⁸ Sul punto si veda G.L. TOSATO, *Per un rilancio dell’Europa*, cit., p. 14 s.

⁹⁹ Il 13 novembre 2017 il Consiglio e l’Alto rappresentante hanno ricevuto la notifica congiunta da parte di 23 Stati membri i quali comunicavano la loro intenzione di partecipare alla PESCO; il 7 dicembre 2017 altri due Stati membri (Irlanda e Portogallo) si sono aggiunti. L’elenco degli Stati membri partecipanti è contenuto all’art. 2 della decisione. Va precisato che la posizione della Danimarca è definita nel Protocollo n. 22 il quale stabilisce che essa non partecipa all’elaborazione e all’attuazione di decisioni e azioni dell’Unione che hanno implicazioni nel settore della difesa (art. 5). Pertanto tale Paese non è vincolato dalla decisione istitutiva della PESCO (considerando 11). D’altro canto, come è stato osservato, le forze militari di Malta sono trascurabili. Pertanto, nel momento in cui sarà effettivo il recesso del Regno Unito, la PESCO costituirà “a regime of closer cooperation only in a formal sense; in reality, it will be a step towards a truly common defence policy of the Union”. Così B. DE WITTE, *An Undivided Union? Differentiated Integration in Post-Brexit Times*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 240. Per quanto riguarda la posizione del Regno Unito, inoltre, in relazione al negoziato avviato sulla Brexit, è emersa la volontà di aderire in futuro alla PESCO in qualità di Stato terzo. In argomento, si veda più diffusamente C. MILLS, *EU Defence: The Realisation of Permanent Structured Cooperation (PESCO)*, House of Commons Library, Briefing Paper n. 8149, reperibile [online](https://www.parliament.uk/library/briefings/briefingpapers/briefing-paper-8149).

¹⁰⁰ L’art. 46, par. 1, TUE, recita: “Gli Stati membri che desiderano partecipare alla cooperazione strutturata permanente di cui all’art. 42, paragrafo 6, e che rispondono ai criteri e sottoscrivono gli impegni in materia di capacità militari specificati nel protocollo sulla cooperazione strutturata permanente notificano la loro intenzione al Consiglio e all’Alto rappresentante dell’Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza”.

¹⁰¹ Va appena precisato che la decisione del Consiglio a maggioranza qualificata rende agevole l’istituzione della cooperazione strutturata permanente, mentre la regola dell’unanimità per le decisioni prese nel quadro della PESCO fa sì che ciascuno Stato membro possa determinare gli esiti e quindi favorisce un’ampia partecipazione. Come è stato osservato, “l’ampia adesione degli Stati membri evidenzia che la PESCO ha preso una forma molto diversa da quella originariamente prevista”. Così U. LEANZA, *Gli strumenti giuridici per il futuro rafforzamento dell’UE con particolare riferimento all’eu-rozona*, in *La Comunità Internazionale*, 2017, p. 519.

¹⁰² Cfr. elenco degli impegni comuni ambiziosi e più vincolanti assunti dagli Stati membri partecipanti nei cinque ambiti di cui al protocollo 10, articolo 2. L’allegato riporta un elenco di 20 impegni ripartiti nei 5 ambiti, elencati in cinque lettere dalla a) a e), di cui all’art. 2 del protocollo n. 10. È interessante notare come i primi due impegni elencati alla lettera a) riguardino l’aumento delle spese per la difesa nei bilanci degli Stati membri partecipanti: “1. Aumentare periodicamente e in termini reali i bilanci per la difesa al fine di raggiungere gli obiettivi concordati. 2. Aumentare progressivamente, nel medio termine, le spese di investimento nella difesa portandole al 20 % della spesa complessiva per la difesa

tare la propria capacità di soddisfare gli impegni assunti nell'ambito di un piano nazionale di attuazione che sarà aggiornato ogni anno e trasmesso al Servizio europeo per l'azione esterna e all'Agenzia europea per la difesa (art. 3 della decisione)¹⁰³.

La decisione che istituisce la PESCO stabilisce anche le norme relative alla *governance* della stessa, i meccanismi di vigilanza e di valutazione, i rapporti con il Servizio europeo per l'azione esterna e con l'Agenzia europea per la difesa, e la partecipazione degli Stati terzi. Gli Stati membri, ai sensi dell'art. 3, par. 2, della decisione istitutiva, “aggiornano annualmente i piani nazionali di attuazione in cui devono illustrare le modalità con cui realizzeranno gli impegni più vincolanti, specificando come conseguiranno gli obiettivi più specifici da stabilire per ogni fase”. Come si accennava¹⁰⁴, i suddetti piani nazionali sono oggetto di un meccanismo di valutazione articolato e complesso (articoli 6 e 7) che coinvolge sia l'Agenzia europea per la difesa, avente per oggetto i contributi degli Stati membri per quanto concerne le capacità, sia il Servizio europeo per l'azione esterna, avente per oggetto i contributi degli Stati membri partecipanti per quanto concerne gli aspetti operativi¹⁰⁵.

Va inoltre evidenziata la natura “modulare” (o flessibile) della PESCO, intesa come un quadro all'interno del quale vengono sviluppati singoli progetti ai quali gli Stati membri possono aderire o meno, e su cui possono venirsi a creare gruppi differenziati (per numero, capacità militari, ecc.) di Stati membri partecipanti. Per quanto riguarda l'impegno volto a colmare le lacune sul piano delle capacità di difesa, l'allegato precisa che è sufficiente “partecipare ad almeno un progetto nell'ambito della PESCO che sviluppi o fornisca le capacità individuate in quanto strategicamente rilevanti da parte degli Stati membri”¹⁰⁶. Nella fase iniziale di attuazione della PESCO il Consiglio ha adottato formalmente un primo elenco di 17 progetti¹⁰⁷ al quale si è aggiunto un secondo elenco di altri 17 progetti a distanza di alcuni mesi¹⁰⁸. Come è stato osservato i primi progetti adottati possono essere raggruppati in alcune categorie che evidenziano “une nette empreinte capacitaire”¹⁰⁹, con una prevalenza di progetti orientati alla formazione, alle capacità, ai sistemi marittimi e alla *cyber-*

(parametro collettivo) al fine di colmare le lacune sul piano delle capacità strategiche attraverso la partecipazione a progetti in materia di capacità di difesa, conformemente al CDP e alla revisione coordinata annuale (*Coordinated Annual Review – CARD*)”.

¹⁰³ Cfr. notifica al Consiglio e all'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza relativa alla cooperazione strutturata permanente (PESCO) che include tre allegati: allegato I (principi della PESCO); allegato II (elenco di impegni comuni ambiziosi e più vincolanti nei cinque settori elencati all'art. 2 del Protocollo n. 10); allegato III (*governance*).

¹⁰⁴ V. *supra* al par. 3.

¹⁰⁵ Le valutazioni dell'AED e del SEAE contribuiscono alla predisposizione della relazione annuale sulla PESCO da parte dell'Alto rappresentante, che sarà oggetto di esame da parte del Consiglio al fine di determinare se gli Stati membri continuano ad assolvere agli impegni più vincolanti di cui all'art. 3 della decisione istitutiva.

¹⁰⁶ Cfr. lett. d), n. 17.

¹⁰⁷ Decisione 2018/340/PESC del Consiglio, del 6 marzo 2018, che fissa l'elenco dei progetti da sviluppare nell'ambito della PESCO.

¹⁰⁸ Decisione 2018/1797/PESC del Consiglio, del 19 novembre 2018, che modifica e aggiorna la decisione 2018/340/PESC che fissa l'elenco dei progetti da sviluppare nell'ambito della PESCO. L'elenco dei progetti adottati è consultabile sul sito del Consiglio. Vale la pena di evidenziare il forte impegno dell'Italia, attestato sia in sede di proposta che in termini di partecipazione a numerosi progetti (15 dei 17 progetti adottati il 6 marzo 2018 e 6 dei progetti adottati il 19 novembre 2018).

¹⁰⁹ Cfr. *B2 Pro*, 7 dicembre 2017, reperibile all'indirizzo: club.bruxelles2.eu.

*difesa*¹¹⁰. Tra questi, soltanto due progetti mirano a fornire un supporto diretto alle operazioni militari, mediante la creazione di un Comando medico europeo (European Medical Command) e il supporto alla logistica delle missioni (European Logistic Hub). Considerato il rafforzamento delle capacità che deriverà dai progetti, i quali beneficeranno, in definitiva, di sforzi congiunti, è chiaro che la partecipazione ad uno o all'altro progetto è influenzata dagli interessi strategici (anche geopolitici) dei singoli Stati membri, coinvolti o meno in determinate missioni¹¹¹, di cui tra l'altro sostengono le spese. Appare chiaro da un lato che gli impegni più vincolanti accomunano tutti gli Stati membri partecipanti, mentre l'impegno nell'ambito dei singoli progetti riguarda soltanto gli Stati che ne fanno parte. Dall'altro lato, va evidenziato che gli Stati membri si impegnano a realizzare gli impegni più vincolanti anche mediante i progetti cui aderiscono, che diventano strumenti d'elezione al fine di raggiungere gli obiettivi indicati nei piani nazionali di attuazione.

La disciplina in merito all'organizzazione e al funzionamento della PESCO è stabilita all'art. 4 della decisione (*PESCO governance*). Essa è articolata in due livelli separati e distinti, sia per numero di Stati membri partecipanti sia per disciplina, che potrà essere diversa per ciascun progetto, considerata la libertà di definire regole specifiche attribuita agli Stati membri che ne fanno parte¹¹². Al momento di adottare l'elenco dei primi 17 progetti, il Consiglio ha ravvisato la necessità di indicare criteri al fine di garantire la coerenza nella gestione e nell'esecuzione dei progetti da parte di gruppi diversi di Stati membri¹¹³. A tal fine il Consiglio ha adottato la decisione 2018/909/PESC, del 25 giugno 2018, che stabilisce un insieme di regole di *governance* per i progetti PESCO.

Come è stato osservato, il doppio livello di *governance* evidenzia una certa complessità in fase di attuazione della PESCO¹¹⁴. Da un lato, le decisioni e le raccomandazioni del Consiglio dovranno essere adottate all'unanimità (ad eccezione di quelle relative alla partecipazione di un nuovo Stato membro o alla sospensione di uno Stato membro dalla PESCO). Dall'altro lato, per ogni progetto avviato nell'ambito della PESCO, “gli Stati membri partecipanti a un progetto si accordano sulle modalità e sulla portata della loro cooperazione nonché sulla gestione di tale progetto. Se del caso, gli Stati membri che partecipano a un progetto informano periodicamente il Consiglio sullo sviluppo di tale progetto” (art. 5, par. 3, della decisione).

Il Consiglio è l'istituzione che assicura la coerenza e l'attuazione della PESCO, perseguendo gli obiettivi ed esercitando le competenze attribuite, nell'ambito di due riunioni annuali in cui sono rappresentati e votano solo gli Stati membri parte-

¹¹⁰ Sul tema si veda anche il recente quadro strategico dell'UE in materia di *cyberdifesa*, adottato dal Consiglio il 19 novembre 2018, reperibile *online*.

¹¹¹ Si è fatto riferimento anche a priorità nazionali di natura industriale, oltre che di natura operativa sul piano delle capacità militari. Cfr. C. SCHNEIDER, *Le réveil d'un tigre de papier*, cit., p. 44.

¹¹² Ai sensi dell'art. 4, par. 1: “la *governance* della PESCO è organizzata: al livello del Consiglio, e nel quadro dei progetti attuati da gruppi degli Stati membri partecipanti che hanno convenuto di realizzare tali progetti”. L'allegato III della notifica precisa inoltre che i due livelli di *governance* si distinguono in un livello generale responsabile di mantenere la coerenza e l'ambizione della PESCO, integrato da procedure di *governance* specifiche per i progetti PESCO.

¹¹³ Cfr. la cit. decisione 2018/340/PESC, 5° ‘considerando’.

¹¹⁴ A. HAMONIC, *La coopération structurée permanente de l'article 42, paragraphe 6, TUE enfin établie!*, cit., pp. 215-217.

cipanti alla PESCO, c.d. Consiglio PESCO. Per il raggiungimento di tali finalità, il Consiglio può adottare decisioni e raccomandazioni ai sensi dell'art. 46, par. 6, TUE.

La realizzazione degli “impegni più vincolanti” dettagliatamente elencati nell'allegato alla decisione dovrà realizzarsi per tappe a partire dalle due prime fasi iniziali consecutive negli anni 2018-2020 e 2021-2025, di cui il Consiglio stabilisce obiettivi più precisi all'inizio di ogni fase (art. 4, par. 2, lett. b))¹¹⁵. Al fine di rendere effettivi gli impegni che gli Stati membri hanno assunto con la PESCO sono istituiti: un meccanismo di valutazione ciclica annuale che verifica il rispetto dei piani nazionali di attuazione¹¹⁶ ed un controllo a cadenza semestrale che ha ad oggetto i bilanci nazionali per la difesa, la CARD di cui è previsto l'avvio nell'autunno 2019¹¹⁷; i suddetti meccanismi operano in sinergia. Sottopone a valutazione il raggiungimento degli impegni dichiarati dagli Stati costituisce una vera e propria novità nell'ambito della PSDC, apprezzata anche dalla dottrina¹¹⁸. La prassi degli impegni dichiarati, sottoposti a valutazione *ex post*, in realtà non è nuova in altre politiche dell'Unione (si pensi all'UEM e alla verifica delle finanze pubbliche) ed è praticata anche in altri ambiti nel diritto internazionale (si pensi all'Accordo di Parigi sul clima). Si tratta di un metodo coerente con la necessità di perseguire determinati obiettivi senza limitare la sovranità degli Stati nel definire risultati e mezzi, ma indicando precisi obblighi procedurali suggeriti da verifiche periodiche.

Sulla base dei profili appena delineati è senz'altro condivisibile l'affermazione secondo cui: “Oggi (...) la PESCO è concepita come una cornice giuridica, istituzionale e procedimentale, aperta a tutti gli Stati membri per l'attuazione di progetti in materia di difesa”¹¹⁹. Si comprende meglio, quindi, l'utilizzo degli aggettivi “strutturata” e “permanente” che qualificano una forma inedita di cooperazione tra Stati membri dell'UE¹²⁰, diversa da altre forme di cooperazione e di integrazione sia pure differenziata previste dai Trattati.

Per le ragioni sopra esposte, principalmente la natura intergovernativa della PESCO, sembra inappropriato, parlare di integrazione differenziata¹²¹. Si potrebbe al limite utilizzare l'espressione “cooperazione rafforzata” in senso “atipico”. La flessibilità che caratterizza la *governance* della PESCO non implica l'esercizio di competenze dell'UE nei progetti PESCO, i quali hanno ad oggetto la cooperazione nella ricerca

¹¹⁵ Cfr raccomandazione del Consiglio, del 6 marzo 2018, relativa a una tabella di marcia per l'attuazione della PESCO, e raccomandazione Consiglio, del 15 ottobre 2018, relativa alla fissazione delle tappe per la realizzazione degli impegni più vincolanti assunti nel quadro della cooperazione strutturata permanente (PESCO) e alla definizione di obiettivi più precisi.

¹¹⁶ Come stabilito, gli Stati membri sono invitati a presentare i loro Piani nazionali d'attuazione entro il 10 gennaio 2019, i quali formeranno la base per l'adozione della prima relazione annuale dell'UE sulla PESCO che affiancherà la valutazione della realizzazione degli impegni più vincolanti da parte di ciascuno Stato membro partecipante.

¹¹⁷ Vedi *supra* par. 3.

¹¹⁸ C. SCHNEIDER, *Le réveil d'un tigre de papier*, cit., p. 46: “En même temps, chacun de ces niveaux de gouvernance s'inscrit dans une logique de suivi qui vise à sortir des habituelles déclarations d'intention abstraites et générales sans résultats tangibles”.

¹¹⁹ U. LEANZA, *op. cit.*, p. 519.

¹²⁰ Si tratta di una cooperazione che non è lasciata alla spontanea volontà degli Stati membri ma viene organizzata in maniera sistematica e non occasionale, e quindi “istituzionalizzata”.

¹²¹ Non sembra condivisibile, pertanto, quanto sostenuto da S. IZZO, *Commento all'art. 42 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 308, e da F. FERRARO, *Commento all'art. 46 TUE*, *ivi*, p. 320 i quali parlano di “forma di integrazione differenziata”.

e sviluppo di capacità e sugli aspetti operativi, materie che potrebbero *incrociarsi* con competenze “comunitarie”, ad esempio, ricerca e industria¹²². A tale riguardo, va ricordato che sussiste in aggiunta alla PESCO la possibilità di instaurare cooperazioni rafforzate (quindi tipiche forme di integrazione differenziata) nelle diverse politiche dell’UE¹²³, incluse la sicurezza e difesa, come appositamente disciplinato dai Trattati.

6. Le riflessioni fin qui svolte consentono di trarre brevi spunti ricostruttivi e di formulare alcune considerazioni conclusive. Da un lato la PESCO viene considerata un “avanzamento del livello di integrazione” in materia di sicurezza e difesa¹²⁴, dall’altro è ritenuta un “meccanismo procedurale di troppo”¹²⁵. Né l’una né l’altra espressione sembrano pienamente condivisibili alla luce delle argomentazioni sopra esposte. Di per sé la PESCO non è sufficiente a realizzare la progressiva integrazione delle capacità di difesa in quanto, come si è ampiamente dimostrato, si tratta anzitutto di una cooperazione intergovernativa ma il raccordo con altri strumenti della PSDC quali la CARD e il Fondo europeo per la difesa, unitamente all’Agenzia europea per la difesa (e al Piano di sviluppo delle capacità), costituisce il presupposto fondamentale affinché l’integrazione delle capacità di difesa si realizzi in futuro.

Si è fatto riferimento ai concetti di *process* e di *framework* con riguardo alla prospettiva di riconoscere un ruolo centrale alla volontà degli Stati di utilizzare (o meno) la PESCO e di dare attuazione alla relativa disciplina in qualità di principali protagonisti della PSDC¹²⁶. In tal senso è possibile ritenere che si tratti di un *process* all’interno di un *framework*, inteso come quadro normativo e istituzionale articolato e complesso che si va delineando progressivamente¹²⁷. La notifica degli Stati membri al Consiglio dell’intenzione di istituire la PESCO non si limita infatti alla manifesta-

¹²² Sull’esercizio di competenze “altre” rispetto alla PSDC (es. ricerca, industria, commercio, ecc.) e sulle possibili conseguenze anche in termini di controllo della Corte di giustizia, si veda S. BLOCKMANS, *The EU’s Modular Approach to Defence Integration: An Inclusive, Ambitious and Legally Binding PESCO?*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 1819.

¹²³ Sul rapporto tra cooperazione rafforzata e integrazione differenziata si veda A. CANNONE, *Le cooperazioni rafforzate. Contributo allo studio dell’integrazione differenziata*, Bari, 2005; ID., *Integrazione differenziata (diritto dell’Unione europea)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, VI, 2013, p. 335-353, nonché, più in generale, P. FOIS, *L’Europa flessibile e il consenso degli Stati membri*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2019, p. 271 ss.

¹²⁴ E. GIANFRANCESCO, *La politica estera e di sicurezza europea. Rilievi costituzionalistici*, in *Rassegna parlamentare*, 2009, p. 391.

¹²⁵ A. HAMONIC, *La coopération structurée permanente: un dispositif procédural de trop?*, in *Revue de l’Union européenne*, 2014, p. 269 ss. Si sono utilizzate anche metafore ancora più evocative quali: “tigre de papier”. Cfr. C. SCHNEIDER, *Le réveil d’un tigre de papier*, cit., p. 41.

¹²⁶ Come si legge sul sito dell’European External Action Service: “PESCO is both a permanent framework for closer cooperation and a structured process to gradually deepen defence cooperation within the Union framework. It will be a driver for integration in the field of defence”. Il concetto di *framework* o *cadre* sembra accolto con particolare favore dalla dottrina francese e tedesca, mentre in Italia si è parlato piuttosto di *process*. V. A. MARRONE, N. PIROZZI, P. SARTORI, *op. cit.*, p. 4. Per una rassegna delle diverse posizioni si veda anche European Parliament, Directorate General for External Policies, Study, *Permanent Structured Cooperation: National Perspectives and State of Play*, 2017, reperibile online.

¹²⁷ Come è stato illustrato, la disciplina della PESCO è contenuta in poche disposizioni del Trattato sull’Unione europea completate dal Protocollo n. 10, cui si aggiunge la decisione istitutiva, comprensiva di un allegato e della notifica degli Stati membri (a sua volta corredata da tre allegati) che completano la disciplina dei Trattati e precisano meglio gli impegni degli Stati partecipanti. Ancora, occorre considerare gli atti adottati dal Consiglio (decisioni e raccomandazioni) a seguito dell’avvio della PESCO che contengono ulteriori norme di dettaglio.

zione pura e semplice della volontà ma comprende, negli allegati, una serie articolata di disposizioni che per contenuti normativi (principi, impegni, ecc.) e forma potrebbe essere riconducibile ad un accordo in forma semplificata¹²⁸. Spingendosi oltre nell'analisi e ragionando in termini di "cooperazione internazionale istituzionalizzata" non si può fare a meno di rilevare il dinamismo che caratterizza l'apparato istituzionale dell'UE che evolve per adattarsi in un'ottica funzionale al raggiungimento degli obiettivi di cooperazione stabiliti di comune accordo dagli Stati membri nell'ambito della PSDC e per le specifiche finalità della PESCO, con l'istituzione di organi complementari, meccanismi e procedure intesi a rafforzare le istituzioni esistenti. Allo scopo concorre, ad esempio, l'Agenzia europea per la difesa nel supportare il lavoro dell'Alto rappresentante, in stretto collegamento con il Consiglio¹²⁹.

L'aspetto più rilevante sul piano organizzativo e deliberativo è certamente la possibilità che un numero ristretto di Stati membri soltanto proceda a instaurare la PESCO, che ha portato alcuni a parlare di "Schengen della difesa" o di "Eurozona della difesa"¹³⁰. Come anticipato, la flessibilità che caratterizza la PESCO non deve tuttavia creare confusione con le cooperazioni rafforzate, oggetto di una autonoma e diversa disciplina nei Trattati¹³¹, o con altre forme di differenziazione previste nell'ambito della PSDC. Come è stato osservato, la PESCO costituisce una delle forme di flessibilità previste dai Trattati. Tra le altre ipotesi di differenziazione sono da menzionare le cooperazioni rafforzate per le quali è stabilita una disciplina che, a differenza della PESCO, richiede un numero minimo di nove Stati membri e la condizione di "ultima istanza" ai fini dell'autorizzazione. Altra ipotesi è costituita dall'incarico conferito dal Consiglio ad un gruppo di Stati membri per lo svolgimento di una missione ai sensi dell'art. 42, par. 5, TUE. In tal caso tuttavia si tratta di una singola missione (per la quale peraltro non è stabilito un numero minimo di

¹²⁸ Sul principio della libertà delle forme di stipulazione degli accordi internazionali, si veda per tutti L. FERRARI BRAVO, voce *Accordi internazionali*, in *Enciclopedia Treccani*, 1988, p. 3, il quale si riferisce anche ad "una serie di procedimenti più moderni, detti abbreviati o semplificati".

¹²⁹ Per ulteriori approfondimenti sul punto si veda, P. PENNETTA, *Apparato istituzionale*, in P. PENNETTA S. CAFARO, A. DI STASI, I. INGRAVALLO, G. MARTINO, C. NOVI, *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Padova, 2018, p. 199 ss. Tralasciando gli organi di natura politica, quali il Comitato politico e di sicurezza (COPS), rappresentativi di istanze intergovernative, sembra pertinente il riferimento all'Agenzia europea per la difesa, unica agenzia europea oggetto di espressa previsione nei Trattati (a seguito delle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona). Va anche osservato che l'istituzione di un Fondo europeo per la difesa a supporto della PESCO richiama la prassi internazionale di finanziare iniziative che perseguono le finalità di un determinato accordo mediante un fondo creato *ad hoc* (costituito anche da contributi degli Stati partecipanti). Al riguardo, si veda ad esempio il Green Climate Fund che ha la finalità di finanziare progetti nell'ambito degli obiettivi per la mitigazione e l'adattamento ai cambiamenti climatici stabiliti dall'Accordo di Parigi del 2015.

¹³⁰ La proposta italiana di una "Schengen della difesa" consisteva nella creazione di una "forza europea multinazionale" che sarebbe stata avviata da un gruppo di Stati membri, in particolare i Paesi fondatori ma aperta ad altri, e successivamente inserita nei Trattati. Tale proposta si inseriva nel dibattito aperto dalla Strategia globale su cui l'Italia aveva manifestato piena adesione all'idea del rilancio della difesa europea mediante l'attuazione degli articoli 44 e 46 del TUE. Si veda, Senato, Nota n. 98, p. 3.

¹³¹ Per la tesi secondo cui la PESCO costituirebbe una forma particolare di cooperazione rafforzata, sia pure con elementi di peculiarità, si veda C. NOVI, *L'attuazione della cooperazione strutturata permanente*, cit., p. 374. È probabile che, in una preliminare fase negoziale, la disciplina sulle cooperazioni rafforzate sia servita da "modello di riferimento" per la PESCO, per distinguersi in seguito non soltanto nelle modalità di attuazione ma anche a ragione della natura intergovernativa della PESCO.

Stati membri) e non di una cooperazione “permanente”¹³². Non è da escludere, peraltro, che la PESCO, e in particolare le forme di cooperazione su specifici progetti adottati dagli Stati membri partecipanti, possa essere supportata, qualora si verificassero le condizioni stabilite dai Trattati, da una o più cooperazioni rafforzate¹³³. Non è possibile dedicare ulteriori approfondimenti ai rapporti tra PESCO e cooperazioni rafforzate nell’ambito del presente lavoro. Basti osservare che l’iniziativa di un numero limitato di Stati membri di una cooperazione rafforzata in materia di difesa¹³⁴ potrebbe ovviare ad eventuali problemi decisionali legati alla regola dell’unanimità di una PESCO “inclusiva”. Inoltre alcuni progetti PESCO potrebbero beneficiare di apporti provenienti da cooperazioni rafforzate, che implicano il pieno coinvolgimento delle istituzioni dell’Unione (non soltanto del Consiglio ma soprattutto della Commissione europea, e della Corte di giustizia).

Come si accennava, la PESCO si basa sull’idea della “flessibilità nella flessibilità”. È stabilito infatti un doppio livello di *governance*, il primo, più generale, costituito da tutti gli Stati membri partecipanti, in cui ogni potere decisionale è attribuito al Consiglio mentre l’Alto rappresentante è associato ai lavori e redige la relazione annuale, e il secondo livello con una partecipazione flessibile degli Stati membri ai diversi progetti, in cui sono gli stessi Stati membri ad adottare tutte le decisioni per la gestione dei progetti. Si ritiene in particolare che l’espressione “poli di flessibilità” sia adatta a inquadrare la PESCO¹³⁵. Il modello dei “poli di flessibilità” potrebbe favorire l’integrazione delle capacità di difesa degli Stati membri. Da tempo la dottrina ha indicato le condizioni affinché si realizzi la “flessibilità virtuosa” nel rispetto dei principi fondamentali dell’Unione, primo fra tutti il principio di coerenza¹³⁶. In tale prospettiva, la flessibilità ha il vantaggio di “promuovere la sperimentazione di (...) soluzioni organizzative nuove”¹³⁷.

In quest’ottica, particolare rilievo assumono gli sforzi del Consiglio finalizzati all’adozione di criteri generali per la *governance* di una varietà di progetti di cui

¹³² Sul punto si veda, tra gli altri, C. SCHNEIDER, *Le réveil d’un tigre de papier*, cit., p. 40 s. Va considerato, inoltre, quale ulteriore meccanismo di flessibilità, l’astensione costruttiva di cui all’art. 31, par. 1, TUE. Si veda anche R. KEMPIN, R. SCHELER, *L’intégration différenciée peut-elle débloquer la PSDC?*, in *Politique étrangère*, 2015, pp. 25-35.

¹³³ A tal fine sarà comunque necessario un numero minimo di Stati partecipanti e il coinvolgimento della Commissione europea.

¹³⁴ Si ricorda, da un lato, l’ammissibilità della cooperazione rafforzata in materia di politica estera e di sicurezza comune (art. 329, par. 2, TFUE e art. 331, par. 2, TFUE) di cui la PSDC costituisce parte integrante (art. 42 TUE), e dall’altro l’indizio di cui all’art. 333, par. 3, TFUE che ammette nell’ambito di una cooperazione rafforzata l’esistenza di decisioni che hanno implicazioni militari o che rientrano nel settore della difesa (al fine di escludere il possibile passaggio dalla regola dell’unanimità a quella della maggioranza qualificata o il passaggio dalla procedura legislativa speciale alla procedura legislativa ordinaria).

¹³⁵ L’espressione di G.L. TOSATO, *op. cit.*, p. 25, è utilizzata con riferimento all’aggregazione delle iniziative flessibili in materie diverse, ad esempio l’Eurogruppo in materia economica e l’Agenzia europea per la difesa nel settore delle capacità militari e degli armamenti.

¹³⁶ La flessibilità virtuosa è quella che: “rispetta i principi di fondo dell’Unione, ne promuove le finalità, è leale verso i suoi membri, non li discrimina, non ha mire egemoniche, è aperta all’adesione di tutti, è solidale verso chi non partecipa, si sforza di facilitarne il successivo inserimento, ha natura sussidiaria delle procedure ordinarie, non eccede nella differenziazione, evita la proliferazione delle iniziative, si preoccupa di renderle coerenti fra di loro e di raccordarle con il sistema generale dell’Unione e le sue istituzioni”. Così G.L. TOSATO, *op. cit.*, p. 22.

¹³⁷ *Ibidem*.

sono responsabili gruppi ristretti di Stati membri partecipanti¹³⁸. L'idea, alla base della PESCO, di "un'architettura di riferimento, un contenitore suscettibile di accogliere un complesso di iniziative di gruppi ristretti e di facilitarne uno sviluppo ordinato e coerente"¹³⁹ assicura la coerenza interna fra le varie iniziative flessibili evitando i rischi di frammentazione¹⁴⁰. L'unitarietà del sistema è in ogni caso assicurata dalla circostanza che la PESCO si sviluppa all'interno del quadro istituzionale dell'UE e in rapporto all'insieme degli organi e delle istituzioni, ferma restando la libertà degli Stati membri di instaurare forme di cooperazione internazionale nel settore della difesa al di fuori dell'Unione¹⁴¹.

Alcune sintetiche considerazioni trovano spazio conclusivamente, nella consapevolezza che occorrerà seguire gli sviluppi di una prassi ancora agli inizi che ha già compiuto significativi progressi¹⁴². Come è stato rilevato, la PESCO realizza passi in avanti rispetto alla concretezza degli "impegni più vincolanti" che gli Stati membri partecipanti hanno inteso assumersi¹⁴³. L'osservazione trova riscontro negli obiettivi sempre più precisi come emerge dal confronto della decisione 2017/2315/PESC con la successiva raccomandazione del 15 ottobre 2018¹⁴⁴. Al riguardo, va sottolineato che la dottrina tende a considerare obblighi giuridicamente vincolanti gli "impegni più vincolanti" che gli Stati membri assumono nell'ambito dei piani nazionali di attuazione, pur se alla loro violazione non segue una sanzione. Tali impegni vanno distinti dagli obblighi procedurali stabiliti dalla disciplina sulla PESCO, concentrati in poche disposizioni e relativi in particolare alla predisposizione di piani nazionali di attuazione, alla necessità di aderire ad almeno un progetto tra quelli adottati, alla verifica annuale stabilita dalla CARD. Di conseguenza, il controllo consiste nella verifica dei risultati¹⁴⁵. Si tratta di un controllo politico, che differisce dal controllo del rispetto degli obblighi stabiliti dalle altre politiche dell'UE per cui un'istituzione o uno Stato membro, in caso di inosservanza, possono essere portati davanti alla Corte di giustizia. In questa prospettiva, ad esempio, la disciplina della PESCO non

¹³⁸ Cfr. la cit. decisione 2018/1797/PESC.

¹³⁹ Così G.L. TOSATO, *op. cit.*, p. 20, che fa riferimento all'Agenzia europea per la difesa ma lo stesso concetto è applicabile per analogia alla PESCO.

¹⁴⁰ Sui rischi di frammentazione derivanti dalla *governance* dei progetti PESCO si veda C. NOVI, *L'attuazione della cooperazione strutturata permanente*, cit., p. 385-386.

¹⁴¹ Fatti salvi gli obblighi internazionali assunti nell'ambito della NATO. Numerosi sono gli accordi bilaterali e "mini-laterali" in materia di difesa. Un esempio recente è l'intesa tra Francia e Svezia del 6 settembre 2018 in merito all'"Iniziativa d'intervento europea" avviata dalla Francia e da altri otto Paesi europei a fine giugno 2018. Tale iniziativa sarebbe finalizzata a costituire uno strumento "di reazione a situazioni critiche per la sicurezza e vicine ai confini europei senza l'assistenza della NATO o degli Stati Uniti", sulla quale v. G. NITTI, *Difesa: Finlandia con la Francia in iniziativa d'intervento europea*, in *Affari internazionali*, 6 settembre 2018, reperibile online.

¹⁴² Nelle conclusioni del 13-14 dicembre 2018: "Il Consiglio europeo si compiace dei significativi progressi compiuti nel settore della sicurezza e della difesa, anche per quanto concerne l'attuazione della cooperazione strutturata permanente, il miglioramento della mobilità militare, l'attuazione del programma europeo di sviluppo del settore industriale della difesa e i negoziati relativi al Fondo europeo per la difesa (...)" (punto 11).

¹⁴³ C. SCHNEIDER, *Le réveil d'un tigre de papier*, cit., p. 50.

¹⁴⁴ I progressi compiuti nel primo anno di attuazione della PESCO, anche in termini di concretezza degli obiettivi stabiliti dagli Stati membri, sono stati "accolti con favore" nelle conclusioni del Consiglio del 19 novembre 2018 (punto 9).

¹⁴⁵ Si è correttamente osservato che: "le suivis s'inscrivent dans une ambiance de 'contrôle assoupli'". Così C. SCHNEIDER, *Le réveil d'un tigre de papier*, cit., p. 50.

individua in maniera precisa i comportamenti che potrebbero avere per conseguenza la sospensione di uno Stato membro (né definisce le modalità o i tempi di accertamento di tale comportamento) ai sensi dell'art. 42, par. 4, (che recita al riguardo: "Se uno Stato membro non soddisfa più i criteri o non può più assolvere gli impegni di cui agli articoli 1 e 2 del Protocollo (...)").

Un profilo di particolare rilievo, come si è detto, attiene alla possibilità di accedere alle risorse del bilancio dell'Unione per finanziare i progetti PESCO¹⁴⁶, anche mediante il Fondo europeo per la difesa. Con tale strumento l'Unione intende, tra l'altro, rilanciare l'industria della difesa nonché la ricerca in settori strategici con ricadute positive in termini di opportunità sul mercato interno (considerati in particolare i numerosi materiali e prodotti c.d. *dual use*)¹⁴⁷. La complementarità tra la PESCO e l'EDF, che si iscrive in una logica funzionalista, consente di guardare con un "cauto ottimismo" agli sviluppi futuri, superando almeno in parte le perplessità legate alle dinamiche intergovernative che finora hanno frenato la costruzione della difesa europea¹⁴⁸.

È interessante notare, al riguardo, che la possibilità di richiedere finanziamenti del bilancio UE potrebbe indirettamente coinvolgere la Commissione e il Parlamento europeo nel controllo dell'esecuzione del bilancio dei progetti interessati, creando uno spiraglio per l'affermazione del metodo comunitario nel contesto intergovernativo. Occorre precisare che le regole di *governance* dei progetti, nell'attribuire agli Stati membri margini di scelta della disciplina del singolo progetto lasciano aperta questa possibilità almeno in due ipotesi distinte. Innanzitutto gli Stati partecipanti hanno la facoltà di modificare la regola dell'unanimità nelle decisioni nell'ambito della *governance* dei singoli progetti¹⁴⁹. Inoltre, la disciplina in parola stabilisce che gli Stati partecipanti possano decidere di associare la Commissione europea ai lavori del gruppo ristretto, senza peraltro specificare meglio. Si introduce anche, sia pure secondo modalità ancora da definire, l'eventuale partecipazione di Stati membri con lo *status* di osservatori¹⁵⁰, di ulteriori Stati membri, nonché di Stati terzi¹⁵¹.

¹⁴⁶ Come stabilito dall'art. 8, par. 1, le spese amministrative delle istituzioni derivanti dall'attuazione della decisione in parola sono a carico del bilancio dell'Unione. Diversamente: "Le spese operative derivanti da progetti intrapresi nel quadro della PESCO sono sostenute principalmente dagli Stati membri che partecipano a un singolo progetto. Tali progetti possono ricevere contributi provenienti dal bilancio generale dell'Unione, nel rispetto dei trattati e conformemente ai pertinenti strumenti dell'Unione" (art. 8, par. 2).

¹⁴⁷ In questa prospettiva, non è superfluo rilevare l'attenzione riservata alla difesa anche nell'ambito delle risorse finanziarie individuate per il prossimo periodo di programmazione 2021-2027, basti menzionare lo strumento Connecting Europe Facility il quale riserva finanziamenti specifici per la mobilità militare. Al riguardo, particolare rilievo assume la Joint Communication to the European Parliament and the Council on the Action Plan on Military Mobility del 28 marzo 2018, JOIN(2018)5 fin.

¹⁴⁸ I limiti della disciplina della PESCO, primo fra tutti la centralità della volontà degli Stati, che rischiano di compromettere le possibilità di successo di tale strumento, deludendo le aspettative degli Stati più desiderosi di compiere passi decisivi verso una autonoma ed effettiva difesa europea, sono stati evidenziati da C. NOVI, *L'attuazione della cooperazione strutturata permanente*, cit., p. 384 ss. e specialmente p. 386.

¹⁴⁹ La stessa possibilità è contemplata nella disciplina sulle cooperazioni rafforzate. Cfr. G.L. TOSATO, *Asimmetrie e dilemmi istituzionali tra UE ed Eurozona: la UE a due velocità*, in *Prove di Europa unita*, cit., pp. 315-316.

¹⁵⁰ In argomento, si veda S. CAFARO, *Status di membro di una organizzazione internazionale e altre modalità di partecipazione*, in P. PENNETTA S. CAFARO, A. DI STASI, I. INGRAVALLO, G. MARTINO, C. NOVI, *op. cit.*, p. 190.

¹⁵¹ L'adozione di una decisione che stabilisca l'invito e definisca le condizioni di partecipazione degli Stati terzi è attesa con interesse "il più presto possibile" come emerge dalle conclusioni del Consiglio

Un cenno infine alle prospettive, con una proposta. La decisione 2018/909/PESC esplicita che: “Le forze e capacità sviluppate nell’ambito di un progetto PESCO possono essere usate singolarmente dai membri del progetto o, se del caso, collettivamente, nel contesto delle attività assunte dall’Unione europea nonché dalle Nazioni Unite, dalla NATO o da altri contesti” (art. 8)¹⁵². La norma si iscrive pienamente nella logica della PESCO le cui finalità sono appunto quelle di sviluppare le capacità di difesa dell’UE, facendo ricorso alla “flessibilità virtuosa”. In quest’ottica sembrerebbe che le forze e le capacità sviluppate nell’ambito di un progetto PESCO siano disponibili all’utilizzo dell’Unione nel suo complesso ai fini delle missioni *Petersberg* (c.d. missioni più impegnative). È lecito tuttavia ipotizzare una chiave di lettura diversa che consenta di interpretare il termine “collettivamente” come riferito all’insieme degli Stati membri che partecipano al gruppo ristretto che ha preso parte all’attuazione del progetto. Nell’ipotesi più restrittiva, gli Stati membri partecipanti si troverebbero in una posizione privilegiata per il migliore utilizzo delle forze e delle capacità messe a punto e quindi, in una logica di “specializzazione”, sarebbero gli Stati meglio attrezzati (si pensi al *know-how* per l’utilizzo di tecnologie militari e ai connessi diritti di proprietà intellettuale, o ai progetti di addestramento) per lo svolgimento delle suddette missioni di cui potrebbero essere incaricati dal Consiglio. Non è scontato peraltro che tali Stati membri manifestino la volontà (quindi la loro disponibilità) in tal senso, volontà che per la natura stessa della PSDC è incoercibile¹⁵³. Va da sé che un’integrazione delle capacità di difesa non potrà che condurre a definire regole decisionali non più vincolate al criterio dell’unanimità.

Abstract

Permanent Structured Cooperation (PESCO): Legal and Institutional Framework for ‘Flexible’ Integration in European Defence

This paper aims to examine permanent structured cooperation (PESCO) established by Decision No. 2315 of 11th December 2017 in the perspective of gradual construction of the ‘European Defence Union’. By analyzing the rules of EU law governing the implementation of PESCO, the present research will provide an appraisal of the main issues like the realization of ‘PESCO missions’, organizational flexibility, and the European defense market. Special attention will be devoted to the flexibility of the PESCO projects which will be presented as an expression of functionalism in the Common Security and Defence Policy (CSDP). The analysis must necessarily take into account the difficulty of drawing definitive conclusions about a phenomenon in progress.

del 19 novembre 2018 (punto 12). Il Consiglio al riguardo osserva che tale partecipazione dovrebbe “apportare un sostanziale valore aggiunto ai progetti in ambito PESCO, contribuire al rafforzamento della PESCO stessa e della PSDC”.

¹⁵² Decisione 2018/909/PESC, art. 8, relativo a Uso delle forze e capacità sviluppate.

¹⁵³ Al riguardo va ribadito quanto argomentato *supra* al par. 5 in merito alla correlazione tra proposta e partecipazione a determinati progetti e interessi di natura strategica (o in senso lato geopolitica) nei vari contesti in cui si realizzano le missioni dell’UE.



Note e Commenti

Angelo Davì*, Alessandra Zanobetti**

Il nuovo regolamento UE 2019/1111 e la circolazione di separazioni e divorzi nello spazio giudiziario europeo

SOMMARIO: 1. La rifusione del regolamento 2201/2003: il nuovo regolamento 2019/1111. – 2. Il mantenimento nel nuovo strumento dei criteri di giurisdizione relativi alla materia matrimoniale preesistenti. – 3. La nozione di “materia matrimoniale” e la questione dei matrimoni *same-sex*. – 4. Il frazionamento della regolamentazione della disunione coniugale e della disciplina delle sue conseguenze di carattere economico e relative alla responsabilità genitoriale. – 5. La circolazione delle decisioni, degli atti pubblici e degli accordi in materia matrimoniale. – 6. La circolazione degli atti pubblici e degli accordi di separazione o di divorzio contenenti disposizioni relative alla responsabilità genitoriale e il diritto d’ascolto del minore.

1. Il 25 giugno 2019 il Consiglio dell’Unione europea ha adottato il regolamento 2019/1111 relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale e alla sottrazione internazionale di minori. Il nuovo atto – che, essendo destinato a sostituire il regolamento 2201/2003, c.d. *Bruxelles II-bis*, potrebbe essere denominato “*Bruxelles II-ter*” – si applicherà a partire dal 1° agosto 2022 in tutti gli Stati membri dell’Unione, eccetto la Danimarca. Alla sua adozione ha partecipato anche il Regno Unito, nei cui confronti l’atto perderebbe ovviamente efficacia in caso di “Brexit”.

L’adozione del nuovo atto è stata allo studio per molti anni. Poiché la materia rientra nel diritto di famiglia, si è naturalmente reso necessario seguire la speciale procedura legislativa stabilita al riguardo dall’art. 81, par. 3, TFUE, che richiede il voto unanime dei membri del Consiglio, preceduto dalla consultazione del Parlamento europeo: di conseguenza, data la difficoltà di raggiungere l’unanimità degli Stati membri su tutte le questioni che erano state poste in discussione, alcune parti del regolamento relativamente alle quali erano state avanzate proposte di revisione sono, come si vedrà, rimaste immutate¹.

* Ordinario di Diritto internazionale nella Sapienza Università di Roma.

** Ordinario di Diritto internazionale nell’Università di Bologna.

¹ Tra le numerose prese di posizione dottrinali in argomento v. L. CARPANETO, *On the Recast of the Brussels II-bis Regulation’s Regime on Parental Responsibility: Few Proposals de jure condendo*, in I. QUEIROLO, B. HEIDERHOFF (eds.), *Party Autonomy in European Private (and) International Law*, Ariccia, 2015, p. 247 ss.; T.M. DE BOER, *What We Should not Expect from a Recast of the Brussels IIbis Regulation*, in *Nederlands*

Il regolamento appena adottato viene così a costituire un ulteriore tassello nell'opera di "rifusione" degli atti di diritto internazionale privato dell'Unione europea che già ha prodotto l'adozione dello stesso regolamento Bruxelles II-*bis* (rifusione del regolamento 1347/2000), del regolamento 1215/2012 (rifusione del regolamento 44/2001, c.d. Bruxelles I) e del regolamento 2015/848 in materia di procedimenti di insolvenza (rifusione del regolamento 1346/2000). Anche questa recente revisione si basa, come le precedenti, sull'esperienza di applicazione del regolamento destinato ad essere sostituito, nel duplice obiettivo di rendere ancora più efficace un strumento che si è mostrato idoneo a svolgere un ruolo essenziale per facilitare la libera circolazione delle persone e di adeguarlo ai cambiamenti intervenuti negli anni trascorsi dalla sua adozione².

Rispetto al regolamento Bruxelles II-*bis*, il nuovo atto è molto più ampio: il testo passa infatti dai 33 'considerando' e 72 articoli del precedente agli attuali 98 'considerando' e 105 articoli, che lo rendono l'atto di diritto internazionale privato più lungo finora promulgato dall'Unione. Alcune delle modifiche si limitano ad apportare maggiore precisione o chiarezza, mentre altre hanno carattere decisamente innovativo. È aumentato anche il numero dei modelli di certificato allegati allo strumento, destinati a facilitare la circolazione delle decisioni e degli altri atti

Internationaal Privaatrecht, 2015, p. 10 ss.; T. KRUGER, L. SAMY, *Brussels II bis: Successes and Suggested Improvements*, in *Journal of Private International Law*, 2016, p. 132 ss.; M.C. BARUFFI, *La riforma del regolamento Bruxelles II bis e la tutela dell'interesse superiore del minore*, in E. TRIGGIANI *et al.* (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, II, Bari, 2017, p. 1087 ss.; A. BONOMI, *La compétence internationale en matière de divorce: quelques suggestions pour une (improbable) révision du règlement Bruxelles II bis*, in *Revue critique de droit international privé*, 2017, p. 511 ss.; C. HONORATI, *La proposta di revisione del regolamento Bruxelles II bis: più tutela per i minori e più efficacia nell'esecuzione delle decisioni*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2017, p. 247 ss.; M.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *La reforma del Reglamento (CE) n° 2201/2003: análisis de las soluciones propuestas en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones*, in *Anuario español de derecho internacional privado*, 2017, p. 767 ss. Si vedano altresì le ampie analisi contenute nel documento *Study on the assessment of Regulation (EC) No 2201/2003 and the policy options for its amendment*, pubblicato nel maggio 2015 dalla Commissione europea, e nel rapporto *Recasting the Brussels Ila Regulation* del 2016 a cura del Parlamento europeo, PE 571.383, entrambi reperibili *online*.

² Un riesame era previsto dall'art. 65 del regolamento, che affidava alla Commissione europea il compito di presentare al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale una "relazione sull'applicazione del presente regolamento, corredata se del caso di proposte di adeguamento", dapprima entro il 1° gennaio 2012 e successivamente con cadenza quinquennale. Una prima proposta di revisione era stata presentata già nel luglio 2006 – proposta di regolamento del Consiglio, del 17 luglio 2006, che modifica il regolamento (CE) n. 2201/2003 limitatamente alla competenza giurisdizionale e introduce norme sulla legge applicabile in materia matrimoniale, COM(2006)399 def. –, ma, nell'impossibilità di raggiungere il richiesto consenso unanime degli Stati membri, essa era stata abbandonata. Alcuni Stati avevano di conseguenza deciso di avviare una cooperazione rafforzata sulla parte di proposta riguardante la legge da applicare ed avevano così adottato il regolamento 1259/2010 (c.d. Roma III) sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione, cui attualmente partecipano 17 Stati membri; naturalmente quest'ultimo strumento non ha potuto apportare alcuna modifica al regolamento 2201/2003, essendo applicabile ad un limitato numero di Stati. Successivamente la Commissione ha presentato la relazione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, del 15 aprile 2014, concernente l'applicazione del regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000, COM(2014)225 def., cui ha fatto seguito ulteriormente la presentazione della proposta che ha dato inizio all'*iter* di approvazione del regolamento 2019/1111 – proposta di regolamento del Consiglio, del 30 giugno 2016, concernente la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e la sottrazione internazionale di minori (rifusione), COM(2016)411 fin.

e la loro esecuzione, i quali modelli sono ora nove contro i quattro precedenti³. Il nuovo strumento ha lo stesso oggetto e mantiene la stessa struttura di quello che è destinato a sostituire: regola la competenza giurisdizionale e il riconoscimento ed esecuzione delle decisioni e degli atti stranieri relativi alla materia matrimoniale (limitata alla separazione personale, al divorzio e all'annullamento del matrimonio) e alla responsabilità genitoriale (che include il diritto di affidamento e di visita, la tutela, la curatela e istituti analoghi, la designazione e le funzioni di persone o enti aventi la responsabilità della persona o dei beni del minore o che lo rappresentino od assistano, il collocamento del minore in affidamento presso una famiglia o un istituto nonché i provvedimenti sui beni del minore). Le norme destinate ad applicarsi nei casi di sottrazione internazionale di minori, in coordinamento con le regole poste dalla Convenzione dell'Aja del 1980 concernente la materia, hanno ricevuto modifiche ed integrazioni e sono state raggruppate in una nuova sezione; l'importanza che esse hanno avuto nell'esperienza del funzionamento pratico del regolamento Bruxelles II-bis giustifica il riferimento espresso alle medesime ora inserito nel titolo del nuovo regolamento.

L'analisi che verrà svolta nel presente commento si concentrerà essenzialmente sulla materia matrimoniale e darà conto, in particolare, delle novità riguardanti la circolazione degli atti pubblici e degli accordi in materia di separazione personale e di divorzio, forme non giudiziali divenute ammissibili nell'ordinamento italiano a seguito degli interventi legislativi di degiurisdizionalizzazione del 2014 e che rappresentano già ora una percentuale importante dell'insieme delle separazioni e dei divorzi nel nostro Paese⁴.

2. Le novità relative alla materia matrimoniale non riguardano uno degli aspetti che più avevano suscitato discussioni al momento dell'adozione del regolamento Bruxelles II-bis: sono infatti rimasti inalterati i numerosi criteri di competenza giurisdizionale che consentono all'attore – o alle parti nel caso di domanda congiunta – di scegliere fra i giudici del Paese di comune cittadinanza e quelli del Paese in cui almeno uno dei coniugi ha la residenza abituale. In proposito erano state suggerite diverse modifiche, delle quali le più interessanti avevano ad oggetto l'introduzione di una qualche gerarchia fra tali criteri, previsti dal regolamento come meramente alternativi, oppure il riconoscimento ai coniugi della facoltà di concludere accordi di scelta del foro⁵. Poiché nessuna delle proposte effettuate è sembrata raccogliere sufficienti consensi, si è conservata la soluzione attuale che si caratterizza per la sua flessibilità e corrisponde al *favor divortii* cui è ispirato il diritto internazionale privato europeo. Le regole attuali si prestano in effetti ad un ampio *forum shopping*, funzionale alla circolazione delle persone, che possono rivolgersi anche individual-

³ Tali nuovi modelli di certificato riguardano rispettivamente: le decisioni in materia matrimoniale (certificato n. II); quelle concernenti la materia della responsabilità genitoriale e del diritto di visita (n. III e n. V); quelle rese in materia di ritorno del minore, differenziandosi in tal caso in base al fatto che il provvedimento conceda o rifiuti il ritorno e alle norme applicate (numeri I, IV, VI e VII); la circolazione degli atti pubblici e degli accordi in materia matrimoniale (n. VIII) e di responsabilità genitoriale (n. IX).

⁴ Secondo i dati resi noti in proposito dall'ISTAT, la percentuale delle separazioni effettuate in forma non giudiziale è stata di circa il 18% del totale nel 2015 e di circa il 23% nel 2017; quanto ai divorzi, la percentuale di quelli non giudiziali sul totale è stata di oltre il 30% nel 2015, aumentata al 32% nel 2017.

⁵ V. in particolare le proposte di T.M. DE BOER, *op. cit.*, p. 10 ss., T. KRUGER, L. SAMY, *op. cit.*, p. 132 ss., e A. BONOMI, *op. cit.*, p. 516 ss.

mente alle autorità del proprio Paese di residenza ancorché privo di legami con la vita coniugale⁶. Non v'è dubbio che nel caso di divorzi non consensuali il coniuge che non abbia mutato la propria residenza può trovarsi esposto all'applicazione di leggi che non corrispondono alle sue aspettative e, specialmente quando la competenza si basa sulla nuova residenza dell'attore, può essere attirato innanzi a fori che, oltre a non presentare nessun legame significativo con la vita matrimoniale, possono essere per lui di accesso non agevole e quindi poco propizi ad un efficace esercizio dei diritti di difesa; questa situazione è naturalmente atta ad incoraggiare anche la "race to the court"⁷. Inoltre tali disposizioni si basano in buona misura sul criterio di competenza della residenza abituale di uno o di entrambi i coniugi, e cioè su una nozione di fatto che può prestarsi alla creazione di collegamenti fittizi, ed al riguardo effettivamente si constata un frequente ricorso a "fori di convenienza" che in alcuni casi si è tradotto in un vero e proprio "turismo divorzile"⁸.

Ai procedimenti in materia di separazione, divorzio e annullamento aventi carattere internazionale (che nell'Unione europea, secondo le stime della Commissione, sono circa 140.000 all'anno) continueranno pertanto ad applicarsi anche nel vigore del nuovo regolamento i numerosi criteri giurisdizionali del precedente, posti fra loro in alternativa (art. 3 ss. del regolamento 2019/1111). Rimarrà inoltre egualmente inalterata la possibilità del ricorso alle norme interne degli Stati membri (c.d. competenza residua) per i casi in relazione ai quali nessuno Stato membro sia competente sulla base dei criteri uniformi: si tratterà generalmente di procedimenti

⁶ Più precisamente, in caso di domanda congiunta, i coniugi possono scegliere di introdurre la domanda di separazione o di divorzio nel Paese di residenza di uno di loro; se invece la domanda è introdotta da uno solo dei due, per poter adire i giudici della propria residenza è necessario che l'attore vi abbia risieduto per almeno un anno, oppure sei mesi se il Paese è quello di cui ha la cittadinanza (o in cui ha il *domicile* nel caso di Regno Unito e di Irlanda).

⁷ V. già in proposito le osservazioni di A. DAVÌ, *Le renvois en droit international privé contemporain*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 352, 2010, p. 326 s.; inoltre T. KRUGER, L. SAMY, *op. cit.*, p. 142 s.; A. BONOMI, *op. cit.*, p. 514. Nemmeno l'adozione del regolamento 1259/2010, che ha introdotto regole uniformi sulla determinazione della legge applicabile, ha potuto disincentivare il *forum shopping*: e ciò sia perché, come si è detto, si tratta di un atto cui partecipano solo diciassette Paesi membri, sia perché esso consente la scelta della legge applicabile in un ampio ventaglio di possibilità, fra le quali figura anche l'applicabilità della legge del foro. Si produce così nello spazio giudiziario europeo una situazione caratterizzata più dalla concorrenza fra gli ordinamenti degli Stati membri che da una reale armonia.

⁸ L'Associazione avvocati matrimonialisti italiani ha calcolato nel 2014 che nei cinque anni precedenti oltre 8.000 coppie italiane si erano recate in altri Paesi dell'Unione europea per ottenere il divorzio: v. N. BOCCALA, *I turisti del divorzio*, 16 giugno 2014, reperibile *online*. Uno dei principali esempi di "foro di convenienza" è stato costituito dalle giurisdizioni inglesi, che applicano a tutti i divorzi, anche internazionali, la loro legge interna, la quale si distingue per essere particolarmente generosa. Sembra addirittura che si assista ora ad un aumento del numero di cittadini europei che vogliono assicurarsi la giurisdizione inglese relativamente al loro divorzio prima che il recesso del Regno Unito dall'Unione e la conseguente cessazione di efficacia in quel Paese del diritto internazionale privato europeo renda questa ipotesi tecnicamente più complessa: v. K. NAPLEY, *Brexit and the Race to Divorce Courts*, in *Lexology*, 21 gennaio 2019, reperibile *online*. D'altra parte, molte volte l'accertamento del requisito della residenza abituale nel Regno Unito non sembra essere effettuato con particolare rigore: ad esempio, i giudici inglesi hanno pronunciato tra il 2010 e il 2012 ben 179 divorzi di coppie italiane prima di rendersi conto che in tutti questi casi una delle parti figurava come residente sempre allo stesso indirizzo, che fra l'altro corrispondeva ad una casella postale. Nella pronuncia con la quale la Family Court ha dichiarato "null and void" i decreti di divorzio in questione, il presidente della Corte Munby ha osservato, con il ben noto umorismo britannico, che "given the dimensions of the mail box it is clear that not even a single individual, however small, could possibly reside in it" (*Rapisarda v. Colladon*, [2014] EWFC 35). Sicuramente l'introduzione nel nostro Paese delle forme semplificate di separazione e divorzio avrà l'effetto di ridurre le dimensioni di questo fenomeno.

riguardanti coniugi di cui nessuno abbia la residenza abituale in uno degli Stati membri, né che ne possiedano entrambi la cittadinanza, ai quali in Italia continuerà dunque ad applicarsi l'art. 32 l. 31 maggio 1995, n. 218.

3. Una questione controversa riguarda l'inclusione o meno nella "materia matrimoniale", che non è espressamente definita, delle unioni coniugali *same-sex*. Al momento dell'adozione del regolamento Bruxelles II-*bis* solo i Paesi Bassi (dal 2001) e il Belgio (dal 2003) ammettevano il matrimonio tra persone dello stesso sesso e la questione, politicamente molto delicata, non venne all'epoca affrontata; il modello di certificato allegato a quel regolamento indica anzi i coniugi come "moglie" e "marito". Attualmente quattordici Stati membri (fra cui la Danimarca, che però non partecipa ai regolamenti in materia matrimoniale) consentono alle coppie omosessuali l'accesso al matrimonio; negli altri Paesi invece il divieto permane ed in alcuni Stati ha persino rango costituzionale⁹.

Secondo la giurisprudenza costante della Corte di giustizia, le nozioni che delimitano l'ambito di applicazione delle norme europee – in assenza di diversa indicazione nel testo delle stesse – devono ricevere un'interpretazione uniforme al fine di garantirne l'omogeneità di applicazione in tutti gli Stati membri¹⁰. Malgrado il surriferito dato testuale rappresentato dalle diciture del modello di certificato, sembra certo doversi ritenere che la materia matrimoniale non possa non includere anche i matrimoni fra coppie omosessuali¹¹. Il matrimonio costituisce infatti una figura unitaria nel senso che non esistono due distinti istituti che danno vita a regimi paralleli – il matrimonio fra coppie di sesso diverso e quello fra coppie omosessuali – ma si tratta pur sempre di un'unica istituzione: sono soltanto le condizioni alle quali le legislazioni vi sottopongono l'accesso che sono state adattate per consentirne l'apertura alle coppie dello stesso sesso. La correttezza di tale impostazione trova del resto ampia conferma nelle nuove regolamentazioni adottate in proposito in diversi Paesi europei. Così, ad esempio, nei Paesi Bassi – primo Paese non solo dell'Unione, ma

⁹ Ad es., l'art. 46, n. 1, della Costituzione bulgara definisce il matrimonio come un'unione volontaria fra un uomo e una donna con la conseguenza che l'estensione del matrimonio a coppie omosessuali richiederebbe una modifica costituzionale, soggetta a procedure di voto molto rigorose. L'art. 18 della Costituzione polacca contiene una norma simile. In Lettonia il divieto è stato introdotto nella Costituzione nel 2005; invece in Lituania e in Romania tentativi di modificare la Costituzione nella stessa direzione non hanno raggiunto la maggioranza richiesta.

¹⁰ Per una recente riaffermazione del principio, v. la sentenza del 9 novembre 2016, causa C-149/15, *Wathelet*, punto 28: "in forza di una costante giurisprudenza della Corte, dalla necessità di garantire un'applicazione uniforme del diritto dell'Unione discende che, laddove una sua disposizione non rinvii al diritto degli Stati membri per quanto riguarda una determinata nozione, quest'ultima deve essere oggetto, nell'intera Unione europea, di un'interpretazione autonoma e uniforme, da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione stessa e della finalità perseguita dalla normativa in questione".

¹¹ V. le osservazioni di T. KRUGER, L. SAMY, *op. cit.*, p. 135 ss., p. 137; v. altresì, per un'esposizione delle diverse posizioni al riguardo, A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Crisis matrimoniales*, in A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho internacional privado*, II, Granada, 2018, p. 231 s.; una posizione in linea di principio favorevole all'impostazione indicata nel testo è espressa, seppur prudentemente, da W. PINTENS, *Chapter 1: Scope and Definitions*, in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels IIbis Regulation*, Munich, 2017, p. 60 ss.; per opinioni contrarie v. F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, II, *Statuto personale e diritti reali*, Milanofiori Assago, 2016, IV ed., p. 125 ss., e A. BONOMI, *op. cit.*, p. 512 s. Si veda anche l'approccio estremamente cauto del rapporto *Regulation Brussels IIbis, Guide for Application*, p. 5 (pubblicato nel luglio 2018 da un gruppo di studiosi come risultato di una ricerca finanziata dalla Commissione europea e reperibile *online*).

del mondo intero, a consentire alle coppie omosessuali di sposarsi – l'art. 1:30 del Burgerlijk Wetboek stabilisce che il matrimonio può essere contratto da due persone di sesso opposto oppure identico¹²; modifiche legislative analoghe sono state introdotte in Spagna mediante l'aggiunta di un capoverso all'art. 44 del *código civil* effettuata con legge n. 13/2005 nonché in Francia tramite l'inserimento ad opera della legge 2013-404 di un nuovo art. 314 in apertura della sezione "Mariage" del code civil¹³. Lapidaria è poi la sez. 1(1) del Marriage (Same Sex Couples) Act del 2013 inglese, che afferma: "[m]arriage of same sex couples is lawful". Anche la nuova versione del modello di certificato concernente le decisioni in materia matrimoniale che figura in allegato al regolamento 2019/1111 sostituisce la generica e più corretta indicazione "coniugi" alle diciture "moglie" e "marito" impiegate dal modello attuale.

Altra questione è invece la concreta possibilità di ottenere la separazione o il divorzio per i coniugi *same-sex*, la quale dipenderà dalla legge applicabile. L'art. 13 del regolamento 1259/2010 prevede a questo riguardo che le autorità di uno Stato membro partecipante la cui legge "non considera valido il matrimonio in questione ai fini del procedimento di divorzio" non sono obbligate ad "emettere una decisione di divorzio in virtù dell'applicazione del regolamento stesso". In pratica, se in uno Stato membro che partecipa alla cooperazione rafforzata il matrimonio fra persone dello stesso sesso non è considerato valido, quello Stato non è obbligato a concedere il divorzio: questo però non significa che il rapporto in questione non rientri, anche per quello Stato, nella materia matrimoniale oggetto già ora del regolamento Bruxelles II-bis. A ciò si aggiunga che una decisione che rigetti la domanda di separazione o di divorzio non è ammessa – quali che siano i motivi che si trovano a fondamento di essa – a circolare sulla base delle norme europee e non è quindi idonea a costituire ostacolo all'introduzione di altra domanda in un differente Stato membro¹⁴.

¹² "Een huwelijk kan worden aangegaan door twee personen van verschillend of van gelijk geslacht". Cfr. sulla disposizione I. CURRY-SUMNER, *Private International Law Aspects of Homosexual Couples: The Netherlands Report*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 2007, p. 11, il quale sottolinea appunto che "[f]rom a Dutch point of view, there is only one marital institution, which is open to couples regardless of their sex" e ricorda che la giurisprudenza olandese è unanime nel ritenere lo scioglimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso rientrante nell'ambito di applicazione del regolamento 2201/2003.

¹³ Le due regole in questione prevedono rispettivamente che "[e]l matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo" e che "le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe".

¹⁴ In alcuni casi potrebbe prodursi tuttavia una impasse perché i coniugi interessati potrebbero trovarsi nell'impossibilità di trovare un giudice competente e al tempo stesso disposto a pronunciare lo scioglimento del loro legame: v. a questo proposito P. HAMMJE, *Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps*, in *Revue critique de droit international privé*, 2011, p. 300 s.; A. ZANOBETTI, *Divorzio all'europea. Il regolamento UE n. 1259/2010 sulla legge applicabile allo scioglimento del matrimonio e alla separazione personale*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, p. 259 s.; L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, *La cuestión previa de la "existencia de matrimonio" en el proceso de divorcio con elemento extranjero*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2013, n. 2, p. 191; v. altresì J. HILL, M.N. SHÚILLEABHÁIN, *Clarkson & Hill's Conflict of Laws*, Oxford, 2016, p. 428 s., i quali indicano che per casi di questo tipo è stato introdotto un apposito *forum necessitatis* nel diritto inglese: il Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973, schedule A1, par. 2(1)(c), istituisce infatti la competenza dei giudici inglesi per l'ipotesi in cui "the two people concerned married each other under the law of England and Wales" e non vi siano giudici di altri Paesi competenti. Naturalmente è necessario all'uopo considerare come "non competenti" i giudici dei Paesi che semplicemente non riconoscono validità al matrimonio in causa e pertanto non accordano il provvedimento di separazione o divorzio richiesto.

Non rientrano invece nella materia matrimoniale le unioni civili o altre forme di partenariato registrate. In Italia continuerà pertanto a ricevere applicazione ad esse il nuovo art. 32-*quater* sulla competenza giurisdizionale concernente lo scioglimento delle unioni civili, che il d.lgs. 7/2017 ha inserito nella legge di diritto internazionale privato. Qualche dubbio potrebbe peraltro sorgere in relazione al fatto che in Italia, secondo quanto dispone l'art. 32-*bis* della medesima legge, i matrimoni fra persone dello stesso sesso celebrati all'estero dei quali siano parti nostri cittadini producono gli effetti dell'unione civile. Se però si considera che questi rapporti rientrano nella materia matrimoniale e devono quindi reputarsi inclusi nel campo di applicazione del regolamento 2019/1111 (come già ora nel Bruxelles II-*bis*) in virtù del primato e dell'interpretazione autonoma del diritto dell'Unione, si dovrebbe concludere che anche in Italia debba applicarsi allo scioglimento dei medesimi il regolamento (e non il citato art. 32-*quater*) nonostante la cittadinanza italiana di uno o entrambi i *partners* e indipendentemente dagli effetti che il nostro diritto attribuisce per proprio conto alla loro esistenza. La soluzione opposta potrebbe essere accolta soltanto a condizione di ritenere che il riconoscimento di questi matrimoni come produttivi degli effetti delle unioni civili sia da equiparare ad un mancato riconoscimento.

4. Negli anni intercorsi fra l'adozione del regolamento Bruxelles II-*bis* e la sua attuale revisione il legislatore europeo ha adottato altri atti destinati ad applicarsi frequentemente in modo congiunto: oltre al già menzionato regolamento 1259/2010 relativo alla determinazione della legge applicabile al divorzio e alla separazione (ma non all'annullamento del matrimonio, che rimane dunque soggetto alle regole nazionali di ogni Stato membro), sono stati emanati i regolamenti 4/2009 e 2016/1103 sulla giurisdizione, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni e la legge applicabile rispettivamente in materia di obbligazioni alimentari e di rapporti patrimoniali fra coniugi. È evidente che si tratta di questioni destinate nella maggior parte dei casi a venire in considerazione proprio al momento dello scioglimento o dell'affievolimento del vincolo coniugale. Per evitare che la frammentazione della materia abbia come conseguenza il conferimento di competenza ai giudici di uno Stato membro solamente per la disunione dei coniugi e non anche per le questioni accessorie di natura economica, entrambi i citati regolamenti contengono norme finalizzate all'attuazione di un certo grado di coordinamento con i criteri di competenza giurisdizionale fissati dall'attuale regolamento Bruxelles II-*bis*. L'opera di rifusione attuata con il nuovo regolamento ora in esame non ha modificato questo assetto, che continuerà pertanto ad operare senza variazioni.

Un'altra questione che è generalmente trattata congiuntamente alla separazione e al divorzio riguarda l'adozione dei provvedimenti relativi alla responsabilità genitoriale. Le regole sulla competenza giurisdizionale ad emanarli, che la attribuiscono alle autorità del Paese in cui il minore risiede abitualmente (art. 7) oppure a quelle del Paese in cui il minore si trova quando la residenza abituale non può essere determinata o si abbia a che fare con minori rifugiati o sfollati a livello internazionale (art. 11), sono state mantenute, così come sono state conservate le regole sul "trasferimento della competenza" che può essere operato da un giudice a quelli di un altro Stato membro, d'ufficio o su istanza di parte, quando ciò appaia conforme all'interesse del minore (articoli 12 e 13). Il nuovo regolamento sostituisce peraltro alla c.d. "proroga della competenza", che il regolamento Bruxelles II-*bis* consente a

favore dei giudici della separazione o del divorzio qualora sussista l'accordo delle parti, una possibilità di scelta del foro di portata più ampia. In base ad essa "le parti e qualsiasi altro titolare della responsabilità genitoriale" potranno convenire per iscritto di conferire la giurisdizione in materia di responsabilità genitoriale ai giudici di uno Stato membro con cui il minore possieda un "legame sostanziale" (che dovrà essere costituito, in particolare, dalla residenza abituale di almeno uno dei titolari della responsabilità genitoriale oppure dalla cittadinanza o dalla precedente residenza abituale del minore), sempre che ciò sia conforme all'interesse del minore stesso (art. 10). È molto probabile che, come già avviene in applicazione delle norme del regolamento Bruxelles II-bis, le parti utilizzeranno questa facoltà per designare come competenti anche in materia di responsabilità genitoriale i giudici della separazione o del divorzio¹⁵.

5. Il nuovo regolamento non ha modificato neppure le regole che prevedono il riconoscimento automatico delle decisioni in materia matrimoniale e stabiliscono che per l'aggiornamento delle iscrizioni nello stato civile "non è necessario alcun procedimento" (art. 30, par. 2) e ha conservato altresì invariati i motivi che possono giustificare un rifiuto di riconoscimento: contrasto con l'ordine pubblico dello Stato richiesto, mancata instaurazione del contraddittorio in caso di contumacia del convenuto, conflitto con altra decisione resa nello Stato richiesto o ivi riconoscibile (art. 38). Modifiche di considerevole rilievo esso ha invece apportato al conciso art. 46 del regolamento attualmente in vigore, che prevede il riconoscimento automatico in tutti gli Stati membri, alle stesse condizioni stabilite per le decisioni, di atti pubblici ed accordi aventi "efficacia esecutiva nello Stato membro di origine". La nuova disciplina, che verrà esaminata nelle pagine che seguono, risponde principalmente all'esigenza di dare soluzione ai problemi di diritto internazionale privato creati dall'introduzione avvenuta negli anni recenti in alcuni Stati membri, fra cui il nostro Paese, di procedure extragiudiziali per l'ottenimento della separazione personale o del divorzio consensuali.

Dalle informazioni fornite in proposito dagli stessi Stati membri e pubblicate nella pagina *e-Justice* della Commissione europea risulta che, al momento dell'adozione del regolamento Bruxelles II-ter, sette di essi prevedevano forme di separazione o di divorzio non giudiziali: oltre all'Italia, figurano nell'elenco di questi Paesi l'Estonia, la Francia, la Lettonia, il Portogallo, la Romania e la Spagna. Altri Stati – tra i quali, ad esempio, la Finlandia – limitano l'operatività delle forme semplificate alla modifica delle condizioni di divorzio. Ogni Stato segue al riguardo un proprio

¹⁵ Va ricordato in proposito che l'art. 15 della Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, che regola la materia della responsabilità genitoriale in tutti gli Stati membri dell'Unione, prescrive alle autorità competenti di applicare la propria legge interna. La Convenzione adotta così il c.d. *jurisdictional approach*, ritenuto opportuno in una materia nella quale gli aspetti di natura materiale e le regole di procedura e di carattere amministrativo, nonché i relativi controlli, sono così strettamente intrecciati da suggerire di applicare ad essi, per quanto possibile, una unica legge. La Convenzione consente però ai giudici "in so far as the protection of the person or the property of the child requires" di applicare eccezionalmente la legge di un altro Stato "with which the situation has a substantial connection"; nel caso di designazione di un foro diverso da quello del Paese in cui il minore ha la residenza abituale, i giudici resi in tal modo competenti potrebbero quindi ritenere opportuno applicare la legge di quest'ultimo Paese invece della propria.

modello, ma in generale tutte le suindicate procedure hanno in comune l'intervento di un'autorità – generalmente ufficiale di stato civile o notaio – incaricata della redazione del documento in cui si dà atto del consenso degli interessati, o, in altre regolamentazioni, della semplice registrazione dell'accordo di natura privata fra i coniugi, spesso stipulato con l'assistenza obbligatoria di consulenti legali¹⁶. In Italia, come è noto, nel 2014 sono state create due diverse procedure¹⁷. La più semplice di esse prevede che i coniugi concludano innanzi al sindaco, o all'ufficiale di stato civile da questi delegato, un accordo di separazione personale o di scioglimento del matrimonio; l'altra, prescritta in presenza di figli minori, inabili o non autosufficienti, oppure in relazione all'ipotesi che si vogliano contestualmente disporre trasferimenti di carattere patrimoniale, consiste in una convenzione fra i coniugi redatta con l'assistenza di almeno un avvocato per parte, soggetta all'esigenza dell'ottenimento dal procuratore della Repubblica di un nullaosta oppure, qualora vi siano figli, di un'autorizzazione e che deve poi essere trasmessa a cura dei legali delle parti agli uffici di stato civile. Se il procuratore ritiene che l'accordo non sia conforme all'interesse dei figli, è tenuto a negare l'autorizzazione ed a trasmettere il testo di esso entro cinque giorni al presidente del tribunale, che invita le parti a comparire e “provvede senza ritardo”¹⁸.

Per valutare se le separazioni e i divorzi realizzati in queste forme extragiudiziali siano ammessi dalla disciplina attuale a circolare nello spazio giudiziario europeo, si è reso necessario stabilire se sia possibile considerarli come “decisioni”, suscettibili di riconoscimento in tutti gli Stati membri in base all'art. 21 del regolamento Bruxelles II-bis, o, in alternativa, come atti pubblici o accordi “aventi efficacia esecutiva”, che l'art. 46 equipara ai fini della circolazione, alle decisioni.

Secondo la definizione contenuta nell'art. 2 del regolamento, per “decisione” deve intendersi “una decisione di divorzio, separazione personale dei coniugi o annullamento del matrimonio emessa dal giudice di uno Stato membro (...) a prescindere dalla denominazione usata per la decisione, quale ad esempio decreto, sentenza o ordinanza”. Sebbene la definizione contenga un riferimento ad un “giudice”, è però vero che, dato che lo stesso art. 2 equipara al giudice “il titolare di competenze equivalenti a quelle del giudice nelle materie che rientrano nel campo di applicazione del presente regolamento”, il mancato intervento di un “giudice”

¹⁶ In particolare, in Francia il divorzio non giudiziale (introdotto con l. 2016-1547 del 18 novembre 2016) consiste in un “acte sous signature privée contresigné par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire”; il notaio si limita a controllare che siano trascorsi almeno 15 giorni fra la redazione dell'accordo e l'apposizione delle firme da parte dei coniugi ed attesta la veridicità di queste e della data. In Spagna la legge 15/2015 consente la separazione o il divorzio mediante “la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario”; l'atto in questione è di natura pubblica. In Romania l'ufficiale di stato civile o il notaio possono rilasciare un “certificat de divorț”, che ha ugualmente natura di atto pubblico, alle parti che manifestino il consenso allo scioglimento del vincolo. Per approfondimenti v. C. BESSO, M. LUPANO (a cura di), *Separarsi e divorziare senza giudice?*, Milano, 2018.

¹⁷ D.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modifiche nella l. 10 novembre 2014, n. 162, Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile; v. in proposito i commenti di F. DANOVI, *I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, in *Famiglia e diritto*, 2014, p. 1141 ss., e M. SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, *ivi*, 2015, p. 295 ss.

¹⁸ Per la precisazione degli adempimenti spettanti in questa ipotesi al presidente del tribunale, v. Tribunale Torino, decreto 15 gennaio 2015, in *Famiglia e diritto*, 2015, p. 390 ss., con nota di F. TOMMASEO, *Separazione per negoziazione assistita e poteri giudiziali a tutela dei figli: primi orientamenti giurisprudenziali*.

non costituisce di per sé un decisivo ostacolo a far rientrare le forme semplificate di separazione e divorzio nel novero delle decisioni. Il compito di tracciare il confine tra un'attività, sia pure *lato sensu*, giurisdizionale e una semplice attività di natura amministrativa è nondimeno arduo, soprattutto quando, come sopra indicato, è ininfluente l'appartenenza o meno dell'autorità competente ai ranghi degli organi giudiziari: ogni ordinamento conosce infatti molti tipi di provvedimenti o atti di amministrazione pubblica del diritto privato che sono di difficile classificazione, non potendo a questo fine assumere rilievo nemmeno la loro denominazione¹⁹. Nelle forme extragiudiziali di divorzio, l'intervento dell'autorità di volta in volta competente – sindaco, ufficiale di stato civile, notaio – è meramente certificatorio, risolvendosi tutt'al più nella verifica della sussistenza delle circostanze di legge che legittimano il ricorso a queste procedure semplificate; anche l'intervento del procuratore della Repubblica previsto dalla legge italiana è una semplice attività di controllo che si estrinseca nel rilascio di un nullaosta o, al più, di un'autorizzazione concernente i provvedimenti relativi ai figli, e non la disunzione dei coniugi in se stessa²⁰. È vero che in alcune tipologie di separazioni e divorzi giudiziali l'intervento del giudice è sostanzialmente limitato alla recezione della volontà delle parti²¹, ma anche in questi casi oggetto del riconoscimento negli altri Stati è pur sempre il pronunciamento del giudice, di cui il consenso dei coniugi costituisce il presupposto. Nei divorzi extragiudiziali, invece, è la stessa volontà della coppia che è considerata dalla legge, al verificarsi di determinati presupposti, come idonea a modificarne lo *status*, mentre l'autorità si limita ad attestare la veridicità e la data certa dell'atto di consenso dei coniugi o, al più, a confezionarlo in un documento che funge unicamente da *instrumentum*. Nonostante che la Corte di giustizia abbia affermato nella sentenza *Gothaer* che il principio del mutuo riconoscimento deve portare ad attribuire al termine “decisione” un significato ampio e non restrittivo “al fine di evitare, in particolare, divergenze di opinioni in merito all'esistenza di una ‘decisione’”²², non sembra che la nozione possa essere dilatata fino al punto di includervi le separazioni e i divorzi non giudiziali.

La maggior parte dei commentatori, pur convenendo sull'impossibilità di qualificare come decisioni le separazioni e i divorzi extragiudiziali, ritiene tuttavia che ciò non ne impedisca la circolazione nello spazio giudiziario europeo con un regime equivalente, perché sarebbe possibile seguire la via alternativa consistente nel farli

¹⁹ V. già, per un'analisi svolta a proposito dell'efficacia in Italia degli accordi di separazione consensuale omologati e dei “separation agreements” noti ai sistemi giuridici di *common law*, A. DAVÌ, *Separazione personale dei coniugi (dir. internaz. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLI, 1989, p. 1428.

²⁰ A questo proposito cfr. F. DENOVI, *Il processo di separazione e divorzio*, Milano, 2015, p. 869, che nega natura “costitutiva” all'intervento del pubblico ministero.

²¹ V. gli esempi forniti in merito da W. PINTENS, *op. cit.*, p. 56 s.

²² Sentenza della Corte di giustizia del 15 novembre 2012, causa C-456/11, *Gothaer*, punto 28; la pronuncia riguardava la nozione di “decisione” nel regolamento 44/2001. Nella precedente sentenza del 2 giugno 1994, causa C-414/92, *Solo Kleinmotoren GmbH*, punti 17 e 18, la Corte aveva dichiarato che per decisione deve intendersi un provvedimento che provenga da “un organo giurisdizionale che appartiene ad uno Stato contraente e che statuisce con poteri propri su questioni controverse tra le parti”, escludendo nel caso di specie che potesse attribuirsi un siffatto carattere alle transazioni giudiziarie, rivestendo queste “carattere essenzialmente contrattuale, nel senso che il loro contenuto dipende innanzi tutto dalla volontà delle parti”. In tema di divorzio, e specificamente di divorzio consensuale o comunque pronunciato su domanda congiunta dei coniugi, la definizione sopra indicata appare peraltro poco appropriata, dato che in tale ipotesi non vi sono controversie fra le parti.

rientrare nella categoria degli “atti pubblici formati e aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro” e degli “accordi tra le parti” aventi egualmente “efficacia esecutiva” contemplati dall’art. 46 del regolamento, i quali sono per l’appunto ammessi al riconoscimento e all’esecuzione negli altri Stati membri “alle stesse condizioni previste per le decisioni”²³. Anche l’accoglimento di questa soluzione richiede però sicuramente qualche forzatura. Effettivamente le forme di separazioni e divorzi non giudiziali assumono a seconda dei casi natura di atti pubblici o di accordi tra le parti. Tuttavia l’art. 46 si riferisce ad atti e accordi “aventi efficacia esecutiva”, terminologia che appare difficilmente idonea a ricomprendere atti che sono semplicemente destinati ad essere riconosciuti. È d’altra parte chiaro che l’inclusione di separazioni e divorzi extragiudiziali nell’ambito di applicazione dell’art. 46 non poteva essere stata prevista al momento dell’adozione del regolamento. Secondo i principi propri del diritto internazionale privato classico, queste forme di disunione dovrebbero pertanto circolare negli Stati membri – al pari di altri atti quali i matrimoni, i riconoscimenti di maternità o paternità, i mutamenti di nome o di cognome – sulla base della loro conformità alla normativa sostanziale resa di volta in volta applicabile dalle regole di diritto internazionale privato pertinenti²⁴. Si è però invece pragmaticamente sostenuto che l’intervento dell’autorità pubblica previsto per le suddette forme di separazioni e divorzi non giudiziali, conferendo ad essi un crisma di legalità che li rende per lo meno idonei a quella forma di esecuzione in senso ampio che consiste nell’iscrizione nei registri dello stato civile, consentirebbe per questo motivo di ritenerli ricompresi nel regime di circolazione previsto dall’art. 46 del regolamento Bruxelles II-bis²⁵. Il diverso regime che viene ad essere così riservato a separazioni e divorzi extragiudiziali rispetto ad altri tipi di atti ed accordi, ancorché essi pure idonei a modificare gli *status* delle persone interessate, si può forse giustificare per il fatto che in questa materia è stata adottata una disciplina europea uniforme che

²³ Per opinioni che concordano nel qualificare divorzi e separazioni non giudiziali come atti e accordi ammessi alla circolazione *ex art. 46*, v. E. D’ALESSANDRO, *La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio*, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, p. 1286; C. SILVESTRI, *La circolazione nello spazio giudiziario europeo degli accordi di negoziazione assistita in materia di separazione dei coniugi e cessazione degli effetti civili del matrimonio*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2016, p. 1297 s.; A. DEVERS, *Le divorce sans juge en droit international privé*, in *Droit de la famille*, 2017, n. 1, p. 21 ss.; P. HAMMJE, *Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire et le droit international privé. Les aléas d’un divorce sans for*, in *Revue critique de droit international privé*, 2017, p. 151 ss.; K. SIEHR, *Article 22*, in U. MAGNUS, P. MANKOWSKY (eds.), *op. cit.*, p. 264; per una diversa opinione che li considera invece decisioni, v. G. NENCINI, *Il divorzio davanti all’ufficiale dello stato civile per i cittadini stranieri*, in *Lo stato civile italiano*, 2015, n. 3, p. 9.

²⁴ Sui profili di problematicità che presenta oggi questa tradizionale regolamentazione v. però A. DAVI, *Il riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all’estero nella prospettiva di una riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, p. 319 ss.

²⁵ Può notarsi in proposito che l’art. 229-1 introdotto nel c.c. francese dalla l. 2016-1547 del 18 novembre 2016 “de modernisation de la justice du XXI^e siècle”, che disciplina in questo Paese il divorzio non giudiziale, stabilisce per l’appunto che il deposito dell’accordo fra i coniugi nei registri del notaio “donne ses effets à la convention en lui conférant date certaine et *force exécutoire*” (corsivo aggiunto). Tale aspetto sembra essere stato trattato con una certa disinvoltura anche da una parte della dottrina: v. ad es. U. MAGNUS, *Article 46*, in U. MAGNUS, P. MANKOWSKY (eds.), *op. cit.*, p. 383, il quale, pur ammettendo senza difficoltà che alcuni tipi di atti pubblici ed accordi “need not to be enforced but only recognised”, si limita poi ad affermare che per questi atti ed accordi “it must suffice that their contents is capable of being recognised” per rientrare nella previsione dell’art. 46. V. altresì, per una posizione non dissimile, M. PIKA, M.-P. WELLER, *Privatscheidungen zwischen Europäischem Kollisions- und Zivilprozessrecht*, in *IPRax*, 2017, p. 70.

rischierebbe di essere del tutto disattesa qualora tali atti extragiudiziali, che stanno sempre più sostituendo i tradizionali provvedimenti giurisdizionali, non venissero ricondotti nel suo alveo²⁶. Anche l'indicazione offerta dalla Corte di giustizia nella sentenza *Gothaer*, favorevole, come si è visto, ad un'interpretazione non restrittiva delle nozioni impiegate dalle norme di diritto internazionale europeo volta al fine di rendere il più effettivo possibile il principio del mutuo riconoscimento, rappresenta un elemento atto a suggerire l'attribuzione di un significato sufficientemente ampio alla nozione di efficacia esecutiva da permettere di ricomprendervi la semplice idoneità a formare oggetto di iscrizione nei pubblici registri.

La tendenza all'affermazione di questa soluzione ha però fatto sorgere almeno due problemi, entrambi di una certa consistenza. Il primo è rappresentato dall'esigenza di evitare che attraverso di essa si creino condizioni che consentano un diffuso aggiramento dei criteri di competenza giurisdizionale stabiliti dagli articoli 3 ss. del regolamento Bruxelles II-*bis* per la pronuncia delle separazioni e dei divorzi giudiziali. Tali norme hanno, com'è noto, carattere imperativo: l'autorità investita della domanda di separazione o di divorzio deve infatti verificare d'ufficio la propria competenza giurisdizionale e, qualora accerti che la stessa spetta alle autorità di un altro Stato membro, deve dichiarare la propria incompetenza, che non può essere sanata dalla comparizione delle parti, alle quali non è consentito accordarsi sulla scelta del foro. L'ordinata distribuzione della spettanza e dell'esercizio della giurisdizione in materia di separazioni e divorzi che si realizza in questo modo fra gli Stati membri è indubbiamente un presupposto essenziale per il buon funzionamento del regime di riconoscimento automatico che costituisce il cardine del regolamento²⁷. Tuttavia il rispetto di tali regole è attualmente lungi dall'essere assicurato nella messa in atto delle forme extragiudiziali di separazione e divorzio, tanto più che gli Stati membri che le hanno introdotte nei loro ordinamenti sembrano avere del tutto trascurato l'aspetto in questione²⁸.

²⁶ Cfr. al riguardo anche M. PIKA, M.-P. WELLER, *op. cit.*, p. 68 ss.

²⁷ Si vedano sul punto le osservazioni svolte dal Groupe européen de droit international privé in riferimento al regime di circolazione dei divorzi non giudiziali: "le régime du règlement [Bruxelles II bis] repose sur la suppression du contrôle de la compétence indirecte et sur la facilitation de la reconnaissance des décisions en application du principe de confiance mutuelle. Or ce système n'est possible qu'en raison des règles de compétence directe uniformes" (27^e réunion Hambourg, 22-24 septembre 2017, *Compte rendu des séances de travail*, reperibile online).

²⁸ Ad esempio, in Italia i coniugi possono rivolgersi, oltre che al sindaco "del comune di residenza di uno di loro", a quello "del comune presso cui è iscritto o trascritto l'atto di matrimonio" (art. 12 d.l. 132/2014) e quest'ultimo criterio non figura fra quelli contemplati dal regolamento. Per la negoziazione assistita l'art. 6 d.l. 132/2014 dispone a sua volta che l'accordo raggiunto per mezzo di essa è trasmesso al procuratore della Repubblica competente per il rilascio del previsto nullaosta o dell'autorizzazione, e poi, a cura dei legali delle parti, "all'ufficiale dello stato civile del Comune in cui il matrimonio fu iscritto o trascritto". In Francia si è sostenuto al riguardo addirittura che la nuova legge sui divorzi non giudiziali avrebbe trasformato il Paese in una sorta di "Las Vegas des divorces" (così A. BOICHÉ, *Aspects de droit international privé et européen, Dossier "Divorce par consentement mutuel: la réforme!"*, in *AJ Famille*, 2017, p. 57); un gruppo di giuristi francesi ha anzi deciso di presentare alla Commissione europea un reclamo contro il proprio Paese, basato sull'assunto che l'introduzione del divorzio non giudiziale avrebbe comportato violazione degli obblighi europei sotto diversi profili, primo fra i quali proprio la violazione delle regole sulla competenza giurisdizionale poste dal regolamento 2201/2003, alle quali naturalmente non sono soggetti né i coniugi nell'esercizio della loro autonomia privata, né i notai nell'attività di registrazione (C. NOURISSAT, A. BOICHÉ, D. ESKENAZI, A. MEIER-BOURDEAU, G. THUAN DIT DIEUDONNÉ, *Divorce par consentement mutuel: plainte contre la France!*, in *AJ Famille*, 2017, p. 266).

Il secondo problema concerne l'esigenza che le parti, ai fini dell'iscrizione della modifica del loro *status* nei registri dello stato civile degli altri Stati membri, siano messe in grado di esibire un apposito certificato, il cui rilascio per le decisioni è previsto dall'art. 39, ma non è invece contemplato per gli atti pubblici e gli accordi privati. Per ovviare a questa difficoltà in alcuni Stati membri si è nondimeno pensato di conferire ugualmente alle autorità responsabili della registrazione di separazioni e divorzi extragiudiziali la competenza al rilascio del certificato, da redigersi utilizzando il modello previsto dal regolamento per la circolazione delle decisioni: in Italia ha provveduto in tal senso con una nota apposta il Ministero della giustizia, mentre in Francia è stato all'uopo modificato il code de procédure civile²⁹.

Gli articoli 65-68 del regolamento 2019/1111 offrono una risposta puntuale a queste preoccupazioni. Innanzitutto essi confermano che le separazioni e i divorzi extragiudiziali rientrano nell'ambito operativo della normativa europea e sono ammessi a circolare fra gli Stati membri in quanto "atti pubblici" e "accordi". Viene così avallata l'impostazione che ha condotto a ritenere applicabile al riconoscimento delle disunioni del tipo in esame l'art. 46 del regolamento attualmente vigente, di cui il corrispondente art. 65 contenuto ora nel regolamento di rifusione attenua peraltro le esigenze: secondo tale nuova regola è infatti sufficiente che atti pubblici ed accordi producano "effetti giuridici vincolanti nello Stato membro di origine", formula questa certamente meglio adatta a ricomprendere la categoria di atti in questione. L'esplicita precisazione del suddetto requisito porterà, d'altro canto, ad escludere la circolazione di quelle separazioni e di quei divorzi che non siano idonei a produrre effetti giuridici, e specificamente modifiche di *status*, nello Stato membro di origine, offrendo così anche un opportuno chiarimento di alcuni dubbi riguardanti il tema dei "divorzi privati" suscitati dalla recente sentenza emessa dalla Corte di giustizia nel caso *Sahyouni*³⁰.

²⁹ Nella sua nota, diffusa il 23 maggio 2018, il Ministero della giustizia ha indicato che il rilascio di un certificato corrispondente a quello contemplato dall'art. 39 compete all'ufficiale di stato civile innanzi a cui le parti hanno concluso l'accordo di separazione o divorzio e alla procura della Repubblica, o, eventualmente, al presidente del tribunale che abbiano autorizzato l'accordo o rilasciato il nullaosta nel caso di accordi conclusi in sede di negoziazione assistita. In Francia la competenza del notaio che ha proceduto al deposito del divorzio stragiudiziale a rilasciare il certificato è prevista dall'art. 509-3 c.p.c. come modificato nel 2016. Cfr. U. MAGNUS, *op. cit.*, p. 385, il quale suggerisce che le autorità di registrazione utilizzino il modello di certificato previsto per le decisioni, cancellando le diciture non appropriate e sostituendole con altre.

³⁰ Sentenza del 20 dicembre 2017, causa C-372/16, *Sahyouni*. La richiesta di interpretazione pregiudiziale, sottoposta alla Corte dall'Oberlandesgericht di Monaco di Baviera, riguardava l'applicabilità del regolamento 1259/2010 ad un divorzio pronunciato da un'autorità religiosa in Siria. La Corte, dopo aver sottolineato la necessità di coerenza fra l'interpretazione e il funzionamento di detto regolamento e del regolamento 2201/2003, aveva precisato che entrambi gli strumenti erano stati adottati nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia civile e che si doveva pertanto ritenere che essi non si applicassero ai "divorzi privati" ma unicamente ai "divorzi pronunciati da un'autorità giurisdizionale statale, da un'autorità pubblica o con il suo controllo" (punto 49). La Corte aveva così insinuato dubbi sia sulla possibilità di considerare "controllo" dell'autorità la semplice registrazione di un accordo divorzile, sia sulla stessa definizione di autorità pubblica, in particolare con riferimento ai notai, cui la stessa Corte ha più volte negato tale natura (da ultimo nella sentenza del 10 settembre 2015, causa C-151/14, *Commissione c. Lettonia*): cfr., con riferimento al divorzio non giudiziale francese, le osservazioni di A. DEVERS, *Inapplicabilité du règlement Rome III aux divorces privés*, in *Droit de la famille*, 2018, n. 4, p. 55. Gli articoli 65-68 del regolamento Bruxelles II-ter permettono ora di stabilire che la categoria dei "divorzi privati" evocata dalla Corte deve intendersi circoscritta a quelle forme di scioglimento del vincolo coniugale che l'ordinamento statale non considera giuridicamente idonee a modificare gli *status* al suo interno quali, ad esempio, certi divorzi pronunciati da autorità confessionali, che rilevano unicamente sul piano del sentire religioso e dell'identità culturale delle persone che se ne avvalgono

Il successivo art. 66 prevede poi che l'autorità competente (che gli Stati membri devono indicare, con apposita comunicazione, alla Commissione) sia tenuta a rilasciare alla parte che ne faccia richiesta un certificato concernente gli atti pubblici e gli accordi in materia matrimoniale, utilizzando il nuovo modello all'uopo allegato allo strumento. Viene così risolto indirettamente anche l'altro problema sopra segnalato, consistente nel rischio che il ricorso alle forme extragiudiziali di separazione e di divorzio abbia per effetto l'aggiramento delle norme europee uniformi in materia di competenza. Il rilascio del certificato è infatti subordinato dall'articolo in esame alla precisa condizione che lo Stato membro "che ha autorizzato l'autorità pubblica o altra autorità a redigere formalmente o registrare l'atto pubblico o a registrare l'accordo" sia "competente ai sensi del capo II" del regolamento. In questo modo, le regole di competenza giurisdizionale finiscono in pratica per assumere anche il ruolo di regole di competenza c.d. indiretta, poiché il loro rispetto, debitamente attestato dal certificato, opera come condizione per la circolazione nello spazio giudiziario europeo degli atti pubblici ed accordi in materia matrimoniale. D'altra parte, la verifica del rispetto delle regole di competenza incombe pur sempre all'autorità che rilascia il certificato, il cui modello reca nell'intestazione un'avvertenza a tale effetto³¹; si mantiene così intatto il principio fondamentale del sistema che comporta l'assenza di controlli *a posteriori* in sede di riconoscimento.

Le nuove disposizioni precisano altresì i motivi che possono giustificare il rifiuto del riconoscimento degli atti in questione, che sono gli stessi stabiliti per le decisioni, con la sola esclusione del riferimento all'instaurazione del contraddittorio, ovviamente non pertinente.

6. Rimane da segnalare un aspetto fortemente problematico che le separazioni e i divorzi extragiudiziali presentano quando, come avviene in Italia, sono consentiti anche in presenza di figli minori. Il nuovo regolamento disciplina in maniera specifica la circolazione degli atti pubblici e degli accordi in materia di responsabilità genitoriale, che devono rispettare le stesse condizioni poste per la circolazione di quelli di separazione o di divorzio sia quanto all'efficacia vincolante sia quanto al rispetto delle norme sulla competenza giurisdizionale. Al regolamento è allegato un nuovo modello di certificato da rilasciarsi su istanza di parte per la circolazione nello spazio giudiziario europeo degli atti pubblici e degli accordi relativi alla responsabilità genitoriale, in assenza del quale gli altri Stati membri ne devono rifiutare il riconoscimento. Questa limitazione può dare adito a problemi nel caso di disunioni non giudiziali, provocati dal fatto che i relativi atti pubblici e accordi possono contenere disposizioni riguardanti, in particolare, l'affidamento e il diritto di visita, senza che però sia possibile rispettare il diritto ad essere ascoltati dei figli che abbiano raggiunto un grado di maturità all'uopo sufficiente, data l'inidoneità di quelle procedure

com'è stato detto, in assenza "di forme specifiche di ricezione o equiparazione normativa ai corrispondenti atti statali": v. A. LICASTRO, *La questione della riconoscibilità civile del divorzio islamico al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione europea (a margine della pronunzia del 20 dicembre 2017, C-372/16)*, in *Statochiese*, 2018, n. 13, reperibile *online*, p. 1.

³¹ Il testo dell'avvertenza, definita "importante", è formulato nei seguenti termini: "[d]estinato a essere rilasciato, su istanza di parte, solo se lo Stato membro che ha autorizzato l'autorità pubblica o altra autorità a redigere formalmente o registrare l'atto pubblico o a registrare l'accordo è competente ai sensi del capo II, sezione 1, del regolamento, come indicato al punto 2, e se l'atto pubblico o l'accordo ha effetti giuridici vincolanti in tale Stato membro, come indicato al punto 7.5 o 8.4".

semplificate ad assicurare che l'audizione dei minori sia effettuata con le necessarie garanzie. Possono quindi venire disattese le prescrizioni poste al riguardo da varie regole internazionali od europee quali l'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nonché, per l'Italia e per quattordici altri Stati membri dell'Unione, l'art. 3 della Convenzione del Consiglio d'Europa del 1996 sull'esercizio dei diritti del minore, oltre che, nel nostro Paese, dagli articoli 336-*bis* e 337-*octies* del codice civile³².

Si tratta di un fattore di criticità dell'intera regolamentazione di separazioni e divorzi stragiudiziali posti in essere in presenza di figli minori che rischia di comprometterne la possibilità di circolazione. Infatti già l'art. 23, lett. b), del regolamento Bruxelles II-*bis* considera il mancato ascolto del minore come motivo di rifiuto di riconoscimento di una decisione oppure di un atto pubblico o di un accordo che contenga disposizioni riguardanti la sua persona. Il nuovo regolamento 2019/1111, oltre a mantenere all'art. 39, par. 2, il mancato ascolto del minore come motivo di rifiuto di riconoscimento di disposizioni ad esso relative (con l'eccezione dei casi d'urgenza e di quelle che abbiano unicamente ad oggetto i suoi beni), ha anche voluto rafforzare il diritto d'ascolto introducendo in proposito all'art. 21 una nuova previsione specifica che era attesa da più parti. Tale secondo articolo impone, in particolare, che l'audizione del minore si svolga "conformemente al diritto e alle procedure nazionali" e che venga realizzata "direttamente o tramite un rappresentante o un organismo appropriato"³³.

Il mancato rispetto del diritto del minore all'ascolto verrà quindi a costituire, nel vigore del regolamento Bruxelles II-*ter*, un ostacolo difficile da eludere alla circolazione delle disposizioni concernenti la responsabilità genitoriale assunte in assenza di adeguate garanzie. Infatti, onde poter essere riconosciuti negli altri Stati membri, l'atto pubblico e l'accordo dovranno essere, come si è detto, necessariamente accompagnati dal certificato redatto sul modello allegato al testo del regolamento; l'autorità competente dovrà pertanto compilare anche la parte del certificato nella quale si richiede di attestare se il minore cui i provvedimenti si riferiscono era capace di discernimento e, in caso affermativo, se ha avuto la possibilità concreta ed effettiva di esprimere la propria opinione. Le coppie internazionali con figli minori potranno, di conseguenza, incontrare delle difficoltà ad assicurarsi la circolazione delle forme non giudiziali di separazione e di divorzio. Deve dunque auspicarsi che le nuove norme di diritto internazionale privato europeo possano agire nei confronti dei legislatori interni da stimolo a sanare questo fattore di criticità.

³² Secondo F. TOMMASEO, *La tutela dell'interesse dei minori dalla riforma della filiazione alla negoziazione assistita delle crisi coniugali*, in *Famiglia e diritto*, 2015, p. 833, la mancata previsione dell'ascolto del minore "getta ombre sulla stessa legittimità costituzionale delle norme che consentono la separazione e il divorzio stragiudiziale anche in presenza di figli minori, per non avere il legislatore rispettato, come vuole l'art. 117 Cost., 'i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali'". Data l'impossibilità di procedere appropriatamente all'audizione del minore innanzi agli avvocati o al procuratore della Repubblica per l'assenza delle garanzie prescritte dalla legge in materia, un'interpretazione adeguatrice dovrebbe comportare che, ogni volta in cui la convenzione contenga accordi relativi a minori che abbiano compiuto 12 anni o che comunque siano capaci di discernimento, il procuratore della Repubblica debba rifiutare l'autorizzazione affinché il presidente del tribunale proceda egli stesso all'ascolto del minore in applicazione degli articoli 336-*bis* e 337-*octies* c.c.

³³ V. su queste esigenze, con riferimento all'ipotesi in cui la negoziazione dell'accordo fra i coniugi abbia luogo in Italia, A. CARRATTA, *Le nuove procedure negoziate e stragiudiziali in materia matrimoniale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, p. 1292 s.

Abstract

The New Regulation EU 2019/1111 and the Circulation of Legal Separations and Divorces in the European Judicial Area

This article examines the circulation of separations and divorces in the EU Member States in the light of the adoption of the new Regulation 2019/1111, which recasts Regulation 2201/2003 (Brussels II-*bis*). It contains a concise presentation of the new regime, applicable as from 1 August 2022. The analysis focuses in particular on the issues connected with the circulation of non-judicial separations and divorces, which some Member States, including Italy, have recently introduced in their respective legislations. The recast Regulation enacts new rules on the subject that specifically address these issues. However, some concerns remain for the respect of the right of the child to express his or her views in the event of legal separations and divorces executed by way of authentic acts or agreements containing also provisions on parental responsibility.

Pieralberto Mengozzi*

La Corte di giustizia e la trasparenza da assicurare nella conclusione di contratti con i consumatori

SOMMARIO: 1. Il rilievo nel tempo assicurato alla trasparenza sulla scia dello sviluppo della protezione dei consumatori. – 2. L'estensione assunta dall'esigenza di assicurare trasparenza nel quadro della conclusione dei contratti dei consumatori a seguito delle sentenze *Schrems* e *Securitisation*. – 3. La trasparenza formale da assicurarsi in materia secondo la sentenza *RWE Vertrieb*. – 4. La trasparenza sostanziale richiesta dalla sentenza *Kásler e Káslerné Rábai*. – 5. La sentenza *Gutiérrez* della Corte di giustizia, il carattere meno rigido dei criteri per l'accertamento di una violazione della trasparenza sostanziale e l'inasprimento delle sue conseguenze. – 6. *Segue*: la compatibilità di quanto così statuito con l'obbligo previsto per gli Stati membri di far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti dei consumatori. – 7. La sentenza *Zentrale*, le informazioni da fornirsi ai consumatori e la qualificazione di persone anziane come consumatori vulnerabili o medi. – 8. Conclusione.

1. La tutela della trasparenza nei contratti dei consumatori è cresciuta sulla scia dello sviluppo che la protezione di questi ha visto nell'interpretazione del diritto primario e delle direttive relative alla materia che la Corte di giustizia ha posto in essere passando dalla sentenza *Leitner* del 12 maggio 2002¹ (concernente la direttiva 90/314/CEE riguardante i viaggi, le vacanze ed i circuiti “tutto compreso”)² alle sentenze *Mostaza Claro* del 26 ottobre 2006³ (concernente la direttiva 93/13/CEE sulle clausole abusive)⁴ e *Quelle* del 17 aprile 2008⁵ (concer-

* Professore a contratto di Diritto dell'Unione europea nell'Università di Bologna.

¹ Sentenza della Corte di giustizia del 12 marzo 2002, causa C-168/00, *Simone Leitner c. TUI Deutschland GmbH & Co. KG*.

² Direttiva 90/314/CEE del Consiglio, del 13 giugno 1990, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti “tutto compreso”.

³ Sentenza della Corte di giustizia del 26 ottobre 2006, causa C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium SL*.

⁴ Direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993 concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori.

⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 17 aprile 2008, causa C-404/06, *Quelle AG c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*.

nente la direttiva 1999/44/CE su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo)⁶.

Nel caso *Leitner* la Corte di giustizia aveva prestato attenzione al fatto che la direttiva 90/314 mirasse ad eliminare divergenze esistenti tra le legislazioni degli Stati membri e a superare distorsioni di concorrenza tra gli operatori in essi stabiliti e solo in via sussidiaria e molto sintetica si preoccupasse di assicurare una tutela ai consumatori. Nelle successive due sentenze la Corte non ha fatto alcun riferimento specifico alla prima esigenza ed ha, invece, precisato che le direttive da esse considerate sono indispensabili “per soddisfare l’adempimento dei compiti affidati dai Trattati alla Comunità e, in particolare, per l’innalzamento del livello e della qualità della vita al suo interno”.

Sulla scia di questi nuovi atteggiamenti la Corte di giustizia, con riferimento all’obiettivo della direttiva 2008/48/CE⁷ di garantire una tutela effettiva dei consumatori contro una conclusione irresponsabile di contratti che eccedano la loro capacità finanziaria ed a quello della direttiva 93/13 di evitare una loro sottoposizione a clausole abusive, ha precisato che la prima impone al mutuante degli obblighi di informazioni precontrattuali⁸ e l’altra qualifica come di importanza fondamentale per il consumatore le informazioni, prima della conclusione di un contratto, al fine di assicurare la trasparenza in merito alle sue condizioni ed alle relative conseguenze⁹. Dato l’importante rilievo che a questo modo la trasparenza ha marcatamente acquisito quando si sia in presenza di un contratto con un consumatore¹⁰, è cresciuta anche l’importanza che della definizione di tale figura si è venuta a dare nel tempo. Significative al riguardo sono due recenti pronunce che la Corte di giustizia ha reso il 25 gennaio 2018, nel caso *Schrems*¹¹, ed il 2 maggio 2019, nel caso *Arnadottir*¹².

2. Nel primo caso dei giudici austriaci avevano sostanzialmente chiesto se un soggetto che concluda un contratto per avere un servizio per finalità esclusivamente riconducibili alla vita privata, una volta ottenuta notevole esperienza nell’uso di tale servizio, utilizzi il medesimo servizio per fini professionali, perda la qualità di consumatore in quanto, divenuto notevolmente esperto in materia, non sia più

⁶ Direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo.

⁷ Direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE.

⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 27 marzo 2014, causa C-565/12, *LCL Le Crédit Lyonnais SA c. Fesih Kalhan*, punto 43.

⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 21 marzo 2013, causa C-92/11, *RWE Vertrieb AG c. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*, punto 44.

¹⁰ Cfr. al riguardo, ad esempio, R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di Diritto dell’Unione europea*, Torino, 2017, p. 745 ss.; nonché PI. MENGOZZI, *Commento all’art. 169 TFUE (Protezione dei consumatori)*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell’Unione europea*, Milano, 2014, II ed., p. 1528 ss.

¹¹ Sentenza della Corte di giustizia del 25 gennaio 2018, causa C-498/16, *Maximilian Schrems c. Facebook Ireland Limited*.

¹² Sentenza della Corte di giustizia del 2 maggio 2019, causa C-694/17, *Pillar Securitisation Sàrl c. Hildur Arnadottir*.

bisogno di tutela¹³. La Corte ha dato risposta negativa sancendo che l'eventuale erosione nel tempo dell'asimmetria conoscitiva non produce alcun effetto¹⁴.

Nel secondo caso la Corte di cassazione del Lussemburgo, in un caso in cui una persona avente cittadinanza e domicilio in Islanda, richiesta davanti a giudici del Lussemburgo di restituire un prestito di oltre un milione di euro ottenuto da una banca locale, eccepiva la competenza di quei giudici invocando l'applicazione a proprio favore del foro del consumatore. La Corte, con pronuncia del 2 maggio 2019, riprendendo evidentemente l'idea espressa in *Schrems*, ha relativizzato la definizione usualmente data come persona debole: con un ragionamento logicamente non criticabile, ma che a prima vista può parere sorprendente, è arrivata a confermare l'idea espressa dai giudici del procedimento principale secondo cui si deve considerare consumatore un soggetto che, pur avendo concluso un contratto di prestito di più di un milione di euro, l'ha concluso con una banca, cioè con un soggetto certamente meno debole¹⁵. Conseguenza ne è che i giudici islandesi, chiamati a dare seguito a questa pronuncia della Corte di giustizia ed a pronunciarsi sul caso come giudici del foro del consumatore, saranno naturalmente portati ad entrare in gioco a tale titolo ed a procedere tenendone conto. Dovendo allora considerare le ragioni della resistenza della mutuataria alla restituzione del prestito dovranno, per soddisfare l'esigenza di trasparenza che si impone quando si sia in presenza di un contratto dei consumatori, dedicare particolare attenzione alle informazioni fornite al riguardo dalla banca mutuante alla mutuataria al momento della conclusione del contratto.

3. La Corte di giustizia si è espressa con riferimento alla trasparenza che dev'essere assicurata alla conclusione di contratti con i consumatori nei casi *RWE, Kásler e Káslerné, Gutierrez e Zentrale*.

Nel primo caso la Corte si è pronunciata il 21 marzo 2013 a seguito di una richiesta di pronuncia pregiudiziale del Bundesgerichtshof. Il Bundesgerichtshof le aveva chiesto di stabilire se, ai sensi della direttiva 93/13 letta in combinato disposto con la direttiva 2003/55/CE relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale¹⁶, clausole contrattuali standardizzate di modifica dei prezzi di determinate forniture dovessero essere interpretate nel senso che esse, pur non indicando i motivi ed i requisiti di tali modifiche, potessero considerarsi chiare e comprensibili ai sensi della prima direttiva ove assicurino che l'impresa di distribuzione del gas comunichi anticipatamente ai suoi clienti, con un ragionevole preavviso, ogni aumento di prezzo, e questi ultimi abbiano il diritto di recedere dal contratto in caso di rifiuto delle nuove condizioni loro notificate.

¹³ L'avevano fatto sulla base della direttiva 2008/48, citata sopra in nota 7.

¹⁴ Sentenza *Schrems*, punti 39-41. Al riguardo cfr. A. GALIA, *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea specifica la nozione di consumatore*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2018, pp. 625-627.

¹⁵ Sulla problematica, che, peraltro, la Corte di giustizia ha dovuto affrontare sin dagli anni Novanta, relativa all'estensione della nozione di consumatore a persone diverse da persone fisiche, agenti fuori dalla loro attività professionale o commerciale, mi permetto di fare riferimento a PI. MENGOSZI, *La nozione di consumatore, la direttiva CEE 93/13 ed il diritto italiano*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2002, p. 54 ss.

¹⁶ Direttiva 2003/55/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2003, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 98/30/CE.

La Corte di giustizia nel pronunciarsi è partita dal dato che il sistema di tutela posto in atto dalla direttiva 93/13 è fondato sull'idea che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità, rispetto al professionista, che lo induce ad aderire a condizioni predisposte da quest'ultimo senza poter incidere sul loro contenuto. In considerazione di ciò, da un lato, al punto 43, ha evidenziato che la stessa direttiva a) all'art. 5 impone ai professionisti l'obbligo di formulare le clausole in modo chiaro e comprensibile e b) al 20° 'considerando' precisa "che il consumatore deve avere la possibilità effettiva di prendere conoscenza di tutte le clausole del contratto"¹⁷; d'altro lato, al punto 44, ha dato seguito al punto 43 affermando: "difatti, le informazioni, prima della conclusione di un contratto, in merito alle condizioni contrattuali ed alle conseguenze di detta conclusione sono, per un consumatore, di fondamentale importanza"¹⁸.

Iniziando il punto 44 con l'espressione "difatti" e dando così segno di non modificare quanto affermato al punto 43, la Corte non ha fornito l'idea di richiedere in modo deciso informazioni sulle "conseguenze" per il consumatore della conclusione del contratto diverse da quanto può risultare direttamente dalle clausole del contratto. Così, per essa, un contratto poteva, sussistendo tutte le altre condizioni richieste dalla direttiva, risultare abusivo soltanto ove le clausole non risultassero chiare e comprensibili, cioè ove la sua conclusione non fosse caratterizzata da una trasparenza formale.

4. Nel caso *Kásler e Káslerné Rábai*, su cui la Corte di giustizia si è pronunciata il 20 aprile 2014¹⁹, si era in presenza di una clausola contrattuale inserita in un contratto di mutuo espresso in una valuta estera (svizzera) che non aveva costituito oggetto di una trattativa individuale e in forza della quale era consentito alla banca erogante il mutuo di pretendere il rimborso in rate mensili in base al corso di vendita della valuta estera applicabile da quella banca mentre l'importo del prestito erogato era dalla stessa fissato sulla base del prezzo che essa pagava ai clienti che intendevano cederle la stessa divisa (prezzo, questo, che, come accade sempre per le banche, era inferiore). I mutuatari avevano agito in giudizio contro la banca erogante il mutuo sostenendo il carattere abusivo di tale clausola in quanto conferiva a questa un vantaggio unilaterale ed ingiustificato, ai sensi dell'art. 209 del codice civile ungherese. Pervenuta la questione alla Corte di cassazione, questa ha fatto rinvio alla Corte di giustizia domandandole se la nozione di perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, ed i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro, ai sensi dell'art. 4, par. 2, della direttiva 93/13, includa qualsiasi elemento della controprestazione pecuniaria dovuta dal mutuatario, ivi comprese le somme risultanti dalla differenza tra i tassi di cambio applicabili all'atto, rispettivamente, dell'erogazione e del rimborso del mutuo o se soltanto il versamento di un tasso d'interesse nominale.

La Corte di giustizia ha, innanzitutto, richiamato che, anche se, ai sensi del par. 2 dell'art. 4 della direttiva, deve ritenersi in principio esclusa da una valutazione di abusività una clausola contrattuale concernente il rapporto tra il prezzo e la

¹⁷ Sentenza *RWE*, punto 43.

¹⁸ *Ivi*, punto 44.

¹⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 30 aprile 2014, causa C-26/13, *Árpád Kásler e Hajnalka Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt.*

remunerazione ed i servizi o i beni in cambio, questa deve essere sottoposta a tale valutazione qualora non sia formulata in modo chiaro e comprensibile. Superando l'indecisione risultante dalla pronuncia *RWE* ha affermato che le informazioni prima della conclusione di un contratto in merito alle condizioni di questo ed alle conseguenze che ne derivano sono, per un consumatore, di fondamentale importanza²⁰. E, estendendo ulteriormente tale ragionamento, ha statuito che l'art. 4, par. 2, della direttiva 93/13 deve essere inteso nel senso che una clausola contrattuale, come quella di cui al procedimento principale, non deve essere caratterizzata solo da una chiarezza e da una compatibilità formali e meramente grammaticali. Riferendosi, poi, più specificamente, al contratto in questione, ha precisato che quella clausola doveva anche esporre in maniera trasparente il funzionamento concreto del meccanismo di conversione della valuta estera di modo che il consumatore fosse posto in grado di valutare, sul fondamento di "criteri precisi ed intellegibili", le conseguenze economiche che gliene derivavano (cioè gli effetti per il calcolo dei rimborsi e per il costo totale del suo debito). È a questo modo arrivata a concretamente ritenere che nel quadro della conclusione di quel contratto, per "l'importanza fondamentale" che nel caso avevano le informazioni relative alle sue condizioni e alle sue conseguenze, il professionista doveva assicurare il rispetto di un'esigenza di trasparenza sostanziale²¹.

5. Un'ulteriore interpretazione dell'art. 4, par. 2, della direttiva 93/13 si è avuta con la sentenza che la Corte di giustizia ha reso il 21 dicembre 2016 nel caso *Gutiérrez* su una domanda di pronuncia pregiudiziale avanzata da vari giudici spagnoli²². In quel caso essa era stata richiesta di pronunciarsi sulla compatibilità con detta direttiva di una prassi giurisprudenziale spagnola confermata da una sentenza (la 241/2013) del 9 maggio 2013 della Corte suprema secondo cui gli effetti restitutori derivanti dall'accertamento della nullità di clausole di tasso minimo inserite in contratti di mutuo dovevano retroagire non alla data di stipula di quei contratti ma alla data di quell'accertamento.

²⁰ *Ivi*, punto 70.

²¹ Per una sostanziale conferma di questo rilievo cfr. J. FAZEKAS, *The Consumer Credit Crisis and Unfair Contract Terms Regulation – Before and After Kásler*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2017, n. 3, p. 105. Questi, richiamato che la posizione presa dalla Corte di giustizia è stata seguita dalla Corte di cassazione ungherese, a cui si doveva il rinvio nel caso alla Corte di giustizia, ha osservato che la prima, riprendendo puntualmente la pronuncia della seconda, ha affermato che il giudice nazionale, per valutare il carattere abusivo di una clausola di un contratto con un consumatore quale quello in considerazione, ha dovuto prendere in considerazione, da un lato, "the wording of the contract" e, d'altro lato, il "service" che il professionista deve compiere nei confronti di quel consumatore fornendogli informazioni sul concreto funzionamento di meccanismi destinati ad operare nel quadro dell'esecuzione del contratto qualora quel funzionamento non sia immediatamente intellegibile. Un rilievo, secondo cui le informazioni che un professionista deve fornire devono essere in grado di permettere ad un consumatore di prevedere le spese in cui egli può incorrere per l'applicazione di una clausola contrattuale di cui si debba valutare l'abusività, già preso in considerazione al punto 54 della sentenza *RWE*, è stato avanzato nelle conclusioni dell'Avvocato generale Whal nella causa C-26/13. Come indicato sopra, l'idea richiamata dall'Avvocato generale Whal, però, era espressa al punto 44 di quella sentenza in termini molto più tenui ed in un contesto molto meno preciso rispetto a quello in cui è espressa in questa nuova pronuncia.

²² Sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 2016, cause riunite C-154, 307 e 308/15, *Francisco Gutiérrez Naranjo c. Cajasur Banco SAU, Ana María Palacios Martínez c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA), Banco Popular Español SA c. Emilio Irlés López, Teresa Torres Andreu*.

Nel corso della procedura che ha portato alla sentenza *Gutiérrez* la Spagna e le banche intervenute nel giudizio avevano sostenuto che la questione degli effetti prodotti dall'accertamento del carattere abusivo di una clausola contrattuale non era riconducibile all'ambito di applicazione della direttiva 93/13 e, procedendosi alla determinazione di tali effetti, si sarebbe potuto accordare ai consumatori un livello di tutela più elevato rispetto a quello loro dovuto secondo tale direttiva.

Per superare questa osservazione la Corte di giustizia ha richiamato detta sentenza della Corte suprema spagnola con cui questa si è espressa sugli effetti in questione. Ha notato sì che i giudici spagnoli, al pari di quanto essa stessa ha concretamente fatto con la propria pronuncia *Kásler*, hanno ritenuto che l'art. 4, par. 2, della direttiva 93/13 subordina l'esclusione della valutazione dell'abusività di clausole relative all'oggetto principale di un contratto al rispetto non solo della trasparenza formale ma anche di quella sostanziale e quest'ultima deve considerarsi rispettata solo al darsi di informazioni fornite al consumatore prima della stipula del contratto per quanto attiene la portata sia giuridica che economica del suo impegno contrattuale. La Corte suprema spagnola aveva, però, limitato l'obbligo per le banche di restituire le somme indebitamente percepite dal momento dell'adozione della sentenza del 9 maggio 2013 per la ragione che le clausole di tassi minimi non dovevano essere considerate abusive a causa della buona fede degli interessati e del fatto che la retroattività avrebbe causato un grave disturbo all'ordine pubblico economico (con un impatto previsto di almeno 5 miliardi di euro)²³. La Corte di giustizia ha, al contrario, ritenuto che il problema degli effetti dell'abusività non si ponesse affatto dato che le clausole in questione, in ragione della loro non conformità con il principio di trasparenza sostanziale e della grande importanza che il rispetto di questo presenta nel quadro della conclusione dei contratti dei consumatori, ricadevano automaticamente nell'ambito di applicazione dell'art. 6, par. 1, della direttiva 93/13²⁴. Ne ha tratto la conseguenza che: a) esse dovevano essere considerate, in linea di principio, come se non fossero mai esistite; b) si doveva, “in linea di massima, ripristinare, per il consumatore, la situazione di diritto e di fatto in cui egli si sarebbe trovato in [sua], mancanza”; c) “il pagamento [sulla sua base] di somme che si rilevano indebite implica, in linea di principio, un corrispondente effetto restitutorio”²⁵.

6. La Corte, a questo modo, ha escluso che la conclusione a cui è pervenuta contrasti con detto art. 6, par. 1, ai sensi del quale le clausole abusive vincolano il consumatore “alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali”. Ha considerato che, nella fase della conclusione del contratto, ha un'importanza fondamentale il principio del rispetto della trasparenza sostanziale. Ciò le ha permesso di ritenere che le clausole incompatibili con esso siano, “in linea di principio”, nulle in radice (*ab initio*), e non vi sia spazio per l'applicazione delle legislazioni nazionali previsto da detto art. 6, par. 1. L'ha fatto anche coordinando questo articolo con l'art. 7, par. 1, della stessa direttiva secondo cui “gli Stati membri, nell'interesse dei

²³ Sul punto cfr. M.I. FELIU REY, *Il labirinto della clausola “suelo” in Spagna*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2017, p. 215.

²⁴ Sentenza *Gutiérrez*, punto 59.

²⁵ *Ivi*, punto 22. Su di esso cfr. F. MORLANDO, *Gli effetti delle dichiarazioni giudiziali di abusività*, in *Giurisprudenza italiana*, 2018, p. 29 ss.; Ch. MAK, *Gutierrez Naranjo: On Limits in Law and Limits of Law*, in *European Law Review*, 2018, p. 447.

consumatori e dei concorrenti professionali, provvedono a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l’inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori”. Data la natura e l’importanza dell’interesse pubblico sul quale, come risulta dal coordinamento di dette disposizioni, si basa la tutela dei consumatori, a suo avviso il giudice nazionale, ove abbia accertato d’ufficio il carattere abusivo di una clausola, ne può trarre tutte le conseguenze senza però arrivare a rivederne il contenuto e senza eliminare l’effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla sua non applicabilità sin dal momento dell’entrata in vigore del contratto. È, proprio perché questo effetto dissuasivo non deve essere eliminato, che, sempre a suo avviso, il giudice nazionale deve interpretare l’art. 6, par. 1, nel senso sopra indicato²⁶.

7. Si è visto come la Corte di giustizia ha proceduto per soddisfare l’esigenza di assicurare trasparenza sostanziale alle modalità di conclusione dei contratti dei consumatori, richiedendo ai professionisti di dare loro informazioni adeguate. Nel 2019 la Corte di giustizia ha proceduto a soddisfare l’esigenza di assicurare trasparenza sostanziale con la sentenza *Zentrale*²⁷, su richiesta della Corte federale di giustizia tedesca, in relazione all’interpretazione da darsi agli articoli 6, par. 1, e 8, par. 4, della direttiva 2011/83/UE concernente obblighi d’informazione per i contratti a distanza ed i contratti negoziati fuori dai locali commerciali²⁸.

²⁶ Sentenza *Gutiérrez*, punti 58-65. La Corte di giustizia: a) non si è pronunciata sulla perturbazione per gli interessi del sistema di uno Stato già indebolito (interessi particolarmente elevati dato che erano in gioco cifre capaci di ammontare a quanto meno 5 miliardi di euro) e b) come risulta dai punti del precedente paragrafo ha semplicemente affermato che le restituzioni dovevano, “in principio”, avere luogo. In ragione di queste due particolarità avrebbe potuto restare spazio per una continuazione del contenzioso. La Spagna, malgrado questo, con un decreto legge 1/2007 del 20 gennaio 2007 (“De medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo”), in *BOE*, n. 18 del 21 gennaio 2017, p. 5379, ha previsto un sistema stragiudiziale di risoluzione delle controversie, volontario e gratuito, che non precludeva la via giudiziaria, ma impediva, nel tempo di esame del reclamo, di esercitare azioni giudiziali o stragiudiziali. Questo sistema, che implicava il dovere delle banche di istituire al proprio interno un servizio di reclami relativo alle clausole di tasso minimo chiamato a risolvere i casi entro tre mesi, ha determinato una grande insoddisfazione. Di conseguenza il Consejo General del Poder Judicial in via di emergenza ha disposto l’istituzione di 54 *Juzgados de especialización* per risolvere le controversie relative alla materia. Per l’indicazione che anche l’applicazione di questa misura ha incontrato difficoltà perché dal momento della sua entrata in funzione essa richiedeva pronunce su più di 300 domande al giorno cfr. ancora M.I. FELIU REY, *op. cit.*, p. 220. Nella dottrina spagnola (I. CALATAYUD PRATS, *La responsabilidad patrimonial del Estado-Juez por incumplimiento de la obligación de plantear sobre cuestión prejudicial*, in *Revista Aranzadi Unión Europea*, 2017, p. 53 ss.), non si manca di invocare la giurisprudenza comunitaria Köbler e Traghetti del Mediterraneo, sostenendosi che i consumatori colpiti da una sentenza passata in giudicato posteriormente alla sentenza della Corte suprema del 9 maggio 2013, che applichi la limitazione temporale da essa stabilita, devono poter recuperare la totalità dei pagamenti indebitamente effettuati mediante un’azione di responsabilità nei confronti dello Stato-giudice dato che si è prodotta da parte dei suoi organi giurisdizionali una violazione sufficientemente caratterizzata, e questa ha concretato un errore giudiziario causante loro un danno.

²⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 23 gennaio 2019, causa C-430/17, *Walbusch Walter Busch GmbH & Co. KG c. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs Frankfurt am Main eV*.

²⁸ Direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

Nella procedura principale che ha dato luogo a tale richiesta si era in presenza di un caso in cui un'associazione per la lotta contro le pratiche commerciali sleali aveva avanzato un'azione inibitoria in Germania nei confronti di una società di diritto tedesco in merito ad una informativa, relativa al diritto di recesso di consumatori da contratti con essa conclusi, figurante nella pubblicità nei confronti di persone anziane contenuta in opuscoli allegati a vari giornali e riviste. Al fine di decidere sulla compatibilità con il diritto UE di quella informativa la Corte tedesca si è rivolta ai giudici di Lussemburgo chiedendo: a) se fosse compatibile con la direttiva 2011/83 limitare le informazioni al solo richiamo alla sussistenza del diritto di recesso; b) se detta direttiva imponga, prima della conclusione di un contratto a distanza, di allegare, al mezzo di comunicazione all'uopo utilizzato, il modulo-tipo di recesso di cui all'allegato I, parte B, della stessa direttiva.

Nelle conclusioni che ha presentato nel caso il 20 settembre 2018, l'Avvocato generale Tanchev ha evocato che “mezzi pubblicitari prodotti nelle forme tradizionali di comunicazione, come nel caso del procedimento principale, sono spesso diretti a gruppi della società, come gli anziani, che non sono soliti ricorrere ad internet per accedere ai termini aggiuntivi del contratto proposto”²⁹.

In linea con questo rilievo l'Avvocato generale, da un lato, ha suggerito alla Corte di affermare che, in presenza di una scelta da parte del professionista di un mezzo di comunicazione a distanza che consente uno spazio o un tempo limitato per visualizzare le informazioni, gli articoli 8, par. 4, e 6, par. 1, della direttiva 2011/83 ostano a che le informazioni sul diritto di recesso siano limitate ad un richiamo all'esistenza di tale diritto. D'altro lato, le ha indicato di statuire che il professionista, con riferimento a contratti del genere, rispetti, come evidenziato dal 34° ‘considerando’ della direttiva, l'esigenza di una trasparenza sostanziale nel quadro in cui avviene la loro conclusione tenendo in considerazione le esigenze specifiche delle persone in questione e a tal fine non allegghi al testo di tali contratti il modulo tipo di recesso previsto dalla direttiva per la difficoltà che persone anziane, particolarmente vulnerabili³⁰, hanno di utilizzarlo dato che implica l'uso di internet.

La Corte di giustizia non ha prestato attenzione a questa indicazione. Ha solo considerato che alle esigenze di quelle persone si debba attribuire rilievo in ragione della loro qualità di consumatori medi e lo ha fatto senza riprendere un'altra posizione secondo cui alcune di esse devono usufruire di un regime di informazione specifico diverso da quello di altre, in ragione di loro particolari esigenze³¹.

Con riferimento ad un contratto del tipo di quello in questione e qualora questo preveda un diritto di recesso, ha affermato che: il professionista è tenuto a fornire al consumatore, sul mezzo in questione e prima della conclusione del contratto, le informazioni relative alle condizioni, al termine ed alle modalità di esercizio di tale diritto; spetta al giudice nazionale verificare se, in considerazione dello spazio e del

²⁹ Conclusioni *Zentrale*, punto 73.

³⁰ Per l'identificazione di una categoria di consumatori vulnerabili cfr. V. RUBINO, *L'evoluzione della nozione di “consumatore” fra tutela dei diritti delle persone, economia collaborativa e futuro del mercato interno dell'Unione Europea*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, I, Bari, 2017, p. 365.

³¹ C. PONCIBÒ, *Il consumatore medio*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2007, p. 734; N. ZORZI GALGANNO, *Il consumatore medio ed il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, *ivi*, 2010, p. 586; *Id.*, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2012.

tempo occupati dalla comunicazione e delle dimensioni minime del carattere tipografico che sarebbero appropriate per un “consumatore medio” destinatario di tale comunicazione, tutte le informazioni di cui all’art. 6, par. 1, della direttiva 2011/83 possano essere oggettivamente presentate nell’ambito di quella comunicazione; e, in caso positivo, “tale professionista deve fornire al consumatore il modulo tipo di recesso di cui all’allegato I, parte B, della suddetta direttiva attraverso un’altra fonte [quale, evidentemente, internet] in un linguaggio semplice e comprensibile”.

La contrapposizione che a questo modo si è manifestata tra la Corte ed il suo Avvocato generale, per quanto concerne il modo in cui deve essere assicurata la trasparenza sostanziale nel quadro della conclusione di contratti a distanza con i consumatori riguarda solo la trasmissione del modulo tipo di recesso che la prima ha ritenuto parte delle informazioni che devono essere necessariamente fornite ai sensi dell’art. 6, par. 1. Ciò a differenza dell’Avvocato generale, il quale con riferimento agli stessi contratti da concludersi con persone anziane, ha escluso la possibilità di trasmettere moduli del genere ritenendo, così, che la trasparenza in questione possa implicare anche obblighi di non fare.

Non si può non rilevare che la posizione presa dalla Corte è molto significativa in quanto costituisce una registrazione del passo in avanti che essa ha fatto, con riferimento all’attribuzione di rilievo alla tecnologia, per soddisfare l’esigenza che i consumatori parti ad un contratto vi partecipino come consumatori avvertiti. È vero che in molte proprie pronunce dedicate alla tutela dei consumatori i giudici di Lussemburgo hanno fatto riferimento alla tutela del consumatore medio, ma stupisce che essa non abbia speso alcuna parola rispetto al rilievo avanzato ai punti 73 e 74 delle conclusioni dell’Avvocato generale, secondo cui dal 34° ‘considerando’ della direttiva 2011/83 risulta che la tutela di gruppi della società, come gli anziani, “costituisce uno degli obiettivi della direttiva in parola”³². Essi avrebbero dovuto farlo anche se, ad esempio, nelle sentenze *Estée Lauder* del 13 gennaio 2000³³ (relativa all’applicazione della direttiva 84/450/CEE in materia di pubblicità ingannevole e comparativa) e *Mediaprint* del 9 novembre 2010 (concernente la direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che ha modificato, la direttiva 84/450)³⁴, hanno precisato che gli organi giurisdizionali e le autorità nazionali devono esercitare la loro facoltà di giudizio per determinare la reazione tipica del consumatore medio nella fattispecie.

Nel caso in questione si deve escludere, però, che essi, dato che hanno utilizzato l’espressione consumatore medio in contrapposizione all’Avvocato generale e per escludere la risposta concreta che questi aveva loro suggerito di dare alla Corte federale suprema tedesca, l’abbiano utilizzata in tal senso.

³² E che, secondo l’Avvocato generale, tale obiettivo costituisca un obiettivo specifico, e quindi non trascurabile, in ragione della generale giurisprudenza in materia di tutela dei consumatori, lo si può anche evincere dal fatto che egli aggiunge che nella sua seconda frase il ‘considerando’ della direttiva 2011/83, come già visto, precisa che “il professionista dovrebbe tenere in considerazione le esigenze specifiche di consumatori che sono particolarmente vulnerabili a motivo della loro inferiorità mentale, fisica o psicologica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista può ragionevolmente prevedere”.

³³ Sentenza della Corte giustizia del 13 gennaio 2000, causa C-220/98, *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG c. Lancaster Group GmbH*.

³⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 9 novembre 2010, causa C-540/08, *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG c. “Österreich”-Zeitungsverlag GmbH*.

8. L'evoluzione che la Corte di giustizia ha contribuito a dare all'assicurazione del rispetto del principio di trasparenza nel quadro della conclusione dei contratti con i consumatori, come può risultare dall'analisi di cui sopra, è stata lenta ma costante. Si è passati da un'affermazione di quel principio come un principio di trasparenza prima formale, nella sentenza *RWE*, e poi sostanziale, nella sentenza *Kásler e Káslerné Rábai*. A questo primo sviluppo un altro più radicale è seguito con la sentenza *Gutiérrez*, in cui la Corte di giustizia è stata invitata ad esprimersi da giudici spagnoli desiderosi di rovesciare una consolidata giurisprudenza confermata da una pronuncia della propria Corte suprema che, pur applicando in materia un principio di trasparenza sostanziale la cui violazione implicava la nullità di contratti con i consumatori di mutui con tassi minimi, ne aveva limitato nel tempo gli effetti, in ragione della buona fede delle parti contrattuali e di esigenze di interesse economico del Paese. La Corte di giustizia, prendendo posizione sul caso, non ha condiviso questa giustificazione, arrivando a ritenere che in principio quel contrasto debba dare luogo a conseguenze ben più radicali. L'ultima evoluzione, avutasi con la sentenza *Zentrale*, è non meno importante in quanto segna l'apertura della Corte a tener conto in materia degli sviluppi della tecnologia ammettendo il recesso da contratti a distanza, anche per persone anziane, tramite internet. Si tratta di una conclusione che può essere discussa. Sarà interessante vedere in quale misura sarà confermata.

Abstract

The Court of Justice and the Transparency to Be Assured in the Consumer Contracts

The paper deals with the evolution of the principle of transparency in the case law of the Court of Justice related to the unfairness of clauses of consumer contracts. It illustrates how the Court has moved from requiring for formal transparency of contractual clauses in relation to the plain and intelligible nature of the drafting to demanding a substantive transparency linked to the adequacy of the information concerning the extent, both legal and economic, of the consumer's contractual commitment. Subsequently the paper illustrates the consequences drawn by the Court of Justice from the fundamental importance of this development with reference to the restitutory effects of a judicial declaration of unfairness and to the communication to the consumer part to a distance contract of a model withdrawal form to be used throughout internet.

Luca Pantaleo*

The Autonomy of the EU Legal Order and International Dispute Settlement in the Wake of Opinion 1/17

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The background of Opinion 1/17, or how the link between autonomy and international dispute settlement came about. – 3. The solution adopted in CETA (and similar agreements): the 'internalization model'. – 4. An overview of the ECJ's main findings. – 5. An appraisal of the ECJ's main findings and their implications. – 6. Conclusions.

1. Opinion 1/17 is the last one of a wave of Opinions in which an international dispute settlement mechanism has come under the scrutiny of the Court of Justice (ECJ)¹. In this much awaited decision, the ECJ has given the green light to the so-called Investment Court System (hereinafter: ICS) established by the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) concluded between the EU and the Member States, of the one part, and Canada, of the other part². At the request of Belgium, the ECJ was called upon to rule on the compatibility with EU law of the ICS in relation to three main issues: a) the principle of autonomy of the EU legal order, b) the principle of equal treatment and of effectiveness of EU law, and c) the right to access to an independent tribunal in accordance with the Charter of Fundamental Rights³. The Court has found the ICS to be compatible with EU law in connection with all the issues raised by the requesting Member State. This article, however, will focus exclusively on the first point.

As is well known, the failure to comply with the requirements prescribed by the autonomous nature of the EU legal order has been at the epicentre of the rejection

* Senior Lecturer in International and European Law, The Hague University of Applied Sciences. The author would like to thank Fabienne Ufert for her precious assistance in the preparation of this article, Prof. Paolo Palchetti for his valuable comments on an earlier draft, as well as an anonymous peer reviewer for his/her extremely valuable feedback. The author is also grateful to the Lectorate 'Multilevel Regulation' of The Hague University of Applied Sciences for the financial support that has made this research possible. The usual disclaimer applies.

¹ ECJ Opinion 1/17 of 30 April 2019.

² An overview of the agreement and the official text are available here: ec.europa.eu.

³ A summary of the doubts expressed by this Member State is provided in the Opinion, paras 46-69.

of other dispute settlement mechanisms scrutinized by the ECJ over the years⁴. Even though the precise contours of the principle of autonomy were not – and still are not – clearly defined, the need to safeguard the ‘essential characteristics’ of the EU legal order – i.e. its autonomy – proved to be an insurmountable obstacle in the past.

A common finding that has characterised virtually all ECJ’s decisions concerning the participation of the EU in international dispute settlement is the need to ensure that the mechanisms to which the EU has subscribed do not issue binding interpretations of EU law, particularly in relation to the internal division of powers between the EU and the Member States. As it will be seen in this article, CETA laid down a system of tailor-made rules aimed precisely at tackling this problem⁵. Because of the rejection of previous dispute settlement mechanisms on the part of the ECJ, and the resulting attempt of EU institutions to devise *ad hoc* rules in order to accommodate its case law, Opinion 1/17 was widely regarded as a sort of showdown. The (present and future) ability of the EU to successfully take part in international dispute settlement seemed to depend on it.

This article will provide an overview of the principle of autonomy and of the role it has played in the relevant decisions of the ECJ concerning the participation of the EU in international dispute settlement (Section 2). It will then turn to the analysis of the procedural rules contained in CETA as regards the settlement of disputes (Section 3). After that, it will examine the findings of the ECJ in Opinion 1/17 (Section 4) with a view to assessing its impact and broader implications, including outside the field of investment disputes (Section 5). It will then try to present some general conclusions (Section 6).

2. The request for an opinion concerning the compatibility of the ICS with EU law was submitted by Belgium on 7 September 2017. It was the result of a compromise reached at political level between the Belgian federal government and its constituents, in particular the government of Wallonia – which only agreed to give its green light to the provisional application of CETA on a number of conditions, such as, among others, the submission of a request for an opinion to the Court of Justice⁶. As said above, the request raised three main concerns, of which only one is of interest for the purposes of this article. Namely, the compatibility of the ICS with the principle of autonomy of the EU legal order.

As is well known, the principle of autonomy is not explicitly nor implicitly mentioned in the Treaties. It is a veritable creation of the ECJ, which has resorted to it over the years in a number of cases and for a variety of purposes. To borrow from two prominent scholars, ‘[t]he precise contours of this principle of autonomy remain

⁴ The relevant decisions are ECJ Opinion 1/91 of 14 December 1991; ECJ Opinion 1/09 of 8 March 2011; and ECJ Opinion 2/13 of 18 December 2014.

⁵ A system of rules that I have termed ‘internalization model’ in a monographic study published recently. See L. PANTALEO, *The Participation of the EU in International Dispute Settlement. Lessons from EU Investment Agreements*, The Hague, 2019, p. 99 ff. More details about this model will be provided in Section 3, 4 and 5 below.

⁶ See RTL, *La Belgique se met d’accord sur le CETA: voici le texte de la position belge*, available at the following address: www.rtl.be, where it is stated that ‘La Belgique demandera un avis à la Cour Européenne de Justice concernant la compatibilité de l’ICS avec les traités européens, notamment à la lumière de l’Avis 1/94’.

(...) disputed, and so does its scope⁷. It is beyond the purpose of this article to provide a comprehensive analysis of the main features of this principle⁸. It appears none the less necessary to quickly recall the case law of the Court of Justice in which this principle has been discussed in connection with dispute settlement mechanisms to which the EU has subscribed. This will help the reader to contextualize Opinion 1/17 against its broader background.

In Opinion 1/91, the ECJ was called to assess the compatibility with EU law of the agreement establishing the European Economic Area (EEA). The agreement included an EEA Court vested with the power to settle disputes between the Contracting Parties, namely the EU and its Member States of the one part, and the Member States of the European Free Trade Association (EFTA), of the other part. The agreement was meant to create a systemic link between the two legal orders, that is the EEA and the EU. This was done in two different manners. First of all, the EEA Agreement laid down rules that were textually identical to the provisions of the EU Treaties⁹. In other words, such agreement created a parallel legal order, whose purpose was the extension of EU rules to EEA countries. Secondly, Article 6 of the EEA Agreement stipulated that the provisions of that agreement had to be interpreted in accordance with the corresponding case law of the ECJ, with a view to securing uniformity between developments occurring in the EU legal order with developments in the EEA.

It is against this background that the Court of Justice has resorted for the first time to the principle of autonomy in order to declare the establishment of an international court unlawful under EU law. In particular, the ECJ observed that the power of the EEA Court to interpret the expression ‘Contracting Party’ in order to determine whether it meant ‘the [Union], the [Union] and the Member States, or simply the Member States’ when settling a dispute entailed that the EEA Court would have the power ‘to rule on the respective competences of the [Union] and the Member States as regards matters governed’ by the EEA Agreement¹⁰. This was ‘likely to adversely affect the allocation of responsibilities defined in the Treaties and, hence, the autonomy of the [Union] legal order, respect for which must be assured by the Court of Justice’¹¹. The Luxembourg Court found other aspects of the EEA Agreement to be incompatible with EU law. However, it is not strictly necessary to examine them here¹².

The next decision that is directly relevant for this article is Opinion 1/09, concerning the establishment of a dispute settlement system between the countries – including third countries – that were a party to the European Patent Convention. The

⁷ See J. KLABBERS, P. KOUTRAKOS, *Introduction: An Anatomy of Autonomy*, in *Nordic Journal of International Law*, 2019, p. 2.

⁸ For a thoughtful examination of it see S. VEZZANI, *L'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Riflessioni all'indomani del parere 2/13 della Corte di Giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, pp. 68-116; C. CONTARTESE, *The Autonomy of the EU Legal Order in the ECJ's External Relations Case Law: From the "Essential" to the "Specific Characteristics" of the Union and back Again*, in *Common Market Law Review*, 2017, pp. 1627-1671.

⁹ See ECJ Opinion 1/91 of 14 December 1994, paras 1-29.

¹⁰ *Ivi*, para. 34.

¹¹ *Ivi*, para. 35.

¹² The reader is therefore referred to the relevant literature. See, in particular, B. BRANDTNER, *The 'Drama' of the EEA. Comments on Opinion 1/91 and 1/92*, in *European Journal of International Law*, 1992, pp. 71-86.

text of the agreement (hereinafter: the Draft Agreement) that was put to the Court of Justice provided for the creation of a European and Community Patents Court (hereinafter: the Patent Court) composed of a court of first instance and a court of appeal. According to Article 14a of the Draft Agreement, EU law was part of the law applicable to disputes settled by the Patent Court. This included the body of the relevant sectoral EU secondary legislation. In practice, the said court would have the power to interpret and apply a big chunk of EU law, which would clearly amount to a violation of the ECJ's monopoly. This aspect did not escape the framers of the Draft Agreement, who included a provision enabling the Patent Court to request a preliminary ruling '[w]hen a question of interpretation of the [Treaties] or the validity and interpretation of acts of the institutions of the European [Union] is raised' in a dispute pending before it¹³. In this manner, the framers thought they had overcome concerns over the uniform interpretation and application of EU law guaranteed by the ECJ.

The Court of Justice, however, came to a different conclusion. By referring to its previous case law, the Luxembourg Court emphasized that the Treaties created a new legal order, whose essential characteristics are the primacy of EU law over the law of the Member States, and the direct effects of EU law provisions¹⁴. The Court continued adding that as a matter of principle, the EU competence in the field of external relations necessarily entails the power to submit itself to the decisions of a court created by an agreement to which the Union is a party, whose jurisdiction was confined to settling disputes based on the interpretation or application of the actual provisions of the international agreement concerned¹⁵. On the contrary, so reasoned the ECJ, the Patent Court had the power to directly interpret and apply EU law as a source of law applicable to the disputes put before it. Despite the existence of an obligation to make preliminary references, the non-availability of the infringement procedure to remedy possible erroneous interpretations of EU law committed by the Patent Court in the exercise of its jurisdiction resulted in the alteration of 'the essential character of the powers which the Treaties confer on the institutions of the European Union and on the Member States and which are indispensable to the preservation of the very nature of European Union law'¹⁶.

In summary, the main argument that militated against the compatibility of the jurisdiction of the Patent Court with the autonomous nature of the EU legal order was the fact that such court could issue binding interpretations of EU law, which could deviate from the uniform interpretive standards ensured in the EU legal order by the system of remedies offered by the EU judicial system¹⁷. Even though

¹³ See Article 48 of the Draft Agreement, whose text is reproduced in ECJ Opinion 1/09 of 8 March 2011, para. 12.

¹⁴ *Ivi*, para. 65. The language used in this sentence is a somewhat classical autonomy reasoning.

¹⁵ *Ivi*, paras 74-77.

¹⁶ *Ivi*, para. 89.

¹⁷ It should be noted that in this decision the ECJ put a lot of emphasis on the link existing between the need to ensure and enforce individual rights as guaranteed by EU law, the preliminary ruling mechanism and the infringement procedure. For a thoughtful examination of these aspects see R. BARATTA, *National Courts as 'Guardians' and 'Ordinary Courts' of EU Law: Opinion 1/09 of the ECJ*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2011, pp. 297-320, especially at p. 307 ff. These issues, however, are not directly relevant to the analysis offered in this article, given that differently from the Patent Court, the ICS will not have jurisdiction to apply and interpret individual rights as conferred by EU law other than those conferred by CETA.

Opinion 1/09 is certainly not immune from criticism, it did confirm that the Court of Justice was more inclined to give its green light to a dispute settlement that is totally extraneous to the EU legal order rather than one that had a direct (as did the Patent Court) or indirect (as did the EEA Court) link with it¹⁸. The *dictum* mentioned above seemed to contain a clear indication that insofar as an international dispute settlement applied and interpreted only the rules of the international agreement on the basis of which it had been established, questions concerning the interpretation of EU law would simply not arise.

The third and final decision relevant for the purposes of this article is Opinion 2/13 concerning the envisaged accession of the EU to the European Convention of Human Rights (ECHR). This is a very lengthy and complex decision, in which the Court of Justice has put forward a number of bases on which to ground the rejection of the Draft Accession Agreement (DAA). Most of these grounds fall beyond the limited scope of this article¹⁹. The analysis will therefore focus on the one aspect that is directly interrelated with what the ECJ has stated in Opinion 1/91 and 1/09. Namely, the issue concerning how the so-called co-respondent mechanism included in the DAA would have allowed the European Court of Human Rights (hereinafter: the ECtHR) to interpret EU law, and in particular the division of powers as fixed by the Treaties, in breach of the monopoly of the Court of Justice itself.

It must be recalled that Article 3 of the DAA laid down a complex system of rules relating to the two separate but intimately interdependent problems concerning the attribution of respondent status, on the one hand, and allocation of responsibility in the context of a dispute, on the other hand. Without going too much into the procedural details, the co-respondent mechanism essentially allowed the EU to become co-respondent in a dispute brought against a Member State, and vice versa. The mechanism could be triggered either by the EU and the Member States themselves, or upon a non-binding invitation of the ECtHR²⁰. In addition, in accordance with Article 3(7) DAA, responsibility in case of co-respondency was to be attributed

¹⁸ This is clearly not to say, however, that an international court must necessarily be totally extraneous to the EU legal order for it to be compatible with such legal order. This is demonstrated by the main features of reformed (and renamed) Unified Patent Court. Further on this see R. BARATTA, *The Unified Patent Court – What is the ‘common’ trait about?*, in C. HONORATI (ed.), *Luci e ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale - The EU Patent Protection Lights and Shades of the New System*, Torino, 2014, pp. 101-117.

¹⁹ The reader is therefore referred to the abundant literature that has commented the different aspects of Opinion 2/13. See, among others, E. CANNIZZARO, *Unitarietà e frammentazione delle competenze nei rapporti fra l’ordinamento dell’Unione e il sistema della Convenzione europea. In margine al parere della Corte di giustizia, in Il Diritto dell’Unione Europea*, 2015, pp. 623-635; F. CHERUBINI, *Qualche riflessione in merito alle prospettive di adesione dell’Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo alla luce del parere 2/13 della Corte di giustizia*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2015, pp. 243-272; P. EECKHOUT, *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky*, in *Fordham International Law Journal*, 2015, pp. 955-992; E. SPAVENTA, *A Very Fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union After Opinion 2/13*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2015, pp. 35-56; C. ZANGHÌ, *La mancata adesione dell’Unione europea alla CEDU nel parere negativo della Corte di giustizia UE*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2015, pp. 33-63.

²⁰ For a more detailed examination of the co-respondent mechanism see C. CONTARTESE, L. PANTALEO, *Division of Competences, EU Autonomy and the Determination of the Respondent Party: Proceduralisation as a Possible Way-Out?*, in E. NEFRAMI, M. GATTI (eds.), *Constitutional Issues of EU External Relations Law*, Baden-Baden, 2018, p. 425 ff.

jointly to the respondent and the co-respondent parties, unless the ECtHR decided otherwise. This rule was deemed necessary to avoid that the Strasbourg Court could make determinations concerning the internal division of competences between the EU and the Member States²¹.

The Court of Justice, however, was of a different opinion. It found that the mentioned rules contained in the DAA empowered the ECtHR to make determinations in relation to ‘the rules of EU law concerning the division of powers between the EU and its Member States and the criteria governing the attributability of an act or omission that may constitute a violation of the ECHR’²². This, the ECJ continued, ‘necessarily presuppose[d] an assessment of EU law’²³. The Court concluded by tracing a direct link between the attribution of responsibility for violations of the ECHR and the internal division of competence. In particular, it stated that the power granted to the ECtHR to allocate responsibility would result in an unlawful interference with EU law where the division of competence between the EU and the Member States was at stake in a dispute²⁴.

As I have argued elsewhere, Opinion 2/13 made it clear that in the eyes of the ECJ the issue of apportioning (international) responsibility is directly interrelated with the internal division of competence – which is a matter that comes under the exclusive remit of the Luxembourg Court itself²⁵. This has an indirect yet inevitable consequence on the settlement of disputes based on an international agreement to which both the EU and the Member States are parties. Namely, that the apportionment of international responsibility between them is also a matter that comes under the exclusive remit of the ECJ, given that considerations concerning responsibility have implications on the division of competence. Therefore, Opinion 2/13 confirmed one thing that had already emerged in Opinion 1/91: an assessment of the internal division of competence made by an international court would be in contrast with the autonomous nature of the EU legal order.

3. The overview of the Court’s case law provided above has brought to the fore one main point. Namely, that the participation of the EU in a dispute settlement mechanism that is able to interpret and apply EU law is at variance with the principle of autonomy²⁶. Such mechanism is therefore more likely to survive the

²¹ On this aspect, see the considerations made by P.J. KUIJPER, E. PAASIVIRTA, *EU International Responsibility and its Attribution: From the Inside Looking Out*, in M. EVANS, P. KOUTRAKOS (eds.), *The International Responsibility of the European Union: European and International Perspectives*, Oxford, 2013, pp. 35-71.

²² ECJ Opinion 2/13 of 18 December 2014, para. 221.

²³ *Ivi*.

²⁴ *Ivi*, para. 230.

²⁵ See L. PANTALEO, *op. cit.*, p. 54 ff.

²⁶ This raises the question of the very nature and purpose of the principle of autonomy. As is well known, the EU is not the only sub-system of international law that has made claims of autonomy. On the contrary, such claims are more common than one may think at first sight. From an international law perspective, the (supposed) autonomy of a sub-system (and especially of international organisations) from the general rules of international law is not an entirely novel question. Actually, it is at the basis of the debate concerning the so-called self-contained regimes. In this sense, there are essentially two aspects of the principle of autonomy. On the one hand, there is the ‘internal autonomy’, which has to be understood as the ability of international organisations to operate independently of their Member States. In the EU legal order, primacy and direct effects can be seen as prime examples of such internal

ECJ's scrutiny if the EU legal order does not come (directly or indirectly) within its jurisdiction. The two (largely interrelated) main points of contention have proved to be the following: a) the need to prevent a dispute settlement system from issuing binding interpretations of EU law, and b) the need to ensure that it does not make determinations that affect the internal division of powers as fixed by the Treaties. It is against this background that CETA (and similar agreements, such as the EU-Singapore FTA)²⁷ was drafted. In this section, it will be examined how this agreement has created a new system of rules that has had the effect of sealing off, so to speak, the EU legal order with a view to protecting it from external interferences.

The technique chosen by the framers of CETA is based on a twofold solution. On the one hand, and in relation to point a) above, CETA features a provision addressing explicitly the status of EU law in an investment dispute pending before the ICS. In particular, Article 8.31(2) CETA states as follows: 'The Tribunal shall not have jurisdiction to determine the legality of a measure, alleged to constitute a breach of this Agreement, under the domestic law of a Party. For greater certainty, in determining the consistency of a measure with this Agreement, the Tribunal may consider, as appropriate, the domestic law of a Party as a matter of fact. In doing so, the Tribunal shall follow the prevailing interpretation given to the domestic law by the courts or authorities of that Party and any meaning given to domestic law by the Tribunal shall not be binding upon the courts or the authorities of that Party'.

The interpretation given by the Court of Justice to this provision as well as its inherent systemic value and broader implications will be analysed in-depth in Section 4 and 5 respectively. For the time being, suffice it to say that in the eyes of the framers, this provision was intended to exclude EU law from the sources of law applicable to the disputes pending before the ICS. It is an attempt to incorporate the ECJ's indications emerging from Opinion 1/91 and, even more so, Opinion 1/09²⁸.

The second solution devised by the CETA framers, and in relation to point b) above, was to include a procedural rule concerning the identification of the respondent party in a dispute brought by an investor against the EU or the Member States. In particular, Article 8.21 CETA mandates investors to request the EU (and the EU only) to determine who is to appear as respondent in a dispute, whether the EU or the Member States. The provision stipulates that the investor must specify the measure that allegedly constitutes a breach of its rights. CETA does not clarify what are the criteria that will be followed by the EU in order to identify the respondent party. An indirect indication, however, can be derived from the combined reading of Article 8.21(4) and the relevant provisions of Regulation 912/2014 of the

autonomy. On the other hand, the idea of 'external autonomy' refers to the ability of an international organization to function on the basis of its own special rules in derogation of, or integration to, the general rules of international law. The case law of the Court of Justice examined in this article can perhaps be considered a textbook illustration of the external dimension of autonomy. For more details on this issue, see J. ODERMATT, *The Principle of Autonomy: An Adolescent Disease of EU External Relations Law?*, in M. CREMONA (ed.), *Structural Principles in EU External Relations Law*, Oxford, 2018, pp. 291-316.

²⁷ See the official text of the agreement available here: trade.ec.europa.eu. For the sake of brevity, the article will refer from now on exclusively to CETA. However, the reader should be mindful that the considerations made in relation to such agreement are applicable to similar agreements as well, unless otherwise indicated in the text.

²⁸ For an opinion concerning the need to clearly distinguish Opinion 1/09 from all other ECJ's decisions relating to international dispute settlement because of the specific features of the Patent Court see C. CONTARTESE, *op. cit.*, p. 1657.

European Parliament and of the Council of 23 July 2014 establishing a framework for managing financial responsibility linked to investor-to-state dispute settlement tribunals established by international agreements to which the European Union is party (hereinafter: the Regulation)²⁹. In very short terms, and without going into too much detail, it is safe to assume that based on these rules, the default respondent will be the EU, with the Member States appearing as respondents only in disputes where no EU law issues are at stake³⁰.

In essence, the rules concerning the identification of the respondent included in CETA – despite being procedural in nature – are aimed to circumvent the difficult process of attributing responsibility to a composite entity such as the EU and the Member States³¹. By internalizing the choice of the respondent party, the rules in question are intended to prevent the ICS from making determinations concerning responsibility and attribution, and, through this process, the division of competence as organized by the Treaties³². In this sense, they should be viewed as an attempt to incorporate the indications given by the Court of Justice in Opinion 2/13 in relation to the already mentioned co-respondent mechanism³³.

4. Both issues highlighted above came under the scrutiny of the Court of Justice in the part of Opinion 1/17 concerning the principle of autonomy. However, the ECJ started its autonomy discourse by making a number of preliminary points of principle. It then articulated these principles into two more specific questions. The structure of this Section will therefore follow the logical order adopted in the Court's reasoning.

The ECJ started off with the (usual) sentence concerning the ability of the EU to subscribe to an international court system, according to which such ability is inherent in the external competence of the EU to conclude international agreements³⁴. The main difference between the previous case law and Opinion 1/17 is that this time, such (somewhat classic) statement is placed at the very beginning of the Court's reasoning. The exercise of this ability, however, is 'compatible with EU law only if it has no adverse effect on the autonomy of the EU legal order'³⁵.

²⁹ See Regulation 912/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 establishing a framework for managing financial responsibility linked to investor-to-state dispute settlement tribunals established by international agreements to which the European Union is party.

³⁰ In order to carry out a comprehensive assessment of the relevant rules I would need much more space than I am given here. The reader is therefore referred to the detailed analysis that I have provided in L. PANTALEO, *op. cit.*, p. 100 ff.

³¹ See L. PANTALEO, *op. cit.*, p. 108.

³² But see H. LENK, *Issues of Attribution: Responsibility of the EU in Investment Disputes under CETA*, in *Transnational Dispute Management*, p. 20 ff., who has argued that these rules only have a procedural value and may therefore be set aside by the ICS should it come to the conclusion that (international) responsibility should be attributed to a party different than the respondent based on the relevant rules of general international law.

³³ It bears noting that the co-respondent mechanism was not the only instrument devised under the DAA. It was accompanied, at least in cases where the EU was the co-respondent, by a rule allowing the so-called prior involvement of the ECJ. See the considerations made by R. BARATTA, *Accession of the EU to the ECHR: the Rationale for the ECJ's prior involvement mechanism*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 1305 ff. It should be emphasized, however, that co-responsibility (and, consequently, shared responsibility) is excluded under CETA.

³⁴ See Opinion 1/17, para. 106.

³⁵ *Ivi*, para. 108.

The essence of autonomy, the ECJ's continued, 'resides in the fact that the Union possesses a constitutional framework that is unique to it', which 'encompasses the founding values set out in Article 2 TEU', namely 'respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law, and respect for human rights', as well as 'the general principles of EU law, the provisions of the Charter, and the provisions of the EU and FEU Treaties, which include, inter alia, rules on the conferral and division of powers, rules governing how the EU institutions and its judicial system are to operate, and fundamental rules in specific areas, structured in such a way as to contribute to the implementation of the process of integration described in the second paragraph of Article 1 TEU'³⁶.

In order for the ICS to be compatible with the autonomy of the EU as defined above, it had to overcome a sort of two-tiered test. First and foremost, the Court verified that CETA 'does not confer on the [ICS] any power to interpret or apply EU law other than the power to interpret and apply the provisions of that agreement'. Secondly, it ensured that the agreement in question 'does not structure the powers of [the ICS] in such a way that [it] may issue awards which have the effect of preventing the EU institutions from operating in accordance with the EU constitutional framework'³⁷. Therefore, the Court proceeded to the assessment of these two separate components of the autonomy analysis.

With regard to the first issue concerning the interpretation of EU law, the ECJ noted that the ICS 'will not have jurisdiction, as is made clear by the first sentence of Article 8.31.2 of that agreement, "to determine the legality of a measure, alleged to constitute a breach of this Agreement, under the domestic law of a Party"³⁸. The Court continued by stating that, for this reason, the case at hand had to be distinguished from the situation examined in Opinion 1/09, where EU law was meant to be applicable law to the disputes settled by the Patent Court³⁹. This finding was further confirmed, according to the Court, by the second part of the provision mentioned above, which gives the power to the ICS to take into consideration the domestic law of a party to the dispute as a matter of fact. This circumstance further clarified that the ICS can issue no legally binding interpretations of EU law⁴⁰.

The ECJ juxtaposed to this finding a (rather cursory) assessment of the rules concerning the identification of the respondent party to a dispute. The Court found that these rules: a) confirmed that the ICS does not have the power to interpret EU law, and b) that the 'exclusive jurisdiction of the Court to give rulings on the division of powers between the Union and its Member States' was adequately preserved, in contrast to the situation scrutinized in 'the draft agreement that was the subject of Opinion 2/13'⁴¹.

The Court of Justice continued its reasoning relating to the autonomy of the EU legal order by conducting the second tier of the test. In this part of Opinion 1/17, the Court addressed the objection raised by the requesting Member State – as well as by other intervening governments – according to which the ICS 'might, in the course of

³⁶ *Ivi*, para. 110.

³⁷ *Ivi*, para. 119.

³⁸ *Ivi*, para. 121.

³⁹ *Ivi*, para. 122-123.

⁴⁰ *Ivi*, para. 131.

⁴¹ *Ivi*, para. 132.

its examination of the relevant facts, which may include the primary law on the basis of which the contested measure was adopted, *weigh the interest constituted by the freedom to conduct business*, relied on by the investor bringing the claim, *against public interests*, set out in the EU and FEU Treaties and in the Charter, relied on by the Union in support of its defence⁴².

In relation to this, the ECJ observed that the jurisdiction of the ICS ‘would adversely affect the autonomy of the EU legal order if it were structured in such a way that [it] might, in the course of making findings on restrictions on the freedom to conduct business challenged within a claim, call into question the level of protection of a public interest’ that was at the basis of the EU measure contested by the investor under CETA. This was so because if the Union were to find itself to be repeatedly ordered to pay damages to Canadian investor due to a measure that protects a public interest, it could be (at least indirectly) compelled to change its legislation and abandon the achievement of that level of protection of a public interest safeguarded by EU primary law. Such a system, in the Court’s opinion, would not be acceptable. In particular, if ‘the Union were to enter into an international agreement capable of having the consequence that the Union (...) has to amend or withdraw legislation because of an assessment made by a tribunal standing outside the EU judicial system of the level of protection of a public interest established, in accordance with the *EU constitutional framework*, by the EU institutions, it would have to be concluded that such an agreement undermines the capacity of the Union to operate autonomously within its *unique constitutional framework*’⁴³. What the Luxembourg Court meant with its reference to the constitutional framework of the Union was clarified by the Court itself in the introductory part of the autonomy discourse.

The ECJ found the limits posed by CETA to the jurisdiction of the ICS to be satisfactory. Here, the Luxembourg Court relied on a number of substantive provisions that are intended to safeguard the policy space of CETA’s Contracting Parties. To begin with, the ECJ noted that Article 28.3.2 CETA allows challenges to regulatory measures necessary to protect public security or public morals or to maintain public order or to protect human, animal or plant life or health only to the extent that are arbitrarily or unjustifiably discriminatory. In addition, the Court observed that the power of the Contracting Parties to pursue legitimate public interests is further emphasized by Articles 8.9.1 and 8.9.2 CETA. Moreover, this aspect is also confirmed by Point 1 and 2 of the Joint Interpretative Instrument issued by the Contracting Parties, as well as by Point 3 of Annex 8-A CETA⁴⁴. Finally, in regard to the much-contested notion of fair and equitable treatment⁴⁵, the ECJ noted that

⁴² *Ivi*, para. 137, emphasis added.

⁴³ *Ivi*, para. 150, emphasis added.

⁴⁴ *Ivi*, paras 154-157.

⁴⁵ Fair and equitable treatment, often abbreviated as FET, can perhaps be considered one of the most controversial notions in international investment law. It is the most frequently invoked standard in investment disputes. It is also the most successfully invoked one. Many detractors of this standard have pointed out that the notion is too vague and broad, and it has been applied inconsistently by arbitral tribunals. For these reasons, it has become the symbol *par excellence* of the flaws affecting the investment arbitration system. For an overview of the issues surrounding the different aspects of FET see, within a rather abundant literature, S. SCHILL, *Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law*, in S. SCHILL (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, 2010, p. 151 ff.; A. DIEHL, *The Core Standard of International Investment Protection: Fair and Equita-*

Article 8.10.2 CETA narrows down in an exhaustive manner the situations in which such standard can be said to have been breached⁴⁶. In particular, fair and equitable treatment under CETA is seemingly limited to gross violations committed by the Contracting Parties, such as abusive treatment, manifest arbitrariness, and targeted discrimination. This, according to the Court, leads to the conclusion that ‘the required level of protection of a public interest, as established following a democratic process, is not subject to the jurisdiction conferred on the [ICS]’⁴⁷.

The Court of Justice therefore concluded that the establishment of the envisaged ICS did not adversely affect the autonomy of the EU legal order.

5. The considerations formulated by the ECJ in relation to both components of the autonomy test are to be welcomed. In short, in the first part of the autonomy analysis the Court has essentially – and logically in my view – followed up on its previous case law concerning the participation of the EU in international dispute settlement. The second part builds up a bridge with another line of case law, which has its most notable representation in the much celebrated *Kadi* judgment⁴⁸. In this Section, I will attempt to shed some light on these issues by following the same structural order of Opinion 1/17.

First of all, the conclusion reached by the ECJ in relation to the need to avoid that the ICS issues binding interpretations of EU law should come as no surprise. It is a coherent development from the previous case law. Before Opinion 1/17, there was little doubt that the Court of Justice would not allow an international court to interpret and apply EU law in disputes pending before it. We have already seen that the problem in Opinion 1/91 and, even more so, in Opinion 1/09 lied essentially with the specific features of the agreements put to the Court, and in particular with the circumstance that EU law constituted applicable law under those agreements⁴⁹. We have also already seen above that this is explicitly excluded under CETA, which openly qualifies the domestic law of the Contracting Parties as facts for the purpose of settling disputes. As a result, the question before Opinion 1/17 was whether the ECJ would be satisfied with such an exclusion in the light of the specific characteristics of international investment law.

In fact, it must be borne in mind that it is common practice in investment agreements to include the domestic law of the parties in the list of legal sources applicable

ble Treatment, The Hague, 2012, *passim*; F. PALOMBINO, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, The Hague, 2018, *passim*.

⁴⁶ See Opinion 1/17, para. 159. In reality, it is arguable whether the list provided by the CETA provision mentioned by the Court was actually intended to be exhaustive. Be that as it may, the ECJ’s finding on this point might mean that any different interpretation given to this provision by the ICS could be unlawful under EU law.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ See ECJ Judgment of 3 September 2008, Joined cases C-402/05 P and C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities*, hereinafter: *Kadi* Case. This decision is well-known that it hardly needs any introduction.

⁴⁹ A problem which, in the case of Opinion 1/09, was further exacerbated by the fact that the international dispute settlement mechanism in question (namely, the Patent Court) was placed outside the judicial system of the EU legal order.

to disputes⁵⁰. As a consequence, arbitral tribunals have not hesitated to apply municipal law, including EU law in some cases⁵¹. It is for these reasons that CETA features the domestic law clause that the ECJ has scrutinized in Opinion 1/17. Otherwise, it is a general rule of international adjudication that the domestic law of a party to a dispute is taken into account only as part of the factual assessment made in order to assess whether such party has complied with its international obligations⁵². In brief, international courts do not interpret domestic law unless expressly (and exceptionally, as a matter of fact) empowered to do so by the parties to a dispute. We have seen above how this empowerment was a specific feature of the Patent Court. We have also seen that CETA contains a provision intended to ensure that despite the existence of a generalized practice to the opposite, disputes under this investment agreement are meant to be settled on the basis of the general rule of international adjudication mentioned above. The relevant CETA provision can possibly be considered a reaffirmation of that general principle aiming to emphasise the intention of the parties to set precise boundaries to the jurisdiction of an international dispute settlement⁵³.

As we have seen above, the Court of Justice has acknowledged precisely that. It has recognised that the inclusion of such a clause in CETA has limited the jurisdiction of the ICS to the interpretation and application of the provisions of the agreement on which it is established, in accordance with the general rule of international law. This finding certainly needs to be welcomed. It is undeniable that the limited role that domestic law plays in international disputes does not necessarily mean that international courts cannot interpret such law⁵⁴. It is equally true that the decisions adopted by the ICS may have factual repercussions on the legally binding interpreta-

⁵⁰ To name but one such agreement that has recently come to prominence in the EU, see Article 8(6) of the Netherlands-Slovakia BIT, which states as follows: ‘The arbitral tribunal shall decide on the basis of the law, taking into account in particular though not exclusively: the law in force of the Contracting Party concerned; the provisions of this Agreement, and other relevant Agreements between the Contracting Parties; the provisions of special agreements relating to the investment; the general principles of international law’.

As is well known, this provision was one of the most contentious point of a ruling in which the ECJ has declared arbitration based on intra-EU BITs incompatible with EU law. See ECJ Judgment of 6 March 2018, case C-284/16, *Slowakische Republik (Slovak Republic) v Achmea BV*, hereinafter: *Achmea Case*, especially the considerations made at paras 31 ff. For a thoughtful comment of the decision see C. CONTARTESE, M. ANDENAS, *EU Autonomy and Investor-State Dispute Settlement under inter se Agreements between EU Member States: Achmea*, in *Common Market Law Review*, 2019, p. 157 ff.

⁵¹ See the considerations made by E. CASTELLARIN, *La participation de l’Union européenne aux institutions économiques internationales*, Paris, 2017, p. 437 ff.

⁵² In order to clarify the role of domestic law in an international dispute, a text that is often cited is the famous statement made by the Permanent Court of International Justice (hereinafter: PCIJ) in the *German interests in Polish Upper Silesia* case, where this court delightfully held that ‘from the standpoint of International Law and of the Court which is its organ, municipal laws are merely facts which express the will and constitute the activities of States, in the same manner as do legal decisions or administrative measures’. See Permanent Court of International Justice, *Case Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia (The Merits)*, Judgment of 25 May 1926, p. 19.

⁵³ See L. PANTALEO, *op. cit.*, p. 152.

⁵⁴ See, for example, the classic work of W. JENKS, *The Interpretation and Application of Municipal Law by the Permanent Court of International Justice*, in *British Year Book of International Law*, p. 67 ff., where it is provided a thoughtful account of the cases in which the PCIJ has interpreted and applied domestic law.

tions of EU law prevailing in the EU legal order⁵⁵. However, the acceptance of the ICS' narrow jurisdiction – as limited by the relevant rule of CETA – can hardly be criticized if one is serious about the participation of the EU in international disputes. It is difficult to see what would be left of an international adjudicating function had the ECJ rejected the ICS' jurisdiction to interpret and apply the agreement based on which it is established.

Another issue that is worth noting (and praising) is certainly the endorsement given by the ECJ to the rules concerning the identification of the respondent party to disputes directed against the EU and the Member States. As we have seen above, the Court has briskly stated that the said rules adequately preserve its own exclusive jurisdiction to rule on the internal division of powers and has taken this as a confirmation that the ICS has no power to interpret EU law. Despite the surprisingly little attention that the ECJ has devoted to this issue, this finding appears to be pregnant with major legal consequences.

First of all, it confirms the idea – which had already emerged in previous decisions – that the internal division of competence plays a pivotal role in determining the ability of the EU to be a party to international disputes. For the absence of a legal safeguard aimed at preserving such division would render the dispute settlement mechanism in question incompatible with the autonomous nature of the EU legal order. In the light of the constitutional significance of the competence divide, the importance attached by the ECJ to this matter should not be surprising. Questions concerning the division of competence have often been of an (almost) existential relevance for a hybrid international organization such as the Union. The power struggle between the EU and its Member States can perhaps be considered a vivid showcase of its uniqueness. To borrow from two prominent scholars, the competence question 'goes to the core of a polity's constitutional settlement [and] is therefore of perennial, fundamental, and perhaps ever-increasing importance for any polity, let alone the European Union'⁵⁶. The fact that its ramifications loom over the ability of the EU to successfully take part in international disputes is therefore only too logical.

The constitutionally crucial relevance of this matter in relation to the settlement of disputes can perhaps be better appreciated taking a purely international law perspective. Usually, international law is neutral to the internal structure of an international legal subject, including a complex one like the Union⁵⁷. This means that the EU could conclude an international agreement without fully respecting the internal rules concerning the competence to conclude such agreement, and even conclude an international agreement – at least in theory – in a field in relation to which it has no competence⁵⁸. The treaty practice of the EU and its Member States demonstrates

⁵⁵ See the considerations made by S. HINDELANG, *Repellent Forces: The CJEU and Investor-State Dispute Settlement*, in *Archiv des Völkerrechts*, 2015, p. 74 ff. This aspect, however, has been addressed by the Court of Justice in the second prong of the autonomy assessment.

⁵⁶ See S. GARBEN, I. GOVAERE, *The Division of Competences between the EU and the Member States: Reflections on the Past, the Present and the Future*, in S. GARBEN, I. GOVAERE (eds.), *The Division of Competences between the EU and the Member States*, Oxford, 2017, p. 4.

⁵⁷ This circumstance is neatly expressed by the principle enshrined in Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

⁵⁸ In this case, however, the conditions set out in Article 46 of the Vienna Convention on the Law of Treaties may apply. At any rate, it should be further emphasized that this is only a merely theoretical

that a number of instruments have been devised in order to give some kind of international relevance to the question concerning the internal division of competence in relation to international agreements⁵⁹. Yet in essence, the competence question remains an internal EU law matter for the third countries involved⁶⁰.

This neutrality of international law disappears when it comes to settling disputes. In fact, one of the key characteristics of some international disputes is the application of the body of secondary rules in reaction to an alleged violation of one or more primary rules. While the Union and the Member States are free to commit – by means of an international agreement – on complying with a given set of primary rules independently of their internal relations, a breach of such rules would automatically trigger the application of secondary rules *vis-à-vis* the party that has committed the said breach of primary rules. In order to do that, an international dispute settlement mechanism has first and foremost to identify the responsible party in accordance with the general rules of international law governing the field of responsibility and attribution⁶¹. At least in some cases, this identification inevitably entails an assessment of the division of competence between the Union and the

scenario. In practice, apart from the formal obstacles posed by the law of treaties, it is quite difficult to imagine a situation where the Member States – which are always very keen on jealously defending their own competences – would allow the EU to do this by casting a favourable vote within the Council. Not to mention, of course, the legal obstacles posed by EU law, and in particular by the applicability of the (foundational) principle of conferral.

⁵⁹ On such (rather imperfect) instrument are declarations of competence, on which see A. DELGADO CASTELEIRO, *EU Declarations of Competence to Multilateral Agreements: A Useful Reference Base?*, in *European Foreign Affairs Review*, 2012, p. 49 ff.; as well as C. CONTARTESE, L. PANTALEO, *op. cit.*, pp. 414 ff.

⁶⁰ A different question which further complicates the matter concerns who has the competence to discharge an international obligation stemming from an international agreement concluded by the EU and the Member States. In light of the internal organizational structure of the Union, the entity vested with the power to conclude an international agreement does not always correspond with the entity that, on the internal plane, has the power to implement a given international obligation. On the question of so-called executive federalism in the EU, see the thoughtful examination carried out by R. SCHÜTZE, *From Rome to Lisbon: 'Executive Federalism' in the (New) European Union*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 1385 ff.

⁶¹ The literature in this field is abundant, especially after the adoption of the Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, as well as the Articles on the Responsibility of International Organizations by the International Law Commission in 2001 and 2011 respectively. For an overview, see J. CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, 2002, *passim*; M. RAGAZZI (ed.), *Responsibility of International Organizations. Essays in Memory of Sir Ian Brownlie*, Leiden, 2013, *passim*. For a comment on the specific problems that the rules on the responsibility of international organisations raise in relation to the EU see J. D'ASPROMONT, *A European Law of International Responsibility? The Articles on the Responsibility of International Organizations and the European Union*, in V. KOSTA, N. SKOUTARIS, V. TZEVELEKOS (eds.), *The EU Accession to the ECHR*, Oxford, 2014, p. 75 ff. Some authors have argued that the general rules on the responsibility of international organisations do not fully apply to the EU, as there exist – or at least they are currently emerging – special rules applicable solely to the Union because of its special features. The strongest (and most convincing) arguments in favour of the existence (or emergence) of such special rules can be found in F. HOFFMEISTER, *Litigating against the European Union and Its Member States Who Responds under the ILC's Draft Articles on International Responsibility of International Organizations?*, in *European Journal of International Law*, p. 723 ff.; and in A. DELGADO CASTELEIRO, *The International Responsibility of the European Union. From Competence to Normative Control*, Cambridge, 2016, *passim*.

Member States, as confirmed by the Court of Justice in its case law⁶². The inclusion of procedural rules aimed at identifying the respondent party (like those featured in CETA) can therefore be seen as an instrument to reconcile the need to safeguard the internal division of competence with the ability to take part in international disputes. In CETA, this is done by means of an internalization of the choice of the respondent party.

Hence, its labelling as the ‘internalization model’.

As already mentioned, the ECJ’s endorsement of these rules has a number of important implications. First of all, a widespread acceptance of this model would signal the spreading of a generalised idea that the settlement of disputes involving a composite legal subject needs to follow special rules⁶³. It would represent the recognition of the special nature of the Union and would possibly advance the federal ambitions of the EU. For under the internalization model, as already seen above, the Union is the default respondent acting on behalf of the entire regional bloc. The role of the Member States in international disputes will therefore be confined to the backseat. The recent negotiations of investment agreements conducted by the EU seem to demonstrate that this model has not been opposed by the third countries involved, which further confirms the idea of an increasing acceptance of the EU exceptionalism.

Secondly, the green light given by the Luxembourg Court to the internalization model may have as a consequence that such model will be extended to other contexts. The first example that comes to mind is of course the ECHR. The internalization model could be a viable procedural replacement of the rejected co-respondent mechanism, at least from an EU law perspective. But would it be a viable solution also from a human rights protection perspective? As is well-known, the ECtHR has its own established case law on the matter. In very short terms, such case law reveals a ‘tendency [...] to attribute to the Member State conduct allegedly in breach of the Convention, regardless of the fact that the conduct in question was taken in pursuance of normative measures enacted by the EU’⁶⁴. The extension of the internalization model to a potential, future revised DAA would essentially do away with this state of affairs, granting the Union the power to unilaterally determine the party who responds for violations of the ECHR in derogation of the ECtHR case law. Some concerns have been voiced against this option⁶⁵. According to this view, there would be a risk of creating possible gaps in the system of protection of fundamental rights accorded under the ECHR.

Needless to say, I would need much more space than I am given here in order to examine this question comprehensively. Suffice it to say, however, that these concerns appear to be partly misplaced. The internalization model adopted under CETA and endorsed by the ECJ guarantees the readiness of the designated respondent to accept the consequences of appearing as a party to a dispute⁶⁶. This would necessar-

⁶² For more details, see the considerations made in L. PANTALEO, *op. cit.*, p. 145 ff.

⁶³ *Ivi*, p. 172.

⁶⁴ See E. CANNIZZARO, *Beyond the Either/Or: Dual Attribution to the European Union and to the Member State for Breach of the ECHR*, in M.D. EVANS, P. KOUTRAKOS (eds.), *The International Responsibility of the European Union*, Oxford, 2013, p. 300.

⁶⁵ See, in particular, C. CONTARTESE, *op. cit.*, p. 1654.

⁶⁶ At least so long as it is integrated by a rule stating that the identified respondent cannot challenge the admissibility of claims based on the fact the designated respondent is not the correct one. See Article

ily entail the acceptance of the (international) responsibility for violations of human rights, as well as the subsequent obligation to make reparation as the case may be. Stating otherwise would imply that the Member States are necessarily better placed than the EU to remedy potential human rights violations. But this seems to be quite an assumption to make.

Having concluded the examination concerning the first part of the autonomy analysis carried out by the Court in Opinion 1/17, we can now turn to the second and final part of it. As already mentioned above, here the ECJ seems to have adopted a constitutional narrative that is reminiscent of the *Kadi* case. The *Kadi* judgment is a groundbreaking decision whose constitutional importance and implications need not be recalled in great details⁶⁷. Suffice it to say, in short terms, that in that judgment the Luxembourg Court relied on the principle of autonomy in order to protect the core constitutional features of the EU legal order. In particular, the Court justified the duty to conduct the judicial review of the EU regulation implementing UN sanctions – hence excluding, at least indirectly, that UN acts could benefit of some kind of jurisdictional immunity in the EU – with the need to safeguard ‘the very foundations of the (Union) legal order, one of which is the protection of fundamental rights’⁶⁸. From this perspective, the Court in *Kadi* took the typical stance of a constitutional court in that it stated that some core ingredients of the constitutional architecture of the legal system cannot be derogated from, not even as a result of complying with international obligations⁶⁹. In *Kadi*, the core ingredient at stake was the protection of fundamental rights in the light of the absence of an adequate mechanism at UN level. But what is the foundational constitutional principle that the ECJ has meant to safeguard in Opinion 1/17?

The answer, in my opinion, lies in a combined reading of paras 110 and 160 of the decision. It is perhaps useful to recall them here. In the former, which is located in the part of Opinion 1/17 where the Court has made a few points of principle, it is stated that the foundational values of the EU are those listed in Article 2 TEU, namely ‘respect for human dignity, freedom, *democracy*, equality, the rule of law,

8.21(6) CETA, which states as follows: ‘If the European Union or a Member State of the European Union is the respondent, pursuant to paragraph 3 or 4, neither the European Union, nor the Member State of the European Union may assert the inadmissibility of the claim, lack of jurisdiction of the Tribunal or otherwise object to the claim or award on the ground that the respondent was not properly determined pursuant to paragraph 3 or identified on the basis of the application of paragraph 4’. For the internalization model to function properly, the inclusion of a such a rule seems to be of crucial importance.

⁶⁷ The reader is, therefore, referred to the veritable deluge of scholarly reactions that it has caused. Among others, see N. SCHRIJVER, L. VAN DEN HERIK, *Eroding the Primacy of the UN System of Collective Security: The Judgment of the European Court of Justice in the Case of Kadi and Al Barakaat*, in *International Organizations Law Review*, 2008, p. 329 ff.; D. HALBERSTAM, E. STEIN, *The United Nations, the European Union, and the King of Sweden: Economic Sanctions and Individual Rights in a Plural World Order*, in *Common Market Law Review*, 2009, p. 13 ff.; A. GATTINI, *Annotation of Kadi I*, in *Common Market Law Review*, 2009, p. 213 ff.; P. PIRRONE, *Attuazione delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza contro il terrorismo e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali nell’ordinamento comunitario: la sentenza della Corte di giustizia relativa ai casi Kadi e Al Barakaat*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 55 ff.; F. SALERNO, *Quale “comunità di diritto” per il signor Kadi?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 110 ff.; G. DE BÚRCA, *The European Court of Justice and the international legal order after Kadi*, in *Harvard International Law Journal*, 2010, p. 1 ff.

⁶⁸ See *Kadi* Case, para. 304.

⁶⁹ See the thoughtful considerations made by P. EECKHOUT, *EU External Relations Law*, 2011, p. 414 ff.

and respect for human rights⁷⁰. The latter paragraph concludes the second prong of the autonomy analysis made by the ECJ. In particular, after having conducted an assessment of the provisions of CETA that limit the jurisdiction of the ICS, the Court concluded that the ICS has ‘no jurisdiction to call into question the choices *democratically made* within a Party relating to, inter alia, the level of protection of public order or public safety, the protection of public morals, the protection of health and life of humans and animals, the preservation of food safety, protection of plants and the environment, welfare at work, product safety, consumer protection or, equally, fundamental rights’⁷¹.

It seems that the ECJ’s statement can possibly be interpreted in the following manner. To paraphrase the Court, one of the core values of the EU legal order is the democratic principle, along with the closely interconnected principles of the rule of law, respect for human dignity, fundamental rights, and so forth. These principles form a structured network of principles, as the ECJ itself famously put it in the *Achmea* ruling⁷². The participation of the EU in an international regime equipped with a dispute settlement system cannot result in the calling into question on the part of such system of the level of protection of a given public interest as freely chosen by the EU as a polity and as a *demos* through its democratic processes. That is to say, the democratic choices made by the Union as to the level of protection to afford to certain public interests cannot be subject to the direct or indirect scrutiny of a dispute settlement mechanism placed outside the EU legal order. Otherwise the democratic principle would be violated.

If this understanding of the ECJ’s reasoning in Opinion 1/17 is correct, a number of important considerations would follow inevitably. First of all, to my knowledge, this is the first time in which the democratic principle plays such a strong role in the case law of the Court of Justice concerning the external relations of the EU. As delightfully observed in a thoughtful study published a few years ago by its current President, the ECJ has not shied away from interpreting and applying the principle of democracy⁷³. Opinion 1/17 could therefore be included under the line of case law in which EU courts, to borrow from President Lenaerts, have strived ‘to create a “*ius commune*” of democracy, which national and supranational polities are committed to protecting’⁷⁴. However, this is the first time that the Luxembourg Court has applied the democratic principle against a (only potential, in this case) external threat. None the less, the Court’s position is largely in line with the approach taken in *Kadi* and already discussed above. Secondly, this reading of Opinion 1/17 may have the effect of rendering old-style investment arbitration based on *ad-hoc* ISDS incompatible with EU law, such as the one included under existing Member States extra-EU BITs⁷⁵. Needless to say, the Court did not say that explicitly. However, if the ICS is compatible with EU law only because its jurisdiction is limited so as to ensure that the protection of public interests established in the Union is preserved,

⁷⁰ Opinion 1/17, para. 110, emphasis added.

⁷¹ *Ivi*, para. 160, emphasis added.

⁷² See *Achmea* Case, para. 33.

⁷³ See K. LENAERTS, *The Principle of Democracy in the Case Law of the European Court of Justice*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2013, p. 271 ff.

⁷⁴ *Ivi*, p. 312.

⁷⁵ As well as Member States intra-EU BITs, but they are already incompatible with EU law as a result of the *Achmea* Case.

a system – such as traditional ISDS – that does not offer the same guarantees might be unlawful under EU law. It is true that the EU itself is not a party to such agreements. It is also equally true that the said agreements are currently protected under the so-called Grandfathering Regulation⁷⁶. However, the primary law status of Article 2 TEU and of the principle of autonomy would trump the Regulation, and the rule of primacy would trump Member States' BITs – unless they can be saved under Article 351 TFEU⁷⁷.

6. In the post-Lisbon era, the Court of Justice has released a number of groundbreaking Opinions that have deeply shaped the developments of EU external relations law and shaken the political and institutional landscape. On top of the decisions already mentioned in this article, one should not forget Opinion 2/15⁷⁸ – which has reformulated the competence divide in the field of the common commercial policy and has resulted in the separation of the investment chapters from new generation FTAs⁷⁹. It is safe to affirm that Opinion 1/17 will be equally groundbreaking and equally impactful. The most immediate, major consequences of this decision have already been commented above, and will not be summarized here. Instead, I will use this concluding section to raise two additional issues that are only indirectly linked to the analysis provided in the previous pages. Inevitably, I will raise questions more than provide answers, which can perhaps be dealt with in possible future publications.

First of all, all opinions in which the Court of Justice has scrutinized the compatibility of an international dispute settlement with EU law have to do with mechanisms that can be activated exclusively – or almost exclusively, as in the case of the ECtHR – by natural and legal non-State persons. Opinion 1/17 is no exception to this trend. One may wonder, however, whether the considerations made by the ECJ in this decision apply equally to more traditional State-to-State dispute settlement (hereinafter: SSDS)⁸⁰. The EU has subscribed to a relatively high number of SSDS, the most famous – and most widely used – of which is certainly the WTO⁸¹. Virtually all trade agreements concluded by the EU contain an SSDS, including CETA⁸². Without going too much into the details, these SSDS are the least regulated

⁷⁶ See Regulation (EU) 1219/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries.

⁷⁷ Which could perhaps be applied by analogy to agreements concluded after the time limit prescribed by that provision, as I have argued in L. PANTALEO, *Member States Prior Agreements and Newly EU Attributed Competence: What Lesson from Foreign Investment*, in *European Foreign Affairs Review*, 2014, p. 307 ff.

⁷⁸ ECJ Opinion 2/15 of 16 April 2017, commented by A. SCHÖPGENS, G. VAN CALSTER, *Multilevel Constitutional Review and EU External Treaty Making After Opinion 2/15*, in *European Foreign Affairs Review*, 2018, p. 439 ff.

⁷⁹ Whether this separation was strictly necessary from a legal perspective is a different matter. See the thoughtful analysis of E. NEFRAMI, *Article 216(1) TFEU and the Union's Shared External Competence in the Light of Mixity: Germany v. Council (COTIF)*, in *Common Market Law Review*, 2019, p. 489 ff.

⁸⁰ For the sake of brevity, the expressions State-to-State dispute settlement is used here improperly so as to include also the EU.

⁸¹ An overview of the mechanisms to which the EU and the Member States have subscribed is provided in PANTALEO, *supra* note 5, p. 15 ff.

⁸² See Chapter 29 CETA, especially Article 29.6 to 29.11.

ones. They contain no rule on the identification of the respondent party and are not accompanied by declarations of competence. The choice of the respondent is left to the claimant and reviewed by the SSDS mechanism (usually an arbitral tribunal)⁸³. The Court has never had the chance to rule on the legality of these mechanisms under EU law. However, in the light of the ECJ's endorsement of the internalization model, one may wonder whether these SSDS should now be considered incompatible with EU law, and in particular with the need to protect the internal division of competence from the interferences of an external dispute settlement mechanism⁸⁴.

A second and final issue that I will raise in this concluding section is the following. In Opinion 1/17, the Court of Justice has repeatedly referred to the future, multilateral investment court (hereinafter: MIC) that the EU and the Member States are currently promoting with a number of like-minded countries on the international plane⁸⁵. In those passages where the MIC is mentioned, it seems clear that the ECJ's intention is to extend the findings applicable to CETA's ICS to the MIC as well. This is made explicit in para. 118, where the Luxembourg Court concluded that EU law does not preclude 'the creation of a Tribunal, an Appellate Tribunal and, subsequently, a multilateral investment Tribunal'. This does not amount to a sort of prior approval of the MIC, whose compatibility with EU law will depend on its content and features. However, the references to it contained in Opinion 1/17 can hardly be considered meaningless or accidental. One may wonder whether the Court of Justice has wanted to give a signal for the future, in that it will not allow the MIC to be the result of a watered-down text reached at the end of a poor, unambitious compromise at the international level.

Abstract

The Autonomy of the EU Legal Order and International Dispute Settlement in the Wake of Opinion 1/17

This article examines the problems connected with the participation of the EU in international dispute settlement in the light of Opinion 1/17. It focuses on the question of the autonomous nature of the EU legal order.

⁸³ See Article 29.7 CETA.

⁸⁴ Interestingly enough, on 21 June 2019 the EU has requested consultations to Ukraine, which is a procedural step to take prior to the commencement of a dispute proper. This is the first time ever that a dispute reaches this stage under an EU FTA. It bears noting that the dispute may end up before the ECJ itself by virtue of the mechanism laid down in Article 322 of the EU-Ukraine Association Agreement, as correctly pointed out by G.M. RUOTOLO, *Knock on Wood. Il contenzioso UE/Ucraina sul divieto di esportazione di legname tra tutela ambientale e libera circolazione delle merci*, available at sidiblog.org, 23 July 2019. This may offer the Luxembourg Court the opportunity to have a say in the matter.

⁸⁵ On which see the very timely and thoughtful study carried out by M. BUNGENBERG, A. REINISCH, *From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court: Options Regarding the Institutionalization of Investor-State Dispute Settlement*, Cham, 2018, *passim*.

Opinion 1/17 is the last one of a wave of opinions in which an international dispute settlement has come under the scrutiny of the Court of Justice. In the past, the ECJ had dealt with this matter in Opinion 1/91, Opinion 1/09 and Opinion 2/13. In all previous cases the ECJ had concluded that the international court to which the EU had subscribed was incompatible with EU law. Even though the Court of Justice had put forward a number of bases on which to ground the said incompatibility (especially in Opinion 2/13), the principle of autonomy has played a decisive role in all prior decisions. Yet, its precise contours and main features remained unclear.

This article attempts to shed light on the nebulous concept of autonomy and on how it can influence the participation of the EU in international dispute settlements.

Giuseppe Pascale*

Ricongiungimento familiare, diritti fondamentali e *kafala* islamica nella sentenza *M.S.* della Corte di giustizia dell'Unione europea**

SOMMARIO: 1. Premessa. Lo *status filiationis* negli ordinamenti degli Stati islamici. – 2. I caratteri della *kafala* islamica. – 3. Il caso *M.S.* davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea: gli effetti della *kafala* islamica negli Stati membri dell'Unione europea nella prospettiva del ricongiungimento familiare e della tutela dei diritti fondamentali. – 4. L'inapplicabilità nel caso di specie delle rilevanti norme di diritto internazionale convenzionale. – 5. I casi *Harroudj c. Francia* e *Chbihi Loudoudi e altri c. Belgio* in precedenza risolti dalla Corte europea dei diritti umani. – 6. Osservazioni conclusive. L'influenza delle norme di diritto dell'Unione europea in materia di ricongiungimento familiare e di tutela dei diritti fondamentali sulla questione della continuità degli *status* familiari acquisiti all'estero in base alla *kafala* islamica.

1. Ispirandosi in linea di principio ai pertinenti versetti coranici, il diritto di famiglia della maggior parte degli Stati islamici¹ ammette esclusivamente la filiazione legittima: lo *status* di figlio è quindi attribuibile soltanto al soggetto che nasce in costanza di matrimonio, così come il corrispondente *status* genitoriale può sorgere unicamente in capo ai soggetti che dichiarino la nascita di un figlio all'interno del matrimonio. Salvo rare eccezioni, la filiazione naturale non è dunque prevista negli Stati islamici². Allo stesso tempo, per la costituzione dello *status filiationis* è assolutamente necessario che un legame biologico intercorra tra i genitori e il figlio. Di conseguenza, quasi tutti gli ordinamenti islamici non permettono l'adozione

* Ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Trieste.

** Questo contributo costituisce un primo risultato del progetto di ricerca triennale (2019-2021) *Do-MinE – Donne Migranti in Europa*, diretto dalla prof.ssa Sara Tonolo e finanziato con fondi della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia.

¹ Le espressioni “Stati islamici” e “ordinamenti islamici” sono in questa sede utilizzate per indicare in maniera sintetica l'insieme di quegli Stati il cui diritto trae in diversa misura ispirazione dai precetti della religione islamica. La Turchia non è considerata uno Stato islamico nell'accezione appena riportata.

² Soltanto il Marocco ammette una minima apertura rispetto alla filiazione naturale con riguardo al figlio generato dai futuri coniugi nel periodo di fidanzamento immediatamente precedente al matrimonio, per il quale è comunque disposta la successiva legittimazione. Per queste e per le altre informazioni di séguito riportate a proposito della filiazione nel diritto islamico, v. R. CLERICI, *La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in *Famiglia e diritto*, 2009, p. 197 ss., p. 204 ss., e più ampiamente S. ALDEEB ABU-SAHLIEH, A. BONOMI (dirs.), *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, Zurich, 1999, p. 231 ss.

e spesso vietano espressamente anche il riconoscimento delle adozioni effettuate all'estero³. Secondo la visione coranica, la nascita dei figli rappresenta una manifestazione della volontà divina: se si consentisse agli sposi privi di figli di creare “artificialmente” dei rapporti di filiazione, si legittimerebbe una trasgressione religiosa che altererebbe la concezione islamica della famiglia⁴.

Nondimeno, la religione islamica prescrive che ogni buon musulmano debba prendersi cura dei bisognosi, dei più deboli e, in particolar modo, degli orfani. Per rispondere a questa esigenza, molti ordinamenti di matrice coranica prevedono l'istituto della *kafala*⁵. Sebbene la sua ragion d'essere sia formalmente quella appena menzionata, nel mondo islamico contemporaneo la *kafala* svolge sostanzialmente un'ulteriore e più precisa funzione⁶: essa funge da strumento alternativo all'adozione⁷, essendo assai di frequente utilizzata per soddisfare sia l'interesse di minori abbandonati o in stato di necessità a essere inseriti in contesti familiari stabili sia il corrispondente desiderio di coppie prive di figli biologici di accudire dei bambini. In questa sede, si considererà la *kafala* islamica nei termini di tale sua seconda funzione.

Una volta acquisite le necessarie informazioni preliminari in tema di *kafala*, si passerà all'esame della sentenza recentemente resa nel caso *M.S.* dalla Corte di giustizia dell'Unione europea⁸, ove i peculiari problemi che tale istituto può suscitare

³ Nel mondo islamico, soltanto Indonesia, Libano e Tunisia ammettono l'adozione o ne riconoscono gli effetti quando è effettuata all'estero, seppure a certe condizioni, talvolta molto stringenti. È chiaro che l'adozione è comunque scoraggiata dalle autorità religiose.

⁴ La sura XXXIII, 4-5, recita: “Dio non ha posto nelle viscere dell'uomo due cuori né ha fatto (...) dei vostri figli adottivi dei veri figli (...). Agli adottivi dovete dare il cognome del padre loro: questo è assai giusto di fronte a Dio!”. V. quanto riportato da C. CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, p. 43 ss., in part. p. 46, e S. TONOLO, *Regole religiose, conflitti di leggi e diritti fondamentali*, in *Liber amicorum Angelo Davi. La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, I, Napoli, 2019, p. 349 ss., in part. p. 364.

⁵ Il nome arabo di questo istituto è talvolta traslitterato (prevalentemente verso il francese) anche come “*kefala*” o “*kafalah*”. Si preferisce utilizzare qui la traslitterazione “*kafala*”, indicata dalla delegazione marocchina come quella più corretta nel corso dei lavori preparatori della Convenzione dell'Aja del 1996, sulla quale ci si soffermerà *infra*, par. 4. Sulla *kafala*, oltre a quanto specificato nel successivo paragrafo, v. in generale A. CILARDO, *Il minore nel diritto islamico. Il nuovo istituto della kafalah*, in A. CILARDO (a cura di), *La tutela dei minori di cultura islamica nell'area mediterranea. Aspetti sociali, giuridici e medici*, Napoli, 2011, p. 219 ss.; T. TOMEIO, *La kafalah*, in *Comparazione e diritto civile*, maggio 2013, p. 1 ss., www.comparazioneidiritto.civile.it; G. CAROBENE, *Identità religiose e modelli di protezione dei minori. La kafala islamica*, Napoli, 2017.

⁶ Pur esorbitando dai limiti di questo commento, non deve comunque dimenticarsi che l'istituto della *kafala* è spesso utilizzato anche per agevolare la pratica di alcune famiglie islamiche abbienti di procurarsi dei lavoratori domestici, che di frequente vengono poi posti in condizioni di subalternità o finanche di lavoro forzato. È nota, per esempio, la tendenza diffusa tra i datori di lavoro, soprattutto nella penisola arabica, a sequestrare e non restituire i documenti di identità dei lavoratori in maniera tale da impedirne ogni tentativo di allontanamento. In tema, v. per esempio M.M. ALZHRANI, *The System of Kafala and the Rights of Migrant Workers in GCC Countries, with Specific Reference to Saudi Arabia*, in *European Journal of Law Reform*, 2014, p. 377 ss.

⁷ S. BOLLÉE, *La conformité à la Convention européenne des droits de l'homme de l'interdiction d'adopter un enfant recueilli en kafala*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2012, p. 717 ss., p. 718, definisce la *kafala* come “palliativo” rispetto al divieto di adozione imposto appunto negli ordinamenti islamici.

⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 26 marzo 2019, causa C-129/18, *S.M.* La sentenza ha essenzialmente recepito le conclusioni che l'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona aveva presentato il 26 febbraio 2019. Per un primo commento, v. L. PANELLA, *Il riconoscimento della kafalah islamica nella giurisprudenza delle corti sovranazionali europee e nella giurisprudenza italiana*, in *Liber amicorum*

per il diritto dell'Unione europea sono ben enucleati. Si tratta di problemi connessi al ricongiungimento familiare, che nel diritto dell'Unione europea è notoriamente assicurato al fine di agevolare la libera circolazione delle persone e quindi l'integrazione economica, e alla tutela di taluni diritti garantiti nella Carta dei diritti fondamentali, segnatamente il rispetto della vita privata e familiare e il superiore interesse del minore⁹. Si metterà specialmente in luce come la sentenza *M.S.* comprovi l'influenza esercitata proprio dalle norme di diritto dell'Unione europea in materia di ricongiungimento familiare e di tutela dei diritti fondamentali sulla questione – normalmente di competenza del diritto internazionale privato – della continuità degli *status* personali e familiari acquisiti all'estero. In particolare, pare possibile collegare questa sentenza a quella giurisprudenza della stessa Corte di giustizia che, ormai da più di un decennio, contribuisce all'affermazione della c.d. *méthode de la reconnaissance* quale alternativa alla più tradizionale *méthode des conflits de lois*¹⁰.

Angelo Davì, cit., p. 573 ss., e S. PEERS, *Guardianship, Free Movement and the Rights of the Child: The S.M. Judgment*, in *EU Law Analysis*, 26 marzo 2019, www.eulawanalysis.blogspot.com.

⁹ Per un generale inquadramento della connessione tra ricongiungimento familiare, diritti fondamentali e *kafala* islamica nel diritto dell'Unione europea, v. A. LANG, *Considerazioni su kafalah, ricongiungimento familiare e diritto dell'Unione europea*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2011, p. 52 ss. V. anche A. ZANOBETTI, *Il ricongiungimento familiare fra diritto comunitario, norme sull'immigrazione e rispetto del diritto alla vita familiare*, in *Famiglia e diritto*, 2004, p. 552 ss., la quale esamina due casi risolti dalla Corte di giustizia che presentano risvolti simili a quelli del caso qui in commento, pur non riguardando precipuamente la *kafala* islamica ma il più ampio contesto delle migrazioni.

¹⁰ La c.d. *méthode de la reconnaissance*, nota in tedesco anche come *Anerkennungsmethode*, mira ad assicurare che una situazione costituitasi in un ordinamento straniero sia riconosciuta in quanto tale nell'ordinamento del foro; allo scopo di verificare la validità della rilevante situazione, l'ordinamento del foro rinuncia all'applicazione delle sue norme di conflitto a vantaggio della normativa straniera che ha fatto sorgere tale situazione. È risaputo che principalmente la dottrina francese ha tracciato le linee di questo metodo internazionalprivatistico: v., per un quadro d'insieme, P. LAGARDE, *Introduction au thème de la reconnaissance des situations: rappel des points les plus discutés*, in P. LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, 2013, p. 19 ss. Tale metodo ha poi trovato una sua concreta espressione nell'art. 9 del libro decimo del c.c. dei Paesi Bassi, approvato nel 2011 e contenente le norme di diritto internazionale privato di quel Paese (v. la traduzione in francese curata da D. VAN ITERSOM, in *Revue critique de droit international privé*, 2012, p. 674 ss.). Ma soprattutto la Corte europea dei diritti umani e la Corte di giustizia dell'Unione europea hanno “consacrato” la c.d. *méthode de la reconnaissance* nella loro giurisprudenza. Quanto alla prima, v. le celebri sentenze del 28 giugno 2007, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, par. 132 ss., e del 3 maggio 2011, *Negrepontis-Giannisis c. Grecia*, par. 54 ss. Per la seconda, v. le altrettanto note sentenze del 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Garcia Avello*, e del 14 ottobre 2008, causa C-353/06, *Grunkin e Paul*, dove il c.d. metodo del riconoscimento è stato inaugurato con riferimento al diritto al nome. Recentemente, v. inoltre la sentenza del 5 giugno 2018, causa C-673/16, *Coman*, ove la Corte di giustizia ha accertato l'obbligo della Romania di riconoscere il matrimonio contratto in Belgio tra due uomini (di cui uno cittadino rumeno e l'altro statunitense) nonostante nell'ordinamento rumeno soltanto il matrimonio tra persone di sesso diverso fosse ammesso. Con la sentenza *Coman*, pare che la Corte di giustizia abbia aperto la via al rilievo generalizzato del c.d. metodo del riconoscimento nello spazio giuridico europeo anche rispetto alla circolazione degli *status* familiari, sbarrando quasi la strada alla possibilità di sollevare l'eccezione di ordine pubblico: così G. KESSLER, *La consécration par la CJEU du droit de séjour du conjoint de même sexe du citoyen européen: un pas supplémentaire vers la libre circulation des situations familiales au sein de l'Union européenne?*, in *Journal du droit international*, 2019, p. 27 ss. Per una più dettagliata analisi del c.d. metodo del riconoscimento, dal punto di vista sia tecnico sia della politica legislativa, e per una chiara indagine del ruolo fondamentale svolto dalle due Corti europee per lo sviluppo di questo metodo, v. l'ampio studio di A. DAVÌ, *Il riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all'estero nella prospettiva di una riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, p. 319 ss., specialmente p. 335 ss., al quale si rinvia anche

2. Nel diritto contemporaneo di quasi tutti gli Stati islamici, la *kafala* conduce all'instaurazione di un rapporto tra due adulti e un minore, tra i quali non intercorre alcun legame biologico, per mezzo del conferimento ai primi di una sorta di delega di autorità genitoriale nei confronti del secondo¹¹. Più precisamente, in applicazione del regime della *kafala*, gli adulti acquisiscono lo *status* di *kafil* rispetto al minore, il quale a sua volta ottiene lo *status* di *makfoul* nei riguardi degli adulti. I *kafil* esercitano così la rappresentanza del *makfoul* e assumono altresì l'obbligo di prendersene carico e di proteggerlo, provvedendo alle sue cure, al suo sostentamento, alla sua salute, alla sua istruzione e a ogni altra sua necessità¹². In genere, una coppia di *kafil* può accogliere un minore in *kafala* se è sposata da almeno tre anni, professa la religione musulmana ed è considerata socialmente e moralmente idonea. Il più delle volte però anche agli individui non sposati e alle coppie straniere viene concesso di accedere a questo istituto, purché sia possibile dimostrare la loro fervida fede musulmana.

La *kafala* si instaura con un decreto del tribunale territorialmente competente o con un atto del notaio che si perfeziona con l'omologazione da parte del giudice¹³. Si parla nel primo caso di *kafala* giudiziale o extra-familiare, mentre nel secondo di *kafala* negoziale o intra-familiare. In entrambi i casi, l'istituto della *kafala* esplica i suoi effetti a partire dal momento dell'apposizione della pertinente annotazione sull'atto di nascita del minore.

La *kafala* giudiziale riguarda i minori abbandonati e può essere disposta dall'autorità giudiziaria a partire dal terzo mese successivo all'abbandono da parte dei genitori naturali. Accade frequentemente che individui residenti in Europa ma cittadini di uno Stato islamico o cittadini sia di uno Stato islamico sia di uno Stato europeo ricorrano alla *kafala* giudiziale. Si tratta perlopiù di persone che si servono di questo istituto onde evitare l'*iter*, spesso lungo e complicato, previsto per le adozioni dalla legge dello Stato europeo di residenza e, allo stesso tempo, per superare le grandi difficoltà che molto presumibilmente incontrerebbero per far poi riconoscere l'adozione "occidentale" nello Stato islamico di cui pure sono cittadini o col quale mantengono intensi contatti¹⁴.

per l'ulteriore giurisprudenza rilevante e per altri riferimenti bibliografici. In aggiunta, v. le efficaci sintesi di F. MARONGIU BUONAIUTI, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale: strumenti e limiti*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 49 ss., pp. 68-70, e S. TONOLO, *Regole religiose*, cit., pp. 367-368.

¹¹ J. MALINGREAU, *International Kafala: A Right for the Child to Enter and Stay in the EU Member States?*, in *European Journal of Law Reform*, 2014, p. 401 ss., parla di "a form of guardianship that is specific to Islamic law" (p. 402). S. BOLLÉE, *op. cit.*, p. 178, preferisce l'espressione "*recueil légal*", del resto comune nella terminologia francese. G. CAROBENE, *op. cit.*, p. 137 ss., evidenzia inoltre l'esistenza di una chiara similitudine tra la *kafala* e l'istituto dell'affiliazione, in vigore in Italia tra il 1938 e il 1983, secondo cui lo Stato poteva affidare un minore in stato di necessità a una famiglia, con la quale il minore non instaurava però alcuna parentela; la famiglia affiliata veniva infatti più che altro considerata come una 'guida' idonea a permettere al minore di superare il suo stato di necessità.

¹² V. G. CAROBENE, *op. cit.*, pp. 16-17. L'art. 116 del codice del diritto di famiglia algerino del 1984 rende bene l'idea della funzione attuale della *kafala*, definendola come "[l]'engagement de prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur, au même titre que le ferait un père pour son fils (...)". Le disposizioni del codice del diritto di famiglia algerino si leggono in francese sul portale www.lexalgeria.free.fr.

¹³ Il giudice di solito concede l'omologazione della *kafala* negoziale all'esito di un'indagine amministrativa diretta a verificare che gli aspiranti *kafil* posseggano i necessari requisiti e che l'applicazione della *kafala* risponda al superiore interesse del minore.

¹⁴ Si è già avuto modo di accennare in premessa che il diritto di famiglia della maggior parte degli Stati islamici vieta il riconoscimento di adozioni effettuate all'estero.

La *kafala* negoziale concerne invece i minori non abbandonati ma comunque in stato di necessità. Per esempio, può succedere che dei coniugi senza figli si accordino, appunto davanti a un notaio, con dei loro familiari che hanno invece molti figli allo scopo di prendersi cura di uno di essi. La *kafala* negoziale si è molto diffusa con l'intensificarsi delle migrazioni dagli Stati islamici verso l'Europa: i genitori decidono di frequente di affidare uno o più figli alle cure di parenti emigrati in Europa verosimilmente allo scopo di assicurare loro una maggiore istruzione e in generale una vita migliore¹⁵. In queste circostanze, la *kafala* mostra in effetti i caratteri di un negozio giuridico. A ogni modo, a differenza di quella giudiziale, la *kafala* negoziale consente il mantenimento di rapporti familiari tra il *makfoul* e i suoi genitori biologici, senza implicare quindi quel completo mutamento di *status* familiare che verrebbe invece a determinarsi con l'adozione piena.

Né la *kafala* negoziale né la *kafala* giudiziale hanno per effetto la costituzione tra il *kafil* e il *makfoul* di un rapporto equiparabile a quello normalmente intercorrente tra i genitori e i figli. Il *makfoul* mantiene spesso il suo cognome originario¹⁶, non assume rapporti di parentela con i familiari dei *kafil*, non è iscritto nel loro stato di famiglia. Egli inoltre non potrà vantare diritti ereditari alla morte dei *kafil*, che anzi potranno trasmettere il rapporto di *kafala* con il *makfoul* ai loro legittimi eredi. Peraltro, il regime della *kafala* ha sempre una durata limitata nel tempo, giacché ha termine con il raggiungimento dell'indipendenza economica del *makfoul* – che solitamente si individua nel compimento della maggiore età per i bambini e nel matrimonio per le bambine – o con la morte o l'incapacità dei *kafil*. In aggiunta, la *kafala* è quasi sempre revocabile per iniziativa del giudice territorialmente competente (o del console, se il *makfoul* si trova all'estero) o dietro richiesta dei *kafil*, che potrebbero infatti decidere di “restituire” il *makfoul* ai suoi genitori o allo Stato, a seconda della tipologia di *kafala* in rilievo.

3. Nella sentenza pregiudiziale resa il 26 marzo 2019 nel caso *M.S.*, la Corte di giustizia dell'Unione europea si è occupata per la prima (e finora unica) volta degli effetti esercitati dalla *kafala* islamica negli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione europea. Allo scopo di assicurare il ricongiungimento familiare, oltre che di garantire il rispetto della vita privata e familiare e il superiore interesse del minore, la Corte ha affermato l'obbligatorietà per il Regno Unito del riconoscimento degli effetti di un regime di *kafala* come previsti secondo l'ordinamento straniero di ispirazione coranica ove tale regime si era in origine costituito¹⁷.

Nel caso di specie, un decreto di *kafala* emesso dal competente giudice algerino aveva delegato a due coniugi – entrambi cittadini sia algerini sia francesi (quindi anche

¹⁵ Cfr. E. BARRAUD, *Les multiples usages sociaux de la kafala en situation de migration: protection et non protection des mineurs recueillis*, in *e-Migrinter*, 2008, p. 133 ss., www.migrinter.labo.univ-poitiers.fr.

¹⁶ In Algeria il giudice può talvolta consentire che il minore acquisisca il cognome del *kafil*, specialmente allo scopo di evitare ingiustificate discriminazioni (per questa e per altre eccezioni al divieto di assunzione del cognome del *kafil* da parte del *makfoul*, v. G. CAROBENE, *op. cit.*, p. 46). Del resto, anche nel caso *M.S.*, qui in commento, il competente tribunale algerino aveva permesso che la bambina prendesse il cognome del *kafil*.

¹⁷ È noto che le sentenze emanate dalla Corte di giustizia a seguito di un rinvio pregiudiziale sono obbligatorie per il giudice *a quo*, anche se la loro efficacia tende ad assumere una portata generalizzata nei confronti dei giudici di tutti gli Stati membri dell'Unione europea: in proposito, v. per tutti U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017, V ed., pp. 424-428.

cittadini europei) ma residenti per ragioni di lavoro nel Regno Unito – l’esercizio dell’autorità genitoriale nei confronti di una bambina in stato di abbandono. Una volta rientrati nel Regno Unito, i *kafil* avevano presentato la richiesta di permesso di soggiorno per la *makfoul* – che aveva soltanto la cittadinanza algerina – in qualità di figlia adottiva di cittadini europei. Essi avevano dichiarato di agire ai sensi delle Immigration (European Economic Area) Regulations 2006, che costituiscono la normativa britannica di attuazione della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri (...) ¹⁸.

Per quanto qui interessa, è sufficiente ricordare che l’art. 2, par. 2, lett. c), dell’appena menzionata direttiva qualifica alla stregua di familiari del cittadino europeo anche i suoi discendenti diretti, purché di età inferiore a ventuno anni o a suo carico ¹⁹. Occorre altresì tenere presente che l’art. 3, par. 2, lett. a), della stessa direttiva aggiunge che gli Stati membri hanno l’obbligo di agevolare l’ingresso e il soggiorno di ogni “altro familiare” del cittadino europeo – vale a dire di ogni individuo non rientrante nell’elenco riportato nell’art. 2 della direttiva – se tale “altro familiare” è a carico o convive nello Stato di provenienza con il cittadino europeo titolare del diritto di soggiorno a titolo principale o se gravi motivi di salute impongono che il cittadino europeo lo assista personalmente ²⁰.

L’Entry Clearance Officer (l’agente incaricato di esaminare le domande di permesso d’ingresso) del Regno Unito aveva respinto la richiesta avanzata dai *kafil* di concedere alla *makfoul* un permesso d’ingresso in territorio britannico in veste di figlia adottiva di cittadini europei, essendo la *kafala* un istituto sconosciuto al diritto del Regno Unito e non assimilabile né all’adozione legittimante né ad altri istituti idonei a sancire la costituzione di rapporti di famiglia tra gli adulti e la minore ²¹.

¹⁸ Le Immigration (European Economic Area) Regulations 2006, del 30 marzo 2006, sono consultabili *online* al sito www.legislation.gov.uk, ove si rinviene anche l’ulteriore legislazione interna britannica che sarà di seguito citata. Secondo gran parte della dottrina, la libertà di circolare e di soggiornare negli Stati membri dell’Unione europea rappresenta uno fra i più notevoli diritti derivanti dalla cittadinanza europea; il ricongiungimento familiare, come si è anche detto in premessa, è funzionalmente collegato a tale diritto. La letteratura in proposito è molto ampia; ci si limita qui a ricordare significativamente E. TRIGGIANI, *La cittadinanza europea per la “utopia” sovranazionale*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2006, p. 435 ss., p. 441 ss.; M.I. PAPA, *La cittadinanza dell’Unione europea. Prospettive di sviluppo*, in M. BĂRBULESCU, M. FELICI, E. SILVERIO (a cura di), *La cittadinanza tra impero, Stati nazionali ed Europa*, Roma, 2017, p. 311 ss., p. 322 ss.; U. VILLANI, *op. cit.*, pp. 122-126.

¹⁹ Ai sensi della medesima disposizione, sono da intendersi come familiari del cittadino europeo anche i discendenti diretti del coniuge o *partner* del cittadino europeo. Peraltro, l’utilizzo dell’espressione “discendente diretto” in luogo del termine “figlio” permette di riferire l’art. 2, par. 2, lett. c), della direttiva 2004/38/CE anche ai discendenti di grado ulteriore rispetto al primo; così, per esempio, pure i nonni potrebbero ottenere il ricongiungimento familiare rispetto ai nipoti e viceversa. In proposito, v. A. LANG, *op. cit.*, p. 62.

²⁰ In effetti, ai sensi dello stesso art. 3, par. 2, della direttiva 2004/38/CE, lo Stato membro ospitante potrebbe sempre rifiutare l’ingresso e il soggiorno di ogni “altro familiare” di un cittadino europeo dopo aver effettuato un esame approfondito della situazione. Inoltre, il 6° ‘considerando’ della medesima direttiva specifica che ciascuno Stato membro dovrebbe valutare sulla base della propria legislazione nazionale la situazione delle persone che rientrano nella definizione di “altro familiare” al fine di decidere se l’ingresso e il soggiorno possano essere accordati a tali persone. Nondimeno, traspare chiaramente dalla formulazione dello stesso art. 3, par. 2, che gli Stati membri sono fortemente esortati a concedere l’ingresso e il soggiorno agli ‘altri familiari’ quando la relazione o la dipendenza finanziaria o fisica di questi ultimi dal cittadino europeo appaiono evidenti.

²¹ L’art. 66 dello Adoption and Children Act 2002, del 7 novembre 2002, elenca le categorie di adozioni effettuate all’estero che sono riconosciute nel Regno Unito come idonee a conferire al minore lo

I *kafil* avevano quindi proposto un'azione legale contro l'Entry Clearance Officer, giungendo in ultimo grado davanti alla Corte suprema del Regno Unito²². Sospeso il procedimento, la Corte suprema si era rivolta in via pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, domandando *inter alia* di chiarire se l'art. 2, par. 2, lett. c), della direttiva 2004/38/CE dovesse essere interpretato nel senso di ricomprendere anche il *makfoul* nella nozione di "discendente diretto" *ivi* contenuta²³.

Nella sentenza pregiudiziale, dopo aver premesso che quella di "discendente diretto" è una nozione autonoma del diritto dell'Unione europea²⁴, la Corte di giustizia ha ammesso che in tale nozione possono rientrare sia i figli biologici sia quelli adottivi²⁵. Essa ha però subito precisato che lo *status* di *makfoul* non è riconducibile a quello di figlio adottivo, in quanto per il diritto algerino la *kafala* non implica la costituzione di alcuno *status filiationis* tra i *kafil* e il *makfoul*²⁶. Peraltro, in Algeria l'adozione è espressamente proibita²⁷. Pertanto, la nozione di "discendente diretto" non può coprire anche lo *status* di *makfoul* del minore soggetto al regime della *kafala* algerina.

status di figlio; la *kafala* islamica non compare in tale elenco. Peraltro, fare entrare nel Regno Unito un minore adottato all'estero costituirebbe una condotta penalmente rilevante, qualora non fossero rispettate le Adoption with a Foreign Element Regulations 2005, del 30 dicembre 2005, che tra le altre cose prevedono l'intervento di un'agenzia governativa britannica che valuti la capacità di adottare degli adottanti e altre condizioni, cosa che nel caso di specie non era accaduta.

²² In particolare, la Immigration and Asylum Chamber del First-Tier Tribunal aveva respinto le ragioni dei ricorrenti con decisione del 7 ottobre 2013. In appello, con sentenza del 14 maggio 2014, la Immigration and Asylum Chamber dell'Upper Tribunal aveva qualificato lo *status* della *makfoul* come corrispondente a quello di "membro della famiglia allargata" di un cittadino europeo, ai sensi della normativa britannica di attuazione dell'art. 3, par. 2, lett. a), della direttiva 2004/38/CE. Tale conclusione era stata però ribaltata dalla Civil Division della Court of Appeal of England and Wales che, con sentenza del 4 novembre 2015, aveva confermato il diniego di ingresso nel Regno Unito per la *makfoul*, come stabilito in origine dall'autorità competente in materia di permessi di ingresso.

²³ La Corte suprema aveva posto due ulteriori quesiti alla Corte di giustizia, subordinati alla previa qualificazione della *makfoul* come "discendente diretto" dei *kafil*. Si trattava di interpretare l'art. 27 (contenente i principi generali relativi alle limitazioni del diritto di ingresso e di soggiorno per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza o sanità pubblica) e l'art. 35 (che conferisce agli Stati membri la facoltà di rifiutare, estinguere o revocare il diritto di ingresso o di soggiorno conferito al familiare del cittadino europeo in caso di abuso del diritto) della stessa direttiva 2004/38/CE onde stabilirne l'idoneità a essere invocati come basi giuridiche per impedire l'ingresso nel Regno Unito a minori che rischiassero di essere vittime di sfruttamento, abuso o tratta. Inoltre, la Corte suprema aveva chiesto alla Corte di giustizia se uno Stato membro può verificare che, nella procedura attraverso cui un minore è assoggettato al regime della *kafala* islamica, lo Stato straniero abbia tenuto in debita considerazione il superiore interesse del minore in questione. Avendo risposto negativamente al primo quesito, la Corte di giustizia non ha poi dato séguito a queste due altre domande.

²⁴ Sentenza *S.M.*, punti 50-52. Secondo la Corte di giustizia, esigenze di applicazione uniforme del diritto dell'Unione europea, unitamente al principio di uguaglianza, richiedono che la nozione di "discendente diretto" sia interpretata in maniera autonoma nel diritto dell'Unione europea. Peraltro, nell'art. 2, par. 2, lett. c), della direttiva 2004/38/CE manca qualsiasi riferimento alle legislazioni degli Stati membri. La Corte qui riprende la sua risalente sentenza del 18 giugno 1987, causa 316/85, *Lebon*, anch'essa riguardante la libera circolazione delle persone, in cui aveva qualificato come autonoma la nozione di "figlio a carico", molto vicina a quella di "discendente diretto".

²⁵ Sentenza *S.M.*, punti 53-54.

²⁶ *Ivi*, punti 55-56. La Corte di giustizia non ha accolto la posizione della Commissione europea che, nel punto 2.1.2 della comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio concernente gli orientamenti per un migliore recepimento e una migliore applicazione della direttiva 2004/38/CE, COM(2009)313 fin., aveva incluso nella nozione di "discendente diretto" anche i minori sottoposti al regime della *kafala* islamica.

²⁷ Secondo l'art. 46 del codice del diritto di famiglia algerino, "[l']adoption est interdite par la Charia et la loi".

Nondimeno, secondo la Corte di giustizia, in base al diritto algerino l'istituto della *kafala* configura comunque un rapporto di famiglia tra i *kafil* e il *makfoul*, di cui il Regno Unito deve tenere conto onde evitare di violare non solo la summenzionata direttiva sul ricongiungimento familiare e gli altri atti a essa collegati, ma anche le norme che sanciscono la tutela della vita privata e familiare e il superiore interesse del minore, vale a dire rispettivamente l'art. 7 e l'art. 24, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²⁸. Date queste premesse, ancorché probabilmente esorbitando dalla richiesta formulata dal giudice *a quo*, la Corte di giustizia ha stabilito che deve rilevare in favore del *makfoul* la nozione residuale di “altro familiare” fissata nell'art. 3, par. 2, lett. a), della direttiva 2004/38/CE, nel caso di specie come recepita dal diritto britannico nell'art. 8 delle Immigration (European Economic Area) Regulations 2006, ove si fa più precisamente riferimento ai “membri della famiglia allargata” del cittadino europeo²⁹.

4. Come anticipato in premessa, la sentenza resa dalla Corte di giustizia nel caso *M.S.* sembra confermare l'influenza che le norme di diritto dell'Unione europea in materia di ricongiungimento familiare (e quindi di libertà di circolazione delle persone) e di tutela dei diritti fondamentali esercitano sull'individuazione del metodo più appropriato per la risoluzione di alcune questioni di diritto internazionale privato attinenti alla continuità degli *status* personali e familiari costituiti all'estero.

Nel caso di specie, tale influenza è stata agevolata (se non proprio resa possibile) anche a causa della mancanza di norme di diritto internazionale convenzionale idonee a obbligare il Regno Unito a riconoscere nel suo ordinamento gli effetti di un regime di *kafala* formalizzato in Algeria. In effetti, per quel che è dato sapere, questo istituto non è oggetto di alcun trattato bilaterale in vigore tra il Regno Unito e l'Algeria³⁰. In aggiunta, non risultavano applicabili nel caso in esame le disposizioni dedicate alla *kafala* islamica che si rinvergono in certe convenzioni multilaterali delle quali il Regno Unito è parte contraente³¹.

Innanzitutto, secondo l'art. 20 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989 sui diritti del minore, ogni Stato parte deve garantire forme speciali di protezione per i minori temporaneamente o definitivamente privati del loro ambiente familiare o che non possono essere lasciati in tale ambiente nel loro stesso interesse. In base a questa norma, la protezione può in particolare concretizzarsi nell'adozione,

²⁸ Del resto, nella sentenza del 4 marzo 2010, causa C-578/08, *Chakroun*, la stessa Corte di giustizia aveva affermato che il diritto dell'Unione europea in materia di unità e ricongiungimento familiare non deve essere interpretato restrittivamente, allo scopo di non privarlo del suo effetto utile in favore del minore.

²⁹ Sentenza *S.M.*, punto 57 ss. Si noti la parziale coincidenza della soluzione qui offerta con quella, allora *de iure condendo*, prospettata da J. MALINGREAU, *op. cit.*, p. 422.

³⁰ Invero, la *kafala* non costituisce l'oggetto di alcun trattato stipulato dal Regno Unito con gli Stati islamici, neanche singolarmente considerati. Tutti i trattati di cui il Regno Unito è parte sono consultabili nel database UKTO, il cui indirizzo *web* è www.treaties.fco.gov.uk.

³¹ Per un esame comparato delle convenzioni internazionali che menzionano la *kafala* islamica, v. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *The Protection of the Rights of Children and the Recognition of Kafala*, in *A Commitment to Private International Law. Essays in Honour of Hans van Loon*, Cambridge, 2014, p. 77 ss. V. anche R. CLERICI, *op. cit.*, pp. 207-209, che sostiene la compatibilità della *kafala* con l'ordine pubblico proprio alla luce della consacrazione di tale istituto in diverse convenzioni internazionali.

nell'affidamento, nella *kafala* islamica o, se necessario, nel collocamento in adeguati istituti per l'infanzia³².

È vero che la Convenzione di New York è stata ratificata da tutti gli Stati membri dell'Unione europea³³ e che, quantunque in termini generali, essa si colloca tra gli strumenti internazionali di cui la Corte di giustizia si avvale per ricostruire il quadro della protezione dei diritti fondamentali dell'infanzia nell'Unione europea³⁴. Tuttavia, il suo art. 20 non poteva venire in rilievo nel caso *M.S.* Detta disposizione, formulata peraltro in maniera forse troppo vaga, pone infatti la *kafala* islamica come alternativa agli istituti dell'adozione e dell'affidamento, che esistono nell'ordinamento britannico (come pure si ricava dalla lettura della sentenza *M.S.*)³⁵ e con i quali la *kafala* non coincide³⁶. Atteso che l'art. 20 persegue l'obiettivo di salvaguardare il superiore interesse del minore, nel caso *M.S.* sarebbe stato ben possibile servirsi degli appena menzionati istituti previsti nel Regno Unito.

Riferimenti alla *kafala* islamica sono poi presenti nella Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni straniere e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure per la protezione dei minori. L'art. 3, lett. e), di tale Convenzione annovera il collocamento di un bambino in una famiglia di accoglienza in virtù della *kafala* islamica tra le misure di protezione dei minori cui tutti gli Stati contraenti devono assicurare il riconoscimento. L'art. 33 della Convenzione aggiunge però che, affinché un provvedimento di *kafala* possa produrre i suoi effetti in uno Stato diverso da quello in cui è stato posto in essere, le autorità competenti degli Stati interessati da tale provvedimento devono attenersi a una peculiare doppia procedura³⁷.

³² L'art. 20, par. 3, della Convenzione precisa che gli Stati, nell'effettuare una selezione tra le diverse forme speciali di protezione precedentemente elencate, devono in ogni caso tenere conto della desiderabilità di una certa continuità nell'educazione del fanciullo, nonché della sua origine culturale, etnica, linguistica e religiosa.

³³ È noto che la Convenzione sui diritti del bambino è stata ormai ratificata da tutti gli Stati del mondo, con l'unica e vistosa eccezione degli Stati Uniti. Riserve all'art. 20 di questa Convenzione, in generale o nella parte in cui contempla la possibilità di praticare l'adozione, risultano apposte da Brunei, Emirati Arabi Uniti, Giordania, Kuwait, Maldive. Vi sono poi delle più generali dichiarazioni di altri Stati islamici che affermano di interpretare le disposizioni della Convenzione in conformità alla religione musulmana. Si tratta in sostanza di esempi delle c.d. *sharia reservations* (cioè riserve vaghe o generali apposte da Stati islamici per motivi prettamente religiosi e spesso oggetto di obiezione da parte degli Stati occidentali: in proposito, v. le osservazioni critiche di M. GERVASI, *The ILC Guide to Practice on Reservations to Treaties Put to the Test in the Hossam Ezzat Case before the African Commission on Human and Peoples' Rights*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, p. 109 ss., p. 121 ss.).

³⁴ Per esempio, v. la sentenza della Corte di giustizia (Grande sezione) del 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento c. Consiglio*, punto 57.

³⁵ Sentenza *S.M.*, punti 21-22.

³⁶ Cfr., ancorché in termini più ampi e generali, K. HASHEMI, *Religious Legal Traditions, Muslim States and the Convention on the Rights of the Child: An Essay on the Relevant UN Documentation*, in *Human Rights Quarterly*, 2007, p. 194 ss. Peraltro, secondo quanto riportato dall'A. appena citato, l'inserimento della *kafala* islamica come alternativa all'affidamento e all'adozione avrebbe permesso a molti Stati islamici di ratificare la Convenzione senza apporre alcuna riserva all'art. 20, come invece in origine si temeva.

³⁷ L'art. 33 impone più precisamente che le autorità competenti dello Stato che emette il provvedimento di *kafala* e quelle dello Stato nel cui ordinamento si vorrebbe che tale provvedimento producesse i suoi effetti non solo preliminarmente si consultino (come previsto in molti altri casi), ma raggiungano anche un accordo preventivo. A norma dell'art. 23, par. 2, lett. f), della Convenzione, il mancato rispetto di tale doppia procedura costituirebbe uno dei motivi di diniego del riconoscimento. Per maggiori dettagli, v. S. TONOLO, A. ZANOBBETTI, *Filiazione, rapporti tra genitori e figli e protezione dei minori*,

Soltanto se questa doppia procedura è rispettata, gli effetti della *kafala* potranno essere automaticamente riconosciuti nei diversi Stati contraenti ai sensi dell'art. 23, par. 1, della stessa Convenzione, al pari delle altre misure di protezione del minore.

L'Unione europea ha esortato a più riprese gli Stati membri a ratificare la Convenzione dell'Aja del 1996; tali esortazioni hanno infine sortito gli effetti sperati e oggi tutti gli Stati membri, incluso il Regno Unito, sono parti della Convenzione³⁸. Ancora una volta, però, le disposizioni appena ricordate risultavano inapplicabili nel caso in commento: dal momento che l'Algeria non aderisce alla suddetta Convenzione (il Marocco è l'unico Stato islamico a esserne parte)³⁹, non sarebbe stato possibile porre in essere la peculiare doppia procedura *ex art. 33*.

Infine, poiché come già osservato la *kafala* islamica non è idonea a determinare in alcun caso la costituzione di uno *status filiationis*, non sorprende che la Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993 sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale non vi faccia alcun cenno. Anzi, l'art. 2, par. 2, di tale Convenzione delimita il suo ambito di applicazione alle sole

in M. SESTA (a cura di), *Codice dell'unione civile e della convivenza*, Milano, 2017, p. 1643 ss., pp. 1684-1685. Inoltre, v. P. PICONE, *La nuova Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1996, p. 705 ss., p. 740, il quale sottolinea come questo doppio obbligo procedurale abbia un carattere assai oneroso, oltre che un contenuto in un certo senso indeterminato; l'impressione dell'A. è che l'art. 33, peraltro ideato all'ultimo momento in sede di conferenza diplomatica, risponda più che altro all'esigenza politica di frenare l'arrivo in Europa di minori provenienti da Stati islamici (v. in particolare la nota 106).

³⁸ Per esempio, v. la decisione del Consiglio n. 2008/431, del 5 giugno 2008, che autorizza alcuni Stati membri a ratificare la convenzione dell'Aja del 1996, ovvero ad aderirvi, nell'interesse della Comunità europea e che autorizza alcuni Stati membri a presentare una dichiarazione sull'applicazione delle pertinenti norme interne del diritto comunitario; mediante questa decisione gli Stati membri sono stati fortemente invitati a depositare con rapidità il proprio strumento di ratifica della Convenzione dell'Aja del 1996 presso il Ministero degli affari esteri dei Paesi Bassi entro il 5 giugno 2010. È peculiare il caso dell'Italia, che ha firmato la Convenzione nel 2003 in forza di una decisione del Consiglio di tenere analogo a quella prima menzionata (decisione del Consiglio n. 2003/93/CE, del 19 dicembre 2002, che autorizza gli Stati membri a firmare, nell'interesse della Comunità, la convenzione dell'Aja del 1996), ma ha proceduto alla ratifica soltanto molto tempo dopo, con la legge n. 101 del 18 giugno 2015. A ogni modo, ormai quasi tutti gli Stati membri dell'Unione europea includono la *kafala* islamica tra i mezzi speciali riconosciuti di protezione del minore, riportandone gli effetti alla stregua di quelli prodotti da altri istituti previsti nei loro ordinamenti. Soltanto a titolo esemplificativo, a proposito della Spagna, v. M.P. DIAGO DIAGO, *La kafala islámica en España*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2010, p. 138 ss., mentre con riguardo alla Francia, v. M.C. LE BOURSICOUT, *La kafala ou recueil légal des mineurs en droit musulman: une adoption sans filiation*, in *Droit et cultures*, 2010, p. 283 ss. In Italia, i giudici si sono ripetutamente occupati del riconoscimento degli effetti della *kafala* islamica, dando vita a una giurisprudenza non univoca. La *kafala* è stata infatti equiparata talvolta all'adozione (e specialmente all'adozione in casi particolari) talaltra all'affidamento, con fini sia adottivi sia non adottivi, o anche ad altri più generali strumenti di tutela del minore, evidenziando delle differenze basate sulla cittadinanza italiana o straniera degli adulti coinvolti. Per maggiori dettagli sulla copiosa giurisprudenza italiana, si rinvia a C. CAMPIGLIO, *op. cit.*, p. 70 ss.; C.E. TUO, *Riconoscimento degli effetti delle adozioni straniere e rispetto delle diversità culturali*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 43 ss., p. 57 ss.; C. PERARO, *Il riconoscimento degli effetti della kafalah: una questione non ancora risolta*, *ivi*, 2015, p. 541 ss.; G. CAROBENE, *op. cit.*, pp. 115-116, 192 ss.; S. TONOLO, *Regole religiose*, *cit.*, pp. 364-365, 369.

³⁹ Il riferimento alla *kafala* nella Convenzione dell'Aja del 1996 si deve al Marocco, che non a caso ha firmato la Convenzione lo stesso giorno della sua adozione, pur ratificandola poi soltanto il 22 agosto 2002. A proposito della posizione del Marocco durante i lavori preparatori della Convenzione, v. C. CAMPIGLIO, *op. cit.*, pp. 70-71.

adozioni che istituiscono un rapporto giuridico di filiazione, escludendo perciò *de plano* la *kafala* islamica.

5. La soluzione prospettata dalla Corte di giustizia per il caso *M.S.* si pone in linea con l'orientamento espresso dalla Corte europea dei diritti umani in due pregressi casi relativi alla *kafala* islamica. In questi due casi, però, i ricorrenti avevano lamentato la violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare, unitamente alla violazione del divieto di ogni forma di discriminazione, a causa del diniego posto dagli Stati convenuti in relazione alla potenziale creazione di nuovi *status* familiari, e non con riguardo al riconoscimento degli effetti della *kafala* nei loro ordinamenti, che era invece correttamente avvenuto, a differenza di quanto alcuni autori dichiarano⁴⁰.

Nello specifico, nel caso *Harroudj c. Francia*⁴¹, una cittadina franco-algerina residente in Francia si era recata in Algeria dove, grazie a un decreto di *kafala* reso dal tribunale competente, aveva potuto accogliere una minore in stato di abbandono. Una volta rientrata in Francia, la *kafil* aveva presentato istanza di adozione della *makfoul*, dichiarando di agire nel superiore interesse di quest'ultima. Il Tribunale di grande istanza di Lione aveva rigettato la richiesta in applicazione dell'art. 370-3, al. 2, c.c. francese, secondo cui l'adozione non può avvenire qualora la legge dello Stato di cittadinanza del minore la proibisca (a meno che il minore non sia nato e risieda abitualmente in Francia)⁴². Nel caso in discorso, l'adozione risultava interdetta dall'art. 46 del codice del diritto di famiglia algerino⁴³. Il giudice francese aveva inoltre sottolineato come l'adozione non fosse in realtà indispensabile ai fini della tutela del superiore interesse della minore, già salvaguardato dalla vigenza della stessa *kafala* algerina, i cui effetti sono convenzionalmente riconosciuti in Francia in maniera tale da attribuire ai *kafil* la responsabilità genitoriale nei confronti del *makfoul*, pur senza configurare uno *status filiationis*⁴⁴. Dopo aver visto la propria istanza rigettata in tutti i successivi gradi di giudizio sempre sulle stesse basi, la ricorrente si era rivolta alla Corte europea.

⁴⁰ Cfr. F. DI PIETRO, *La kafalah islamica e le sue applicazioni alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2016, p. 91 ss., pp. 94-98, www.rivistaoidu.net, e L. PANELLA, *op. cit.*, p. 573 ss.

⁴¹ Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 4 ottobre 2012, *Harroudj c. Francia*. In commento, v. S. BOLLÉE, *op. cit.*, p. 717 ss.; A. DI PASCALE, *La kafalah al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo: tra tutela dell'interesse del minore e preoccupazioni di ordine pubblico*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2012, p. 113 ss.; C.E. TUO, *op. cit.*, p. 64 ss.

⁴² La legge 2001-111 del 6 febbraio 2001 ha stabilito l'inserimento nel c.c. francese di alcune nuove disposizioni relative all'adozione internazionale, tra cui appunto l'art. 370-3, che recita: "[L]es conditions de l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoptant ou, en cas d'adoption par deux époux, par la loi qui régit les effets de leur union. L'adoption ne peut toutefois être prononcée si la loi nationale de l'un et l'autre époux la prohibe. L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France (...)". A proposito della difficoltà nell'ordinamento francese di adottare un bambino precedentemente accolto secondo il regime della *kafala* islamica, v. M.C. LE BOURSICOUT, *op. cit.*, p. 283 ss.

⁴³ V. *supra*, nota 27.

⁴⁴ In effetti, in base all'art. 4 dell'Accord franco-algérien relatif à la circulation, à l'emploi et au séjour des ressortissants algériens et de leurs familles, del 27 dicembre 1968, modificato l'11 luglio 2001, la *kafala* algerina dovrebbe essere riconosciuta nell'ordinamento francese come affidamento. L'accordo è reperibile sul portale www.gisti.org.

Il caso *Chbihi Loudoudi e altri c. Belgio* riguardava invece una coppia marocchina residente in Belgio cui era stata affidata la nipote minorenni, di cittadinanza marocchina e residente in Marocco, per mezzo di una *kafala* negoziale stipulata davanti a un notaio e in seguito omologata dal competente tribunale marocchino⁴⁵. La coppia aveva poi condotto la ragazzina con sé in Belgio, dove aveva presentato istanza di adozione. In tutti i gradi di giudizio, i giudici belgi avevano negato ai coniugi la possibilità di adottare la nipote, dal momento che nemmeno nell'ordinamento belga si consente l'adozione dei minori la cui legge di cittadinanza ne pone appunto il divieto⁴⁶. Nello specifico, l'art. 149 del codice del diritto di famiglia marocchino priva l'adozione di ogni valore giuridico⁴⁷. I due *kafil*, insieme alla *makfoul*, avevano quindi adito la Corte europea.

Nelle sentenze relative ai due casi appena descritti, la Corte europea si è preliminarmente concentrata sulla questione dell'adottabilità dei minori stranieri secondo il diritto internazionale privato degli Stati convenuti. Evidenziando l'assenza di un "comune punto di vista europeo" in materia di legge applicabile alle adozioni internazionali, la Corte europea ha concluso che gli Stati parti della CEDU godono di un ampio margine di apprezzamento in questo ambito⁴⁸. Essa non ha però poi mancato di sottolineare che l'applicazione della *kafala* comporta comunque, sia per i minori sia per gli adulti, l'acquisizione di certi *status* secondo il diritto dello Stato islamico in cui la *kafala* è pronunciata. Esaminando i ricorsi nell'ottica degli obblighi positivi scaturenti dall'art. 8 CEDU, la Corte europea ha perciò precisato che gli Stati europei sono tenuti a riconoscere nei loro ordinamenti gli *status* formati all'estero sulla base della *kafala* islamica: se così non fosse, si configurerebbe appunto la violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare e probabilmente anche il superiore interesse del minore ne risulterebbe lesa. Al contrario, quando la *kafala* esplica negli Stati europei gli effetti che produce o produrrebbe negli Stati islamici che ne hanno disposto la costituzione, il rispetto della vita privata e familiare e il superiore interesse del minore possono essere tutelati anche senza l'instaurazione di uno *status filiationis* nei rapporti tra il minore e gli adulti con l'adozione "di stampo europeo"⁴⁹.

⁴⁵ Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 16 dicembre 2014, *Chbihi Loudoudi e altri c. Belgio*.

⁴⁶ Secondo l'art. 361-5 del c.c. belga, "(...) dans le cas où le droit applicable dans l'Etat d'origine de l'enfant ne connaît ni l'adoption ni le placement en vue d'adoption, le déplacement de l'enfant vers la Belgique en vue d'adoption ne peut avoir lieu et l'adoption ne peut être prononcée (...)".

⁴⁷ L'art. 149 del nuovo codice del diritto di famiglia marocchino del 2016 stabilisce che: "[l'] adoption est juridiquement nulle et n'entraîne aucun des effets de la filiation parentale légitime". Il codice del diritto di famiglia algerino è consultabile *online* in francese sul portale www.adala.justice.gov.ma/FR.

⁴⁸ V. la sentenza *Harroudj c. Francia*, paragrafi 21-22 e specialmente par. 48, dove si legge che "(...) les données recueillies afin de savoir si la prohibition par la loi nationale de l'enfant mineur constitue un obstacle à l'adoption relèvent de situations variées et nuancées dans la législation des différents Etats. Il en résulte que la marge d'appréciation dont dispose l'Etat français doit donc être considérée comme ample". Nello stesso senso, v. la sentenza *Chbihi Loudoudi e altri c. Belgio*, par. 94 ss. In effetti, le pertinenti norme di diritto internazionale privato degli Stati europei stabiliscono di volta in volta l'applicazione della legge del luogo in cui avviene l'adozione o del luogo di prevalente localizzazione della vita matrimoniale o di coppia degli adottanti o di cittadinanza di ognuno degli adottanti o di cittadinanza dell'adottato o di cittadinanza sia dell'adottato sia dell'adottante, ammettendo anche diverse e varie eccezioni: cfr. J. MALINGREAU, *op. cit.*, pp. 404-409.

⁴⁹ V. le sentenze *Harroudj c. Francia*, par. 40 ss., e *Chbihi Loudoudi e altri c. Belgio*, par. 88 ss. *Contra*, v. l'opinione dissidente comune dei giudici Karakaş, Vučinić e Keller, paragrafi 3-6, allegata alla sentenza *Chbihi*. Secondo i giudici dissidenti, il Belgio avrebbe avuto l'obbligo positivo, scaturente dall'art. 8 CEDU, di riconoscere la *kafala* come adozione piena in quanto tale istituto è "effettivamente"

Dal momento che nei due casi portati alla sua attenzione entrambi gli Stati convenuti avevano sostanzialmente garantito la continuità degli *status* determinati dalla *kafala* islamica decretata all'estero e i diritti a essi connessi, mostrando rispetto per il pluralismo culturale ed effettuando un corretto bilanciamento tra l'interesse pubblico e quello dei ricorrenti, la Corte europea non ha accertato alcuna violazione dei diritti umani. Anzi, nella sentenza resa nel caso *Chbihi*, essa ha avuto cura di precisare che il superiore interesse della minore non sarebbe stato adeguatamente tutelato se il Belgio avesse permesso ai ricorrenti di procedere con la sua adozione. In tal caso, infatti, giacché la *kafala* negoziale non prevede l'interruzione dei legami familiari tra il *makfoul* e i suoi genitori biologici e poiché l'art. 149 del codice del diritto di famiglia marocchino dichiara che l'adozione non ha valore giuridico e non genera rapporti di filiazione di alcun tipo⁵⁰, la minore avrebbe avuto due *status* differenti: figlia dei *kafil* per il diritto belga e figlia dei genitori biologici per il diritto marocchino⁵¹.

6. Come appena osservato, nei due casi inerenti alla *kafala* islamica finora giunti davanti alla Corte europea dei diritti umani, la Francia e il Belgio non avevano messo in discussione l'esistenza di un legame familiare tra ognuna delle due coppie di *kafil* e il relativo *makfoul*. Essi avevano anzi riconosciuto nei loro ordinamenti gli effetti prodotti dalla *kafala* ai sensi del diritto degli Stati islamici in cui era stata pronunciata. La Corte europea non ha dunque rinvenuto alcuna violazione dei diritti umani da parte dei due Stati convenuti.

Invece, nel caso esaminato dalla Corte di giustizia, le autorità britanniche avevano posto in dubbio non solo la qualificazione del *makfoul* come 'discendente diretto' dei *kafil*, ma finanche l'esistenza stessa di un legame familiare tra il *makfoul* e i *kafil*. Questa circostanza ha permesso alla Corte di giustizia di porre in risalto che, se non si riscontrasse l'esistenza di rapporti di famiglia tra i soggetti coinvolti in un regime di *kafala* islamica, si violerebbe il diritto dell'Unione europea; si è già visto che una simile violazione investirebbe sia gli obblighi relativi al ricongiungimento familiare, discendenti in massima parte dalla direttiva 2004/38/CE, sia il diritto al rispetto della vita privata e familiare e il superiore interesse del minore, enunciati nella Carta dei diritti fondamentali⁵². Detto altrimenti, la Corte di giustizia ha potuto così esortare gli Stati membri dell'Unione europea ad abbandonare la ricerca di forme di validità "oggettiva" degli *status* familiari acquisiti negli Stati islamici in applicazione della *kafala* e a dare maggiore peso alle situazioni familiari in quanto tali, ovverosia agli elementi "soggettivi" che contraddistinguono tali situazioni, tra cui specialmente l'aspettativa di ognuno di mantenere il proprio *status* familiare anche nell'eventualità di trasferimento da uno Stato islamico verso uno Stato membro dell'Unione europea⁵³.

chiamato a svolgere questa funzione negli ordinamenti islamici. È simile il punto di vista di S. BOLLÉE, *op. cit.*, pp. 723-724.

⁵⁰ V. *supra*, nota 47.

⁵¹ Sentenza *Chbihi Loudoudi e altri c. Belgio*, paragrafi 100-105. Cfr. sul punto G. CAROBENE, *op. cit.*, p. 176.

⁵² Naturalmente, in base all'art. 52, par. 3, della Carta, il suo art. 7, relativo al rispetto della vita privata e familiare, ha lo stesso significato e la stessa portata dell'art. 8 CEDU, come interpretata dalla Corte europea dei diritti umani.

⁵³ Cfr., *mutatis mutandis*, G. KESSLER, *op. cit.*, pp. 46-47. Sul tema più ampio della circolazione internazionale degli *status* personali e familiari acquisiti negli Stati islamici e sui relativi problemi, v. di recente e per ulteriori riferimenti bibliografici F. MARONGIU BUONAIUTI, *Libertà di religione e*

In effetti, come dimostrato in termini più ampi da un'attenta dottrina, l'esigenza di proteggere la continuità internazionale degli *status* personali e familiari "ha ormai acquisito la dimensione di un bisogno sociale pressante ed imperioso, cui corrisponde in Europa (...) un preciso diritto individuale alla identità e alla permanenza del proprio statuto personale e familiare attraverso le frontiere, desumibile, all'interno del sistema dell'Unione europea dalle libertà di circolazione spettanti ai cittadini degli Stati membri e garantito altresì, in un ambito spaziale e soggettivo anche più ampio, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo"⁵⁴. È dunque comprensibile come, almeno in certi casi, le considerazioni riguardanti le modalità e i termini "oggettivi" di costituzione delle situazioni passibili di divenire oggetto di riconoscimento assumano oggi poca importanza per il diritto dell'Unione europea⁵⁵.

Abstract

Family Reunification, Fundamental Rights and Islamic *kafala* in the *M.S.* Judgment Delivered by the Court of Justice of the European Union

The paper critically comments on the *M.S.* judgment delivered on 26 March 2019 by the Court of Justice of the European Union. It is here argued that this judgment represents another piece of evidence of the influence of EU Law on the solution to the private international law problems concerning the continuity of family status established abroad. Indeed, according to the *M.S.* judgment, the family status resulting from an Islamic *kafala* passed in Algeria (to the benefit of an Algerian child and two French spouses who had moved to the United Kingdom for working reasons) must be recognised in the British legal system. Otherwise, the United Kingdom would violate EU Law on family reunification – which of course is highly related to the free movement of persons and thus to the European economic integration – in addition to both the right to respect for private and family life and the best interests of the child as enshrined in the Charter of Fundamental Rights of the European Union. The value of the *M.S.* judgment is also assessed against the relevant international treaty provisions and case law of the European Court of Human Rights concerning the Islamic *kafala*.

circolazione internazionale degli status personali e familiari, in M.I. PAPA, G. PASCALE, M. GERVAZI (a cura di), *La tutela internazionale della libertà religiosa: problemi e prospettive*, Napoli, 2019, p. 193 ss.

⁵⁴ Così A. DAVÌ, *Il riconoscimento delle situazioni*, cit., p. 347. In precedenza, v. anche A. DAVÌ, *Diritto internazionale privato e diritti umani. Introduzione*, in A. DI STEFANO, R. SAPIENZA (a cura di), *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*, Napoli, 2012, p. 209 ss., soprattutto p. 213.

⁵⁵ Per esempio, v. la giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alla continuità del nome, riportata *supra*, nota 10, unitamente alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in tema di continuità degli *status* derivanti da adozioni effettuate all'estero, citata nella stessa nota. Ma v. anche le soluzioni non del tutto coincidenti (forse perché improntate a una maggiore prudenza) raggiunte dalle due Corti europee in alcune sentenze inerenti al tema della maternità surrogata, da cui non si ricava alcun sostegno in favore della continuità dello *status* acquisito all'estero dal genitore intenzionale; su questo aspetto e, più in generale, sugli altri problemi emergenti nelle recenti sentenze riguardanti la maternità surrogata, si rinvia principalmente a S. TONOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 202 ss.; M. GERVAZI, *The European Court of Human Rights and Technological Development: The Issue of the Continuity of the Family Status Established Abroad through Recourse to Surrogate Motherhood*, *ivi*, 2018, p. 213 ss., specialmente p. 218 ss.; *Id.*, *The European Court of Human Rights Shaping Family Life in Cross-Border Surrogacy: The Paradiso et Campanelli Case*, in E. CARPANELLI, N. LAZZERINI (eds.), *Use and Misuse of New Technologies. Contemporary Challenges in International and European Law*, Cham, 2019, p. 151 ss.

Libri ricevuti



Alessandra Annoni, Serena Forlati, Francesco Salerno (a cura di), *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 631.

Alessandra Annoni, Francesco Salerno, *La tutela internazionale della persona umana nei conflitti armati*, Bari, Cacucci, 2019, pp. XVIII-250.

Stefania Bariatti, Luigi Fumagalli, Zeno Crespi Reghizzi (eds.), *Punitive Damages and Private International Law: State of the Art and Future Developments*, Milano, Wolters Kluwer, 2019, pp. XXII-320.

Raffaele Cadin, *Profili ricostruttivi e linee evolutive del diritto internazionale dello sviluppo*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. X-227.

Fausto Capelli, *Per salvare la democrazia in Europa*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2019, pp. XXII-406.

Lorenzo Chieffi (a cura di), *Tecniche procreative e nuovi modelli di genitorialità. Un dialogo italo-francese*, Milano-Udine, Mimesis, 2018, pp. 278.

Gianluca Contaldi, *Diritto europeo dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. VIII-329.

Luigi Daniele, *Diritto del mercato unico europeo e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, IV ed., pp. XXIV-648.

Angela Del Vecchio, Roberto Virzo (eds.), *Interpretations of the United Nations Convention on the Law of the Sea by International Courts and Tribunals*, Cham, Springer, 2019, pp. IX-444.

Antonietta Di Blase, Giulio Bartolini, Mirko Sossai (a cura di), *Diritto internazionale e valori umanitari*, Roma, RomaTrE-Press, 2019, pp. 307.

Angela Di Stasi (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e spazio europeo di giustizia. L'applicazione giurisprudenziale del titolo VI della Carta*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 408.

Luigi Ferlicchia, *La politica estera di Aldo Moro*, Barletta, ROTAS, 2018, pp. 77.

Cristina Grieco, *Il ruolo dell'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato delle successioni transfrontaliere*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, pp. XII-338.

João Pedro Leite Barros, *Arbitragem online em conflitos de consumo*, São Paulo, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 154.

Balázs Matjtényi, Gianfranco Tamburelli (eds.), *Human Rights of Asylum Seekers in Italy and Hungary. Influence of International and EU Law on Domestic*

Actions, Torino-The Hague, Giappichelli-Eleven International Publishing, 2019, pp. XVI-237.

Maria Rosaria Mauro, *Diritto internazionale dell'economia. Teoria e prassi delle relazioni economiche internazionali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, pp. XXIV-492.

Enzo Moavero Milanese, Giovanni Piccirilli (a cura di), *Attuare il diritto dell'Unione Europea in Italia. Un bilancio a 5 anni dall'entrata in vigore della legge n. 234 del 2012*, Bari, Cacucci, 2018, pp. 200.

Franco Mosconi, Cristina Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. II, *Statuto personale e diritti reali*, Milano, Wolters Kluwer, 2019, V ed., pp. XXII-366.

Maria Irene Papa, Giuseppe Pascale, Mario Gervasi (a cura di), *La tutela internazionale delle libertà religiosa: problemi e prospettive*, Napoli, Jovene, 2019, pp. XIV-458.

Pietro Pustorino, *Lezioni di tutela internazionale dei diritti umani*, Bari, Cacucci, 2019, pp. XI-232.

Andrea Santini, *L'iniziativa dei cittadini europei. Contributo alla legittimità democratica dell'Unione?*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 252.

Ennio Triggiani, *Spunti e riflessioni sull'Europa*, Bari, Cacucci, 2019, II ed., pp. XV-303.

Ugo Villani, *Diritto internazionale privato: profili generali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, pp. 95.

Indice degli autori



Ennio TRIGGIANI

emerito di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Giandonato CAGGIANO

ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Roma TRE

Paola BELLOCCHI

ordinario di Diritto del lavoro nell'Università degli studi di Teramo

Michele VELLANO

ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Torino

Sara POLI

ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università di Pisa

Giuseppe MORGESE

ricercatore di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Francesco BUONOMENNA

ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Salerno

Davide MARESCA

ricercatore di Diritto dell'economia nell'Università telematica Pegaso

Daniela MARRANI

ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Salerno

Angelo DAVÌ

ordinario di Diritto internazionale nella Sapienza Università di Roma

Alessandra ZANOBETTI

ordinario di Diritto internazionale nell'Università di Bologna

Pieralberto MENGOZZI

professore a contratto di Diritto dell'Unione europea nell'Università di Bologna

Luca PANTALEO

senior lecturer in International and European Law nella Hague University of Applied Sciences

Giuseppe PASCALE

ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Trieste



Indice del Volume XIV (2019)

Giuseppe TESAURO Relazione presentata il 21 marzo 2019 a Roma, presso la Corte costituzionale, in occasione del conferimento a <i>Studi sull'integrazione europea</i> del XXV premio "Eugenio Selvaggi" per la stampa storico-giuridica	251
--	-----

ARTICOLI

Pia ACCONCI L'inclusione del "right to regulate" negli accordi internazionali in materia di investimenti. Considerazioni in margine alla posizione dell'Unione europea	89
---	----

Roberto BARATTA Droits fondamentaux et "valeurs" dans le processus d'intégration européenne	289
--	-----

Paola BELLOCCHI Concorrenza e <i>dumping</i> sociale nell'Unione europea: le nuove regole sul distacco transnazionale dei lavoratori	593
---	-----

Francesco BUONOMENNA Nuovi scenari di diritto di famiglia, con particolare riferimento alle unioni civili: profili evolutivi e applicativi di diritto internazionale privato ed europeo	675
--	-----

Giandonato CAGGIANO Brevi riflessioni sugli equilibri politico-istituzionali nella prospettiva dell'elezione del Parlamento europeo nel 2019	19
---	----

Giandonato CAGGIANO Il richiedente la protezione internazionale davanti al giudice tra tutela giurisdizionale effettiva e autonomia processuale degli Stati membri dell'Unione europea	579
---	-----

Giovanni CELLAMARE L'attivazione nell'ordinamento italiano del concetto di Paese di origine sicuro	323
---	-----

Giulia D'AGNONE Recenti modifiche legislative in tema di aiuti di Stato tra centralizzazione dei controlli sulle notifiche e decentralizzazione delle procedure di recupero	107
--	-----

Pierre DE GIOIA CARABELLESE Le cartolarizzazioni fra nuova regolamentazione UE e attività bancaria opaca	339
---	-----

Paolo FOIS L'"Europa flessibile" e il consenso degli Stati membri	271
--	-----

Stefano GIUBBONI L'Unione europea e le relazioni sindacali: un bilancio critico	59
--	----

Davide MARESCA Il limite alla libertà dello Stato nella cessazione anticipata delle concessioni alla luce dell'ordinamento dell'Unione europea	693
Daniela MARRANI La cooperazione strutturata permanente (PESCO): quadro giuridico-istituzionale per l'integrazione "flessibile" in materia di difesa europea	719
Giuseppe MORGESE Discriminazioni dirette e indirette a carico dei cittadini non-italiani nell'accesso al reddito e alla pensione di cittadinanza	655
Francesco MUNARI L'economia circolare e le nuove regole dell'Unione europea sui rifiuti	77
Criseide NOVI L'attuazione della cooperazione strutturata permanente (PESCO) nella prospettiva di una difesa europea più autonoma ed effettiva	365
Antonio J. PALMA Il principio della protezione più estesa nel sistema europeo multilivello di tutela dei diritti umani: per un confronto teorico-pratico tra l'art. 53 della CEDU e l'art. 53 della Carta di Nizza	129
Francesca PERRINI Il contributo della giurisprudenza europea al superamento della crisi delle Nazioni Unite e delle sue conseguenze sulla tutela dei diritti umani	387
Sara POLI La politica europea di vicinato e la sua evoluzione nei rapporti tra l'Unione e gli Stati del partenariato orientale	631
Flavia ROLANDO Verso la codificazione del procedimento amministrativo dell'Unione europea? Il problema dell'identificazione di una corretta base giuridica	413
Ennio TRIGGIANI <i>Deficit</i> democratico o di sovranità? Il rebus politico-istituzionale dell'Unione europea	9
Ennio TRIGGIANI La codificazione nell'Unione europea attraverso i principi di democrazia, efficacia e trasparenza	557
Martín Jesús URREA SALAZAR Medio ambiente y desarrollo sostenible: una perspectiva de derecho internacional privado	309

Isabel VEGA MOCOROA	
Il sistema delle risorse proprie nell'UE post-Brexit: un'occasione per la riforma	29
Michele VELLANO	
Linee evolutive del sostegno alla democrazia nell'azione esterna dell'Unione europea	615
Ugo VILLANI	
Metodo comunitario e metodo intergovernativo nell'attuale fase dell'Unione europea	259
NOTE E COMMENTI	
Marco BOLOGNESE	
Il valore del giudicato nei processi civili ed il rispetto dei diritti dell'uomo	435
Claudia CANDELMO	
La sentenza <i>Achmea</i> , un anno dopo: l'impatto sull'ordinamento europeo e il futuro degli <i>intra-EU BITs</i>	447
Andrea CANNONE	
La sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'affare <i>GIEM s.r.l. e altri c. Italia</i> del 28 giugno 2018: brevi osservazioni	155
Maria Cristina CARTA	
I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nello spazio giuridico europeo: i limiti del "dialogo" tra Corti	161
Angelo DAVÌ, Alessandra ZANOBETTI	
Il nuovo regolamento UE 2019/1111 e la circolazione di separazioni e divorzi nello spazio giudiziario europeo	749
Marco INGLESE	
La proposta di regolamento che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione <i>online</i> : tanto tuonò che piovve	463
Matteo MANFREDI	
Il ruolo del Parlamento europeo nella disciplina degli scambi commerciali con i Paesi in via di sviluppo: il caso dell'SPG	481
Pieralberto MENGOZZI	
La Corte di Giustizia e la trasparenza da assicurare nella conclusione di contratti con i consumatori	765
Luca PANTALEO	
The Autonomy of the EU Legal Order and International Dispute Settlement in the Wake of Opinion 1/17	775

Giuseppe PASCALE Ricongiungimento familiare, diritti fondamentali e <i>kafala</i> islamica nella sentenza <i>M.S.</i> della Corte di giustizia dell'Unione europea	795
Alice PISAPIA Maternità surrogata <i>versus</i> libera circolazione nel mercato interno	187
Edoardo Alberto Rossi <i>Data protection</i> nei rapporti transnazionali tra imprese. Aspetti problematici della Convenzione n. 108 del Consiglio d'Europa e del regolamento (UE) n. 679/2016	209
RECENSIONI	
G. CELLAMARE, I. INGRAVALLO (eds.), <i>Peace Maintenance in Africa. Open Legal Issues</i> , Cham, Springer-Giappichelli, 2018 (P. Gargiulo)	507
J.M. DE FERMINAN FERNANDEZ-FIGARES, <i>Coudenhove-Kalergi. Un Ideal para Europa</i> , Jaén, Dykinson, 2018 (C. Zanghi)	511
R.S. DE FAZIO, A. GIATTINI, V. PRISCO (a cura di), <i>Scenari sul futuro dell'Europa: sfide e prospettive. Considerazioni a margine del Libro Bianco della Commissione Europea</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2018 (A. Iermano)	515
A. DI STASI, <i>Introduzione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali</i> , Milano, Wolters Kluwer, 2018, II ed. (U. Villani)	517
L.F. PACE, <i>Il regime giuridico dell'euro. La nascita dell'Unione economica e monetaria, la sua crisi e la risposta dell'Unione europea</i> , Bari, Cacucci, 2018 (L. Cecchetti)	523
M. PANEBIANCO, <i>Codice Euro-globale. Epoche, spazi, soggetti</i> , Napoli 2018 (L. di Cintio)	525
P. PENNETTA, S. CAFARO, A. DI STASI, I. INGRAVALLO, G. MARTINO, C. NOVI, <i>Diritto delle organizzazioni internazionali</i> , Milano, Wolters Kluwer, 2018 (G.M. Ruotolo)	529
J. VAN DER HARST, G. HOOGERS, G. VOERMAN (eds.), <i>European Citizenship in Perspective. History, Politics and Law</i> , Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018 (A.M. Romito)	233
Libri ricevuti	237, 533, 809
Indice degli autori	239, 535, 811



Index of Volume XIV (2019)

- Giuseppe TESAURO
Report President on 21 March 2019 in Rome, at the Constitutional Court, on the Occasion of the Conferral to *Studi sull'integrazione europea* of the XXV 'Eugenio Selvaggi' Award for the Historical-juridical Press 251

ARTICLES

- Pia ACCONCI
The Reference to the 'Right to Regulate' in International Investment Treaties. The Position of the European Union 89
- Roberto BARATTA
Fundamental Rights and 'Values' in the European Integration Process 289
- Paola BELLOCCHI
Competition and Social Dumping in the European Union: The Revision of the Rules on Posting of Workers 593
- Francesco BUONOMENNA
New Scenarios of Family Law, with Relevance on Civil Unions: Evolutive and Applicative Profiles of International Private and European Law 675
- Giandonato CAGGIANO
Brief Reflections on the Political-Institutional Balance in View of the Election of the European Parliament in 2019 19
- Giandonato CAGGIANO
The Applicant for International Protection before the Judge, among Effective Judicial Protection and Procedural Autonomy of the Member States of the European Union 579
- Giovanni CELLAMARE
The Activation of the Concept of Safe Country of Origin in the Italian Legal System 323
- Giulia D'AGNONE
Recent Amendments to Law No. 234/2012 on State Aid, between the Centralisation of Controls over Notifications and the Decentralisation of Recovery Procedures 107
- Pierre DE GIOIA CARABELLESE
Securitizations: The New EU Regulation Discussed and Analysed through the Lenses of the Shadow Banking 339
- Paolo FOIS
The 'Flexible Europe' and the Consent of the Member States 271

Stefano GIUBBONI The EU and Industrial Relations: A Critical Appraisal	59
Davide MARESCA The Limits to Member States Freedom to Declare the Early Termination of Concessions under European Union Law	693
Daniela MARRANI Permanent Structured Cooperation (PESCO): Legal and Institutional Framework for 'Flexible' Integration in European Defence	719
Giuseppe MORGESE Direct and Indirect Discrimination against non-Italian Nationals Regarding the Access to the so-called 'Citizenship Income'	655
Francesco MUNARI Circular Economy and the New EU Regime on Waste	77
Criseide NOVI The Implementation of the Permanent Structured Cooperation (PE.S.CO) in the Prospective of a More Autonomous and Effective European Defence	365
Antonio J. PALMA The Principle of the Widest Protection in the European Multi-level System of Safeguard of Human Rights: A Theoretical and Practical Comparison between Article 53 of the ECHR and Article 53 of the Charter of Nice	129
Francesca PERRINI The Contribution of European Jurisprudence to Overcoming UN Crisis and Its Consequences on the Protection of Human Rights	387
Sara POLI The European Neighbourhood Policy and Its Evolution in the EU Relations with the Eastern Partnerships Countries	631
Flavia ROLANDO Towards the Codification of EU Administrative Procedure? The Question of the Proper Legal Basis	413
Ennio TRIGGIANI Sovereignty or Democratic Deficit? The Political-institutional <i>rebus</i> of the European Union	9
Ennio TRIGGIANI Codification in the European Union through the Principles of Democracy, Efficiency and Transparency	557

Martín Jesús URREA SALAZAR Environment and Sustainable Development: A Private International Law Prospective	309
Isabel VEGA MOCOROA The EU's Own Resources System after Brexit: A Chance for Reform	29
Michele VELLANO New Trends in the Promotion of Democracy in the External Action of the European Union	615
Ugo VILLANI Community Method and Intergovernmental Method in the Present Phase of the European Union	259
NOTES AND COMMENTS	
Marco BOLOGNESE The Value of Final and Binding Decision in Civil Proceeding and the Re- spect for Human Rights	435
Claudia CANDELMO The <i>Acmea</i> Judgment, One Year after: Effects on the European Order and the Future of <i>intra</i> -EU BITs	447
Andrea CANNONE The Great Chamber Judgment of the European Court of Human Rights in the Case <i>GIEM s.r.l. and others v. Italy</i> (June 28 th , 2018): Short Remarks	155
Maria Cristina CARTA 'Levels' of Protection of Human Rights in the European Legal Environ- ment: Limits of the 'Dialogue' between the Courts	161
Angelo DAVÌ, Alessandra ZANOBETTI The New Regulation EU 2019/1111 and the Circulation of Legal Separations and Divorces in the European Judicial Area	749
Marco INGLESE An Overview of the Proposal for a Regulation on Promoting Fairness and Transparency for Business Users of Online Intermediation Services: After Thunder Comes Rain	463
Matteo MANFREDI The European Parliament's Role in Trade Regulation with Developing Countries: The Case of GSP	481

Pieralberto MENGOZZI The Court of Justice and the Transparency to Be Assured in the Consumer Contracts	765
Luca PANTALEO The Autonomy of the EU Legal Order and International Dispute Settlement in the Wake of Opinion 1/17	775
Giuseppe PASCALE Family Reunification, Fundamental Rights and Islamic <i>kafala</i> in the <i>M.S.</i> Judgment Delivered by the Court of Justice of the European Union	795
Alice PISAPIA Surrogate Maternity <i>versus</i> Free Movement in the Internal Market	187
Edoardo Alberto Rossi Data Protection within Cross-border Relationships between Companies. Some Problematic Issues of the Council of Europe Convention No. 108 and Regulation (EU) 2016/679	209
BOOK REVIEWS	
G. CELLAMARE, I. INGRAVALLO (eds.), <i>Peace Maintenance in Africa. Open Legal Issues</i> , Cham, Springer-Giappichelli, 2018 (P. Gargiulo)	507
J.M. DE FERMINAN FERNANDEZ-FIGARES, <i>Coudenhove-Kalergi. Un Ideal para Europa</i> , Jaén, Dykinson, 2018 (C. Zanghì)	511
R.S. DE FAZIO, A. GIATTINI, V. PRISCO (a cura di), <i>Scenari sul futuro dell'Europa: sfide e prospettive. Considerazioni a margine del Libro Bianco della Commissione Europea</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2018 (A. Iermano)	515
A. DI STASI, <i>Introduzione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali</i> , Milano, Wolters Kluwer, 2018, II ed. (U. Villani)	517
L.F. PACE, <i>Il regime giuridico dell'euro. La nascita dell'Unione economica e monetaria, la sua crisi e la risposta dell'Unione europea</i> , Bari, Cacucci, 2018 (L. Cecchetti)	523
M. PANEBIANCO, <i>Codice Euro-globale. Epoche, spazi, soggetti</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2018 (L. di Cintio)	525
P. PENNETTA, S. CAFARO, A. DI STASI, I. INGRAVALLO, G. MARTINO, C. NOVI, <i>Diritto delle organizzazioni internazionali</i> , Milano, Wolters Kluwer, 2018 (G.M. Ruotolo)	529

J. VAN DER HARST, G. HOOGERS, G. VOERMAN (eds.), <i>European Citizenship in Perspective. History, Politics and Law</i> , Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018 (A.M. Romito)	233
Books received	237, 533, 809
List of Contributors	239, 535, 811



Consiglio Regionale della Puglia

Teca del Mediterraneo Biblioteca Multimediale & Centro di documentazione

L'accesso alle fonti documentarie presenti in Biblioteca costituisce un'opportunità per la stesura di tesi di laurea, per l'attività professionale e per gli adempimenti giuridici e fiscali dei cittadini.

La Biblioteca è specializzata nei profili tematici della pubblica amministrazione, diritto, economia e finanza, organizzazione e management, politiche pubbliche e politologia, oltre le riviste e le monografie, sono consultabili diverse banche dati, sia autonomamente, presso la sala riviste della Biblioteca, sia in modalità assistita presso le postazioni di reference, sempre in sede.

DE JURE - un vasto repertorio di massime e sentenze per esteso di legittimità e di merito, normativa nazionale dal 1861, sia in testo vigente che in testo originale, la normativa comunitaria, quella regionale e la prassi in testo vigente, il panorama completo del pensiero giuridico italiano dal 1995 ad oggi.

LEGGI D'ITALIA - oltre 120.000 provvedimenti nel testo vigente e coordinato a partire dal 1751 e i sette Codici d'Italia nel testo vigente e coordinato, oltre 140.000 provvedimenti normativi delle 20 regioni italiane e 2 province autonome, tutti i provvedimenti legislativi che hanno subito modifiche e/o abrogazioni a partire dal 1989, prassi e circolari, normativa comunitaria classificata in 25 aree tematiche, raccolte di sentenze delle Corti di ogni ordine e grado.

IL SOLE 24 ORE - abbonamento all'edizione digitale del Sole 24 ore con gli speciali di "Norme e tributi" e la possibilità di accedere a: Archivio storico del Sole 24 ore, Quotidiano Enti locali, Banca dati 24.

GIUSTAMM e IPSOA – banche dati di dottrina giuridica.

WEB tATOO – sistema per la consultazione di banche dati e di riviste in formato elettronico.

Negli ultimi anni il catalogo è stato arricchito con pubblicazioni relative a Sezioni che valorizzano il territorio regionale: Cultura dell'Ambiente, Sezione di Genere, Identità pugliese, Ragazzi, Arte e spettacolo, Multiculturale.

Servizi gratuiti per il pubblico: assistenza alla ricerca bibliografica, bollettini tematici, consultazione e prestito, corsi sull'uso delle risorse bibliografiche, iniziative didattiche, internet e wifi, prestito interbibliotecario e fornitura di documenti, tirocini formativi, emeroteca e riviste, catalogo on line, banche dati, webzine.

Contatti: tel. 080.540.2770 e-mail: biblioteca@consiglio.puglia.it
via Gentile 52 – 70126 Bari

Sito web: www.consiglio.puglia.it | <http://biblioteca.consiglio.puglia.it>

Facebook: Consiglio Reg Puglia | Biblioteca Consiglio Reg Puglia Teca del Mediterraneo



CACUCCI EDITORE
BARI

VIA NICOLAI, 39 – 70122 BARI – TEL. 080/5214220
[HTTP://WWW.CACUCCI.IT](http://www.cacucci.it) E-MAIL: [INFO@CACUCCI.IT](mailto:info@cacucci.it)



DOVE SIAMO

Europe Direct Puglia

Università degli Studi di Bari Aldo Moro
Dipartimento di Scienze Politiche

Via Giuseppe Suppa, 9 - 70121 Bari
Tel. +39 080 5717707

info@europedirectpuglia.eu

twitter.com/EuropeDirectPuglia

facebook.com/europedirectpuglia

www.europedirectpuglia.eu

ORARI

Europe Direct Puglia è aperto al pubblico
dal lunedì al venerdì ore 9.00 - 15.00



Cofinanziato dall'UE



La Commissione europea sostiene la presente rivista mediante risorse attribuite a *Europe Direct* Puglia utilizzate per la sottoscrizione di abbonamenti a favore della rete *Europe Direct* italiana.

Studi sull'integrazione europea

CACUCCI EDITORE
Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTESTAZIONE FATTURA	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
	PIVA (SE NECESSITA FATTURA)		CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)	
	TEL.	FAX	E-MAIL	
INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
ABBONAMENTI	ITALIA		ESTERO	
	abbonamento annuale 2019	abbonamento in formato PDF	abbonamento annuale 2019	abbonamento in formato PDF
	€ 80,00	€ 45,00	€ 120,00	€ 45,00

Gli abbonamenti hanno durata annuale. Allo scadere l'abbonamento deve essere rinnovato mediante semplice lettera o e-mail.

La sottoscrizione dell'abbonamento, a prescindere dal periodo in cui è sottoscritto, comporta la spedizione di tutti i numeri pubblicati e da pubblicare nell'annata.

Modalità unica di abbonamento tramite bonifico bancario sul c.c. n. IT30 Q054 2404 0100 0000 1041 861 (Banca Popolare di Bari) intestato a: Cacucci Editore, Via Nicolai, 39 - 70122 BARI (causale: abbonamento Studi sull'integrazione europea · anno 2019).

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari
Tel. 080.5214220, Fax 080.5234777, e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, per fini amministrativi, contabili commerciali e promozionali. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA

FIRMA

La tutela internazionale della persona umana nei conflitti armati

Annoni Alessandra; Salerno Francesco

ISBN 9788866118039 – Pagine 268 – Prezzo € 27,00



Questo testo – maturato nell’esperienza didattica dei due autori – analizza la disciplina sui conflitti armati tanto internazionali che non internazionali, avendo presente anzitutto la sua collocazione nel sistema “vivente” del diritto internazionale contemporaneo. A tal fine sono analizzati soggetti e fonti del diritto internazionale nonché valutate le condizioni giustificative dell’uso della forza ed i suoi riflessi anche nell’ordinamento costituzionale italiano. Particolare attenzione viene dedicata a regole e tecniche per mezzo delle quali il diritto internazionale tutela la persona umana nel contesto dei conflitti armati, assumendo però preliminarmente il dovuto coordinamento tra diritto internazionale umanitario (applicabile in quanto diritto speciale solo in situazioni di conflitto armato) e obblighi internazionali a tutela dei diritti umani.

Attuare il diritto dell’Unione Europea in Italia

Moavero Milanesi Enzo; Piccirilli Giovanni
(a cura di)

ISBN 9788866117926 – Pagine 204 – Prezzo € 20,00



È importante fermarsi a riflettere, oggi, a cinque anni dalla sua entrata in vigore, sull’impatto che la legge n. 234 del 2012 ha avuto con riguardo agli strumenti e alle procedure che disciplinano e definiscono l’appartenenza dell’Italia all’Unione europea. Cinque anni fa una nuova legge ‘di sistema’ era assolutamente necessaria, ineludibile. L’Unione aveva, infatti, cambiato volto, con le frequenti, successive riforme dei trattati base (da ultimo, con il Trattato di Lisbona, già entrato in vigore da oltre tre anni) e le significative innovazioni che avevano determinato. Tuttavia, nell’ordinamento italiano mancavano ancora le ‘gambe’ procedurali per poter interagire efficacemente con la nuova realtà europea.

Lezioni di tutela internazionale dei diritti umani

Pustorino Pietro

ISBN 9788866117858 – Pagine 244 – Prezzo € 22,00



Le “Lezioni” si prefiggono lo scopo di introdurre il lettore allo studio della teoria e soprattutto della prassi in materia di diritti umani nell’ottica dell’ordinamento internazionale. L’autore ha optato per un approccio sintetico ma complessivo alla materia, non limitato quindi all’esame dei pur fondamentali sistemi normativi di carattere pattizio sui diritti umani e affrontando di conseguenza alcune problematiche disciplinate anche dal diritto internazionale generale, quali ad esempio la questione del conflitto fra diritti umani e regole internazionali in materia di immunità (dello Stato e dell’individuo-organo) e la responsabilità internazionale per violazione dei diritti umani. Particolare importanza assume nelle “Lezioni” l’esame della giurisprudenza internazionale e di quella interna, che, nella loro multiforme e talora coordinata applicazione delle norme sui diritti umani, garantiscono un costante adeguamento di tali norme alle complesse problematiche “moderne” in tema di diritti umani, dando spesso luogo a interpretazioni particolarmente estensive e persino a nuovi diritti individuali o collettivi.

La lotta alle frodi finanziarie nel diritto penale europeo

Pizzolante Giuseppina

ISBN 9788866118244 – Pagine 296 – Prezzo € 30,00



L’obiettivo della ricerca è quello di esaminare il fenomeno della lotta alle frodi, nell’ambito del sistema disciplinato dal diritto penale dell’Unione europea. Le indagini compiute in questa materia tendono normalmente a presentare le frodi attraverso la lente della tutela degli interessi finanziari dell’Unione che, com’è noto, persegue lo scopo di rafforzare la fiducia dei cittadini, garantendo il corretto impiego del denaro dei contribuenti. Il presente studio, invece, si prefigge di condurre un’impostazione più ampia capace di comprendere anche le frodi che non ledano gli interessi finanziari europei. Sono le frodi, dunque, a costituire il fil rouge del lavoro.

Manuale di contabilità di Stato

Bolognino Daniela

ISBN 9788866118282 – Pagine 330 – Prezzo € 33,00



L'idea di impegnarmi nella elaborazione di un vero e proprio "Manuale di Contabilità di Stato" (2019) quale evoluzione strutturata dei "Quaderni di Contabilità di Stato" (2016) nasce dall'esperienza di otto anni di insegnamento della materia e dallo stimolo e dall'interesse che i miei studenti hanno dimostrato in questi anni per la contabilità di Stato e dalle – tuttavia – constatate difficoltà nel mettere a sistema, nel loro studio individuale, i testi tradizionali e la documentazione istituzionale, nazionale e comunitaria, fornita e analizzata, anche attraverso l'accesso via web ai siti istituzionali, durante il corso.

Ho dunque elaborato un manuale con l'intento innanzitutto di consentire agli studenti di focalizzare la ratio della materia e dei singoli istituti/documenti del ciclo di programmazione economico finanziaria, sul piano comunitario e nazionale.

Dai Trattati di Roma a Brexit e oltre

Baruffi Maria Caterina; Ortino Matteo (a cura di)

ISBN 9788866117520 – Pagine 128 – Prezzo € 12,00



Il presente volume raccoglie gli atti di un'iniziativa organizzata congiuntamente dal Dipartimento di Scienze giuridiche, dal Centro di documentazione europea (CDE) e dalla Scuola di Dottorato in Scienze giuridiche ed economiche dell'Università degli Studi di Verona, in collaborazione con il Movimento Federalista Europeo, e suddivisa in due parti. Si tratta del convegno "Dai Trattati di Roma a Brexit e oltre" e della tavola rotonda intitolata "Brexit: istruzioni per l'uso", tenutisi in data 19-20 ottobre 2017. I due incontri si inseriscono nel quadro del progetto nazionale "60 anni di Unione europea: sfide e prospettive per l'Europa di oggi e di domani", realizzato dalla rete italiana dei CDE con il contributo della Rappresentanza in Italia della Commissione. Filo conduttore di entrambi i momenti di approfondimento è un percorso a ritroso, alla ricerca delle radici dell'integrazione europea per ricostruire la successiva evoluzione e soffermarsi, infine, sulle sfide più attuali e urgenti che si aprono a seguito del referendum per il recesso del Regno Unito dall'Unione del 23 giugno 2016.

Spunti e riflessioni sull'Europa

2^a edizione ampliata e aggiornata

Triggiani Ennio

ISBN 9788866117728 – Pagine 322 – Prezzo € 29,00



Gli oltre tre anni trascorsi dalla prima edizione sono, nell'ambito dell'Unione europea, un periodo lunghissimo considerate la vastissima produzione normativa posta in essere annualmente e la sempre copiosa giurisprudenza dei tribunali europei. Pertanto, il necessario aggiornamento di un volume che voglia tenere il passo dei conseguenti cambiamenti non è mai semplice ed a volte comporta un supplemento di riflessione anche su valutazioni e soluzioni precedentemente espresse. Sul quadro politico generale del processo d'integrazione, descritto nel primo capitolo, si deve registrare, negli ultimi tempi, la pericolosa rinascita, in gran parte dei Paesi membri, di sentimenti xenofobi, razzisti ed ultra-nazionalisti; questi stanno mettendo in crisi le basi stesse del progetto europeo il cui profilo identitario è, invece, contrassegnato da tutela e promozione dei diritti fondamentali in un quadro di generalizzata solidarietà.

La difesa dell'Europa

La nuova difesa europea per le grandi sfide europee

Preziosa Pasquale; Velo Dario

ISBN 9788866118084 – Pagine 88 – Prezzo € 12,00



La difesa dell'Europa e la difesa europea identificano due visioni diverse.

La difesa europea è stata concepita dai tradizionalisti come difesa sovrana europea, ripetendo il modello di difesa affermato dagli Stati nazionali nell'Ottocento.

Oggi sviluppare una nuova difesa dell'Europa significa costruire un pilastro europeo all'interno della N.A.T.O., aperto ad accordi con i Paesi confinanti (Regno Unito dopo la Brexit, Russia, Israele, Paesi del Nord Africa) e i Paesi più importanti a livello mondiale.

Il libro ripercorre la storia europea degli ultimi settant'anni, che ha visto contrapporsi queste due visioni, e delinea un nuovo modello di difesa europea duale, con una componente controllata dai singoli Stati membri e una componente organizzata dalle autorità europee. Questo modello si fonda sull'esperienza storica sperimentata dagli Stati Uniti.

L'impresa balneare sul demanio marittimo

Zunarelli Stefano; Carnimeo Nicolò (a cura di)

ISBN 9788866118305 – Pagine 248 – Prezzo € 18,00

La gestione dei beni del demanio marittimo, la loro stessa funzione, si è profondamente evoluta nel corso del tempo, lo spunto di questo lavoro monografico, realizzato da docenti universitari ed esperti del settore, nasce dall'esigenza di una profonda e complessiva riforma che qualifichi l'impresa balneare come uno dei motori di sviluppo sostenibile della fascia costiera.

Nei saggi che compongono lo studio sono state evidenziate le criticità applicative del substrato normativo succedutosi negli anni, sottolineando, in particolare, i conflitti di competenza tra Stato e Regioni emersi nell'affermarsi della normativa regionale derivante dalla devoluzione delle funzioni sul demanio marittimo.



Filosofia del dovere giuridico

Incampo Antonio

ISBN 9788866118336 – Pagine 230 – Prezzo € 20,00

Che cos'è il diritto? Il libro traccia linee astratte: semplici, orizzontali o verticali di realtà multiformi, disperse, forse inarrestabili nel loro divenire; linee però sufficienti a ricavare idee universali. Si parte dal linguaggio. Sono tante le parole del diritto per dire che ogni giuspositivismo è ingenuo se confonde la vita del diritto con la volontà di chi "comanda". Non sono pochi i principî incondizionati, né il normativo è scevro dal cognitivo. Tutt'altro. Pure il bene è *more geometrico* se si sta allo scopo del diritto.

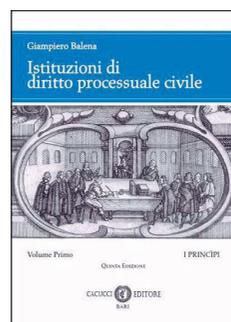
E sullo sfondo la terra. La terra è sempre stata di ostacolo al *lógos*. Eppure i mondi informazionali di oggi, i mercati sconfinati, la globalizzazione senza ritorno non hanno smarrito la regola. Si può osservarlo nell'*Explicit* di questa nuova edizione del libro. La terra ha perso la sua fisica. Sono subentrati la *meta*-fisica, il *non*-luogo, o l'*u*-topia. Ci sono punti fermi? Dov'è l'equilibrio eterno delle cose? Le risposte hanno innanzitutto simboli come nel quadro in copertina di Marino di Teana.



Istituzioni di
diritto processuale civile.
Volume I
Quinta Edizione 2019

Balena Giampiero

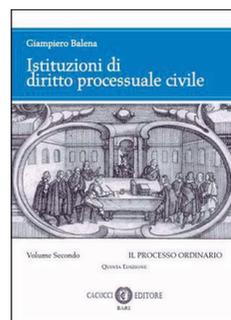
ISBN 9788866118343 – Pagine 322 – Prezzo € 27,00



Istituzioni di
diritto processuale civile.
Volume II
Quinta Edizione 2019

Balena Giampiero

ISBN 9788866118350 – Pagine 552 – Prezzo € 47,00



Istituzioni di
diritto processuale civile.
Volume III
Quinta Edizione 2019

Balena Giampiero

ISBN 9788866118367 – Pagine 440 – Prezzo € 32,00



Ordine pubblico e buon costume

nel diritto della proprietà intellettuale

Sanseverino Giuseppe

ISBN 9788866118374 – Pagine 152 – Prezzo € 16,00



La formula dell'ordine pubblico e del buon costume, così come pensata dai compilatori napoleonici, e da allora in poi nella codicistica europea, assume un significato funzionale: al centro dell'ordinamento si stagliano la libertà, l'individuo e i rapporti tra privati, e se ne riconosce il loro primato; alla clausola generale è invece attribuito il compito di essere un limite non solo esterno, esprimendo interessi generali della comunità sociale, ma anche interno, come presidio a protezione della proprietà e della stessa autonomia dell'iniziativa privata, nella sua espressione più ampia. Essa rappresenta il dispositivo tecnicogiuridico diretto (e pensato) per sanzionare, anche in assenza di norme espresse, la violazione della generale visione liberale dell'attuazione giuridico-economica dei rapporti tra gli individui, qualificandosi come principio generale di tutela delle libertà economiche.

Verifica, accertamento, riscossione e azioni a tutela del contribuente

II edizione

Napoli Giuseppe; Rocchi Silvia

ISBN 9788866118008 – Pagine 372 – Prezzo € 35,00



Il volume, partendo dalla verifica fiscale e dall'attività accertativa degli Uffici, si sviluppa nell'esame della riscossione e del processo tributario, per concludersi con la disamina degli istituti deflattivi del contenzioso. La chiara esposizione del dato normativo (analizzato sulla base della principale e più attuale giurisprudenza della Corte di Cassazione), lo rende un commentario ragionato, sicuramente fondamentale per un approccio operativo alla materia. La rilevata caratteristica di esaustività e sistematicità del lavoro, ne fanno un'opera non solo utile per gli operatori del settore (Avvocati, Dottori Commerciali, Esperti Tributarî, Amministrazione finanziaria, ecc.), ma anche adatta per accompagnare l'insegnamento universitario, potendo, per l'appunto, offrire agli studenti una prima, complessiva ed organica lettura della materia.

Francesco Podesti (Ancona, 1800-1895)

Ratto d'Europa - olio su tela, cm 86 x 120 - firmato due volte in basso a sin.: *Fran Podesti 1852* - mercato antiquariale

Il dipinto si trovava in origine nel Palazzo Torlonia in Piazza Venezia a Roma, demolito nel 1903 per migliorare la visibilità da Via del Corso dell'erigendo Monumento a Vittorio Emanuele II. La distruzione del Palazzo è stata un'immane perdita per la storia dell'arte dell'Ottocento, in quanto si trattava di una residenza nobiliare il cui prestigio e la cui ricchezza erano pari a quelli di una vera e propria reggia, sontuosamente decorata con sculture, stucchi ed affreschi. A seguito della demolizione, quasi tutte le opere d'arte e gli arredi mobili, fra cui il nostro dipinto, vennero dispersi sul mercato antiquariale. La più recente apparizione del dipinto risulta essere quella alla II edizione della Fine Arts di Parigi, nel novembre 2018, nello spazio della galleria Paolo Antonacci di Roma, che lo aveva da poco acquistato da un privato romano.

Il dipinto raffigura la bella e opulenta Europa discinta, sola su una spiaggia petrosa e deserta, innaturalmente seduta sul toro semiaccucciato (sotto le cui spoglie, com'è noto, si cela Zeus), mentre posa la mano sinistra sulla testa inghirlandata di fiori dell'animale. La circonda un nugolo di amorini volanti — uno dei quali cavalca un'aquila — che recano coroncine di fiori o scoccano con l'arco le fatali frecce d'amore, taluni nascondendosi sotto il grande velo verde investito dal vento con cui Europa ha coperto i suoi capelli. Sullo sfondo, il racconto prosegue col secondo momento dell'episodio narrato da Ovidio, con Europa impaurita che viene rapita e trascinata in mare dal toro.

La genesi del dipinto merita un breve cenno. Nella cosiddetta "Galleria di Ercole e Lica" di Palazzo Torlonia, nota anche come "Braccio del Canova", Francesco Podesti realizzò fra il 1836 e il 1837, su invito del duca banchiere Alessandro, un ciclo di affreschi aventi come soggetto le *Gesta degli dei*, in un riquadro dei quali era raffigurato proprio il *Ratto di Europa*, simmetrico al riquadro con il *Ratto di Proserpina*. Gli affreschi, che consacrarono la fama del giovane artista anconetano, furono grandemente apprezzati, grazie al prestigio della famiglia committente, non solo in Italia ma anche all'estero. Dal fresco col *Ratto d'Europa*, di cui si conserva un disegno coevo nel Museo di Palazzo Braschi a Roma (grafite con lumeggiature a gessetto bianco, mm 1880 x 3110), in particolare, il pittore derivò un dipinto in formato *cabinet* per il marchese Ala Ponzone di Genova e un altro destinato al mercato inglese.

Il nostro dipinto, datato 1852, è una riproposizione dello stesso soggetto, del tutto simile iconograficamente all'affresco perduto, che il pittore realizzò a distanza di poco più di quindici anni dagli affreschi.

Nell'ideale neoclassico perseguito dall'artista, che si era formato con Vincenzo Camuccini e Gaspare Landi e che fu assai apprezzato da Antonio Canova, sono evidenti le fonti cui egli, nei lunghi anni romani, poté abbeverarsi: Raffaello e Michelangelo soprattutto, ma non meno forte fu la fascinazione esercitata su di lui dai grandi maestri del classicismo seicentesco bolognese, in particolare Domenichino, Guido Reni, Annibale Carracci. Il risultato è una pittura di grande equilibrio compositivo, notevole per la perfezione delle forme, la purezza, l'armonia, tipiche dell'ideale pittorico e culturale cui egli volle ispirarsi.

Clara Gelao

storica dell'arte, già Direttrice della Pinacoteca Metropolitana di Bari



Condizioni di Abbonamento

La rivista ha cadenza quadrimestrale. Le condizioni per l'abbonamento, a partire dal n. 1/2019, sono le seguenti:

- Abbonamento Italia € 80,00
- Abbonamento per l'estero € 120,00
- Fascicolo € 28,00
- Abbonamento in formato pdf € 45,00

La sottoscrizione dell'abbonamento 2019, a prescindere dal periodo in cui è sottoscritto, comporta la spedizione di tutti i numeri pubblicati e da pubblicare nell'annata.

Modalità unica di abbonamento tramite bonifico bancario sul c.c. n. IT30 Q054 2404 0100 0000 1041 861 (Banca Popolare di Bari) intestato a Cacucci Editore, Via Nicolai, 39 - 70122 BARI (causale: abbonamento Studi sull'Integrazione Europea - anno 2019).

COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

diretta da

Ennio Triggiani Ugo Villani

Giandonato Caggiano

1. Ugo VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*⁵, 2017.
2. Piero PENNETTA (a cura di), *L'evoluzione dei sistemi giurisdizionali regionali ed influenze comunitarie*, 2010.
3. Ennio TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, 2011.
4. Elena FALLETTI, Valeria PICCONE (a cura di), *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, 2012.
5. Rossana PALLADINO, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo*, 2012.
6. Francesco CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al Diritto dell'Unione Europea*, 2012.
7. Marina CASTELLANETA, *La libertà di stampa nel diritto internazionale ed europeo*, 2012.
8. Rosita DEL COCO, Emanuela PISTOIA (a cura di), *Stranieri e giustizia penale. Problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, 2014.
9. Andrea CANNONE (a cura di), *La protezione internazionale ed europea dei beni culturali*, 2014.
10. Angela Maria ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, 2015.
11. Giovanni CELLAMARE, *Le operazioni di peacekeeping delle organizzazioni regionali*, 2015.
12. Ennio TRIGGIANI, *Spunti e riflessioni sull'Europa*², 2019.
13. Ilaria OTTAVIANO, *Gli accordi di cooperazione territoriale nell'Unione Europea*, 2017.
14. Gianpaolo Maria RUOTOLO, *La tutela dei privati negli accordi commerciali*, 2017.
15. Sara PUGLIESE, *Il rischio nel diritto dell'Unione europea tra principi di precauzione, proporzionalità e standardizzazione*, 2017.
16. Ivan INGRAVALLO, *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, 2017.
17. Luca PALADINI, *Il Servizio europeo per l'azione esterna – Aspetti giuridici e prospettive di sviluppo*, 2017.
18. Anna IERMANO, *La nozione di pena tra forma e sostanza nel sistema di tutela europeo*, 2018.
19. Andrea CANNONE, *Violazioni di carattere sistemico e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 2018.
20. Teresa Maria MOSCHETTA, *Il ravvicinamento delle normative nazionali per il mercato interno*, 2018.
21. Ennio TRIGGIANI, Anna Maria NICO, Maria Grazia NACCI (a cura di), *Unione europea e governi territoriali: risorse, vincoli e controlli*, 2018.
22. Antonietta DAMATO, *La tutela degli interessi finanziari tra competenze dell'Unione e obblighi degli Stati membri*, 2018.
23. Giandonato CAGGIANO (a cura di), *Integrazione europea e sovranazionalità*, 2018.
24. Emanuela PISTOIA, *Limiti all'integrazione differenziata dell'Unione europea*, 2018.
25. Nicola RUCCIA, *Caratteri, limiti e prospettive dell'Unione bancaria*, 2018.
26. Francesco CHERUBINI, *Le decisioni nel sistema delle fonti dell'ordinamento europeo*, 2018.
27. Claudia MORINI, *La tutela dei diritti dei gruppi religiosi nel contesto regionale europeo*, 2018.
28. Giuseppe MORGESE, *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, 2018.
29. Valeria DI COMITE, *La dimensione europea dell'istruzione superiore*, 2018.
30. Lorenzo Federico PACE, *Il regime giuridico dell'euro*, 2018.
31. Maria Caterina BARUFFI, Matteo ORTINO (a cura di), *Dai Trattati di Roma a Brexit e oltre*, 2018.
32. Davide DIVERIO, *Limiti all'accesso al mercato dei servizi*, 2019.

ISBN 978-88-6611-841-1



9 788866 118411



€ 28,00