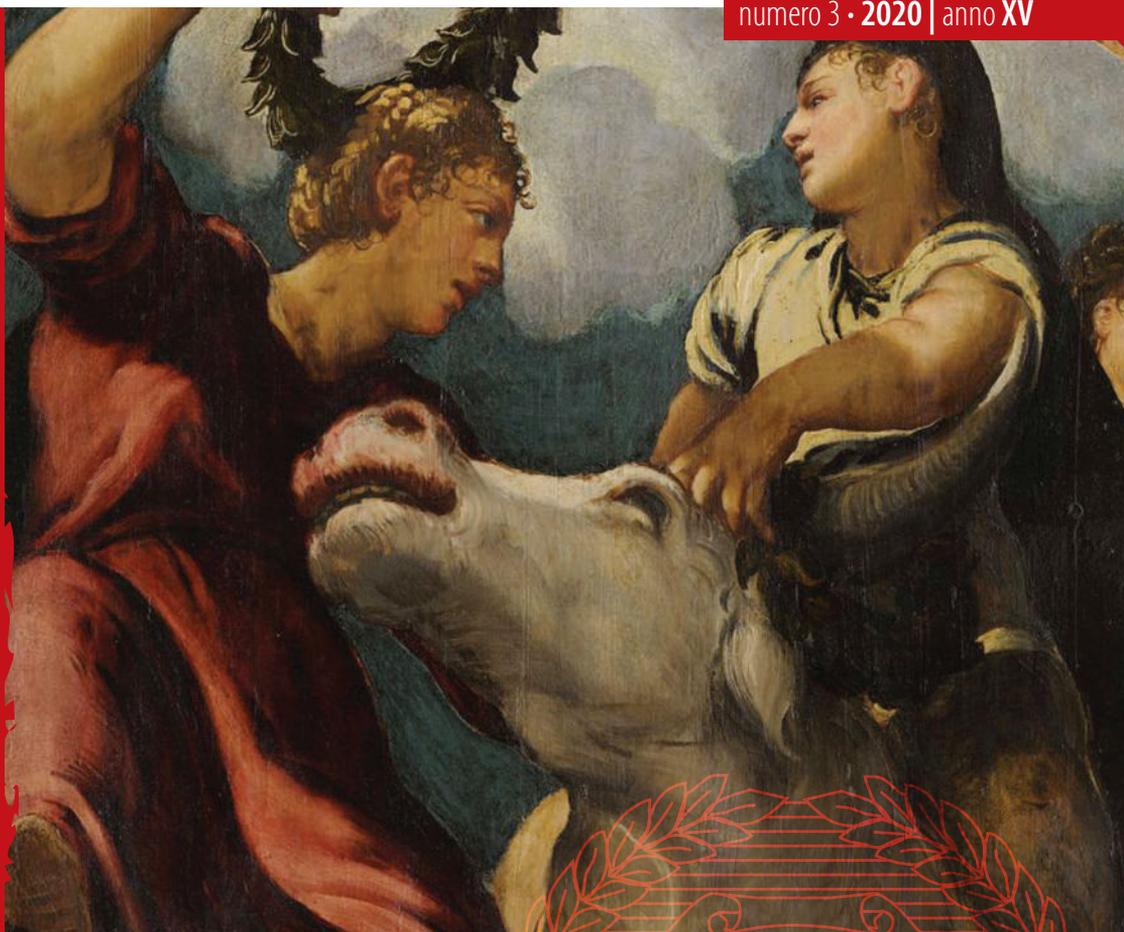


# Studi sull'integrazione europea

numero 3 • 2020 | anno XV



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](mailto:infopoint@consiglio.puglia.it)

Via Gentile 52 - 70126 Bari

Sito web: [www.consiglio.puglia.it](http://www.consiglio.puglia.it) | <http://biblioteca.consiglio.puglia.it>

# Studi sull'integrazione europea

numero 3 · 2020 | anno XV

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 Nogueras, Roberto Mastroianni, Paolo Mengozzi, Claudia Morviducci, Bruno Nascimbene, Guido Raimondi, Lucia Serena Rossi, Mario Sarcinelli, Giuseppe Tesauero, Christian Tomuschat, Gian Luigi Tosato, Claudio Zanghi**

**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:** Pia Acconci, Roberto Adam, Chiara Amalfitano, Amedeo Arena, Roberto Baratta, Maria Eugenia Bartoloni, Maria Caterina Baruffi, Francesco Bestagno, Franco Botta, Ruggiero Cafari Panico, Susana Cafaro, Cristina Campiglio, Andrea Cannone, Giovanni Cellamare, Gianluca Contaldi, Bernardo Cortese, Antonella Damato, Carmela Decaro, Patrizia De Pasquale, Marcello Di Filippo, Giuseppe Di Gaspere, Angela Di Stasi, Davide Diverio, Ugo Draetta, Fabio Ferraro, Pietro Gargiulo, Italo Garzia, Edoardo Greppi, Massimo Iovane, Simone Marinai, Fabrizio Marongiu Buonaiuti, Gerardo Martino, Maria Rosaria Mauro, Francesco Moliterni, Luciano Monzali, Paola Mori, Francesco Munari, Lorenzo Federico Pace, Lina Panella, Franca Papa, Nicoletta Parisi, Marco Pedrazzi, Piero Pennetta, Emanuela Pistoia, Francesco Rossi Dal Pozzo, Andrea Santini, Girolamo Strozzi, Marisa Tufano, Chiara Enrica Tuo, Michele Vellano, Gabriella Venturini, Gianfranco Viesti, Alessandra Zanobetti

**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 – 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 in conformità del codice etico consultabile sul sito web della rivista: [www.studisullintegrazioneeuropea.eu](http://www.studisullintegrazioneeuropea.eu).

Studi sull'integrazione europea è indicizzata in banche dati giuridiche italiane e straniere.

---

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

---

© 2020 Cacucci Editore – Bari

Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220  
<http://www.cacucci.it> e-mail: [info@cacucci.it](mailto: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



Marta CARTABIA	
Introduzione	535
Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019	537

## ARTICOLI

Giandonato CAGGIANO	
Sul trasferimento internazionale dei dati personali degli utenti del Mercato unico digitale all'indomani della sentenza <i>Schrems II</i> della Corte di giustizia	563

Gianluca CONTALDI	
Il <i>Recovery Fund</i>	587

Francesco MOLITERNI	
Crisi pandemica economico-sanitaria, il fenomeno del “mondo piccolo” e il paradigma “ <i>common safety, common benefit</i> ” come modello giuridico euristico	613

Egeria NALIN	
COVID-19 e deroghe e restrizioni alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo	629

Sarah LATTANZI	
La costituzionalizzazione della procedura di recesso alla luce della Brexit	649

## NOTE E COMMENTI

Ugo VILLANI	
Brevi note sull'uso anomalo dei controlimiti nella sentenza del 5 maggio 2020 del <i>Bundesverfassungsgericht</i>	673

Andrea CANNONE	
L'automatismo della confisca per lottizzazione abusiva alla prova della Corte costituzionale	683

Alice RICCARDI	
Alla ricerca di una via legale di fuga. Note a margine di <i>M.N. e al. c. Belgio</i> di fronte alla Corte europea dei diritti umani	693

Eugenio ZANIBONI Contenimento dei flussi migratori e tutela dei diritti fondamentali tra effettività e mito: il divieto di espulsione collettiva di stranieri dopo il caso <i>N.T.</i> e <i>N.D.</i>	711
Miriam POSTIGLIONE Nomina dell'ex Alto rappresentante Federica Mogherini a Rettore del Collège d'Europe: note in margine ai doveri di "onestà e delicatezza"	741
Anna FORINA <i>Le anti-suit injunctions</i> dopo la Brexit: alcune considerazioni alla luce dell'Accordo di recesso	753
<b>RECENSIONI</b>	
Massimo PANEBIANCO, <i>Lo Stato globale. Funzioni, sistemi, trasformazioni</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2019 (G. Cellamare)	773
Angela DI STASI, Lucia Serena ROSSI (a cura di), <i>Lo Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia. A vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2020 (V. Di Comite)	777
Angela Maria ROMITO, <i>Ruolo e funzioni dell'European Competition Network. Dal regolamento (CE) n. 1/2003 alla direttiva ECN+</i> , Bari, Cacucci, 2020 (P. De Pasquale)	783
Amedeo ARENA, <i>Le "situazioni puramente interne" nel diritto dell'Unione europea</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2019 (D.P. Domenicucci)	786
Libri ricevuti	791
Indice degli autori	793
Indice del volume XV (2020)	795

# Summary



Marta CARTABIA	
Introduction	535
Report on the Activity of the Constitutional Court in 2019	537

## ARTICLES

Giandonato CAGGIANO	
On the International Transfer of Personal Data of Users of the Digital Single Market, Following the <i>Schrems II</i> Judgment of the Court of Justice	563

Gianluca CONTALDI	
The Recovery Fund	587

Francesco MOLITERNI	
Pandemic Economic-health Crisis, the Phenomenon of the ‘Small World’ and the ‘Common Safety, Common Benefit’ Paradigm as a Heuristic Legal Model	613

Egeria NALIN	
COVID-19, Derogations and Limitations under the European Convention on Human Rights	629

Sarah LATTANZI	
The Constitutionalization of the Withdrawal Procedure in Light of Brexit	649

## NOTES AND COMMENTS

Ugo VILLANI	
Brief Notes on the Anomalous Use of Counter-limits in the Judgment of 5 May 2020 of the <i>Bundesverfassungsgericht</i>	673

Andrea CANNONE	
The Automatism of Confiscation in Cases of Unlawful Site Development under the Scrutiny of the Constitutional Court	683

Alice RICCARDI	
In Search of a Legal Escape Route. Some Preliminary Thoughts on <i>M.N. et al. v. Belgium</i> before the European Court of Human Rights	693

Eugenio ZANIBONI Containment of Migration Flows and Protection of Fundamental Rights between Effectiveness and Myth: The Prohibition of Collective Expulsion of Aliens after the Case <i>N.T. and N.D.</i>	711
Miriam POSTIGLIONE The Appointment of Former High Representative Federica Mogherini as Rector of the College of Europe: A Few Remarks on the Duties ‘to Behave with Integrity and Discretion’	741
Anna FORINA The Anti-suit Injunctions after Brexit: Some Considerations in Light of the Withdrawal Agreement	753
<b>BOOK REVIEWS</b>	
Massimo PANEBIANCO, <i>Lo Stato globale. Funzioni, sistemi, trasformazioni</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2019 (G. Cellamare)	773
Angela DI STASI, Lucia Serena ROSSI (a cura di), <i>Lo Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia. A vent’anni dal Consiglio europeo di Tampere</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2020 (V. Di Comite)	777
Angela Maria ROMITO, <i>Ruolo e funzioni dell’European Competition Network. Dal regolamento (CE) n. 1/2003 alla direttiva ECN+</i> , Bari, Cacucci, 2020 (P. De Pasquale)	783
Amedeo ARENA, <i>Le “situazioni puramente interne” nel diritto dell’Unione europea</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2019 (D.P. Domenicucci)	786
Books received	791
List of contributors	793
Index of Volume XV (2020)	795

Marta Cartabia\*

# Introduzione

Le due parole chiave che possono aiutare a comprendere i più recenti sviluppi della giustizia costituzionale sono *apertura* e *cooperazione*.

*Apertura*, perché la Corte costituzionale ha investito molte energie per ampliare i suoi orizzonti di conoscenza e per farsi conoscere fuori dal palazzo. *Cooperazione*, perché alcune delle più recenti e innovative tecniche decisionali denotano un atteggiamento collaborativo con altre autorità, giurisdizionali e non, nazionali e non.

Anzitutto *apertura per conoscere*, anche oltre i confini della conoscenza strettamente giuridica. La Corte annovera al suo interno un altissimo consesso di giuristi: oltre ai 15 giudici – che sono professori universitari in materie giuridiche, avvocati o magistrati con lunghi anni di esperienza alle spalle – grande rilievo ha l'attività istruttoria, di studio e di ricerca svolta dagli assistenti – un gruppo di circa 45 magistrati o docenti universitari che assistono il lavoro di ciascun giudice – e del Servizio studi. Ma le questioni giuridiche portate all'esame della Corte intrecciano tutti i problemi della vita sociale: da quelli economici a quelli medico-sanitari, da quelli sociologici e criminologici a quelli tecnici, scientifici, finanziari e organizzativi. Giudicare la rispondenza delle leggi ai principi costituzionali richiede una profonda conoscenza della realtà su cui quelle leggi vanno ad incidere, sicché la Corte deve sospingersi verso terreni ulteriori rispetto a quelli giuridici in senso stretto. Per comprenderci attraverso un esempio: nel 2018 la Corte ha pronunciato una importante decisione in materia di vaccinazioni obbligatorie. Per valutare l'adeguatezza dell'estensione dell'obbligo vaccinale previsto dalle disposizioni impugnate, è stato necessario attingere ai dati e alle valutazioni elaborate delle istituzioni sanitarie nazionali e internazionali. In altre parole, per giungere a una decisione consapevole fu indispensabile intavolare un dialogo tra scienza e diritto. Allo scopo di facilitare questo tipo di scambi a finalità istruttoria, nel gennaio 2020 la Corte ha approvato una importante riforma del processo costituzionale che ha introdotto la possibilità di svolgere *audizioni di esperti* in materie diverse da quelle giuridiche e, sulla base di modelli già sperimentati in altri ordinamenti, ha aperto le porte del processo costituzionale alle formazioni sociali senza scopo di lucro e a soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità, che sono ora abilitati a presentare un'opinione scritta alla Corte in qualità di *amici curiae*. La riforma è stata accolta con grande entusiasmo dai soggetti interessati e i primi contributi già hanno cominciato a dare il loro apporto alla attività istruttoria della Corte, ampliando e arricchendo lo spettro delle conoscenze e le prospettive di analisi su cui si basano le sue decisioni.

*Apertura anche per farsi conoscere*. Oltre alla tradizionale conferenza stampa che si tiene di regola in occasione della presentazione della Relazione annuale e oltre ad

\* Presidente emerito della Corte costituzionale. Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università Bocconi di Milano.

una puntuale comunicazione con i *media* – attraverso i comunicati stampa, l'uso dei *social media* e di una apposita app dedicata – da alcuni anni la Corte costituzionale ha un programma di visite nelle scuole e nelle carceri e in altri luoghi della società italiana. La pandemia ha interrotto il programma in corso, ma la Corte sta proseguendo la sua attività divulgativa e culturale attraverso la costruzione di una libreria di podcast per diffondere capillarmente i valori costituzionali attraverso la diretta conoscenza delle attività, delle decisioni, degli orientamenti del custode della Costituzione.

Farsi conoscere è essenziale per tenere viva la fiducia nelle istituzioni, elemento indispensabile per il buon funzionamento del sistema costituzionale e per l'effettività e l'autorevolezza delle istituzioni stesse. La fiducia è il nesso che lega l'istituzione e i cittadini e la prima condizione, essenziale e necessaria, per alimentare la fiducia nelle istituzioni è la conoscenza reciproca. Si diffida di ciò che è ignoto, oscuro, misterioso. Pertanto, è dovere di ogni istituzione rendere conoscibili i propri atti, la propria modalità di azione, le ragioni e gli elementi che la sorreggono e, non ultimo, anche il volto delle persone che svolgono un servizio pubblico al suo interno, un servizio che, dopo tutto, è appunto una funzione *pubblica*. Se questo vale per ogni istituzione, a maggior ragione vale per le Corti costituzionali che sono chiamate a svolgere un ruolo, per dir così, scomodo. Il loro compito è far valere i limiti al potere come disegnati dalla Costituzione: limiti di competenza e limiti di contenuto. Opporre un limite è sempre un compito che disturba e pertanto per essere accettato richiede spiegazioni e motivazioni, rese sulla base di argomentazioni giuridicamente serrate e convincenti, ma anche comprensibili da parte di tutti i destinatari.

Il secondo pilastro di cui si dà ampiamente conto nella relazione del 2019 è la *leale cooperazione* tra i poteri. Indubbiamente le Costituzioni sono nate per assicurare anzitutto le limitazioni dei poteri, come recita il famosissimo art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789: "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution". Le Costituzioni, dunque, esistono per stabilire le limitazioni reciproche fra i poteri, in virtù della separazione tra gli stessi e in virtù del rispetto dei diritti della persona. Tuttavia, per un corretto funzionamento delle istituzioni non meno essenziale della separazione dei ruoli è il principio della collaborazione fra i poteri. La Costituzione italiana ne parla esplicitamente all'art. 120 a proposito dei rapporti tra Stato e Regioni, ma la giurisprudenza costituzionale ha da tempo riconosciuto a questo paradigma di azione il valore di un vero e proprio canone costituzionale dell'esercizio del potere anche in altri ambiti. Si tratta di un meta-principio, essenziale al mantenimento dell'unità dell'ordinamento costituzionale, presupposto nei rapporti tra tutti i poteri: tra i soggetti politici – Capo dello Stato, Parlamento e Governo – tra autorità giurisdizionali, tra i diversi livelli di governo – comuni, regioni, Stato, Unione europea. A questo proposito è interessante osservare che uno dei principi posti dai Trattati a fondamento dell'Unione europea è proprio quello della leale collaborazione tra Stati membri e Unione. A nulla varrebbe la divisione delle competenze se queste non venissero esercitate in modo leale e in considerazione anche dei titolari di funzioni contigue. La situazione emergenziale in cui la diffusione della pandemia ha trascinato tutti i sistemi costituzionali ha vieppiù messo in rilievo l'essenzialità di questo principio della leale collaborazione tra poteri, che costituisce il volto istituzionale della solidarietà, come si afferma nella relazione. Quando essa viene meno, si lascia spazio alla frammentazione, alla

conflittualità, alla mancanza di coordinamento tra i diversi soggetti istituzionali: ciò che non aiuta l'efficacia degli interventi delle pubbliche autorità né corrobora la chiarezza delle indicazioni rivolte alla popolazione.

L'aspetto forse meno visibile, e di certo meno esplorato, del principio di leale collaborazione è quello che riguarda le autorità giurisdizionali: di esse si sottolinea spesso la necessaria *indipendenza*, mentre minor attenzione è rivolta alla *interdipendenza* delle stesse rispetto alle altre istituzioni. Eppure il modello di giustizia costituzionale italiana, basato sul processo in via incidentale, si fonda proprio sul presupposto di una stretta cooperazione tra tutte le autorità giurisdizionali. Nel corso del tempo, nuove esigenze di coordinamento e interazione hanno portato a interessanti sviluppi della cooperazione tra corti nel contesto europeo, producendo significativi frutti nella tutela dei diritti della persona e dello sviluppo delle tradizioni costituzionali comuni europee.

Non meno essenziale per un adeguato funzionamento della giustizia costituzionale è la leale collaborazione tra Corte e Parlamento. Negli anni più recenti la Corte costituzionale ha esplorato modalità decisionali innovative che chiamano in causa l'intervento del Parlamento nella ricostruzione del tessuto normativo laddove un intervento della Corte abbia dovuto rimuovere una disposizione incostituzionale. In alcuni casi la risposta da parte delle istituzioni politiche è stata tempestiva ed efficace, in altri casi ha richiesto plurimi richiami da parte del giudice delle leggi. È questo il terreno su cui occorre progredire, sviluppando procedure che facilitino tale cooperazione: a questo fine, di nuovo, può essere di aiuto affacciarsi oltre il già noto per esplorare altre esperienze in atto nel diritto comparato, feconda fonte di ispirazione anche per il sistema costituzionale italiano.

# Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019

## 1. La Corte «aperta», vista al tempo del Covid-19

Nel momento in cui mi accingo a scrivere la relazione sulle attività della Corte costituzionale nell'anno 2019, la tradizionale Riunione straordinaria alla presenza del Capo dello Stato, dei rappresentanti delle altre istituzioni e della stampa, già prevista per il 9 aprile 2020, è stata sospesa per l'emergenza Covid-19. Mi sia in primo luogo consentito di rivolgere un pensiero di sentita partecipazione al dolore per la scomparsa di migliaia di nostri concittadini e di sincera gratitudine per tutti coloro – e penso in particolar modo al personale medico e infermieristico – che in questo non facile frangente assicurano i servizi essenziali della Repubblica con competenza, coraggio e generosità.

Nei modi che le sono propri, anche la Corte costituzionale ha continuato e continua a svolgere le sue attività essenziali, sia pure con modalità compatibili con la situazione, riunendosi prevalentemente da remoto come disposto dai decreti della Presidente del 12, del 24 marzo e del 20 aprile 2020 per contenere l'esposizione al rischio di contagio

connesso allo spostamento fisico di persone e al contempo assicurare la continuità e il tempestivo esercizio della funzione di giustizia costituzionale, nel pieno rispetto del contraddittorio. Tutte le altre iniziative in calendario sono state necessariamente rinviate a data da destinarsi. Desidero rivolgere un vivo ringraziamento ai colleghi, al segretario generale e a tutto il personale della Corte per l'impegno, la disponibilità e la competenza con cui si sono adoperati per realizzare tempestivamente tutti gli adattamenti necessari ad assicurare la continuità della giustizia costituzionale.

In questa situazione di isolamento, dare conto dell'attività della Corte nell'anno 2019 ha un che di paradossale. Quello appena concluso è stato l'anno della grande apertura della Corte costituzionale alla società civile e alla dimensione internazionale. «Apertura» è stata la parola d'ordine a palazzo della Consulta. La Corte ha aperto le sue porte, oltre che per permettere al pubblico e ai giornalisti di assistere alle udienze pubbliche, anche per consentire la visita del Palazzo da parte dei cittadini. Ha posto molte energie per sviluppare una comunicazione capace di raggiungere non solo gli operatori del diritto e gli specialisti, ma anche il pubblico generale. Ha moltiplicato i comunicati stampa. Ha rinnovato il sito internet. Si è resa presente sui social. Ha ulteriormente sviluppato la comunicazione in lingua inglese, con una più assidua traduzione delle sentenze, dei comunicati stampa e dei principali documenti della giustizia costituzionale. Ha partecipato a numerosi incontri con altre Corti costituzionali e con le Corti europee. Ha organizzato seminari di studio. Ha ricevuto visite e delegazioni di altre Corti. Di più: la Corte non ha solo «aperto il palazzo», ma è uscita. È uscita per raggiungere i giovani nelle scuole d'Italia – come peraltro già accadeva da qualche anno, anche se in maniera meno strutturata; è uscita per incontrare la realtà delle carceri con visite di storica importanza, che sono tutte documentate analiticamente sul sito online della Corte e, con una selezione d'autore, anche dal docufilm *Viaggio in Italia. La Corte costituzionale nelle carceri* prodotto da Rai cinema e Clipper Media per la regia di Fabio Cavalli. E ancora, è uscita per farsi conoscere da tutti e per portare ovunque i valori della Costituzione, attraverso la proiezione del docufilm in ogni angolo del paese e persino all'estero. Il 2019 è stato un anno di grande dinamismo, tanto negli orientamenti della giurisprudenza della Corte, quanto nelle sue attività non giurisdizionali (si vedano in proposito i documenti predisposti dalla Segreteria generale e dalla Responsabile della Comunicazione, pubblicati sul sito unitamente alla consueta relazione sulle attività giurisdizionali della Corte e ai dati statistici elaborati dal Servizio studi).

Poi, improvvisamente, è venuto un momento di stasi e di chiusura, imposto da un frangente drammatico della storia del paese e dell'umanità. Ora tutto ha subito un forte rallentamento. È un tempo quasi sospeso. In questa contingenza, le istituzioni della Repubblica assicurano la continuità delle funzioni loro affidate, limitando le attività all'essenziale e alle questioni urgenti, indifferibili. Il contesto si è improvvisamente trasfigurato e la presenza delle istituzioni non può che esprimersi attraverso modalità adeguate alla nuova situazione, ma sempre orientate al rispetto e alla realizzazione dei valori costituzionali.

Anche la Corte costituzionale si è impegnata in una repentina e radicale riorganizzazione, per poter continuare a celebrare i giudizi di costituzionalità secondo procedure rispettose del grande sforzo di contenimento degli spostamenti richiesto a tutti dall'epidemia in corso. Per loro natura i giudizi davanti alla Corte costituzionale coinvolgono soggetti che provengono da tutto il territorio nazionale: dai giudici, agli

avvocati, dagli assistenti a tutte le persone che gravitano intorno all'universo della giustizia costituzionale. È stata dunque necessaria una rapida, per quanto provvisoria, digitalizzazione di alcune fasi del processo costituzionale, per consentire alla Corte di continuare a svolgere la sua funzione fondamentale.

C'è un tempo per ogni cosa e ogni cosa è bella al suo tempo, si potrebbe dire prestando eco alla millenaria saggezza del libro Qoelet. Il tempo del «viaggio in Italia» della Corte è stato bruscamente interrotto e molte altre attività culturali e internazionali già programmate nel segno dell'apertura dell'istituzione sono state rinviate. Quel tempo che, per alcuni versi, abbiamo detto sospeso, non appartiene però solo al passato, non è un tempo perduto: alcuni suoi frutti già si schiudono anche in questo tempo ritrovato e presente.

Infatti, nel corso della stagione di «apertura» della Corte, a cui abbiamo appena accennato, è stata portata a termine l'approvazione di alcune rilevanti modifiche strutturali del processo costituzionale.

In seguito ad un seminario svolto a palazzo della Consulta nel dicembre 2018 e proseguito in un ricco dibattito interno, la Corte, con delibera dell'8 gennaio 2020, ha disposto alcune modifiche alle *Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale* per favorire una più ampia partecipazione al processo costituzionale. In particolare, è stato introdotto l'istituto degli *amici curiae* e la possibilità di ascoltare esperti di altre discipline, mentre è stata codificata la giurisprudenza in materia di interventi di terzi. In particolare, si è previsto che qualsiasi formazione sociale senza scopo di lucro e qualunque soggetto istituzionale possano presentare brevi opinioni scritte per offrire alla Corte elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso sottoposto al suo giudizio, derivanti dalla loro esperienza “sul campo”, soprattutto in relazione ad aspetti pratici dell'applicazione delle norme. Parallelamente, la Corte può convocare esperti di chiara fama di altre discipline per ricevere apporti su problemi specifici che vengano in rilievo nella trattazione delle questioni portate al suo esame. Numerose ed immediate sono state le richieste di partecipazione di vari esponenti della società civile, prima ancora che i termini dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni lo consentissero. D'altra parte la Corte stessa ha già in calendario la convocazione di due esperti in relazione a una questione riguardante l'organizzazione della agenzia delle entrate. In applicazione alle disposizioni sugli interventi di terzi, inoltre, la Corte ha ammesso l'intervento dell'ordine dei giornalisti, in un giudizio di legittimità costituzionale avente a oggetto il reato di diffamazione a mezzo stampa (ordinanza n. 37 del 2020).

Le modifiche apportate al processo costituzionale sono entrate in vigore prima che l'imprevedibile emergenza innescata dall'epidemia imprimesse una brusca svolta al corso della vita delle istituzioni. La pronta e immediata recezione di tutte le novità processuali introdotte nel gennaio 2020 da parte dei soggetti interessati, è conferma di un cambiamento già avvenuto nel segno dell'apertura, anche sul piano processuale. Si tratta ora solo di attendere un tempo più propizio per sfruttare appieno le potenzialità introdotte dalle nuove norme integrative.

Nell'immobilità della *vita activa* a cui siamo chiamati in questo tempo presente, non siamo privati dello spazio per riflettere. In questo tempo sospeso, c'è agio per lasciar decantare le tante novità degli ultimi anni e consolidare così la consapevolezza dell'importanza di una Corte “in relazione”, pienamente inserita nella trama istituzionale repubblicana, aperta alla società civile, protagonista anche sulla scena

europea e internazionale. Oggi, le attività della Corte continuano in forma più riservata e ritirata, nell'attesa di potersi riaprire con slancio e convinzione rinnovati. L'esperienza che ha caratterizzato gli anni più recenti dell'attività della Corte – anni davvero “speciali”, come ebbe a dire il presidente Giorgio Lattanzi in apertura alla relazione dello scorso anno – ha radicato nei giudici e in molti protagonisti della giustizia costituzionale la persuasione che una Corte aperta sia foriera di una giustizia costituzionale più ricca. I benefici recati dall'esperienza della Corte “in uscita” sono entrati a far parte del patrimonio della giustizia costituzionale. Il «viaggio in Italia della Corte costituzionale» continuerà e troverà nel tempo nuove modalità di esprimersi secondo tutte le sue potenzialità.

## 2. Panoramica della giustizia costituzionale per il 2019

### 2.1 *I numeri*

Venendo all'attività giurisdizionale della Corte, è bene fornire e commentare anzitutto alcuni dati statistici, come vuole la tradizione.

I numeri, le percentuali, i grafici sono riportati dettagliatamente nell'apposito volume predisposto dall'Ufficio studi.

Qui segnalo sinteticamente solo alcune tendenze, sottolineando sin da subito che nel 2019 è aumentata la domanda di giustizia costituzionale e sono aumentate anche le risposte di accoglimento da parte della Corte, con una netta riduzione dei tempi per arrivare alla pronuncia finale.

1. È in aumento il numero di questioni portate davanti alla Corte costituzionale: nell'arco del 2019, i giudici si sono rivolti alla Corte in via incidentale in 248 casi (199 nel 2018 e 198 nel 2017) e anche i ricorsi di Stato, Regioni, Province autonome sono notevolmente aumentati, passando dagli 87 del 2018 (92 nel 2017) ai 117 del 2019.
2. A questo incremento della domanda corrisponde anche un incremento nella risposta, sia rispetto al dato del 2018, sia rispetto alla media dal 2015 (incluso i valori del 2019: media 2015-2019). Ciò vale sia per i giudizi di legittimità in via incidentale, sia per quelli in via principale: ai primi corrispondono 171 pronunce, ai secondi 95 (su un totale di 291). È confermata la tendenza del giudizio incidentale a prevalere, nell'economia complessiva dei lavori, su quello principale.
3. Un altro dato interessante riguarda il tipo di decisioni adottate. In generale, sono aumentate le sentenze rispetto alle ordinanze, il che vuol dire che la Corte è entrata nel merito delle questioni, motivando in modo approfondito la propria decisione, in 204 pronunce su 291 relative a giudizi di legittimità. Si tratta di una tendenza in costante aumento dal 2013, ma nel 2019 l'incremento è particolarmente evidente per i giudizi incidentali nei quali la motivazione della sentenza costituzionale è particolarmente importante anche perché attraverso di essa la Corte costituzionale si mette “in dialogo” con i destinatari delle sue pronunce, tra cui anzitutto i giudici civili, penali, amministrativi e contabili che ad essa si rivolgono.
4. Se poi guardiamo l'esito del giudizio costituzionale, scopriamo che c'è stato un significativo aumento anche delle sentenze di accoglimento (39 nel 2017, 42 nel 2018 e 58 nel 2019).

5. I tempi medi dei giudizi sono in calo e corrispondono a 272 giorni per il giudizio in via incidentale, rispetto ai 389 del 2018, 362 del 2017 e 344 del 2016. La riduzione è stata netta anche per gli altri tipi di giudizi: 263 per quello in via principale.

Considerato che il tempo medio per il deposito della sentenza è di circa un mese, si può concludere che il giudizio costituzionale ha una durata media di 10 mesi (dalla pubblicazione in Gazzetta ufficiale dell'atto introduttivo).

Difficile individuare con certezza le cause a cui attribuire la crescita del volume delle attività della Corte. Certamente si deve segnalare che questa linea di tendenza in ascesa coincide temporalmente, da un lato, con lo sforzo di trasparenza, apertura e conoscibilità delle proprie funzioni che la Corte ha coltivato attraverso le numerose iniziative legate alla comunicazione istituzionale della stessa (per una analisi più dettagliata rinvio all'apposito documento predisposto dalla responsabile della Comunicazione); e, dall'altro, si è sviluppata di pari passo con un atteggiamento meno formalistico della Corte circa il controllo sui requisiti di ammissibilità delle questioni incidentali, sicché la diminuzione delle pronunce di inammissibilità e il corrispondente aumento delle risposte nel merito da parte della Corte alla domanda di giustizia costituzionale presente nella società e nelle aule giudiziarie potrebbe aver incoraggiato i soggetti interessati a rivolgersi alla Corte, a partire dai giudici rimettenti.

Particolarmente significativa, a questo proposito, è la circostanza che in occasioni sempre più numerose siano la Corte di cassazione, il Consiglio di Stato e la Corte dei conti a interpellare la Corte costituzionale. Si conferma così la preziosa propensione delle supreme corti del nostro ordinamento a collaborare per il comune fine di diffondere i principi costituzionali in profondità in ogni piega dell'ordinamento.

## 2.2 *Tre linee di tendenza*

Venendo al merito della giurisprudenza costituzionale, con le brevi considerazioni che seguono intendo mettere in evidenza alcune essenziali linee di tendenza emergenti dalla giurisprudenza costituzionale del 2019, rinviando, per un esame analitico delle singole decisioni, al prezioso volume predisposto dal Servizio studi della Corte costituzionale.

In particolare, dalla giurisprudenza costituzionale del 2019 emergono con nitore tre profili: 1) la necessità di rafforzare il dialogo con il legislatore; 2) lo sviluppo della collaborazione inter-giurisdizionale nella protezione dei diritti fondamentali; 3) un sindacato più stringente in materia penale e di esecuzione penale.

Molto altro si potrebbe dire in merito agli orientamenti emergenti dalla giurisprudenza costituzionale, nei singoli settori. Lasciamo questo compito ai commentatori che sempre seguono con puntualità e grande attenzione l'attività della Corte, offrendo un servizio di rilettura critica e di riflessione sistematica della giurisprudenza costituzionale di grande utilità. In questa sede, mi limito a segnalare le principali questioni emergenti viste dalla prospettiva interna della Corte, a partire dalla esigenza ricorrente con sempre maggior evidenza in ogni attività della Corte: quella del pieno sviluppo della «leale collaborazione» tra tutte le istituzioni della Repubblica nell'attuazione dei principi costituzionali.

### 3. La leale collaborazione come principio costituzionale

In vero, il compito di garantire e attuare i principi costituzionali è di per sé inesauribile e coinvolge tutte le istituzioni repubblicane. Vero è che alla Corte costituzionale spetta un compito insostituibile, che è quello di assicurare il rispetto dei principi costituzionali anche da parte del legislatore. È altresì vero, però, che la piena attuazione dei principi costituzionali ha un carattere necessariamente corale e richiede l'attiva leale collaborazione di tutte le istituzioni: giudici ordinari, corti sovranazionali, regioni, pubblica amministrazione e soprattutto legislatore nazionale. Come già ebbe a sottolineare il presidente Lattanzi nella relazione dello scorso anno, le pronunce della Corte costituzionale sono, molto spesso «più che il punto conclusivo di una certa vicenda, il punto intermedio di uno sviluppo normativo che trova compimento solo quando il legislatore lo conclude». Ciò perché, nel sistema repubblicano, la Corte non è tanto mediatrice diretta dei conflitti tra diritti o principi, quanto piuttosto garante del quadro d'insieme entro il quale la mediazione deve compiersi ad opera delle istituzioni politiche, che rispondono in ultima analisi ai cittadini, in quell'avventura che ci coinvolge tutti come protagonisti e artefici della vita comune.

Certo, con una sentenza della Corte si conclude in via definitiva una questione di costituzionalità: contro le sentenze della Corte costituzionale non è ammessa alcuna forma di impugnazione (art. 137 Cost.); ma la decisione della Corte non è che un frammento di un processo e di una dinamica ordinamentale che prosegue in altre sedi.

Di qui la necessaria cooperazione che deve governare i rapporti tra tutte le istituzioni. Le proficue relazioni di collaborazione attiva tra la Corte costituzionale e gli altri giudici – tanto nella fase ascendente della proposizione della questione di legittimità costituzionale, quanto nella fase discendente del seguito delle pronunce costituzionali – è ormai un dato acquisito dell'esperienza italiana di giustizia costituzionale e pressoché unico nel quadro del diritto comparato, che ha portato storicamente e porta tuttora frutti preziosi in termini di effettività del sistema di controllo di costituzionalità. Altrettanto importante per la riconduzione a Costituzione dell'ordinamento legislativo, tuttavia, si presenta anche il rapporto tra la Corte costituzionale e il legislatore – Governo e Parlamento – in ossequio al principio costituzionale della leale collaborazione, essenziale quanto quello della necessaria separazione dei poteri e ad esso strettamente complementare.

Separazione e cooperazione tra poteri sono due pilastri coesenziali che reggono l'architettura costituzionale repubblicana. L'indipendenza reciproca tra i poteri non contraddice la necessaria interdipendenza fra gli stessi, specie in società ad alto tasso di complessità, come sono quelle contemporanee. Da tempo e in numerose circostanze la giurisprudenza costituzionale ha affermato la centralità del principio costituzionale di leale cooperazione, non solo con le altre giurisdizioni, nazionali ed europee, non solo nei rapporti tra Stato e Regioni, ma anche, e soprattutto, nei rapporti tra gli organi costituzionali, come condizione fondamentale per un corretto funzionamento del sistema istituzionale e della forma di governo.

#### 3.1 *La collaborazione tra Stato e Regioni*

In proposito, non si può fare a meno di ricordare il costante richiamo che si rinviene nella giurisprudenza della Corte alla leale collaborazione tra Stato e Regioni, nelle materie di interesse comune o in ambiti posti al crocevia tra una pluralità di

competenze, talune di pertinenza statale e altre spettanti alle regioni. Non di rado, la Corte è stata costretta a richiamare la leale collaborazione in materia di coordinamento finanziario (ad es., sentenza n. 6 in merito all'annoso contenzioso Stato-Regione Sardegna). Così come occorre prendere atto che in un numero significativo di casi i giudizi di legittimità in via principale portati all'esame della Corte dallo Stato o dalle regioni, si risolvono con la cessazione della materia del contendere o l'estinzione del giudizio, in seguito a modifiche apportate alla normativa in questione durante la pendenza del giudizio, spesso all'esito di negoziazioni tra Stato e Regioni. Ciò è accaduto ben 35 volte nel 2019.

A questo proposito, la Corte non può che rallegrarsi se, dopo che è sorta una controversia tra Stato e Regioni, si riesce poi a trovare una composizione politica dell'antinomia. Così si ricompone a valle la leale collaborazione che può essere mancata a monte e si torna, sia pure *a posteriori*, alla fisiologia costituzionale.

Tuttavia, questo sistema presenta alcune disfunzioni: da un lato, l'impugnazione finisce per configurarsi come una sorta di rimedio cautelativo, esperito in vista di ulteriori valutazioni ed eventuali accordi; dall'altro lato, se gli accordi giungono a ridosso della discussione dei ricorsi, essi non risparmiano il cospicuo investimento di tempo, energie e risorse che la Corte profonde nell'analisi e nella preparazione di ciascuna causa, prima della discussione. I numeri aiutano a comprendere le proporzioni del fenomeno.

### 3.2 *La collaborazione istituzionale tra corte e legislatore*

Se l'andamento dei giudizi in via principale appena ricordato segnala la necessità di una più precoce ed effettiva cooperazione tra Stato e Regioni, è soprattutto nei rapporti con il legislatore statale che occorre recuperare una virtuosa collaborazione, nel rispetto dei rispettivi ambiti di competenza.

#### 3.2.1 Giustizia costituzionale e spazi della sfera politica

Nel corso dell'ultimo anno, la Corte è andata precisando il ruolo della giustizia costituzionale a fronte della sfera riservata alla politica. La dinamica del controllo di costituzionalità si dispiega lungo la traiettoria tracciata dall'«opposizione polare» che si determina tra due principi in perenne tensione fra loro e che richiedono di essere sempre mantenuti in bilanciato equilibrio: il principio costituzionale dell'autonomia dell'ambito politico il rigoroso rispetto dei principi sia procedurali che sostanziali che la Costituzione impone ad esso. Nel corso del 2019, la Corte ha sviluppato alcuni orientamenti giurisprudenziali che corroborano entrambi i poli di questo equilibrio.

Proseguendo lungo una linea di sviluppo già affermatasi negli ultimi anni, la Corte, a fronte di un vizio di illegittimità costituzionale, non si astiene dal decidere nel merito per mancanza di “soluzioni costituzionalmente obbligate”, ovvero di risposte a “rime obbligate”, per riprendere una fortunata espressione di Vezio Crisafulli. Mentre in passato la Corte, trovandosi davanti a una pluralità di alternative possibili per rimediare al vizio di incostituzionalità tendeva ad arrestarsi sulla soglia della inammissibilità, ora sempre più frequentemente, pur in assenza di soluzioni costituzionalmente obbligate, la Corte decide nel merito, poggiando su

previsioni normative già presenti nell'ordinamento e specificamente già rinvenibili nello specifico settore oggetto del giudizio.

Una tale evoluzione giurisprudenziale investe spesso anche la materia penale, a lungo oggetto di particolare ritrosia da parte della Corte costituzionale in nome del principio di legalità sancito dall'art. 25 della Costituzione. Tuttavia, è sembrato sempre più inaccettabile che proprio laddove vengono in rilievo i diritti fondamentali della persona di fronte alla potestà punitiva dello Stato, la Corte dovesse arrestare il proprio sindacato per mancanza di univoche soluzioni: una nuova sensibilità in questo ambito ha imposto alla Corte di rinvenire nell'ordinamento soluzioni adeguate a rimuovere la norma lesiva della Costituzione, allo stesso tempo preservando la discrezionalità del legislatore.

In tali casi, come si vedrà più diffusamente nel prosieguo, la Corte – che non è mai legislatore positivo e non può quindi creare essa stessa la disposizione mancante – individua nella legislazione vigente una risposta costituzionalmente adeguata, anche se non obbligata, applicabile in via transitoria fintanto che il legislatore non reputi opportuno mettere mano alla riforma legislativa che resta pur sempre nella sua discrezionalità attivare, nell'*an*, nel *quando* e nel *quomodo*.

### 3.2.2 Due esempi noti

Può essere utile illustrare con due esempi particolarmente significativi questa costante duplice attenzione della Corte al rispetto dell'autonomia della politica e dall'altra alla salvaguardia dei principi costituzionali.

#### Costituzione, procedure parlamentari e legge di bilancio

In apertura d'anno, l'ordinanza n. 17 ha per la prima volta riconosciuto la legittimazione del singolo parlamentare a fare valere i vizi del procedimento legislativo, attivando un giudizio per conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, quando tali vizi trasmodino in violazioni gravi e manifeste delle attribuzioni che, secondo la Costituzione, appartengono allo *status* di ciascun componente delle Camere: vale a dire quel «complesso di attribuzioni inerenti al diritto di parola, di proposta e di voto, che gli spettano come singolo rappresentante della Nazione, individualmente considerato, da esercitare in modo autonomo e indipendente, non rimuovibili né modificabili a iniziativa di altro organo parlamentare». Si è trattato di un caso notevole, anche perché ha riguardato un ganglio vitale del circuito dell'indirizzo politico: la legge di bilancio. La Corte ha ribadito, con affermazioni di principio innovative sul piano processuale, il proprio ruolo di garante dei principi costituzionali che governano i procedimenti legislativi, ma al contempo si è mostrata rispettosa dell'autonomia del Parlamento e attenta a non interferire con le regole puramente interne delle Camere. Si è perciò attenuta a un tipo di scrutinio parametrato sulla «manifesta violazione» dei principi costituzionali, già sperimentato in altri ambiti che richiedono un particolare riguardo per le valutazioni politiche, come ad esempio quello relativo al controllo sui presupposti della decretazione di urgenza (anch'essi assoggettati al giudizio della Corte, ma solo quando siano «manifestamente mancanti», sentenza n. 33, 97 e 288). Infatti, la Corte ha ritenuto che il singolo parlamentare può ritenersi legittimato a sollevare conflitto di attribuzione solo quando siano prospettate «violazioni manifeste delle prerogative costituzionali dei parlamentari [...] rilevabili nella

loro evidenza già in sede di sommaria deliberazione» e, di conseguenza, ha ritenuto necessario che il parlamentare «alleggi e comprovi una sostanziale negazione o un'evidente menomazione della funzione costituzionalmente attribuita al ricorrente, a tutela della quale è apprestato il rimedio giurisdizionale innanzi a questa Corte».

Ciò per il necessario bilanciamento di tutti i principi costituzionali coinvolti, comprese le esigenze dell'efficienza e tempestività delle decisioni parlamentari, specie in materia economica e finanziaria, riflesse nelle prassi delle Camere. Tuttavia la cornice processuale per un'attenta vigilanza sul rispetto dei principi costituzionali relativi al procedimento legislativo è stata tracciata e successivamente attivata in ulteriori giudizi (nel 2019, ordinanze n. 274 e n. 275 riguardanti i procedimenti di conversione in legge di decreti-legge e ordinanza n. 60, ma nel 2020, riguardante la legge di bilancio).

La Corte ha inteso ribadire il proprio compito di garante dei principi costituzionali senza sottovalutare la delicatezza dei nodi in discussione, il loro intreccio con la responsabilità politica delle istituzioni di governo e, segnatamente, con l'autonomia parlamentare, in vista di uno sviluppo fisiologico dei rapporti con le istituzioni politiche, consapevole che il contenimento di ogni prassi anomala non può essere conseguito, se non con la collaborazione di tutti i poteri coinvolti.

Ciò vale in particolare in riferimento all'approvazione della legge di bilancio annuale, in cui si concentrano le fondamentali scelte di indirizzo politico e in cui si decide della contribuzione dei cittadini alle entrate dello Stato e dell'allocazione delle risorse pubbliche: decisioni che costituiscono il nucleo storico delle funzioni affidate alla rappresentanza politica sin dall'istituzione dei primi parlamenti e che occorre massimamente preservare. Negli anni più recenti, la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente sottolineato che il bilancio è un «bene pubblico» nel senso che è funzionale a sintetizzare e rendere certe le scelte, in ordine sia all'acquisizione delle entrate, sia alla individuazione degli interventi attuativi delle politiche pubbliche. Ciò vale a maggior ragione dopo l'attuazione della riforma costituzionale del 2012, che ne ha accentuato la centralità, sicché il «bilancio – nella nuova veste sostanziale – è destinato a rappresentare il principale strumento di decisione sulla allocazione delle risorse, nonché il principale riferimento della verifica dei risultati delle politiche pubbliche» (sentenza n. 61 del 2018).

Negli anni successivi alla riforma costituzionale ha preso corpo un cospicuo filone di giurisprudenza sul principio dell'equilibrio di bilancio. La Corte ha soprattutto cercato di collocare questo principio in un contesto sistematico più ampio. In particolare, la sentenza n. 18 ha chiarito che non si tratta di conseguire un formale pareggio contabile, ma di cercare continuamente «una stabilità economica di media e lunga durata, nell'ambito della quale la responsabilità politica del mandato elettorale si esercita, non solo attraverso il rendiconto del realizzato, ma anche in relazione al consumo delle risorse impiegate» attraverso la veridicità dei conti, nonché la chiarezza e univocità delle risultanze contabili. Ciò anche per garantire che ciascuna amministrazione, al termine del mandato, presenti in modo trasparente e responsabile il risultato della propria gestione agli elettori, senza scaricare surrettiziamente gli oneri sulle amministrazioni e sulle generazioni future.

La Corte è consapevole che, quando si parla del tema del bilancio, per un verso altamente politico e per altro apparentemente freddo e tecnico, si parla in realtà, mediamente, di diritti e doveri dei cittadini (sentenza n. 288). L'importanza del

bilancio sta proprio in questo: è il cuore della discrezionalità e responsabilità politica nell'allocazione delle risorse, che incombe principalmente sulle istituzioni di governo nell'ambito della dialettica democratica parlamentare tracciata dai principi costituzionali, che uniscono istituzioni e cittadini.

Una decisione in due tempi. Il caso Cappato

È in tutt'altro ambito, ma nella medesima prospettiva della ricerca di un punto di equilibrio tra gli spazi della politica e quelli della giustizia costituzionale e del pieno sviluppo del principio di leale cooperazione istituzionale, che deve essere letta un'altra decisione del 2019 che ha avuto grande risonanza: quella relativa alla vicenda del caso Cappato, in materia di fine vita, dove pure la Corte ha sperimentato una nuova via processuale al medesimo scopo di contemperare il rispetto della discrezionalità del legislatore e la necessaria garanzia dei principi costituzionali.

Infatti, con l'ordinanza n. 207 nel 2018, era stato sollecitato l'intervento del legislatore, segnalando alcune criticità costituzionali dell'art. 580 del codice penale (Istigazione e aiuto al suicidio). La Corte ha atteso per un anno che il necessario seguito arrivasse per via legislativa; poi, si è risolta ad adottare la sentenza n. 242, i cui contenuti sono ben noti, che ha portato ad escludere dall'area del penalmente rilevante la specifica ipotesi di chi «agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli». In tale situazione, ha osservato la Corte, il paziente avrebbe già la possibilità, ai sensi della legge n. 219 del 2017, di rifiutare la prosecuzione dei trattamenti di sostegno vitale e così di «accogliere la morte»; sicché irragionevole è apparsa la soluzione di precludergli ogni possibilità di congedarsi dalla vita in maniera diversa, con l'aiuto di terzi.

L'innovativa tecnica processuale sperimentata dalla Corte in questa occasione era esplicitamente ispirata ad alcune esperienze tratte dal diritto comparato e in particolare da analoghe decisioni della Corte suprema canadese e dalla Corte suprema del Regno Unito, richiamate anche nell'ordinanza n. 207. La nuova tecnica processuale scaturiva dalla necessità di contemperare una duplice esigenza: da un lato, rimuovere un vizio di incostituzionalità dalla disposizione dell'art. 580 cod. pen. e, dall'altro, e questo è il punto che mi preme sottolineare, lasciare in prima battuta al legislatore lo spazio per intervenire in una materia altamente sensibile, oggetto di profondi dibattiti nell'opinione pubblica, che esige che le dinamiche politiche e culturali trovino modo di ricomporsi anzitutto nelle sedi politiche.

### 3.2.3 Tecniche processuali collaborative: uno sguardo alle altre Corti europee

Può essere utile osservare che un simile modello processuale – da taluni criticato per eccessiva creatività processuale – non è affatto un caso singolare. Dal diritto comparato emerge una prassi molto diffusa volta a sviluppare tecniche processuali e decisorie idonee a favorire costruttive sinergie tra le Corti costituzionali e legislatori nel comune compito di assicurare il pieno rispetto e il pieno sviluppo dei principi costituzionali. Come emerge dagli atti del XV Congresso della Conferenza delle Corti costituzionali europee, svoltosi a Bucarest dal 23 al 25 maggio 2011, su *Constitutional Justice: Functions and Relationship with the Other Public Authorities* (<https://www.>

confeuconstco.org/en/common/home.html), non di rado le Corti costituzionali dichiarano l'incompatibilità di una data disposizione legislativa con la Costituzione, ma sospendono gli effetti della propria decisione – consentendo persino l'applicazione della disposizione incostituzionale per un dato periodo di tempo – allo scopo di accordare al legislatore il tempo necessario di rimuovere il vizio, senza creare un vuoto legislativo o altri inconvenienti e criticità costituzionali nel sistema legislativo. Analoghe tecniche sono utilizzate quando l'incostituzionalità deriva da una omissione del legislatore che la Corte costituzionale non ha gli strumenti per colmare.

Così, per limitare lo sguardo ad alcune delle più autorevoli Corti costituzionali europee, in Austria la Corte costituzionale ha il potere di modulare gli effetti nel tempo di una dichiarazione di illegittimità costituzionale e persino assegnare al Parlamento un termine, non superiore a 18 mesi, entro il quale la norma incostituzionale continua ad essere applicata, fintanto che il legislatore non abbia nuovamente disciplinato la materia in conformità alla Costituzione. Di norma il legislatore rispetta il termine assegnato; altrimenti la legge cessa di essere applicata allo spirare della data prestabilita (dr. J. Schnitzer, *Austrian Constitutional Court, National Report for the XV the Congress of the CECC*, p. 6, p. 11).

Analogamente in Germania, dove il *Bundesverfassungsgericht* (BVG), a fronte di una disposizione contrastante con la Costituzione può, anziché dichiararne la nullità, limitarsi ad accertarne la “mera incompatibilità” con la Costituzione – *Unvereinbarkeit* – ad esempio nel caso in cui l'annullamento della legge produrrebbe una situazione ancora più in contrasto con la Costituzione, oppure nei casi in cui per rimediare al vizio di incostituzionalità non è sufficiente rimuovere la disposizione impugnata, ma occorre un intervento positivo del legislatore e si prospetta una pluralità di soluzioni per rimediare all'illegittimità costituzionale. Di norma, il BVG stabilisce un termine per l'intervento legislativo, di uno o due anni, e durante questo periodo la disposizione dichiarata incompatibile con la Costituzione continua a trovare applicazione. Occasionalmente, il BVG stabilisce una disciplina transitoria in attesa dell'intervento del legislatore. È da notare che questa tipologia di decisioni è stata dapprima introdotta per via giurisprudenziale da parte dello stesso BVG, e solo successivamente il legislatore ha conferito una base legale a tale potere (Prof. dr. G. Lübke-Wolff, Prof. Dr. R. Mellinghoff; Prof. Dr. R. Gaier, *Federal Constitutional Court of Germany, National Report for the XV th Congress of the CECC*, pp. 144 ss.; per un interessante paragone con la Corte italiana A. von Bogdandy, D. Paris, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, in “Quaderni costituzionali”, 1/2020, pp. 9-30).

Sul modello tedesco e austriaco, anche altre corti costituzionali dispongono di poteri analoghi per favorire la collaborazione con il Parlamento: così ad esempio il Tribunale costituzionale spagnolo ha previsto le «dichiarazioni di incostituzionalità senza nullità» (*Rapport national du Tribunal Constitutionnel espagnol pour le XVeme Congrès de la CCCE*, pp. 8 ss.); la Corte costituzionale belga prevede varie forme di «modulazione dell'annullamento», *ratione loci*, *ratione temporis* o *ratione materiae* e altre forme che consentono l'intervento del legislatore specie quando l'incostituzionalità deriva da una lacuna nella legge (M. Bossuyt, R. Leysen, *Rapport national de la Cour Constitutionnelle de Belgique pour le XVeme Congrès de la CCCE*, pp. 11-12 ss.); ancora più radicalmente, il *Conseil constitutionnel*, che solo recentemente ha introdotto una forma di controllo a posteriori di legittimità costituzionale delle leggi, è stato dotato del potere di determinare le condizioni e i limiti entro i quali la disposizione dichiarata incostituzionale ha prodotto effetti che possano essere messi in questione (*Rapport national du Conseil Constitutionnel français pour le XVeme Congrès de la CCCE*, pp. 4 ss.).

Da uno sguardo alla prassi delle altre Corti costituzionali europee – ma altre conferme ancor più nette provengono da alcune esperienze sudamericane – emerge che il governo degli effetti delle proprie decisioni da parte delle Corti costituzionali, soprattutto *ratione temporis*, e la cooperazione con il legislatore costituiscono due facce della stessa medaglia. Le Corti costituzionali possono evitare di caducare la disposizione impugnata creando il vuoto legislativo, con tutti gli inconvenienti che esso può determinare in alcune situazioni, quando sanno di poter contare sulla cooperazione del legislatore. Nei casi in cui il mero effetto di annullamento della legge impugnata – che pure si collega di norma a una pronuncia di illegittimità costituzionale – si svela inadeguato, vuoi perché il rimedio al vizio di illegittimità costituzionale non può ravvisarsi nella mera rimozione della legge (o di una porzione di essa), vuoi perché il vizio di incostituzionalità dipende proprio da una omissione del legislatore, allora una proficua dinamica istituzionale dovrebbe consentire ad un tempo che la Corte possa governare – limitandoli, posponendoli, sospendendoli o circoscrivendoli – gli effetti delle proprie decisioni sapendo, allo stesso tempo, che presto interverrà il legislatore a rimediare al vizio ravvisato con i più flessibili strumenti che esso ha a disposizione.

Non a caso la stessa Corte costituzionale italiana si è interrogata su simili strumenti processuali sin dal 1988, in occasione del seminario di studi sugli *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano Giuffrè, 1989, ha continuato a seguire la suddetta problematica attraverso le pubblicazioni del Servizio studi e a sperimentarne sin da allora varie tipologie nel corso della sua giurisprudenza.

Pertanto nello spirito di una piena collaborazione istituzionale e del tutto in conformità con la prassi delle principali Corti costituzionali europee, nel 2019 la Corte ha confermato (sentenza n. 246) che, sia pur eccezionalmente, può imporsi una limitazione agli effetti retroattivi delle dichiarazioni di illegittimità costituzionale, quando si presenti l'esigenza di bilanciamento tra i valori e principi costituzionali affermati nella sentenza ed altri, di pari rilievo, i quali altrimenti rischierebbero di venire a trovarsi in grave sofferenza. Si tratta della conferma esplicita di un principio già affermato con la sentenza n. 10 del 2015 e che ha trovato così una ulteriore applicazione, nel solco di precedenti decisioni della Corte in cui il medesimo principio è stato applicato, anche quando non esplicitamente enunciato.

Si tratta di un principio ricavato in via interpretativa dalla Corte, non espressamente previsto nella disciplina legislativa del processo costituzionale, ricalcando uno sviluppo simile a quello verificatosi in Germania, dove le pronunce di «mera incompatibilità» si sono affermate dapprima in via giurisprudenziale e solo successivamente sono state codificate dal legislatore.

### 3.2.4 Gli inviti rivolti al legislatore

Il terreno su cui si fa urgente la cooperazione da parte del legislatore è quello delle cosiddette “sentenze monito”. Accade frequentemente che nelle motivazioni delle sentenze della Corte costituzionale – siano esse di accoglimento, di rigetto o di inammissibilità – si incontrino espressioni che sollecitano il legislatore a intervenire su una determinata disciplina, allorché la Corte individui aspetti problematici che sfuggono alle sue possibilità di intervento e che richiedono invece un'azione da parte del legislatore. Di norma tali affermazioni sono denominate come “moniti” al legislatore, ma

si tratta più propriamente di “inviti” rivolti al Governo e alle Camere in spirito cooperativo per porre rimedio a situazioni normative problematiche, obsolete, o comunque suscettibili di evolvere in un vero e proprio attrito con i principi costituzionali.

Le soluzioni normative provvisoriamente indicate dalla Corte

Come si è detto poco sopra, la giurisprudenza recente rivela un progressivo superamento della “teoria delle rime obbligate” e, anche a fronte di vizi di costituzionalità rimediabili con una pluralità di opzioni, la Corte individua nel tessuto normativo vigente una disposizione idonea a sanare la violazione costituzionale ravvisata. In tali casi, la soluzione suggerita dalla Corte vale solo a colmare transitoriamente il vuoto legislativo che altrimenti si produrrebbe. Ma la Corte si premura sempre di sottolineare che resta comunque opportuno e auspicabile che il legislatore intervenga con una propria disciplina elaborata all'uopo. Ne sono esempi la sentenza n. 20 in materia di trasparenza dei dati reddituali e patrimoniali dei dirigenti pubblici e la sentenza n. 40 in materia di sanzioni per reati collegati al traffico di stupefacenti, di cui si dirà tra breve.

L'assenza di rimedi disponibili

Permangono casi, tuttavia, in cui la mera caducazione della disposizione impugnata non è praticabile, ma allo stesso tempo l'ordinamento non presenta una risposta normativa precostituita che permetta alla Corte di offrire una soluzione transitoria in attesa dell'intervento del legislatore. In tali situazioni, la Corte non può che limitarsi a segnalare la necessità dell'intervento legislativo, come è avvenuto ad esempio in materia di contributi all'editoria e la cooperazione del legislatore si fa ancora più essenziale. Si legge infatti nella sentenza n. 206:

«Rileva tuttavia questa Corte [...] che non è percorribile la strada della semplice cancellazione delle norme censurate: ciò si tradurrebbe in un danno per la stessa parte del giudizio *a quo*, che si vedrebbe del tutto negato il contributo, sia pure ridotto. Inoltre, l'adozione di una disciplina che risponda ai canoni ricordati, quanto all'esigenza di armonizzazione del sistema, non impone una soluzione costituzionalmente obbligata, e quindi non può essere oggetto di intervento di questa Corte, restando affidata alla scelta del legislatore. In particolare non può ritenersi che costituisca una soluzione implicita nell'ordinamento l'indicazione quantitativa, prevista, per l'anno 2010, dall'art. 2, comma 2, del d.l. n. 63 del 2012. Si tratta, infatti, di un limite massimo e non certo minimo, come pretende il rimettente per superare il problema del vuoto legislativo conseguente all'eventuale accoglimento della questione. In definitiva, le questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione agli artt. 3 (principio di ragionevolezza), 21 e 97 Cost. devono essere dichiarate inammissibili».

Segnalazioni di carattere generale

A volte la Corte segnala al legislatore la necessità di riforme di settore, con indicazioni di carattere generale. Si possono indicare alcuni esempi, tratti dalla giurisprudenza del 2019, rinviando per una disamina completa dell'anno al quaderno predisposto dal Servizio Studi.

Con la sentenza n. 30 la Corte ha richiamato l'attenzione del legislatore sull'obsolescenza del regime previdenziale dei lavoratori agricoli:

«pur essendo giustificata, anche sul piano delle valutazioni di politica economica generale, la previsione di un regime previdenziale contro la disoccupazione differenziato per il settore agricolo [...] alla luce delle trasformazioni nel frattempo intervenute nell'organizzazione delle imprese agricole, il legislatore dovrà valutare se dettare una nuova disciplina dei trattamenti di disoccupazione dei lavoratori agricoli».

Con la sentenza n. 51 la Corte ha invitato il legislatore a intervenire sull'endemico problema dell'evasione fiscale, specie per i crediti di piccole dimensioni:

«Resta fermo che una riscossione ordinata e tempestivamente controllabile delle entrate è elemento indefettibile di una corretta elaborazione e gestione del bilancio, inteso come «bene pubblico» funzionale «alla valorizzazione della democrazia rappresentativa» (sentenza n. 184 del 2016; nello stesso senso, sentenze n. 247 e n. 80 del 2017), mentre meccanismi comportanti una «lunghissima dilazione temporale» (sentenza n. 18 del 2019) sono difficilmente compatibili con la sua fisiologica dinamica. In tale prospettiva deve essere sottolineata l'esigenza che per i crediti di minore dimensione il legislatore predisponga sistemi di riscossione più efficaci, proporzionati e tempestivi di quelli fin qui adottati».

Con la sentenza n. 159 la Corte ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale relative al pagamento differito e rateale dei trattamenti di fine servizio spettanti ai dipendenti pubblici. Tuttavia, la Corte si è soffermata sulla *ratio* delle indennità di fine rapporto, che si legano «a una particolare e più vulnerabile stagione dell'esistenza umana» e assolvono a una funzione previdenziale che «rischia di essere vanificata da una liquidazione in tempi irragionevolmente protratti». Proprio per questo la Corte si è premurata di segnalare un'esigenza di carattere generale, non solo riferita ai lavoratori del settore pubblico:

«questa Corte non può esimersi dal segnalare al Parlamento l'urgenza di ridefinire una disciplina non priva di aspetti problematici, nell'ambito di una organica revisione dell'intera materia, peraltro indicata come indifferibile nel recente dibattito parlamentare. La disciplina che ha progressivamente dilatato i tempi di erogazione delle prestazioni dovute alla cessazione del rapporto di lavoro ha smarrito un orizzonte temporale definito e la iniziale connessione con il consolidamento dei conti pubblici che l'aveva giustificata. Con particolare riferimento ai casi in cui sono raggiunti i limiti di età e di servizio, la duplice funzione retributiva e previdenziale delle indennità di fine rapporto, conquistate «attraverso la prestazione dell'attività lavorativa e come frutto di essa» (sentenza n. 106 del 1996, punto 2.1. del Considerato in diritto), rischia di essere compromessa, in contrasto con i principi costituzionali che, nel garantire la giusta retribuzione, anche differita, tutelano la dignità della persona umana».

Le doppie pronunce

Spesso i “moniti” danno luogo al fenomeno delle cd. “doppie pronunce”: in un primo momento la Corte indica al Parlamento i punti problematici che richiederebbero una modifica legislativa nell'ambito di una sentenza di inammissibilità o di rigetto. Se il problema non trova risposta da parte del legislatore e continua ad essere portato all'esame della Corte, questa rompe gli indugi e pone essa stessa rimedio, utilizzando gli strumenti normativi a propria disposizione.

Un esempio chiaro in questa direzione è costituito dalla sentenza n. 40, avente ad oggetto le misure sanzionatorie dei reati in materia di traffico di stupefacenti, ultima di una lunga serie in cui la Corte aveva sollecitato il legislatore a intervenire.

La Corte ha dichiarato illegittimo, per violazione dei principi di uguaglianza, proporzionalità, ragionevolezza e rieducazione della pena (artt. 3 e 27 Cost.), l'art. 73, comma 1, del d.P.R. n. 309 del 1990, nella parte in cui prevedeva, con riferimento ai fatti non lievi costituitivi dei reati connessi al traffico di droghe "pesanti", la pena minima edittale della reclusione nella misura di otto anziché di sei anni. Tale decisione è stata preceduta da una serie di pronunce di inammissibilità della Corte costituzionale e da ultimo dalla sentenza n. 179 del 2017 che aveva già evidenziato che la divaricazione di ben quattro anni creatasi tra il minimo edittale di pena previsto per i fatti non lievi e il massimo edittale della pena comminata per i fatti lievi aveva raggiunto un'ampiezza tale da determinare un'anomalia sanzionatoria. Con la sentenza n. 40 del 2019, la Corte ha ritenuto non ulteriormente differibile il proprio intervento, essendo rimasto inascoltato il pressante invito al legislatore affinché procedesse rapidamente a soddisfare il principio di necessaria proporzionalità del trattamento sanzionatorio, risanando la frattura che separa le pene previste per i fatti lievi e per i fatti non lievi, così evidentemente sproporzionata e tale da dar luogo a sperequazioni punitive, in eccesso o in difetto, oltre che a irragionevoli difformità applicative in un numero rilevante di condotte. La misura di sei anni della pena individuata dal rimettente, benché non costituzionalmente obbligata, non è stata reputata arbitraria poiché ricavata da previsioni già rinvenibili nello specifico settore dei reati in materia di stupefacenti. Detta misura sanzionatoria resta comunque soggetta a un diverso apprezzamento da parte del legislatore nel rispetto del principio di proporzionalità.

### Gli esempi virtuosi

In questa linea giurisprudenziale, incline a risolvere nel merito le questioni di legittimità costituzionale ogniquale volta l'ordinamento offra risposte implicite applicabili in via transitoria, deve essere letta anche la sentenza n. 20 con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che prescrivevano una generalizzata pubblicazione delle dichiarazioni dei redditi e dei dati patrimoniali di un ampio spettro di dirigenti pubblici e dei loro congiunti, ulteriori rispetto alle retribuzioni e compensi connessi alla prestazione dirigenziale.

Si tratta di un esempio virtuoso, in cui la collaborazione con il Parlamento ha tempestivamente funzionato.

Con la decisione richiamata, la Corte ha ravvisato un vizio sul piano della proporzionalità della misura, riconoscendo peraltro che la scelta della soluzione più idonea a operare un ragionevole bilanciamento tra le esigenze della trasparenza e quelle della riservatezza appartiene alla discrezionalità del legislatore. Tuttavia, poiché la mera caducazione delle disposizioni impugnate avrebbe del tutto sacrificato uno dei principi costituzionali in gioco – in particolare quello della trasparenza – la Corte ha individuato in una disposizione vigente (l'art. 19, commi 3 e 4 del d.lgs n. 33 del 2013) una soluzione transitoria applicabile in attesa di un nuovo intervento del legislatore sul punto.

Il legislatore ha raccolto l'invito della Corte costituzionale con l'art. 1, commi da 7 a 7-quater del decreto-legge 30 dicembre 2019 n. 162 (cd. "Milleproroghe"), convertito in legge n. 8 del 2020, in attesa di attuazione con apposito regolamento governativo entro il 31 dicembre 2020.

## Gli inviti in attesa di risposta

Frequentemente tuttavia, gli inviti della Corte costituzionale rimangono a lungo in attesa di risposta. Tra i molti occorre segnalare quello contenuto nella sentenza n. 270 che riprende una indicazione già formulata dalla Corte costituzionale nel lontano 1987, in materia di conversione delle pene pecuniarie:

«Già nella sentenza n. 108 del 1987, questa Corte aveva invocato un intervento del legislatore sulla disciplina processuale della conversione, ritenuta inficiata da “difetti che la rendono non pienamente adeguata ai principi costituzionali in materia, e che possono indirettamente frenare un più ampio ricorso alla pena pecuniaria, da molti auspicato”. Un simile monito deve essere ora ribadito. Il procedimento di esecuzione della pena pecuniaria, del quale i provvedimenti di conversione costituiscono uno dei possibili esiti, è oggi ancor più farraginoso quanto non lo fosse nel 1987, prevedendo l'intervento, in successione, dell'ufficio del giudice dell'esecuzione, dell'agente della riscossione, del pubblico ministero e del magistrato di sorveglianza. A tutti questi soggetti sono demandati plurimi adempimenti più o meno complessi, che tuttavia non riescono, allo stato, ad assicurare né adeguati tassi di riscossione delle pene pecuniarie, né l'effettività della conversione delle pene pecuniarie non pagate. Tale situazione, oggetto di diagnosi risalenti in dottrina, fa sì che la pena pecuniaria non riesca a costituire in Italia un'alternativa credibile rispetto alle pene privative della libertà, come accade invece in molti altri ordinamenti».

### 3.2.5 Canali di comunicazione formale e informale tra Corte costituzionale e legislatore

Per facilitare la necessaria collaborazione tra Corte e legislatore, talora esplicitata con i cosiddetti “moniti”, sarebbe necessario sfruttare appieno i canali di comunicazione formali previsti dall'ordinamento ed eventualmente rinnovarli anche alla luce delle esperienze straniere.

Attualmente, uno sguardo alla normativa in vigore rivela che una comunicazione diretta da parte della Corte costituzionale alle Camere – o ai Consigli regionali, laddove si tratti di legge regionale – è richiesta soltanto per le sentenze di accoglimento, cioè quelle che dichiarano l'illegittimità costituzionale totale o parziale di una legge. Infatti ai sensi dell'art. 30 della legge n. 87 del 1953:

«La sentenza che dichiara l'illegittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge dello Stato o di una Regione [...] entro due giorni dalla data del deposito viene, altresì, comunicata alle Camere e ai Consigli regionali interessati, affinché, ove lo ritengano necessario adottino i provvedimenti di loro competenza».

D'altra parte, le uniche pronunce della Corte costituzionale trasmesse direttamente al Presidente della Repubblica sono quelle relative all'ammissibilità del referendum abrogativo.

Queste forme di comunicazione diretta si aggiungono naturalmente alla pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale – e sul Bollettino Ufficiale delle Regioni – che riguarda tutte le pronunce della Corte costituzionale ai sensi dell'art. 31 delle *Norme integrative*.

Dal punto di vista interno delle Camere, entrambi i regolamenti parlamentari contengono disposizioni dedicate al «seguito delle sentenze della Corte costituzionale», prefigurando speciali procedimenti volti a monitorare le decisioni della Corte, con speciale riguardo a quelle di accoglimento, che potrebbero necessitare di iniziative legislative.

Si tratta dell'art. 139 del Regolamento del Senato ai sensi del quale il Presidente del Senato trasmette alle Commissioni competenti le sentenze di illegittimità costituzionale e tutte le altre che egli giudichi opportuno sottoporre al loro esame. Quando le Commissioni ravvisino la necessità di una iniziativa legislativa approvano una risoluzione rivolta al Governo.

Similmente, alla Camera dei deputati, l'art. 108 del Regolamento prevede che le sentenze della Corte costituzionale siano trasmesse alle Commissioni competenti per materia e alla commissione affari costituzionali in vista delle necessarie iniziative legislative.

Tali strumenti meriterebbero di essere più assiduamente utilizzati allo scopo di eliminare tempestivamente gli elementi problematici individuati dalla Corte in determinate aree normative, che spesso riguardano ambiti al riparo dall'attualità politica e nondimeno comportano difficoltà nella vita degli operatori del diritto e dei cittadini.

Inoltre, dalla prassi comparata si potrebbe trarre ispirazione anche per sviluppare ulteriori forme di collaborazione istituzionale già sperimentate proficuamente da altre Corti.

Particolarmente significativa è la tradizionale consuetudine invalsa in Germania di svolgere *incontri informali* a cadenza annuale tra la Corte costituzionale federale e il Governo federale, così come tra la Corte costituzionale e i vertici delle Camere federali, per uno scambio generale di informazioni. Naturalmente non fanno oggetto di discussione i temi oggetto di procedimenti in corso o quelli che si prevede possano essere portati all'esame della Corte. Piuttosto, le informazioni riguardano le attività passate e già concluse davanti alla Corte che possono necessitare di seguiti legislativi o altre problematiche di carattere generale. Di questi incontri è data notizia sul sito della Corte costituzionale federale tedesca con appositi comunicati stampa.

In altre esperienze, un proficuo raccordo tra Corti costituzionali e Camere avviene a livello di funzionari, dove taluni funzionari parlamentari sono incaricati di mantenere rapporti di scambio di informazione stretto con omologhi funzionari della Corte costituzionale.

#### 4. La collaborazione inter-giurisdizionale nella protezione dei diritti fondamentali

Il 2019 è stato un anno di consolidamento della giurisprudenza in materia di rapporti tra giudici nazionali, Corte costituzionale e Corti europee, in vista di una più stringente cooperazione tra varie istanze giurisdizionali in materia di tutela dei diritti fondamentali.

A fine 2017, in un *obiter dictum* contenuto nella sentenza n. 269, la Corte aveva annunciato l'intendimento di rivisitare il tradizionale orientamento giurisprudenziale che la induceva a pronunciarsi per l'inammissibilità ogniquale volta una questione di legittimità costituzionale coinvolgesse profili di contrasto con il diritto dell'Unione europea direttamente applicabile. Tale dottrina, risalente al 1984, quando gli ambiti interessati dal diritto nell'Unione europea erano assai più circoscritti di quelli attuali, finiva per emarginare sempre più la Corte costituzionale dal

processo di integrazione giuridica europea. Emarginazione tanto meno giustificabile quanto più il diritto dell'Unione si va sviluppando in dimensione costituzionale, a partire dal riconoscimento del valore giuridico della Carta dei diritti fondamentali. Il dibattito suscitato intorno a quell'*obiter* ha consentito alla Corte di consolidare il nuovo orientamento giurisprudenziale, precisandone il significato e la portata con tre decisioni del 2019 ed esplicitandone più chiaramente lo spirito cooperativo e inclusivo ad esso sotteso. È bene rimarcare che già nel 2017 la Corte era mossa da uno spirito di cooperazione giurisdizionale e dall'intento di sviluppare la massima tutela dei diritti della persona, tanto che già allora insisteva sulla necessità di una «costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia, nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia [...], affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico».

Con la già citata sentenza n. 20 la Corte, richiamandosi al precedente del 2017, ha ribadito che nei casi in cui principi e diritti fondamentali enunciati dalla Carta dei diritti dell'Unione europea intersecano principi e diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione «va preservata l'opportunità di un intervento con effetti *erga omnes* di questa Corte, in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di legittimità costituzionale a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.)». Nel caso di specie oltre ai principi stabiliti dalla Carta dei diritti venivano peraltro in rilievo anche specifiche disposizioni di una direttiva, ma ciò non ha indotto la Corte a mutare l'orientamento enunciato, data la singolare connessione dei principi enunciati dalla direttiva con le pertinenti disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La Corte, inoltre, ha colto l'occasione per ribadire che il nuovo orientamento giurisprudenziale è volto a favorire un «concorso di rimedi giurisdizionali» che «arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e, per definizione, esclude ogni preclusione».

Nella stessa linea la sentenza n. 63 che, nel respingere una eccezione di inammissibilità, ribadisce i medesimi principi, sottolineando che laddove il giudice comune sollevi «una questione di legittimità costituzionale che coinvolga anche le norme della Carta, questa Corte non potrà esimersi, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, dal fornire una risposta a tale questione con gli strumenti che le sono propri».

Il richiamo alla possibilità che la Corte stessa, oltre che i giudici comuni, si rivolgano alla Corte di giustizia dell'Unione europea tramite rinvio pregiudiziale, laddove necessario, vale a rimarcare ancor più incisivamente l'intendimento collaborativo della nuova giurisprudenza costituzionale, sviluppato anche in ossequio al principio di leale cooperazione che, tra l'altro, nell'ordinamento dell'Unione è esplicitamente codificato nel trattato sull'Unione europea (ad es. all'art. 4. par. 3).

Significativo è dunque il fatto che i nuovi principi giurisprudenziali siano stati ribaditi ancora una volta dalla Corte nella ordinanza n. 117, proprio in occasione di un nuovo rinvio pregiudiziale rivolto alla Corte di giustizia in materia di procedimenti CONSOB.

Il giudizio riguarda il tema delicato della invocabilità del cosiddetto diritto al silenzio nell'ambito dei procedimenti amministrativi suscettibili di sfociare nell'irrogazione di una sanzione amministrativa di natura "punitiva", come quelli condotti dalla CONSOB nell'ambito della propria attività di vigilanza sulle condotte degli operatori dei mercati finanziari. La Corte ha ritenuto necessario formulare due questioni pregiu-

diziali di interpretazione e di validità alla Corte di giustizia UE sulle norme del diritto dell'Unione che impongono agli Stati membri di sanzionare la mancata cooperazione con l'autorità nazionale di vigilanza, allo scopo di chiarire se detto obbligo comprenda anche l'ipotesi in cui l'interessato si rifiuti di rispondere a domande dalle quali possa emergere la propria responsabilità. La Corte ha inteso così sollecitare un chiarimento anzitutto a livello europeo in una materia caratterizzata da un'intensa armonizzazione normativa, che suggerisce l'opportunità di risposte coerenti a livello sovranazionale anche in punto di compatibilità della relativa disciplina con i diritti fondamentali.

In questo contesto, la Corte ha ribadito che è essa stessa «organo giurisdizionale» nazionale ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e «potrà dunque valutare se la disposizione censurata violi le garanzie riconosciute, al tempo stesso, dalla Costituzione e dalla Carta, attivando rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ogniqualevolta ciò sia necessario per chiarire il significato e gli effetti delle norme della Carta; e potrà, all'esito di tale valutazione, dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata, rimuovendo così la stessa dall'ordinamento nazionale con effetti *erga omnes*. Ciò fermo restando «che i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria», anche al termine del procedimento incidentale di legittimità costituzionale; e fermo restando, altresì, il loro dovere – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al loro esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta.

Non meno intensa la cooperazione con la Corte europea dei diritti dell'uomo, pur entro una cornice istituzionale diversa. La mancanza fino ad oggi di meccanismi procedurali che favoriscano la cooperazione diretta, non ha impedito alla Corte costituzionale italiana di sviluppare i propri orientamenti anche alla luce dei principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, una volta «consolidati» nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, senza rinunciare mai a offrire il proprio contributo attivo all'evolvere di tale giurisprudenza. Particolarmente significative, nel corso dell'anno 2019 sono le sentenze. n. 24, n. 25 e n. 26 sulle misure di prevenzioni personali e patrimoniali in cui un ruolo importante è svolto proprio da alcune decisioni della Corte EDU di cui si dirà poco più avanti.

## 5. Diritto penale e dell'esecuzione penale

Un'attenzione particolare è stata riservata dalla Corte nel 2019 alla giustizia penale, proseguendo il cammino tracciato negli ultimi anni, e già puntualmente messo in luce l'anno scorso dalla relazione del Presidente Lattanzi. Le novità non attengono tanto al terreno del *processo penale*, in cui da sempre – del resto – la Corte ha esercitato un attento scrutinio; quanto ai terreni del *diritto penitenziario* e dello stesso *diritto penale sostanziale*, nel quale la giurisprudenza costituzionale si era mossa in passato con grande deferenza nei confronti della discrezionalità legislativa. La giurisprudenza più recente è invece caratterizzata da un vaglio di legittimità più puntuale anche in questi settori, specie alla luce del principio della proporzionalità della pena e nella consapevolezza che il diritto penale – e con esso il diritto penitenziario, che ne costituisce per così dire il braccio esecutivo – costituiscono i settori

dell'ordinamento che maggiormente incidono sui diritti fondamentali della persona, e che pertanto più appaiono bisognosi di un penetrante controllo da parte della Corte

Nella giurisprudenza costituzionale degli anni più recenti emergono alcuni principi fondamentali alla luce dei quali la Corte sta sviluppando la sua giurisprudenza. Il principio di *proporzionalità* della pena, implicito nel principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.) e della finalità rieducativa della pena (art. 27 Cost.), ed esplicitamente formulato nella giurisprudenza delle Corti europee e i principi di *individualizzazione e flessibilità* del trattamento penitenziario, orientati alla finalità rieducativa della pena richiesta dall'articolo 27 della Costituzione, che hanno condotto la Corte, nel 2019, a decisioni di grande impatto.

Su versanti strettamente connessi, la Corte ha avuto occasione di estendere taluni principi di garanzia propri della materia penale alle *sanzioni amministrative di natura "punitiva"*. Inoltre, ha mostrato una rinnovata attenzione alla tutela dei diritti fondamentali nell'ambito delle *misure di prevenzione*, sempre più considerate dal legislatore come uno strumento chiave nella strategia complessiva di contrasto alla criminalità.

### 5.1 *Diritto penale sostanziale*

La Corte è stata anzitutto chiamata, in almeno quattro occasioni, a sindacare la legittimità della *norma di condotta* penalmente sanzionata e in due occasioni ha effettivamente ritenuto illegittima, in tutto o in parte, la disposizione censurata.

La sentenza che ha avuto più risonanza, pronunciata nel già citato caso Cappato, è stata certamente la n. 242, relativa all'art. 580 cod. pen. (istigazione o aiuto al suicidio).

Esito di accoglimento ha avuto anche la questione decisa con la sentenza n. 25, con la quale è stata dichiarata la parziale illegittimità costituzionale di una disposizione del codice antimafia che prevedeva la pena della reclusione per la violazione, tra l'altro, degli obblighi di «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi» imposti contestualmente all'applicazione della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale. Allineandosi alla valutazione espressa dalla CorteEDU nel 2017 con la sentenza Di Tommaso e dalle Sezioni Unite della Cassazione con una sentenza del 2018, la Corte ha superato un proprio precedente (sentenza n. 282 del 2010) e ha affermato che il precetto in esame viola il canone di prevedibilità della condotta sanzionata.

Altrove, la Corte ha rigettato le questioni di legittimità costituzionale formulate a proposito di precetti penalmente sanzionati in materia di prostituzione, in esito però a un penetrante vaglio di proporzionalità tra l'entità della limitazione dei diritti fondamentali sui quali tali precetti incidono e gli scopi di tutela perseguiti dal legislatore. In particolare, nella sentenza n. 141 (con considerazioni poi estese dalla sentenza n. 278 alla fattispecie di tolleranza abituale della prostituzione) sono state ritenute non incompatibili con la Costituzione le disposizioni penali previste dalla legge Merlin in materia di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione.

In altri casi, la Corte è stata chiamata a valutare soltanto la *proporzionalità della sanzione penale* comminata dal legislatore per la violazione di norme di condotta, la cui legittimità costituzionale non era in discussione.

Oltre alla già citata sentenza n. 40, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale del minimo edittale di otto anni di reclusione per le fattispecie previste dall'art. 73, primo comma, del t.u. stupefacenti, in ragione del suo contrasto con il principio di proporzionalità della pena, la Corte nella sentenza n. 284 si è pro-

nunciata, ma con esito opposto, sulla pena minima di quindici giorni di reclusione per il delitto di oltraggio a pubblico ufficiale. La Corte ha qui escluso la violazione del principio di proporzionalità della pena, sottolineando la non trascurabile gravità del reato in questione, suscettibile di porsi in rapporto di possibile progressione criminosa con più gravi reati contro i pubblici ufficiali nell'esercizio delle loro funzioni.

## 5.2 *Diritto penitenziario*

Assai incisivo è stato il sindacato della Corte in materia di diritto dell'esecuzione penale, a garanzia sia del principio della necessaria finalizzazione rieducativa della pena – e dei suoi corollari della individualizzazione e flessibilità del trattamento, già sottolineati dalla sentenza n. 149 del 2018 – sia, più in generale, dei diritti fondamentali del condannato, che non debbono soffrire inutili limitazioni ulteriori a quelle connaturate alla pena.

La sentenza n. 99, in particolare, ha posto rimedio a una grave lacuna presente nell'ordinamento penitenziario, che non consentiva di disporre un trattamento adeguato nel caso di condannati affetti da gravi malattie psichiche sopravvenute all'inizio dell'esecuzione della pena, estendendo all'uopo l'ambito applicativo della detenzione domiciliare. Tale misura è stata ritenuta in grado di «offrire sollievo ai malati più gravi, per i quali la permanenza in carcere provoca un tale livello di sofferenza da ferire il senso di umanità», potendo al tempo stesso essere «configurata in modo variabile, con un dosaggio ponderato delle limitazioni, degli obblighi e delle autorizzazioni secondo le esigenze del caso». Il che consentirà alla magistratura di sorveglianza, chiamata a esercitare con attento discernimento i propri poteri discrezionali, di perseguire «finalità terapeutiche e di protezione del condannato, senza trascurare le esigenze dei suoi familiari e assicurando, al tempo stesso, la sicurezza della collettività».

Di speciale rilievo, anche per l'eco mediatico che l'ha accompagnata, è la sentenza n. 253, che ha dichiarato illegittimo l'art. 4-*bis*, comma 1, dell'ordinamento penitenziario nella parte in cui non consente ai condannati per i delitti ivi elencati la concessione di permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia, allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti. La Corte ha qui sottolineato come la disciplina censurata producesse, nei fatti, un aggravamento del trattamento carcerario del condannato non collaborante, con la conseguenza di stabilire a carico di costui un «gravoso onere di collaborazione che non solo richiede la denuncia a carico di terzi [...], ma rischia altresì di determinare autoincriminazione, anche per fatti non ancora giudicati». Ha inoltre ritenuto che tale disciplina, introducendo una preclusione assoluta alla concessione del beneficio dei permessi premio, impedisse ogni verifica in concreto del percorso di risocializzazione compiuto in carcere dal detenuto, rischiando di arrestare sul nascere tale percorso. E ha infine giudicato incompatibile con gli artt. 3 e 27 Cost. una presunzione assoluta di persistente radicamento del detenuto nel crimine organizzato nonostante il perdurare della detenzione, ritenendo costituzionalmente necessario che tale presunzione, pur se ragionevole allorché intesa meramente *iuris tantum*, possa essere superata attraverso la dimostrazione caso per caso dell'avvenuto distacco del condannato dal contesto associativo di riferimento, e della insussistenza di un pericolo di ripristino di tale collegamento durante la fruizione del beneficio.

La parallela sentenza n. 263 ha dichiarato l'illegittimità dell'analogo meccanismo preclusivo previsto nei confronti dei condannati minorenni, per le medesime ragioni indicate nella sentenza n. 253, oltre che per la particolare protezione che da sempre la Corte assicura ai detenuti minorenni.

Altre sentenze, pronunciate all'inizio dell'anno in corso, hanno ulteriormente confermato la particolare attenzione riservata dalla Corte alla materia del diritto penitenziario. La sentenza n. 18 del 2020 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per violazione degli artt. 3 e 31 Cost., della mancata previsione della possibilità di concedere la detenzione domiciliare speciale alla condannata madre di un figlio affetto da grave disabilità di età superiore ai dieci anni; e la sentenza n. 32 del 2020 ha giudicato per la prima volta incompatibile con il divieto di applicazione retroattiva della legge penale il diritto vivente secondo il quale le modifiche *in peius* delle norme sull'esecuzione della pena – come quelle stabilite dalla legge n. 3 del 2019 in materia di contrasto alla corruzione – possono essere applicate a chi sia stato condannato per un reato commesso prima dell'entrata in vigore della modifica normativa.

### 5.3 *Diritto sanzionatorio amministrativo*

Nel corso del 2019, la Corte ha esteso ad alcuni illeciti amministrativi, di tale gravità da rivestire natura “punitiva”, talune garanzie che assistono la materia penale, lungo direttici parallele a quelle seguite dalle giurisprudenze di entrambe le Corti europee quali: *l'applicazione retroattiva delle modifiche sanzionatorie più favorevoli* (sentenza n. 63, in materia di sanzioni amministrative previste per gli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato); il principio di *proporzionalità della pena* (sentenza n. 88, in materia di revoca della patente di guida e sentenza n. 112, in materia di confisca del prodotto) e il principio *nemo tenetur se detegere* (ordinanza n. 117 in materia di procedimenti amministrativi condotti dalla Consob).

### 5.4 *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*

Dopo molti anni di pressoché totale assenza, le misure di prevenzione sono tornate all'attenzione della Corte nelle sentenze n. 24 e n. 26, che – unitamente alla sentenza n. 25, poc'anzi menzionata e relativa alle conseguenze penali della violazione delle prescrizioni della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale – formano un trittico di pronunce “gemelle” dedicate a una materia di sempre maggiore rilievo. Tra queste, da segnalare la sentenza n. 24 che, esaminando una serie di questioni di legittimità costituzionale aventi a oggetto alcune misure di prevenzione *personali e patrimoniali* fondate su disposizioni del codice antimafia, ha preso atto degli orientamenti della giurisprudenza di legittimità successivi alla pronuncia della Corte EDU Di Tommaso contro Italia del 2017 e ha ritenuto che la fattispecie sia stata dotata dall'elaborazione giurisprudenziale di un grado sufficiente di determinatezza, tale da consentire all'interessato di non essere sorpreso dall'applicazione di una misura imprevedibile al momento del compimento della condotta. Ha, invece, considerato in contrasto sia con il parametro “internazionale” dell'art. 117, primo comma, sia con gli artt. 13 (per ciò che concerne le misure personali) e 42 Cost. (per ciò che concerne quelle patrimoniali), la possibilità di applicare tali misure a carico di persone «abituamente dedite a traffici delittuosi», giudicando radicalmente imprecisa tale formulazione normativa.

## 6. Oltre il 2019

Il nuovo anno è stato aperto da una contingenza davvero inedita e imprevedibile, contrassegnata dall'emergenza, dall'urgenza di assicurare una tutela prioritaria alla vita, alla integrità fisica e alla salute delle persone anche con il necessario temporaneo sacrificio di altri diritti.

La nostra Costituzione non contempla un diritto speciale per lo stato di emergenza sul modello dell'art. 48 della Costituzione di Weimar o dell'art. 16 della Costituzione francese, dell'art. 116 della Costituzione spagnola o dell'art. 48 della Costituzione ungherese. Si tratta di una scelta consapevole. Nella Carta costituzionale non si rinvengono clausole di sospensione dei diritti fondamentali da attivarsi nei tempi eccezionali, né previsioni che in tempi di crisi consentano alterazioni nell'assetto dei poteri.

La Costituzione, peraltro, non è insensibile al variare delle contingenze, all'eventualità che dirompano situazioni di emergenza, di crisi, o di straordinaria necessità e urgenza, come recita l'art. 77 Cost., in materia di decreti-legge. La Repubblica ha attraversato varie situazioni di emergenza e di crisi – dagli anni della lotta armata a quelli della più recente crisi economica e finanziaria – che sono stati affrontati senza mai sospendere l'ordine costituzionale, ma ravvisando all'interno di esso quegli strumenti che permettessero di modulare i principi costituzionali in base alle specificità della contingenza: necessità, proporzionalità, bilanciamento, giustiziabilità e temporaneità sono i criteri con cui, secondo la giurisprudenza costituzionale, in ogni tempo deve attuarsi la tutela «sistemica e non frazionata» dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione e dei relativi limiti. Dunque, nella giurisprudenza costituzionale si ravvisano criteri in sé sufficientemente elastici e comprensivi da consentire una adeguata considerazione delle specificità del tempo di crisi.

Anche nel tempo presente, dunque, ancora una volta, è la Carta costituzionale così com'è – con il suo equilibrato complesso di principi, poteri, limiti e garanzie; diritti, doveri e responsabilità – a offrire a tutte le istituzioni e a tutti i cittadini la bussola che consente di navigare «per l'alto mare aperto» dell'emergenza e del dopo-emergenza che ci attende.

L'intera Repubblica e tutte le sue istituzioni – politiche e giurisdizionali; statali, regionali, locali – stanno indefessamente lavorando nella cornice europea per il comune obiettivo di servire al meglio le esigenze dei singoli cittadini e dell'intera comunità. Nella società civile sono ovunque fiorite iniziative spontanee di solidarietà. Alle istituzioni, lo spirito che la contingenza richiede è stato espresso dalle parole che il Presidente della Repubblica ha rivolto agli italiani sin dall'inizio della crisi il 5 marzo 2020: «Il momento che attraversiamo richiede coinvolgimento, condivisione, concordia, unità di intenti»: nelle istituzioni, nella politica, nella vita quotidiana della società, nei mezzi di informazione. I momenti di emergenza richiedono un sovrappiù di responsabilità ad ogni autorità e in particolare agli operatori dell'informazione, che svolgono un ruolo decisivo per la vita sociale e democratica. In un tale frangente, se c'è un principio costituzionale che merita particolare enfasi e particolare attenzione è proprio quello della «leale collaborazione» - il risvolto istituzionale della solidarietà - su cui anche la giurisprudenza della Corte costituzionale non si stanca di ritornare, perché l'azione e le energie di tutta la comunità nazionale convergano verso un unico condiviso obiettivo.

## Abstract

## Introduction

Two key words characterize the most recent developments in constitutional justice: openness and cooperation. The first concerns the Court's knowledge not only of law, but of all aspects of social life; it also means, for the Court, making one's role in society known. The second consists in loyal cooperation between the powers of the State and with the European Union.

## Report on the Activity of the Constitutional Court in 2019

The Report analyzes the jurisprudence of the Constitutional Court in a complete and in-depth manner. First of all it provides the statistical data; therefore it identifies three trends: the strengthening of dialogue with the legislator, the development of collaboration between jurisdictions, including European ones, in the protection of human rights, a more rigorous control in criminal matters.

Extensive consideration is devoted to the techniques used by the Court, including that of the 'warning judgment', in which the Court invites the Government and Parliament to take legislative action to resolve problematic regulatory situations.

Particular attention is paid to the relationship between the Constitutional Court, national judges and the Court of Justice of the European Union in the protection of fundamental rights, especially in the light of the EU Charter of Fundamental Rights. Cooperation with the European Court of Human Rights in criminal matters is also intense.



# Articoli



Giandonato Caggiano\*

# Sul trasferimento internazionale dei dati personali degli utenti del Mercato unico digitale all'indomani della sentenza *Schrems II* della Corte di giustizia

SOMMARIO: 1. Dati personali e modelli di tutela: Stati Uniti e Unione europea. – 2. Circolazione transfrontaliera dei dati e trasferimenti internazionali; l'apparente gratuità dei servizi e lo scambio dei dati dell'utente; l'applicabilità territoriale nell'Unione; lo sportello unico e l'autorità-capofila. – 3. Il punto di partenza della saga delle sentenze *Schrems I* e *II*, interludio e possibili seguiti. – 4. La funzione costituzionale della Corte di giustizia in materia di dati personali. – 5. La sentenza pregiudiziale di validità. – 6. I meccanismi per il trasferimento internazionale del capo V del RGPD. – 7. Il ruolo ed il rafforzamento dei compiti delle autorità di controllo e dell'EDPB. – 8. Competenze dell'Unione e interferenze delle autorità pubbliche per motivi di sicurezza. – 9. Conclusioni.

1. Nella sentenza *Schrems II* del 16 luglio 2020<sup>1</sup>, la Corte di giustizia torna ad occuparsi dei requisiti per il trasferimento dei dati personali dall'Unione europea in uno Stato terzo, in particolare negli Stati Uniti<sup>2</sup>. Il flusso più rilevante è originato dagli operatori multinazionali (con sede principale negli Stati Uniti) che li raccolgono in occasione dell'erogazione di servizi agli utenti europei nel Mercato unico digitale (piattaforme *online*, motori di ricerca, *social media*, imprese dell'economia collaborativa, gestori di *cloud*)<sup>3</sup>.

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

<sup>1</sup> Sentenza del 16 luglio 2020, causa C-311/18, *Schrems II*, ECLI:EU:C:2020:559.

<sup>2</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (RGPD), entrato in vigore il 25 maggio 2018: “‘dato personale’: qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile (‘interessato’); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all’ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale” (art. 4).

<sup>3</sup> Non si intende qui ovviamente minimizzare l’invio dei dati verso gli Stati Uniti da parte delle imprese multinazionali dell’economia tradizionale (produttori, rivenditori, aziende sanitarie o farmaceutiche

La sentenza in parola è particolarmente rilevante perché giunge in una fase cruciale dell'economia digitale, in cui il conflitto sul futuro assetto geopolitico delle comunicazioni digitali diventa sempre più acuto, anche a livello di commercio internazionale e di proprietà industriale. Cina, Russia e India hanno adottato (o stanno adottando) misure volte a parcellizzare il Web (*d'ora in poi*: la Rete) e controllare i dati personali generati nell'ambito della propria giurisdizione nazionale, tramite l'obbligo di conservazione nei *server* locali, le restrizioni sugli investimenti esteri in entrata e il divieto di acquisizioni di società nazionali<sup>4</sup>. Per la Cina si tratta di impedire l'accesso a determinati siti per controllare l'informazione *dei* propri cittadini, nonché di conservare le informazioni *sui* propri cittadini in *server* a disposizione delle autorità nazionali (ad esclusione delle imprese e autorità di Stati stranieri). Nel resto del mondo, la libertà di navigazione sulla Rete è fuori discussione<sup>5</sup>, ma vi sono diffusi contrasti sul regime dell'accesso ai dati personali originati dalle comunicazioni elettroniche, specie di quelli di nuova generazione 5G<sup>6</sup>.

La contrapposizione fra gli Stati Uniti e l'Unione riguarda principalmente il regime giuridico dei dati personali che gli utenti sono in grado di generare soprattutto per i giganti tecnologici che operano su internet (*Over the top*, OTT). Sulla tutela della *privacy* e dei dati personali, i modelli giuridici degli Stati Uniti e dell'Unione appaiono di non facile conciliazione.

Il modello europeo esprime una visione universalistica che riconosce le garanzie in materia a qualsiasi persona fisica “indipendentemente dalla nazionalità o dal luogo di residenza”<sup>7</sup>. Il diritto alla protezione dei dati è basato sul controllo che una persona ha sui propri dati in quanto rispecchia la sua identità digitale. Tale concetto, affermato dalla sentenza *Google Spain* della Corte di giustizia<sup>8</sup>, a partire dal diritto alla de-indicizzazione (o diritto all'oblio dei dati che non corrispondono più alla nostra “identità attuale”), inizia ad essere riconosciuto come autonomo diritto fondamentale<sup>9</sup>.

In particolare, la formula della “sovranità digitale” dell'Unione (utilizzata nei documenti e nelle dichiarazioni) si riferisce ad un contesto in cui i dati personali generati dalle attività digitali vengono “convertiti in valore” per le imprese e i

o altre aziende). Le leggi sulla sicurezza nazionale degli Stati Uniti si applicano solo a una parte delle aziende che trasferiscono dati attraverso i confini, in particolare i fornitori di servizi di comunicazione.

<sup>4</sup> Il Grande Firewall con cui la Cina blocca l'accesso al Web globale ai cittadini cinesi e ai visitatori (a siti e servizi vietati quali Gmail, Facebook, e Twitter) è stato rinforzato nel 2018 con filtri imposti ai service provider nazionali rispetto ai servizi Virtual Private Network (VPN) che consentivano di bypassare il controllo censorio. È noto che l'autarchia informativa e informatica è stata accettata da molte grandi aziende straniere in cambio dell'accesso al mercato cinese. In Cina, la “chiusura di internet” ha favorito la creazione di “campioni nazionali” tecnologici con modelli di business (ad es. comprensivi dei pagamenti elettronici come in WeChat), diventati riferimento ormai delle mega-imprese digitali americane.

<sup>5</sup> V. COM(2019)203 final, del 30 aprile 2019, sull'attuazione delle disposizioni del regolamento (UE) 2015/2120 in materia di accesso a un'Internet aperta.

<sup>6</sup> Nel dibattito politico e nell'ostracismo degli operatori cinesi, non è chiaro il livello di vulnerabilità agli attacchi e l'accessibilità dei dati. Sulla posizione dell'Unione, v. COM(2020)50 final, del 29 gennaio 2020, Dispiegamento del 5G sicuro, Attuazione del pacchetto di strumenti dell'UE.

<sup>7</sup> Art. 3 e 14° ‘considerando’ RGPD.

<sup>8</sup> Sentenza del 13 maggio 2014, causa C-131/12, *Google Spain*, ECLI:EU:C:2014:317.

<sup>9</sup> La sentenza *Google Spain* ha contribuito a creare il diritto all'identità digitale, v. G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2017, p. 511 ss.; R. CAFARI PANICO, *L'identità digitale quale diritto del cittadino dell'Unione*, in *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, p. 815 ss.

cittadini europei ed elaborati in conformità con le garanzie riconosciute dall'ordinamento dell'Unione<sup>10</sup>. La disciplina dell'Unione prescrive che i dati trasferiti al di fuori del suo territorio debbano essere elaborati da soggetti che, nel loro ordinamento, riconoscono i medesimi diritti.

La richiesta di applicare le regole del RGPD a chi opera sul Mercato unico digitale (anche eventualmente alle imprese cinesi) vuole dire soltanto ripristinare le condizioni della concorrenza fra imprese. Tali regole sono compromesse da legislazioni nazionali sui trattamenti dei dati assai diversificate, che spaziano da alcune differenze procedurali e carenze giurisdizionali sino all'assenza totale di regole di protezione. Non si tratta di applicazione extraterritoriale della disciplina dell'Unione (ciascuno Stato terzo continuerà ad applicare le proprie concezioni giuridiche e le regole sul trattamento dei dati personali), ma di *par condicio* fra gli operatori nel Mercato unico, quale che sia la loro nazionalità. Tuttavia, anche gli Stati membri dell'Unione hanno iniziato ad adottare la legislazione sui poteri speciali (*golden power*), specie per le imprese di determinati Stati-terzi in settori strategici, come le infrastrutture critiche dei *cloud* o l'accesso a informazioni sensibili, quali i dati personali. Proprio in questo periodo, l'Unione europea discute del regime delle sovvenzioni estere di varia tipologia a società che operano nel mercato unico<sup>11</sup>.

Diversamente dal modello giuridico dell'Unione, quello statunitense riconosce, a fronte di finalità di sicurezza nazionale, una tutela per i cittadini USA e i residenti ma non per gli stranieri. La tutela dei dati riguarda coloro che fanno parte o hanno legami permanenti con la comunità nazionale, mentre non sussistono limitazioni alla possibilità di intercettazioni, raccolta e conservazione di dati degli stranieri<sup>12</sup>. Come dimostrano le recenti modifiche legislative dello Stato della California (dove sono localizzate le principali sedi amministrative e di ricerca delle più importanti imprese tecnologiche), un'ampia riforma della *privacy* non sarebbe in grado di modificare la tutela complessiva negli Stati Uniti, perché non si potrebbero impedire le richieste dell'*intelligence* federale<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> La formula della "sovranità digitale" viene usata anche per indicare la necessità di accrescere l'autonomia produttiva dell'Unione di materiale informatico-digitale, quali microprocessori (*chips*) e la capacità di costruire reti 5G e *cloud* europei.

<sup>11</sup> Regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione: "1. Nel determinare se un investimento estero diretto possa incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico, gli Stati membri e la Commissione possono prendere in considerazione i suoi effetti potenziali, tra l'altro, a livello di: a) infrastrutture critiche, siano esse fisiche o virtuali, tra cui (...) il trattamento o l'archiviazione di dati (...); d) accesso a informazioni sensibili, compresi i dati personali, o la capacità di controllare tali informazioni; o e) libertà e pluralismo dei media" (art. 4). Più in generale, l'Unione discute il divieto di sovvenzioni estere di varia tipologia a società che operano nel mercato unico. In argomento, v. anche comunicazione della Commissione europea 2020/C 99 I/01, del 26 marzo 2020, recante gli Orientamenti agli Stati membri per quanto riguarda gli investimenti esteri diretti e la libera circolazione dei capitali provenienti da paesi terzi, nonché la protezione delle attività strategiche europee, in vista dell'applicazione del regolamento (UE) 2019/452 (regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti); COM(2020)253 final, del 17 giugno 2020, Libro bianco relativo all'introduzione di pari condizioni di concorrenza in materia di sovvenzioni estere.

<sup>12</sup> V. per tutti, G. RESTA, *Diritti fondamentali e diritto privato nel contesto digitale*, in F. CAGGIA, G. RESTA (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, Roma, 2019, p. 117 ss., spec. p. 120 ss., reperibile *online*.

<sup>13</sup> Assembly Bill No. 375. Chapter 55, An act to add Title 1.81.5 (commencing with Section 1798.100) to Part 4 of Division 3 of the Civil Code, relating to privacy, approved by Governor, June 28, 2018.

Nei rapporti Unione-Stati Uniti, si comprende che il meccanismo dell'*adeguatezza*, al posto della formula dell'*interoperabilità* fra i due ordinamenti giuridici, è stato accettato dagli Stati Uniti solo terminologicamente, senza sposare la concezione della protezione dei dati personali come diritto fondamentale. Pertanto, appare davvero poco probabile che la configurazione del diritto federale dell'accesso a persone e beni stranieri per motivi di sicurezza possa essere modificata per soddisfare le richieste dell'Unione europea.

Nel contesto digitale, le piattaforme *online* americane non sono però più le uniche a effettuare trasferimenti di dati ma vi sono nuovi operatori (cinesi, russi)<sup>14</sup>. Per quest'ultimi, il parametro sull'adeguatezza del trattamento dei dati nello Stato di trasferimento è perlopiù improponibile, considerata la divergenza profonda nella protezione dei diritti umani<sup>15</sup>. Al riguardo, l'Amministrazione americana cerca di imporre il divieto di caricare alcune *App* cinesi o chiede di bloccare l'accesso ai dati originati dagli utenti americani tramite l'acquisizione delle filiali delle società cinesi negli Stati Uniti. Ove ciò si realizzasse, vi sarebbe come conseguenza la separazione societaria in due diverse società (una per la Cina, una per il resto del mondo).

2. In premessa appare opportuno precisare alcuni aspetti giuridici generali sulla protezione dei dati. Dal punto di vista terminologico, occorre distinguere, da un lato, la libera "circolazione transfrontaliera" dei dati all'interno dell'Unione, che deve essere favorita per il rafforzamento del Mercato unico digitale eliminando tutti i possibili ostacoli; dall'altro, il "trasferimento internazionale" dei dati (vale a dire, in Paesi-terzi), da valutare con i criteri e i meccanismi del RGPD<sup>16</sup>.

La giurisprudenza della Corte di giustizia sulla tutela dei dati rappresenta uno snodo importante nell'esercizio della sua funzione costituzionale<sup>17</sup>. Il percorso di costituzionalizzazione è stato rafforzato dal carattere vincolante della Carta nell'interpretazione della prima generazione della normativa delle comunicazioni digitali che ha dimostrato notevole resilienza agli sviluppi tecnologici poiché dopo oltre vent'anni è parzialmente ancora in vigore<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Ad es. il social Tik-tok e WeChat sotto il controllo della Cina.

<sup>15</sup> Come accaduto, ad esempio, a seguito delle pretese interferenze nella campagna presidenziale, la Russia ha chiesto a Facebook di conservare i dati dei propri utenti/cittadini in *server* collocati sul proprio territorio.

<sup>16</sup> COM(2017)9 final, del 10 gennaio 2017, Costruire un'economia dei dati europea.

<sup>17</sup> V. *infra*, par. 4.

<sup>18</sup> Il *corpus juris* originario era formato da quattro direttive. La prima era la direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (abrogata). La seconda è la direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (in vigore). La terza è la direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, la cui proposta di modifica è ancora pendente, v. COM(2017)10 final, del 10 gennaio 2017, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e che abroga la direttiva 2002/58/CE.

Le altre direttive del pacchetto delle comunicazioni elettroniche del 2002 sono state sostituite dalla direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche. Sull'insieme della strategia digitale, G. CAGGIANO, *Il quadro normativo del Mercato unico digitale*, in F. ROSSI DAL POZZO (a cura), *Mercato unico digitale*,

Dal maggio del 2018, il RGPD<sup>19</sup> ha codificato, tra l'altro, la giurisprudenza della Corte di giustizia sull'ambito di applicazione della normativa e stabilito un sistema di cooperazione istituzionale fra le autorità di controllo e il nuovo Comitato europeo per la protezione dei dati (EDPB) che ha sostituito, con compiti e poteri ampliati, il Gruppo di lavoro "Art. 29".

Inoltre, per garantire l'uniforme l'applicazione e la semplificazione delle procedure, il nuovo meccanismo dello "sportello unico" prevede la designazione di un'autorità-capofila di controllo. Tale meccanismo conferisce di fatto un ruolo preminente all'autorità irlandese e a quella lussemburghese, perché in quei due Stati membri si collocano le sedi legali e/o di stabilimento europeo delle grandi imprese tecnologiche americane<sup>20</sup>. Soprattutto per l'Irlanda, all'attrattività per motivi fiscali si è aggiunta per tali imprese (anche senza voler mettere in conto alcun trattamento di favore) una condizione di continuità nel controllo del trattamento dei dati, ivi compreso il trasferimento dei dati verso gli Stati terzi. La posizione speciale nell'attuazione del RGPD si è aggiunta così all'asimmetria della tassazione delle società che ne decreta una schiacciante vittoria nel "*beauty contest*" dell'ambiente più favorevole agli investimenti nell'Unione europea<sup>21</sup>, evidentemente a tutto discapito della parità di condizioni della concorrenza fra imprese.

Un aspetto rilevante in materia è costituito dal concetto di "compensazione senza remunerazione monetaria" dei servizi erogati da parte delle imprese digitali in cambio dell'acquisizione dei dati degli utenti. Infatti, l'economia digitale consente ad operatori stranieri di partecipare al Mercato unico, tramite proprie filiali nell'Unione oppure "unicamente a distanza". In entrambe le situazioni, le imprese possono competere nell'offrire servizi ai clienti/utenti, acquisendone i dati personali<sup>22</sup>. Infatti, sono proprio i dati personali che rappresentano il principale "modello

---

*dati personali e diritti fondamentali*, in *Eurojus*, fascicolo speciale, luglio 2020, p. 13 ss., reperibile *online*.

Un ruolo rilevante ha avuto anche la direttiva 2006/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE, dichiarata invalida dalla Corte di giustizia e sinora non sostituita dal legislatore dell'Unione, v. sentenza dell'8 aprile 2014, cause riunite C-293 e 594/12, *Digital Rights Ireland Ltd*, ECLI:EU:C:2014:238.

<sup>19</sup> Sulla sua attuazione, v. COM(2019)374 final, del 24 luglio 2019, Le norme sulla protezione dei dati come strumento generatore di fiducia nell'UE e oltre i suoi confini: un bilancio; COM(2020)264 final, del 24 giugno 2020, La protezione dei dati come pilastro dell'autonomia dei cittadini e dell'approccio dell'UE alla transizione digitale: due anni di applicazione del regolamento generale sulla protezione dei dati.

<sup>20</sup> V. Data Protection Commission, DPC Ireland 2018-2020, Regulatory Activity Under GDPR: "Given its role as Lead Supervisory Authority to the various multinational organisations that are headquartered here, much attention is naturally given to Ireland's regulatory activities in the realm of 'big tech'. Since May 2018, the Data Protection Commission has commenced 24 Statutory Inquiries into multinational technology companies, in addition to Supervisory engagement which resulted in the postponement or revision of six planned big tech projects until such time as they could be reconciled with data protection requirements", p. 5, reperibile *online*.

<sup>21</sup> G. CAGGIANO, *Il cantiere dell'armonizzazione fiscale per il Mercato unico digitale*, in *I Post di AISDUE*, 2020, reperibile *online*.

<sup>22</sup> Tutte le imprese che utilizzano la Rete senza essere necessariamente *service provider* (*Over the top*, OTT) forniscono servizi all'utente che è tenuto ad esprimere il proprio consenso per accedervi o per continuare la navigazione in Rete.

di profitto” di quelle imprese digitali che non richiedono un pagamento monetario per singole prestazioni o a seguito di un abbonamento. È ormai acquisito nella normativa e nella giurisprudenza nazionale e dell’Unione che, nel caso di servizi digitali (che si auto-definiscono come “gratuiti”), la fruizione è concessa proprio in forza dello scambio, più o meno consapevole, con i dati personali dell’utente<sup>23</sup>. Tali dati vengono perlopiù trasferiti negli Stati Uniti presso le sedi principali delle imprese multinazionali, dove si svolge in genere una parte rilevante del trattamento e ne viene conservata copia<sup>24</sup>.

Al riguardo, l’omissione da parte dell’impresa digitale di informazione all’utente sullo sfruttamento dei suoi dati a fini commerciali non rappresenta solo una violazione della disciplina del RGPD<sup>25</sup>, ma anche quella della protezione del consumatore ai sensi della direttiva 2005/29 relativa alle pratiche commerciali sleali. I due sistemi di tutela funzionano, in termini di complementarità, nell’imposizione di obblighi informativi funzionali, rispettivamente, alla protezione dei dati personali e ad una scelta economica consapevole del consumatore<sup>26</sup>. Pertanto, l’affermazione che un servizio digitale è “gratis e lo resterà sempre”, omettendo l’informazione sullo scambio dei dati personali, è stata considerata in Italia dall’AGCM una pratica ingannevole di Facebook<sup>27</sup>.

Sulla clausola di applicazione territoriale, in particolare sulla formula “contesto delle attività di uno stabilimento” (art. 4, par. 1, lett. a, della direttiva 95/46), la sentenza *Google Spain* ha fornito una lettura estremamente flessibile<sup>28</sup>. Il criterio dell’offerta di beni e servizi (manifestato anche tramite azioni di monitoraggio) a un residente nel territorio dell’Unione, adottato dalla Corte in quell’occasione, è stato poi codificato nel RGPD. Una delle principali novità riguarda l’applicabilità

<sup>23</sup> Tale caratteristica è ormai riconosciuta, tra l’altro, dalla direttiva (UE) 2018/1972, 16° ‘considerando’. Basti pensare alla dichiarazione di consenso mediante una “casella di spunta preselezionata” che è stata giudicata illegittima dalla Corte di giustizia, v. sentenza del 1° ottobre 2019, causa C-673/17, *Planet49*, ECLI:EU:C:2019:801.

<sup>24</sup> I *server* di Google sono disseminati in vari luoghi del mondo. Alcuni *server* di Facebook si trovano o sono in costruzione nel territorio dell’Unione europea (in Svezia e in Danimarca). Il primo è stato costruito in Svezia vicino al circolo polare artico per motivi di risparmio energetico. Ad oggi, i *server* delle grandi imprese digitali utilizzano supporti tecnici che, in un tempo medio, devono essere sostituiti con particolari misure di sicurezza.

<sup>25</sup> Secondo il RGPD, il consenso al trattamento dei dati deve essere dato attraverso un atto positivo inequivocabile che può consistere ad esempio in una dichiarazione scritta, anche attraverso mezzi elettronici, o orale, mentre il silenzio o le caselle preselezionate non sono più sufficienti a rappresentare il consenso (art. 7), v. EDPB Linea guida 2/2019 sul trattamento di dati personali ai sensi dell’art. 6, par. 1, lett. b), del regolamento generale sulla protezione dei dati nel contesto della fornitura di servizi online agli interessati, Versione 2.0, 8 ottobre 2019. V. anche EDPB, Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, Version 1.1, adottata il 4 maggio 2020, che afferma l’illegittimità dei *cookie walls* e dello *scrolling*, pratiche giudicate contrarie al principio di proporzionalità.

<sup>26</sup> Sulla sovrapponibilità della protezione del consumatore rispetto ad altre forme di protezione, v. sentenza della Corte di giustizia del 13 settembre 2018, cause riunite C-54 e 55/17, *Wind Tre e Vodafone Italia*, ECLI:EU:C:2018:710.

<sup>27</sup> Sul carattere di pratica sleale dell’affermazione (*claim*) di Facebook secondo cui il suo servizio è gratis (e sempre lo sarà) mentre si omettono informazioni sull’utilizzo dei dati dell’utente, v. AGCM, Provv. n. 27432, del 29 novembre 2018, PS11112, Facebook-Condivisione dati con terzi, Relatore Ainis. La decisione è stata confermata, sotto questo profilo, dalla sentenza del Tar del Lazio, del 10 gennaio 2020, n. 261 par. 10.

<sup>28</sup> G. CAGGIANO, *L’interpretazione del “contesto delle attività di stabilimento” dei responsabili del trattamento dei dati personali*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2014, p. 605 ss.

alle imprese straniere che si rivolgono specificamente agli utenti europei “attraverso l’offerta di beni o servizi” o il “monitoraggio” del loro comportamento (art. 3)<sup>29</sup>. Ciò garantisce la tutela dei dati e la parità di condizioni per tutti coloro che operano nel Mercato unico digitale. Per garantire l’applicabilità del RGPD, anche in assenza di strutture fisiche nel territorio dell’Unione, le imprese operanti sul Mercato hanno l’obbligo di nominare un rappresentante (art. 27, paragrafi 1 e 2), al quale possono rivolgersi (in aggiunta o in sostituzione dell’impresa) le persone fisiche e le autorità di controllo interessate<sup>30</sup>.

La questione sull’estensione dell’applicabilità territoriale del diritto dell’Unione europea è stata di recente affrontata dalla Corte di giustizia<sup>31</sup>. Le violazioni dei diritti tramite la Rete, che assumono spesso una dimensione internazionale, giustificano la tendenza ad un allontanamento dal principio di territorialità, verso un’espansione “universale” della giurisdizione dell’Unione, con potenziali, inevitabili contrasti e sovrapposizioni delle giurisdizioni di altri Stati. Nella sentenza *Google Inc c. CNIL*<sup>32</sup>, la Corte ha rilevato che il gestore di un motore di ricerca, allorché accoglie una domanda di deindicizzazione, è tenuto a effettuarla nelle versioni nazionali del motore stesso<sup>33</sup> mentre non ha un obbligo di effettuarla in tutte le versioni a livello globale<sup>34</sup>. Nella sentenza *Glawischnig-Piesczek*, la Corte afferma

<sup>29</sup> V. EDPB, Linee-guida 3/2018 sull’ambito di applicazione territoriale del RGPD (art. 3), Versione 2.1 del 12 novembre 2019. Per approfondimenti, v. M. GÖMANN, *The New Territorial Scope of EU Data Protection Law: Deconstructing a Revolutionary Achievement*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 567 ss.; C. CELLERINO, *L’applicazione “territoriale” della normativa UE in materia di protezione dei dati personali (GDPR) e l’economia globale dei dati: quale modello regolatorio?*, in S. DOMINELLI, G. L. GRECO (a cura di), *I mercati dei servizi fra regolazione e governance*, Torino 2019; M. C. MENEGHETTI, *The Different Shapes of Extraterritoriality in EU Data Protection Law and Its International Justifications*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2019, p. 695 ss.; S. SALUZZO, *The Principle of Territoriality in EU Data Protection Law*, in T. NATOLI, A. RICCARDI (eds.), *Borders, Legal Spaces and Territories in Contemporary International Law*, Torino, 2019. Per gli aspetti di diritto internazionale privato, v. C. KOHLER, *Conflict of Law Issues in the 2016 Data Protection Regulation of the European Union*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, p. 654 ss.; F. MARONGIU BUONAIUTI, *La disciplina della giurisdizione nel regolamento (UE) n. 2016/679 concernente il trattamento dei dati personali e il suo coordinamento con la disciplina contenuta nel regolamento “Bruxelles I-bis”*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, p. 448 ss.

<sup>30</sup> Laddove questi operatori non rispettino l’obbligo di nominare un rappresentante, le autorità di controllo dovrebbero avvalersi degli strumenti previsti del RGPD, ad esempio di avvisi pubblici, di divieti temporanei o definitivi di trattamento nell’UE, o di esecuzione contro i titolari del trattamento stabiliti nell’Unione (art. 58).

<sup>31</sup> Per un quadro generale, v. V. ZENO-ZENCOVICH, *Intorno alla decisione nel caso Schrems: la sovranità digitale e il governo internazionale delle reti di telecomunicazione*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2016, p. 696 ss.

<sup>32</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 24 settembre 2019, causa C-507/17, *Google LLC c. CNIL*, ECLI:EU:C:2019:772. La Corte respinge un’interpretazione teleologica del diritto all’oblio, privilegiando un’interpretazione più rigorosa e letterale: “non risulta affatto che il legislatore dell’Unione abbia scelto [...] di attribuire ai diritti sanciti da tali disposizioni una portata che vada oltre il territorio degli Stati membri e che abbia inteso imporre a un operatore che, come Google, rientra nell’ambito di applicazione della direttiva o del regolamento suddetti, un obbligo di deindicizzazione riguardante anche le versioni nazionali del suo motore di ricerca che non corrispondono agli Stati membri”.

<sup>33</sup> Se necessario, in combinazione con misure che impediscono agli utenti di Internet di accedere, ai link di cui trattasi indipendentemente dalla versione nazionale del motore di ricerca utilizzata (c.d. “blocco geografico”).

<sup>34</sup> Una rimozione su così ampia scala non è in sé vietata, ma spetta agli Stati membri (tramite l’autorità di controllo giudiziaria o l’autorità di controllo indipendente) l’onere di effettuare un bilanciamento

che il divieto di imporre all'*host provider* un obbligo generale di sorveglianza e/o di ricerca attiva di informazioni, non impedisce che (tanto in relazione a contenuti diffamatori identici, quanto a contenuti equivalenti rispetto a quelli identificati) la portata dell'ingiunzione di rimozione abbia natura globale<sup>35</sup>. La Corte specifica che spetta però agli Stati membri effettuare un bilanciamento in riferimento al diritto internazionale applicabile. È importante sottolineare che, in entrambe le sentenze, la scelta finale sull'estensione dell'azione correttiva da intraprendere viene lasciata agli Stati membri e non all'operatore digitale.

3. Le domande pregiudiziali, che hanno portato alla dichiarazione della Corte di giustizia di invalidità di due atti consecutivi della Commissione europea sul trasferimento di dati negli Stati Uniti, originano da controversie fra le medesime parti. I rinvii in parola hanno come oggetto principale il ruolo "invasivo" dei programmi di *intelligence* statunitensi e i rimedi praticabili al riguardo, nonché l'(in)disponibilità *in loco* di idonei mezzi di informazione, accesso ed eventuale cancellazione a disposizione dei cittadini europei titolari dei dati.

Nella sentenza *Schrems I* del 6 ottobre 2015<sup>36</sup>, la Corte di giustizia ha decretato l'invalidità della "decisione di adeguatezza" della Commissione sulla base dell'intesa *Approdo sicuro* del 2000<sup>37</sup>, affermando che la mancanza di strumenti di accesso e di giurisdizione da parte dei cittadini europei rispetto ai dati trasferiti

---

tra il diritto alla protezione dei dati personali e il diritto alla libertà d'informazione, adottando, se del caso, misure destinate ad avere effetti extraterritoriali.

<sup>35</sup> Nella sentenza del 3 ottobre 2019, causa C-18/18, *Glawischnig-Piesczek*, ECLI:EU:C:2019:821, la Corte ha ribadito che non è possibile imporre a Facebook un obbligo di vigilanza generale ma ha anche ritenuto che un *host provider*, ex art.15 della direttiva sul commercio nella società dell'informazione, possa collaborare attivamente all'identificazione e alla cancellazione di contenuti equivalenti al contenuto illegale originale; a condizione che l'autorità di controllo giudiziaria abbia fornito gli elementi necessari per questa analisi in modo da non costringere la piattaforma a un apprezzamento autonomo e non automatizzato dei messaggi. Sulle due sentenze, v., tra gli altri, O. POLLICINO, *L' "autunno caldo" della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *federalismi.it*, 16 ottobre 2019; F. CALOPRISCO, *La Corte di giustizia si esprime sulla portata territoriale dell'obbligo di deindicizzare i dati personali online. Sul bilanciamento caso per caso tra self-restraint ed espansionismo del diritto dell'Union*, in *I Post di AISDUE*, 20 dicembre 2019, entrambi reperibili online.

<sup>36</sup> Sentenza del 6 ottobre 2015, causa C-362/14, *Schrems I*, EU:C:2015:650. In dottrina, v. *inter alia*, V. SALVATORE, *La Corte di giustizia restituisce (temporaneamente) agli Stati membri la competenza a valutare l'adeguatezza del livello di protezione dei dati personali soggetti a trasferimento verso gli Stati Uniti*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, p. 623 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, G. RESTA (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali dai "safe harbour principles" al "privacy shield"*, Roma, 2016; M. NINO, *Le prospettive internazionali ed europee della tutela della privacy e dei dati personali dopo la decisione Schrems della Corte di giustizia UE*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2016, p. 755 ss.; L. AZOULAI, M. VAN DER SLUIS, *Institutionalizing Personal Data Protection in Times of Global Institutional Distrust: Schrems*, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 1343 ss.; O. POLLICINO, M. BASSINI, *Bridge Is down, Data Truck Can't Get through ...*, in *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2016, p. 245 ss.; F. BORGIA *Profili critici in materia di trasferimento dei dati personali verso i Paesi extra-europei*, in G. CONTALDI (a cura di), *Il Mercato Unico Digitale*, numero speciale 2017 di *Diritto Mercato Tecnologia*, reperibile online, p. 129 ss.; F. TERPAN, *EU-US Data Transfer from Safe Harbour to Privacy Shield: Back to Square One?*, in *European Papers*, 2018, p. 1045 ss., reperibile online.

<sup>37</sup> In realtà si trattava non di un accordo ma di una dichiarazione unilaterale della Commissione a seguito di documentazione fornita dagli USA.

rappresentava una violazione dell'“essenza” stessa del diritto alla *privacy*. La Corte ha chiarito che la normativa dell'Unione si applica al trasferimento di dati a un Paese terzo per il trattamento a fini commerciali, indipendentemente dall'ulteriore trattamento da parte delle autorità pubbliche per scopi di sicurezza nazionale. La sentenza in parola contiene aspre critiche contro la sorveglianza negli Stati Uniti affermando che “la legislazione che consente alle autorità di controllo pubbliche di avere accesso su base generalizzata al contenuto delle comunicazioni elettroniche deve essere considerata come compromettere l'essenza del diritto fondamentale al rispetto della vita privata, come garantito dall'art. 7 della Carta”.

La seconda fase della saga *Schrems* nasce per la contestazione da parte del medesimo avvocato e attivista in relazione alla dichiarata utilizzazione delle clausole contrattuali *standard* da parte di Facebook, come base giuridica del trasferimento dei dati verso gli Stati Uniti. L'autorità di controllo irlandese ha sollevato la questione davanti all'Alta corte che, a sua volta, ha sottoposto alla Corte di giustizia una domanda di pronuncia pregiudiziale.

Nella sentenza *Schrems II* del 16 luglio 2020<sup>38</sup>, la Corte di giustizia torna ad occuparsi dei requisiti per il trasferimento dei dati personali dall'Unione in uno Stato-terzo. Senza riprendere le aspre critiche della precedente sentenza, la Corte si concentra su questioni quali le carenze nel meccanismo del difensore civico o la mancanza di rimedi efficaci negli Stati Uniti da parte dei cittadini europei interessati. La Corte dichiara invalida la decisione di adeguatezza della Commissione del 2016, l'atto esecutivo adottato sulla base del successivo accordo UE-USA *Scudo per la privacy*. I cittadini e i residenti dell'Unione, quando i loro dati personali vengano trasferiti in uno Stato terzo, devono ricevervi una tutela “sostanzialmente equivalente”, completata dalla disponibilità di rimedi giuridici per l'accesso e, se del caso, la rettifica o la soppressione dei dati medesimi (articoli 7, 8 e 47 della Carta). La sentenza produce una responsabilizzazione per il trasferimento dei dati personali in capo al soggetto esportatore dei dati. Malgrado l'esistenza di alcuni meccanismi generali *ad hoc*, la responsabilità dell'accertamento delle condizioni di tutela dell'ordinamento straniero spetta comunque al soggetto esportatore dei dati che vi provvede “situazione per situazione”, sotto il controllo delle autorità nazionali di controllo della *privacy* (nel prosieguo: autorità di controllo). D'ora in poi, l'esportatore di dati personali dovrà affrontare una valutazione più complessa, sia che riguardi la responsabilità dei *social media* anche per gli organizzatori di gruppi o *fanpage* (Facebook), sia per gli intermediari *online*, in relazione alle aziende che si avvalgono dell'infrastruttura di una piattaforma *online* come intermediari di altre aziende per il marketing e la vendita dei loro prodotti (*marketplace*).

Sinora la valutazione del livello adeguato di protezione è stata effettuata in modo centralizzato dalla Commissione europea. Senza metterne in discussione i poteri al riguardo, *Schrems II* opera una svolta verso una “privatizzazione” della responsabilità dell'attività di trasferimento e il decentramento del relativo controllo alle autorità di controllo in collaborazione con l'EDPB.

Le due sentenze *Schrems* vedono come protagonista l'autorità di controllo irlandese (*Data Protection Commissioner*), perché chi conclude il contratto di iscri-

---

<sup>38</sup> Sentenza *Schrems II*.

zione a Facebook ne accetta la competenza<sup>39</sup>. L'attivista e avvocato Max Schrems, promotore di varie azioni giudiziarie contro Facebook<sup>40</sup>, ha chiesto in una lettera all'autorità di controllo irlandese di conoscere l'attuale base giuridica utilizzata da Facebook per trasferimenti di dati verso gli USA, sostenendo che dovrebbe essere dettagliata nell'inventario del trattamento dei dati e resa pubblica come parte delle informative sulla *privacy* della società<sup>41</sup>. Secondo l'Associazione NOYB, la pretesa di alcune imprese, di adottare o continuare ad usare le clausole contrattuali *standard* dopo la sentenza *Schrems II*, è assolutamente illegittima e deve essere fermata dalle autorità di controllo se il trasferimento dei dati negli Stati Uniti avviene in un regime di accesso dei servizi segreti<sup>42</sup>.

In attesa di un nuovo accordo Stati Uniti-Unione<sup>43</sup>, la valutazione del contesto giuridico del Paese di trasferimento spetterà "caso per caso" a ciascuna impresa sotto il monitoraggio delle autorità di controllo nazionali della *privacy*, con un rinvio in caso di controversia al loro interno all'EDBP. La Corte ribadisce il ruolo cruciale svolto dalle autorità di controllo, specificando che sono tenute a sospendere o a vietare un trasferimento di dati personali verso un Paese terzo quando le condizioni di legittimità non siano soddisfatte<sup>44</sup>.

La Corte di giustizia afferma che a seguito della sentenza *Schrems II* non si crea nessun vuoto normativo e dunque non vi sarà un periodo di sospensione delle regole applicabili ("periodo di grazia"). Di conseguenza, occorre ricordare che il RGPD stabilisce in caso di violazioni (e dunque anche in caso di mancato rispetto dei requisiti per il trasferimento internazionale dei dati) l'irrogazione di sanzioni pecuniarie per un importo del 4% del fatturato globale annuo dell'esercizio precedente; oltre ad un'eventuale richiesta di risarcimento da parte degli interessati e possibili ingiunzioni delle autorità di controllo di sospensione di trasferimenti di dati non conformi<sup>45</sup>.

**4.** Nella materia della protezione di dati personali, la funzione costituzionale della Corte di giustizia consiste nel bilanciamento fra diritti fondamentali (*privacy* e protezione dei dati personali *versus* libertà di impresa, libertà di espressione, segreto professionale, libertà di religione, protezione degli interessi economici, diritto

<sup>39</sup> WP 244, Linee guida per l'individuazione dell'autorità di controllo capofila in relazione a uno specifico titolare del trattamento o responsabile del trattamento, versione emendata, 5 aprile 2017.

<sup>40</sup> V. anche sentenza del 25 gennaio 2018, causa C-498/16, *Schrems c. Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2018:37, sulla nozione di consumatore che consente di promuovere azioni nel Paese di residenza. Un suo intervento è stato accolto anche nel procedimento che ha portato alla sentenza del 5 giugno 2018, causa C210/16, *U.L. für Datenschutz Schleswig-Holstein*, ECLI:EU:C:2018:388, sul provvedimento diretto a disattivare una pagina Facebook (*fanpage*) che consente di raccogliere ed elaborare determinati dati collegati ai visitatori di tale pagina, gestita da un soggetto-terzo impegnato nella formazione. Per un commento, v. R. CAFARI PANICO, *op. cit.*

<sup>41</sup> V., rispettivamente, articoli 30 e 13-14 GDPR. La lettera è pubblicata sul sito del giornale "Il politico".

<sup>42</sup> NOYB, *101 Complaints on EU-US transfers filed*, 17 agosto 2020, reperibile *online*.

<sup>43</sup> V. Joint Press Statement from European Commissioner for Justice Didier Reynders and U.S. Secretary of Commerce Wilbur Ross, 10 agosto 2020. Le Parti dichiarano di aver intrapreso discussioni: "(...) to evaluate the potential for an enhanced EU-U.S. Privacy Shield framework to comply with the 16 July judgement of the Court of Justice (...)".

<sup>44</sup> Art. 58, par. 2, lettere f) e j), RGPD.

<sup>45</sup> Art. 83 RGPD.

d'autore<sup>46</sup>), fra diritti individuali e interesse pubblico alla sicurezza nazionale nella prospettiva dell'interesse generale dell'Unione europea<sup>47</sup>.

In *Schrems I*, la Corte di giustizia coglie l'occasione per riaffermare la dimensione costituzionale dell'Unione nel quadro della "Comunità di diritto"<sup>48</sup>. Secondo i principi dello Stato di diritto, la Corte afferma che nessun atto dell'Unione è esente dal controllo giurisdizionale di legittimità e conformità al diritto primario: "l'Unione è un'Unione di diritto, nel senso che tutti gli atti delle sue istituzioni sono soggetti al controllo della conformità, segnatamente, ai Trattati, ai principi generali del diritto nonché ai diritti fondamentali (...). Le decisioni della Commissione adottate in forza dell'art. 25, par. 6, della direttiva 95/46 non possono pertanto sfuggire ad un siffatto controllo"<sup>49</sup>. A maggior ragione, dopo l'entrata in vigore dell'art. 45 RGPD che prescrive diffusamente i criteri di valutazione dell'ordinamento giuridico dello Stato ricevente<sup>50</sup>.

Il ragionamento della Corte di giustizia parte dall'interpretazione alla luce della Carta del concetto giuridico di "un livello adeguato di protezione", previsto nella direttiva 95/46 e poi nel RGPD<sup>51</sup>. La Corte interpreta tale parametro nel senso di "equivalenza essenziale" o di "quasi-equivalenza" il che implica un confronto diretto tra la protezione effettiva garantita dall'Unione e quella dello Stato terzo di trasmissione, vale a dire, nel caso di specie, gli Stati Uniti<sup>52</sup>.

La sfida attuale a fronte dei poteri dominanti e quasi-monopolistici di alcuni giganti tecnologici consiste nel fissare limiti al potere egemonico di soggetti privati sulla base della Carta dei diritti, come le corti costituzionali hanno sempre operato nel tempo nei confronti del potere pubblico<sup>53</sup>. Nella sua giurisprudenza, la Corte continua in sostanza a ritenere che il contesto digitale funzioni meglio tramite la *governance* dei medesimi soggetti che vi operano. Questa tesi è stata affermata dalla Corte quando ha riconosciuto ai motori di ricerca (sentenza *Google Spain*) un ruolo di bilanciamento fra diritti fondamentali (*privacy* contro diritto all'informazione) nella deindicizzazione dei dati per il diritto all'oblio, così come quando ha incaricato

---

<sup>46</sup> V., da ultimo, sentenza del 9 luglio 2020, causa C-264/19, *Constantin Film Verleih*, ECLI:EU:C:2020:542.

<sup>47</sup> Per approfondimenti, v. G. CAGGIANO, *La Corte di giustizia consolida il ruolo costituzionale nella materia dei dati personali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 9 ss.

<sup>48</sup> Molte le affermazioni in tal senso della Corte di giustizia a partire dalla sentenza del 23 aprile 1986, causa 294/83, *Le Verts*, ECLI:EU:C:1986:166; parere 1/91, del 14 dicembre 1991, ECLI:EU:C:1991:490.

<sup>49</sup> Sentenza *Schrems I*, punto 60.

<sup>50</sup> L'art. 45, par. 2, lett. a), RGPD menziona esplicitamente fra i criteri di valutazione dell'ordinamento dello Stato terzo: "lo stato di diritto, il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali, la pertinente legislazione generale e settoriale (anche in materia di sicurezza pubblica, difesa, sicurezza nazionale, diritto penale e accesso delle autorità di controllo pubbliche ai dati personali), così come l'attuazione di tale legislazione, le norme in materia di protezione dei dati, le norme professionali e le misure di sicurezza, comprese le norme per il trasferimento successivo dei dati personali verso un altro paese terzo o un'altra organizzazione internazionale osservate nel paese o dall'organizzazione internazionale in questione, la giurisprudenza nonché i diritti effettivi e azionabili degli interessati e un ricorso effettivo in sede amministrativa e giudiziaria per gli interessati i cui dati personali sono oggetto di trasferimento".

<sup>51</sup> I Paesi terzi non sono obbligati ad adottare uno standard identico, ma gli individui devono comunque godere di un grado di protezione "sostanzialmente equivalente" a quello offerto dal diritto dell'Unione, sentenza *Schrems I*, punto 73.

<sup>52</sup> Sentenza *Schrems II*, punto 94.

<sup>53</sup> O. POLLICINO, *op. cit.*

i medesimi gestori privati per la rimozione, a determinate condizioni, dei contenuti *online* (sentenza *Glawischnig-Piesczek*)<sup>54</sup>.

Nella sentenza *Schrems II*, il ragionamento della Corte di giustizia illustra “i contorni costituzionali” della tutela dei dati, secondo gli articoli 7, 8, 52, par. 1, della Carta<sup>55</sup>. La comunicazione, l’accesso e la conservazione di dati personali a un terzo, anche ad esempio un’ autorità di controllo pubblica, costituiscono un’ingerenza nei diritti fondamentali, indipendentemente dall’uso ulteriore, dalla loro natura sensibile o da eventuali inconvenienti per gli interessati. Tali diritti non costituiscono comunque prerogative assolute ma vanno considerati alla luce della loro funzione sociale; i dati personali devono essere trattati per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o ad altro legittimo fondamento previsto dalla legge; le limitazioni a tali diritti devono essere stabilite dalla legge e limitate a quanto strettamente necessario, per effettive finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o di protezione di diritti e libertà altrui (art. 52, par. 1, della Carta)<sup>56</sup>. Per soddisfare il requisito di proporzionalità, la normativa deve prevedere regole chiare e precise sulla portata e l’applicazione della misura e *imporre* requisiti minimi in modo che i titolari dei dati trasferiti dispongano di garanzie sufficienti per proteggerli efficacemente contro il rischio di abusi. Inoltre, il trasferimento deve indicare in quali circostanze e a quali condizioni possa essere adottata una misura che prevede il trattamento di siffatti dati, garantendo così che l’ingerenza sia limitata allo stretto necessario.

Nella sua giurisprudenza, la Corte di giustizia accerta l’esistenza di una violazione dei diritti, utilizzando i criteri dell’art. 52, par. 1, della Carta per determinare la portata dei diritti della *privacy* e la protezione dei dati digitali.

Al riguardo, si afferma in dottrina che la nozione di “essenza del diritto” ivi prevista dovrebbe essere interpretata come un concetto costituzionale indipendente che non fa parte del principio di proporzionalità<sup>57</sup>. Il concetto di “essenza del diritto” è presente nella prima frase della norma in parola, mentre il criterio della proporzionalità è richiamato nella seconda frase. Un tale approccio consentirebbe di identificare le interferenze con il nucleo di un diritto fondamentale, indipendentemente dal bilanciamento del criterio di proporzionalità, distinguendo tra l’essenza dei diritti fondamentali e le altre possibili interferenze. L’interferenza con i diritti fondamentali dovrebbe essere determinata “caso per caso”, applicando la distinzione tra le interferenze che devono essere esaminate secondo il criterio di proporzionalità e quelle che toccano l’essenza dei diritti. I motivi imperativi che non possono giustificare un’interferenza sono quelli che perseguono “obiettivi di interesse generale

<sup>54</sup> Sentenze del 13 maggio 2014, causa C-131/12, *Google Spain SL*, ECLI:EU:C:2014:317; *Google LLC c. CNIL*; *Eva Glawischnig-Piesczek*.

<sup>55</sup> Sentenza *Schrems II*, punti 170-176. In relazione agli Stati Uniti, v. spec. punti 178 e 186 s.

<sup>56</sup> I limiti dell’art. 52, par. 1, della Carta sono specificati dal RGPD nell’art. 23 e dal 73° ‘considerando’.

<sup>57</sup> Sulla dottrina dell’essenza dei diritti fondamentali (nei casi di violazioni più gravi), in rapporto con l’applicazione del principio di proporzionalità (nei casi di violazioni meno gravi), v. i vari contributi in *German Law Journal*, Special Issue, *Essence of Fundamental Right in the EU*, 2019, tra cui: K. LENAERTS, *Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU*, p. 779 ss.; M. BRKAN, *The Essence of the Fundamental Rights to Privacy and Data Protection: Finding the Way through the Maze of the CJEU’s Constitutional Reasoning*, p. 864 ss.

riconosciuti dall'Unione o la necessità di proteggere i diritti e le libertà altrui"<sup>58</sup>. Da un punto di vista istituzionale, è importante considerare che la distinzione tra un'interferenza non rispettosa del principio di proporzionalità e quella con l'essenza del diritto è di natura qualitativa, relativa cioè alla gravità dell'interferenza.

La Corte di giustizia, nelle sentenze *Digital Rights Ireland* e *Schrems I* verifica se l'essenza dei diritti fondamentali abbia subito interferenza in modo significativo. Nella prima sentenza, la Corte di giustizia afferma che l'ingerenza non tocca l'"essenza stessa" del diritto, ma deve essere valutata, alla luce del criterio di proporzionalità, *come* meno grave, in quanto riguarda solo i "metadati delle comunicazioni elettroniche" (quando, chi, da dove e a chi era diretta la comunicazione) e non il "contenuto" della comunicazione. Nella seconda sentenza, la violazione sottoposta a giudizio tocca l'"essenza stessa del diritto" alla *privacy*, dal momento che i *social media*, come Facebook, si occupano del trattamento dei contenuti (anche di quelli non accessibili alla generalità degli utenti perché dichiarati dall'autore disponibili solo a seguito del "riconoscimento di amicizia")<sup>59</sup>. Inoltre, le persone interessate non dispongono di alcun rimedio legale per l'accesso o la rettifica dei dati personali che li riguardavano<sup>60</sup>.

Un'altra rilevante differenza fra le due sentenze in parola si manifesta rispetto alla capacità della sentenza della Corte di incidere in modo immediato sulle fattispecie affrontate. Per l'attuazione dei limiti relativi alla *data retention*<sup>61</sup> che si rivolgono agli Stati è necessaria la leale collaborazione del legislatore dell'Unione e degli Stati membri che dovrebbero adottare le disposizioni europee e nazionali<sup>62</sup>; le decisioni della Corte nelle sentenze *Schrems I e II* si indirizzano ai privati che devono dunque applicarle da subito.

La valutazione *ex ante* del livello "essenzialmente equivalente" di *standard* di protezione si applica ormai a tutti i meccanismi di trasferimento dei dati. Quanto alle autorità di controllo nazionali, la Corte di giustizia, realizzando nei fatti un processo di decentramento in due tappe, ha riconosciuto loro un ruolo nell'apprezzamento della equivalenza (*Schrems I*), specialmente per le "garanzie supplementari" ai meccanismi di trasferimento previsti dal RGPD (*Schrems II*). In tali circostanze, la Corte ha spiegato che un'autorità di controllo deve indagare su una denuncia e, qualora l'indagine riveli dubbi sulle garanzie fornite, deve sottoporre, secondo il diritto processuale nazionale, la questione dinanzi ai tribunali nazionali che, a loro volta, potranno proporre una pronuncia pregiudiziale sulla validità della decisione di adeguatezza<sup>63</sup>.

---

<sup>58</sup> Nelle spiegazioni di questa disposizione della Carta, gli interessi generali dell'Unione sono, tra l'altro, la promozione della pace, l'istituzione del mercato interno, la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, promozione della giustizia sociale e solidarietà – art. 3 TUE – nonché rispetto del principio di attribuzione – art. 4, par. 1, TUE. Inoltre, i diritti fondamentali potrebbero essere limitati dai diritti degli altri.

<sup>59</sup> Punto 94.

<sup>60</sup> Sentenza *Schrems I*, punto 187.

<sup>61</sup> Sentenze *Digital Rights Ireland Ltd*, punto 28, e del 21 dicembre 2016, cause riunite C-203 e 698/15, *Tele2 Sverige AB e Tom Watson e a.*, ECLI:EU:C:2016:970, punti 37 e 101.

<sup>62</sup> Uno scenario che sino ad oggi non si è realizzato.

<sup>63</sup> Sentenza *Schrems II*, punti 120 e 157.

5. Il giudizio nel contesto del rinvio pregiudiziale assume tutte le sue potenzialità in riferimento alla natura di diritto primario assunto dalla Carta con il Trattato di Lisbona<sup>64</sup>. Si tratta di un meccanismo del tutto equiparabile a quello che, negli ordinamenti giuridici interni, vede le corti costituzionali decidere sulla costituzionalità delle leggi. Pur nella limitatezza della prassi, va sottolineata la radicalità delle scelte effettuate dalla Corte di giustizia, che ha preferito dichiarare la totale invalidità dell'atto di diritto derivato sottoposto a giudizio. La relativa motivazione riguarda l'incompatibilità con la tutela dei diritti fondamentali, che ne comprometterebbe la legittimità nel suo insieme, mentre non sarebbe stata adeguata l'eliminazione di singole norme.

Nella sentenza *Schrems II*, la Corte invalida la decisione (UE) 2016/1250 della Commissione sull'adeguatezza della protezione fornita dallo *scudo per la privacy*<sup>65</sup>. La Corte di giustizia, infatti, la ritiene non suffragata dall'effettiva idoneità dell'ordinamento statunitense a fornire ai dati personali una protezione equivalente a quella garantita dall'Unione. In effetti, la sentenza non critica la disciplina dei poteri di sorveglianza in quanto tale, ma la mancanza di garanzie e rimedi disponibili negli Stati Uniti per i cittadini dell'Unione; in particolare, le carenze nel meccanismo del difensore civico. Si tratta invece della terza volta in cui la Corte procede alla dichiarazione di invalidità di un atto di diritto derivato in materia di protezione dei dati personali, compresa quella della sentenza *Digital Rights Ireland*<sup>66</sup>.

La sentenza *Schrems II* evidenzia in modo critico la posizione della Commissione europea che, in sede di conclusione della intesa *scudo per la privacy*, aveva scelto di ignorare le criticità riscontrate dalla Corte di giustizia in *Schrems I*. La dichiarazione d'invalidità è in qualche modo una "censura" per la Commissione che non aveva tenuto conto delle condizioni poste dalla Corte nella precedente sentenza. L'invalidità discende da varie giustificazioni: il primato dei requisiti delle forze dell'ordine statunitensi<sup>67</sup>; la mancanza delle necessarie limitazioni e garanzie sul potere delle autorità pubbliche ai sensi della legge statunitense, in particolare del rispetto del criterio di proporzionalità<sup>68</sup>; la mancanza di rimedi efficaci negli Stati Uniti da parte dei cittadini interessati dell'Unione<sup>69</sup>; in generale, le carenze del meccanismo dello *scudo per la privacy*<sup>70</sup>.

<sup>64</sup> F. BESTAGNO, *Validità e interpretazione degli atti dell'UE alla luce della Carta: conferme e sviluppi nella giurisprudenza della Corte in tema di dati personali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2015, p. 21 ss.; Id., *I rapporti tra la Carta e le fonti secondarie di diritto dell'UE nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 259 ss.

<sup>65</sup> Decisione di esecuzione (UE) 2016/1250 della Commissione, del 12 luglio 2016, a norma della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, sull'adeguatezza della protezione offerta dal regime dello scudo UE-USA per la *privacy*. V. P8\_TA(2018)0315, risoluzione del Parlamento europeo, del 5 luglio 2018, sull'adeguatezza della protezione offerta dallo scudo UE-USA per la *privacy*, che esprime una posizione fortemente negativa al riguardo; v. anche COM(2019)495 final, del 23 ottobre 2019, sul terzo riesame annuale del funzionamento dello scudo UE-USA per la *privacy*.

<sup>66</sup> Sentenza *Digital Rights Ireland*.

<sup>67</sup> Sentenza *Schrems II*, punto 164.

<sup>68</sup> *Ivi*, punti 168-185.

<sup>69</sup> *Ivi*, punti 191-192.

<sup>70</sup> *Ivi*, punti 193-197.

Superando le contrarie argomentazioni dell'Avvocato generale<sup>71</sup>, la Corte di giustizia sostiene la necessità di dichiarare l'invalidità della decisione della Commissione perché, altrimenti, le autorità di controllo (degli Stati membri) in caso di dubbi sulla sua legittimità sarebbero state comunque tenute a rispettarla o, al massimo, a sottoporre la questione della validità della decisione ad un tribunale nazionale competente a richiedere una pronuncia della Corte. Poiché il giudizio di invalidità spetta solo alla Corte di giustizia<sup>72</sup>, l'autorità di controllo irlandese non avrebbe potuto interrompere, limitare o vietare i trasferimenti dei dati qualora la decisione relativa allo *scudo per la privacy* fosse rimasto in vigore. Per questo motivo, la Corte ha dichiarato che la decisione in parola era invalida con effetto immediato<sup>73</sup>.

Al contrario, la Corte di giustizia afferma che la decisione della Commissione sulle clausole contrattuali *standard*<sup>74</sup> non deve essere dichiarata invalida dal momento che non si riferisce ad uno specifico Paese terzo, ma si limita ad individuare una serie di clausole astrattamente idonee a garantire un adeguato livello di tutela. Pertanto, andrà valutato il contesto in cui tali clausole sono chiamate a garantire una protezione giuridica nel Paese di trasferimento. La Corte di giustizia impone così un onere agli esportatori di dati, affermando la necessità di una analisi degli aspetti rilevanti dell'ordinamento di destinazione dei dati.

6. Il capo IV del RGPD è dedicato interamente al trasferimento dei dati in uno Stato terzo. La novità più rilevante in materia rispetto alla direttiva 95/46 ha riguardato lo sviluppo e la tipizzazione delle c.d. "garanzie adeguate"<sup>75</sup>, sulla base delle quali un titolare o un responsabile può trasferire dati personali verso un Paese terzo od un'organizzazione internazionale in assenza di una decisione di adeguatezza.

Nella gerarchia degli strumenti giuridici, oltre alle decisioni di adeguatezza della Commissione a carattere generale possono essere applicabili: le decisioni riguardanti un singolo settore del Paese terzo di destinazione (ad es. il PNR dei voli aerei); le clausole contrattuali *standard*; le regole vincolanti per le società del medesimo

---

<sup>71</sup> V. conclusioni dell'Avvocato generale Saugmandsgaard Øe, del 19 dicembre 2019, punti 161-186 (lett. F). Per approfondimenti, v. C. KUNER, *International data transfers, standard contractual clauses and the Privacy Shield: The AG Opinion in Schrems II*, in *European Law Blog*, 7 gennaio 2020, reperibile online; G. FORMICI, *Schrems colpisce ancora? Il trasferimento dei dati personali dall'Unione europea a Stati terzi, le Conclusioni dell'Avvocato generale nel caso Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland Limited e Maximilian Schrems e una storia che rischia di ripetersi*, in *MediaLaws*, 16 marzo, 2020, reperibile online.

<sup>72</sup> Sentenza *Schrems II*: "(...) fino a che tale decisione non sia stata dichiarata invalida dalla Corte, l'autorità di controllo competente non può sospendere o vietare un trasferimento di dati personali verso un'organizzazione aderente a tale scudo", punto 156.

<sup>73</sup> Sentenza *Schrems II*, punti 201 e 202. La sentenza *Schrems II* esprime poi una negativa valutazione sulla correttezza di quanto attuato dopo la prima sentenza, statuendo esplicitamente che non è "opportuno mantenere gli effetti di tale decisione al fine di evitare la creazione di un vuoto giuridico" (punto 202) poiché, in ogni caso, le deroghe ai sensi dell'art. 49 RGPD possono essere utilizzate per i trasferimenti di dati. Tale formulazione non lascia prevedere ulteriore flessibilità e ritardi.

<sup>74</sup> La Corte di giustizia ritiene valida la decisione della Commissione, del 5 febbraio 2010, relativa alle clausole contrattuali tipo per il trasferimento di dati personali a incaricati del trattamento stabiliti in Paesi terzi a norma della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, come modificata dalla decisione di esecuzione (UE) 2016/2297 della Commissione, del 16 dicembre 2016.

<sup>75</sup> Art. 26, par. 2, direttiva 95/46 come "garanzie sufficienti" che menzionava le sole "clausole contrattuali appropriate".

gruppo (*BCR*); le disposizioni da inserire in accordi amministrativi tra autorità di controllo; le altre deroghe in specifiche situazioni<sup>76</sup>.

Dopo *Schrems II*, la Commissione rimane competente a procedere alle decisioni di adeguatezza (art. 45 RGPD)<sup>77</sup>. Tale disposizione conferisce alla Commissione il potere di decidere se un Paese terzo garantisce un livello adeguato di protezione secondo criteri specifici<sup>78</sup>. Per sviluppare la reciproca fiducia nel trasferimento dei dati personali, ha sinora concluso una serie di intese bilaterali con Stati terzi, adottando i relativi atti esecutivi<sup>79</sup>.

Per quanto riguarda le clausole contrattuali *standard* ai sensi dell'art. 46 RGPD<sup>80</sup>, le autorità di controllo possono sospendere o vietare il trasferimento se, a loro avviso, le leggi del Paese terzo non soddisfano gli *standard* dell'Unione. In tal modo, la Corte esclude che i titolari del trattamento possano isolare le clausole contrattuali dal contesto in cui dovrebbero essere applicate, mentre presuppone "valutazioni di impatto" sulla normativa e sulle possibili ingerenze delle autorità dello Stato di trasferimento dei dati.

Nelle regole aziendali vincolanti *BCR* (art. 47 RGPD) vengono fissati requisiti minimi, quali l'indicazione della struttura organizzativa del gruppo imprenditoriale, i trasferimenti di dati previsti, le regole che l'organizzazione ritiene giuridicamente vincolanti, la dichiarazione su come si intendano applicare i principi base di protezione, i diritti dei soggetti interessati, il riconoscimento di potenziali responsabilità per le eventuali violazioni, il monitoraggio interno rispetto alla *compliance*, la comunicazione con i soggetti interessati e la cooperazione con i regolatori<sup>81</sup>. Le *BCR* prevedono una procedura lenta e onerosa (utilizzabile solo da grandi aziende con rilevante mole di trasferimenti di dati, che devono essere approvati *ex ante* dall'au-

<sup>76</sup> Per le deroghe in specifiche situazioni, v. art. 49 RGPD: a) consenso esplicito e informato dei rischi dell'interessato; b) esecuzione di un contratto concluso tra l'interessato e il titolare del trattamento; c) conclusione o l'esecuzione di un contratto stipulato tra il titolare del trattamento e un'altra persona fisica o giuridica a favore dell'interessato; d) importanti motivi di interesse pubblico; e) per accertare, esercitare o difendere un diritto in sede giudiziaria; f) interessi vitali dell'interessato o di altre persone; g) il registro che fornisce informazioni al pubblico. V. EDPB, Guidelines 2/2018 on derogations of Article 49 under Regulation 2016/679, adottate il 25 maggio 2018.

<sup>77</sup> L'art. 93 GDPR stabilisce che le decisioni di adeguatezza della Commissione devono essere adottate secondo la "procedura d'esame" del regolamento (UE) n. 182/2011 (art. 8, in combinato disposto con l'art. 5) che si applica per gli "atti di portata generale intesi ad attuare gli atti di base e di atti di esecuzione specifici con un impatto potenziale considerevole". Tali decisioni non possano essere adottate senza parere del Comitato e, se del caso, devono essere riviste dalla Commissione, tenendo conto dei punti di vista espressi.

<sup>78</sup> WP 254 rev. 01, Gruppo di lavoro art. 29, Criteri di riferimento per l'adeguatezza, adottati il 28 novembre 2017, versione emendata e adottata il 6 febbraio 2018. Sulla base dei parametri indicati dalle sentenze *Schrems*, alcuni degli accordi bilaterali in vigore difficilmente reggerebbero al giudizio dalla Corte di giustizia, specie quelli conclusi con Israele, Canada e Nuova Zelanda, i cui servizi segreti erano inclusi fra i "5-Eyes" (insieme a Regno Unito e USA) nelle rivelazioni di Snowden.

<sup>79</sup> I Paesi terzi sono: Andorra, Argentina, Canada, Giappone, Israele, Nuova Zelanda, Svizzera e Uruguay; i territori: Isole Fær Øer, Guernsey, Jersey, Isola di Man. Non è possibile discutere in questa sede le questioni che si prevedono per un futuro accordo di adeguatezza con il Regno Unito post-Brexit, v. EDPB, Information note on data transfers under the GDPR in the event of a no-deal Brexit, adottata il 12 febbraio 2019, emendata il 4 ottobre 2019.

<sup>80</sup> Sentenza *Schrems II*, punto 113 in forza dell'art. 58, par. 2, lettere f) e j), di tale regolamento.

<sup>81</sup> L. VALLE, L. GRECO, *Transnazionalità del trattamento dei dati personali e tutela degli interessati, tra strumenti di diritto internazionale privato e la prospettiva di principi di diritto privato di formazione internazionale*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2017, p. 169 ss.

torità di controllo). Tuttavia, è probabile che il meccanismo giuridico diventi quello preferito per i trasferimenti per la maggiore sicurezza e stabilità di risultato.

Molto interessante è la disposizione di cui all'art. 48 RGPD, ove è previsto che un trasferimento di dati possa legittimamente avvenire sulla base delle sentenze di un'autorità giurisdizionale e delle decisioni di un'autorità di controllo amministrativa di un Paese terzo, purché basate su un accordo internazionale in vigore tra il Paese terzo e l'Unione o un suo Stato membro, fatti salvi gli altri presupposti di trasferimento.

L'art. 49 del regolamento è invece dedicato alle deroghe in virtù delle quali è legittimo il trasferimento dei dati anche in mancanza dei presupposti precedentemente indicati<sup>82</sup>. Tra queste ultime, vale la pena di sottolineare il “consenso”, che sarà molto probabilmente lo strumento preferito dalle società esportatrici a fronte della difficoltà di altre soluzioni. Si richiede comunque un livello elevato di consenso che deve essere esplicito, informato, liberamente espresso e indirizzato in modo inequivocabile allo specifico scopo del trattamento<sup>83</sup>. Tuttavia, la deroga basata sul “consenso esplicito” degli utenti potrebbe essere un *escamotage* per procedere ai trasferimenti internazionali di dati, a condizione che siano informati che i loro dati saranno trasferiti in un Paese che non fornisce una protezione adeguata. Proprio in riferimento alla disposizione in parola, quale norma di chiusura della gerarchia dei meccanismi di trasferimento, la Corte di giustizia esclude che possa formarsi un vuoto giuridico, a seguito della invalidità della decisione di adeguatezza<sup>84</sup>. Tuttavia, il ricorso alle deroghe in parola risulta problematico perché non può essere utilizzato per trasferimenti ordinari, sistematici o “in corso”<sup>85</sup>.

Infine in diversi paragrafi della sentenza *Schrems II*, la Corte di giustizia suggerisce la possibilità che, anche se le leggi del Paese dell'importatore non offrono un livello “equivalente” di protezione in relazione all'accesso del governo ai dati, i trasferimenti internazionali potrebbero comunque aver luogo se il responsabile del trattamento mette in atto “misure supplementari”, “garanzie aggiuntive” o “misure aggiuntive”, o “meccanismi efficaci per render[li] possibil[li] nella pratica”<sup>86</sup>, per garantire la protezione dei dati trasferiti con altri mezzi. A tal fine la Corte si riferisce al 109° ‘considerando’ RGPD<sup>87</sup> che prevede l'uso di “altre clausole e garanzie

---

<sup>82</sup> In assenza dei presupposti di legittimità e delle deroghe, il trasferimento dei dati potrebbe ugualmente avvenire “se non è ripetitivo, riguarda un numero limitato di interessati, è necessario per il perseguimento degli interessi legittimi cogenti del titolare del trattamento, su cui non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà dell'interessato, e qualora il titolare del trattamento abbia valutato tutte le circostanze relative al trasferimento e sulla base di tale valutazione abbia fornito garanzie adeguate relativamente alla protezione dei dati personali” (art. 49, par. 1, ult. cpv.).

<sup>83</sup> EDPB, Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, version 1.1, adottata il 4 maggio 2020.

<sup>84</sup> Sentenza *Schrems II*, par. 202.

<sup>85</sup> L'EDPB ha sottolineato che le deroghe dell'art. 49 devono, in quanto tali, essere interpretate rigorosamente, escludendo così i tentativi di utilizzare tale norma residuale anche per trasferimenti sistematici di dati che dovrebbero essere invece realizzati sulle altre basi giuridiche del titolo V del RGPD, v. orientamenti 2/2018 e valutazione giuridica iniziale dell'impatto della legge statunitense CLOUD.

<sup>86</sup> Sentenza *Schrems II*, punti 133, 134, 135 e 137.

<sup>87</sup> 109° ‘considerando’: “aggiungere altre clausole o garanzie supplementari, purché non contraddicano, direttamente o indirettamente, le clausole contrattuali tipo adottate dalla Commissione o da un'autorità di controllo o ledano i diritti o le libertà fondamentali degli interessati. I titolari del trattamento e i

aggiuntive” in casi in cui le clausole contrattuali *standard* non possono garantire la protezione<sup>88</sup>.

7. La Corte di giustizia afferma che i responsabili del trattamento dei dati che trasferiscono dati nell’ambito delle clausole contrattuali *standard* devono verificare, da una parte, se la legge del Paese terzo di destinazione garantisce un’adeguata protezione ai sensi del diritto dell’UE<sup>89</sup> e, dall’altra, se, prima di qualsiasi trasferimento, il livello di protezione richiesto dal diritto dell’UE è rispettato nel Paese terzo interessato<sup>90</sup>. Ciò richiederà ai responsabili del trattamento dei dati di sollevare domande in particolare sui trasferimenti di dati verso Paesi-terzi che non sono democratici e dove non c’è lo stato di diritto. Nella sentenza *Schrems II*, il potere di controllo viene così decentrato alle autorità nazionali, che dovranno fermare il trasferimento di dati quando non si verifichi (o non si verifichi più) la necessaria “equivalenza sostanziale” nello Stato-terzo. Affermando che i meccanismi alternativi (alla decisione di adeguatezza della Commissione dichiarata invalida) di trasferimento dei dati devono comunque basarsi sulla valutazione del contesto giuridico del Paese terzo da parte dell’esportatore dei dati, la Corte di giustizia produce una profonda modifica strutturale del funzionamento del sistema e una svolta verso il decentramento dei poteri: un sistema orizzontale di applicazione coercitiva delle regole sul trasferimento internazionale dei dati.

In proposito occorre ricordare che il RGPD ha creato un sistema di cooperazione (meccanismo di sportello unico, operazioni congiunte e mutua assistenza tra autorità di controllo)<sup>91</sup> e di coerenza, al fine di favorire un’applicazione uniforme delle norme sulla protezione dei dati, attraverso un’interpretazione coerente e la risoluzione di possibili disaccordi tra le autorità di controllo da parte del Comitato europeo per la protezione dei dati (EPDB). Tale Comitato, che riunisce tutte le autorità di controllo, è stato istituito come organismo dell’Unione dotato di personalità giuridica. In altri termini, la Corte di giustizia preferisce un modello esecutivo orizzontale “a stella” piuttosto che quello verticale “para-normativo” espresso dalla Commissione europea. Evidentemente, la Corte ritiene più efficace un controllo esecutivo decentrato in ragione della prossimità delle istituzioni specializzate (autorità di controllo e EDPB) alle imprese esportatrici di dati. La cooperazione e la coerenza saranno così assicurate dalle autorità di controllo e dall’EDPB (capo VII), sotto il

---

responsabili del trattamento dovrebbero essere incoraggiati a fornire garanzie supplementari attraverso impegni contrattuali che integrino le clausole tipo di protezione”.

<sup>88</sup> Sentenza *Schrems II*, punto 132.

<sup>89</sup> *Ivi*, punto 134.

<sup>90</sup> *Ivi*, punto 142.

<sup>91</sup> Dall’entrata in vigore del RGPD, il funzionamento del meccanismo dello sportello unico (in linea di principio per garantirne l’uniforme l’applicazione e la semplificazione delle procedure) prevede che, nei casi transfrontalieri fra più Stati membri, l’autorità di controllo di uno Stato membro può essere coinvolta come autorità di controllo capofila (quando lo stabilimento principale dell’operatore si trova in tale Stato membro) o come autorità di controllo interessata (quando l’operatore ha uno stabilimento nel territorio del relativo Stato membro, a condizione che le persone coinvolte hanno subito danni in modo sostanziale o vi hanno presentato una denuncia). V. art. 56 RGPD. La decisione dell’autorità di controllo capofila individuata sulla base dei criteri definiti all’interno del regolamento troverà applicazione anche negli altri Paesi dell’Unione (art. 60 RGPD).

controllo alle giurisdizioni nazionali (capo VIII) che potranno chiedere, se del caso, l'interpretazione pregiudiziale alla Corte di giustizia<sup>92</sup>.

A parte una generica riaffermazione del principio di sussidiarietà, il controllo dei trasferimenti affidato alle autorità di controllo, che dispongono di strutture limitate, può non essere adeguato rispetto alle attività delle piattaforme con infrastrutture tecnologiche e risorse economiche imponenti. La loro proiezione internazionale è volta ad accrescere gli effetti di rete e ad espandersi sui mercati digitali vicini a quelli già dominati. Obiettivi per i quali serve raccogliere, accumulare e trattare (filtrare) un'enorme quantità di dati personali. Senza modalità e procedure adeguate, è difficile imporre alle imprese tecnologiche di rispettare i diritti fondamentali dell'Unione. A nostro avviso, non è affatto certo che lo schema del controllo orizzontale così "disegnato" possa funzionare meglio di quello verticale sinora attuato. In ogni caso, si tratta di un meccanismo complesso e articolato in cui la frammentazione potrebbe essere attenuata tramite la cooperazione e coerenza delle autorità di controllo e dell'EDPB, deputati al controllo della *privacy*.

Il sistema di "controllo a rete" è indebolito dal ruolo preponderante svolto dall'autorità di controllo irlandese che svolge, in gran parte, il lavoro per conto delle altre autorità di controllo nazionali nel suo ruolo di autorità di controllo capofila rispetto alle imprese localizzate in quello che è diventato l'"avamposto" dei giganti tecnologici nel mercato unico digitale<sup>93</sup>.

Le valutazioni delle singole società esportatrici di dati devono essere verificate dalle autorità di controllo, che devono sospendere o interrompere i trasferimenti di dati verso Paesi che non soddisfano i requisiti di protezione dei dati dell'Unione. In ogni caso, c'è un rischio di frammentazione e opinioni divergenti anche se la Corte di giustizia ricorda che, in caso di disaccordo sulla legittimità dei trasferimenti di dati fra le autorità di controllo, l'EDPB è incaricato di risolvere tali controversie<sup>94</sup>.

Nelle situazioni in cui le autorità di controllo di protezione dei dati degli Stati membri adottano decisioni divergenti sull'adeguatezza delle garanzie nei Paesi terzi, la Corte ha sottolineato che la questione dovrebbe essere deferita per un parere al Comitato europeo per la protezione dei dati. Tale organo ha il potere di adottare, a maggioranza dei due terzi, decisioni giuridicamente vincolanti<sup>95</sup>. La decisione dell'EDPB sulla legislazione di un Paese terzo sarà soggetta a ricorso giurisdizionale di annullamento, in quanto atto di organo dell'Unione destinato a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi, proponibile entro due mesi dall'adozione, da un soggetto legittimato perché toccato direttamente e individualmente (art. 263, par. 4, TFUE).

**8.** Nel caso *Schrems II*, la Corte affronta la questione della competenza dell'Unione per il trattamento dei dati per finalità di pubblica sicurezza, difesa e sicurezza

---

<sup>92</sup> Tutti i rimedi sono riassunti nel 143° 'considerando' RGPD, che adatta alla materia *mutatis mutandis* l'intero sistema dell'Unione.

<sup>93</sup> Secondo la Commissione: "Dato che le grandi multinazionali tecnologiche più importanti sono stabilite in Irlanda e in Lussemburgo, le autorità di controllo di protezione dei dati di questi Paesi agiscono in qualità di autorità di controllo capofila in numerosi casi transfrontalieri significativi e possono necessitare di risorse maggiori rispetto a quanto la loro popolazione suggerirebbe altrimenti", v. COM(2020)264 final, p. 7.

<sup>94</sup> Sentenza *Schrems II*, punto 147.

<sup>95</sup> V. 143° 'considerando' RGPD.

dello Stato. L'analisi non ha precedenti per il livello di dettaglio con cui la Corte analizza gli aspetti più controversi che coinvolgono il sistema giuridico statunitense.

Per quanto attiene ai programmi di sorveglianza di massa, la sentenza si limita a sintetizzare lo stato dell'arte emerso dal procedimento tenutosi in Irlanda, conclusosi con la sentenza allegata al rinvio pregiudiziale<sup>96</sup>. Da tali riferimenti si apprende che la sorveglianza delle agenzie americane si realizza anche nel corso della trasmissione dei dati sui cavi sottomarini (in transito o *upstream*), con un'unica parziale difesa tecnica, vale a dire quella dei flussi criptati di dati<sup>97</sup>. Chi trasferisce i dati dovrebbe assicurarsi che siano cifrati, anche se si pensa che siano tutti (o quasi-tutti) decifrabili dai servizi segreti (art. 32 RGDP).

Nell'epoca *post-Snowden*, l'opinione pubblica conosce perfettamente l'accesso ai dati personali che le società multinazionali americane digitali e tradizionali sono tenute a fornire all'Agenzia per la sicurezza nazionale (NSA). Al contempo, anche i programmi dei servizi di *intelligence* degli Stati membri sono stati rafforzati per operare nello stesso senso<sup>98</sup>.

Anche se il rapporto fra i trasferimenti dei dati fra privati e l'attività dei servizi segreti resta particolarmente complesso, non v'è dubbio che la competenza esclusiva degli Stati membri è limitata alle comunicazioni fra le autorità di controllo pubbliche (art. 72 TFUE). La Corte afferma che l'art. 4, par. 2, TUE sulla competenza degli Stati membri per la sicurezza non influisce sull'applicabilità del RGPD<sup>99</sup>. In coerenza con la sua giurisprudenza, la Corte respinge la tesi secondo cui la sicurezza nazionale esclude la competenza dell'Unione e l'ambito di applicazione del RGPD<sup>100</sup>. I trasferimenti di dati personali effettuati da parte di un operatore economico a fini commerciali, anche se tali dati personali sono successivamente trattati dalle autorità di controllo dello Stato di destinazione per motivi di sicurezza nazionale, rimangono nell'ambito di applicazione del RGPD<sup>101</sup>.

<sup>96</sup> Nel programma UPSTREAM, le imprese di telecomunicazioni che gestiscono la “dorsale” di Internet (la rete di cavi, commutatori e *router*) sono obbligati a consentire alla NSA di copiare e filtrare i flussi di traffico Internet al fine di raccogliere comunicazioni inviate da, dirette a o riguardanti il cittadino straniero interessato da un “selettore”. Nell'ambito di tale programma, la NSA ha accesso tanto ai metadati quanto al contenuto delle comunicazioni interessate. Per quanto riguarda la misura E.O. 12333 consente alla NSA di accedere a dati “in transito” verso gli Stati Uniti, accedendo ai cavi sottomarini posti sul fondale dell'Atlantico, nonché di raccogliere e conservare tali dati prima che essi giungano negli Stati Uniti e siano ivi soggetti alle disposizioni del FISA. Il giudice irlandese precisa di essere venuto a conoscenza che quest'ultime attività non sono disciplinate dalla legge, v. *Schrems II*, punti 62 e 63.

<sup>97</sup> Basta qui ricordare che in tal caso sembra comunque applicabile l'art. 8, par. 2, della Carta che utilizza la nozione di “trattamento” per qualsiasi forma di accesso ai dati, anche a quelli non ancora sottoposti alla “prima scrematura” di robot e algoritmi.

<sup>98</sup> In proposito, davanti alla Corte di giustizia è attualmente la questione del loro intervento generalizzato e indiscriminato dei dati raccolti dai *service provider*.

<sup>99</sup> Sentenza *Schrems II*, punto 81.

<sup>100</sup> Sentenza *Schrems II*, punti 83, 86, 88 e 89: “rientra nell'ambito di applicazione di tale regolamento un trasferimento di dati personali effettuato a fini commerciali da un operatore economico stabilito in uno Stato membro verso un altro operatore economico stabilito in un Paese terzo, nonostante il fatto che, durante o in seguito a tale trasferimento, i suddetti dati possano essere sottoposti a trattamento da parte delle autorità di controllo del Paese terzo considerato a fini di sicurezza pubblica, di difesa e sicurezza dello Stato”.

<sup>101</sup> Sentenza della Corte del 29 luglio 2019, causa C-40/17, *Fashion ID GmbH & Co. KG*, ECLI:EU:C:2019:629.

Nel valutare la legislazione degli Stati Uniti (punto 162) la Corte di giustizia afferma che le limitazioni alla protezione dei dati personali non soddisfano il requisito dell'*equivalenza*, dal momento che i programmi di sorveglianza non sono proporzionali e "strettamente necessari" (punto 184). La Corte osserva che il primato della sicurezza nazionale, dell'interesse pubblico e della legislazione in vigore consentono negli Stati Uniti di interferire con i diritti fondamentali dei cittadini europei i cui dati vengono ivi trasferiti. In particolare, osserva che gli interessati non hanno un diritto di ricorso davanti ai tribunali statunitensi. Inoltre, i meccanismi incorporati nello *scudo per la privacy*, che avrebbero lo scopo di mitigare questi gravi inconvenienti, non soddisfano gli *standard* di "equivalenza" con il diritto dell'Unione.

Numerosi Stati membri dell'UE, tra cui Germania, Francia, Paesi Bassi, Svezia e Regno Unito, sono coinvolti in varia misura nella sorveglianza di massa. In un certo numero di Paesi membri dell'Unione, i poteri di sicurezza nazionale adoperano una logica abbastanza simile a quella degli Stati Uniti che distingue tra le limitazioni e le salvaguardie dei cittadini nazionali e quelle offerte agli obiettivi stranieri della sorveglianza elettronica<sup>102</sup>. Tuttavia, tali pratiche di sorveglianza di uno Stato membro sono sottoposte alle salvaguardie nazionali (costituzionali) e soggette a revisione giudiziaria da parte dei tribunali nazionali<sup>103</sup>.

Un'altra iniziativa europea la cui attuazione si svolge in stretto e specifico collegamento con le autorità di controllo americane, al confine fra attività commerciali e motivazioni di pubblica sicurezza, è la direttiva PNR (*Passenger Name Records*) sulla raccolta dei dati dei viaggiatori su voli aerei. Al riguardo la Corte, nel parere 1/15 sulla compatibilità tra il progetto di accordo tra il Canada e l'Unione europea sul trasferimento dei dati del codice di prenotazione (PNR), ha stabilito che l'accordo non potrà essere concluso nella forma proposta, ma dovrà essere modificato in conformità alle indicazioni per la compatibilità con gli articoli 7, 8 e 52, par. 1, della Carta<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> M. MILANOVIC, *Human Rights Treaties and Foreign Surveillance: Privacy in the Digital Age*, in *Harvard International Law Journal*, 2015, p. 81 ss.; F. BIGNAMI, G. RESTA, *Human Rights Extraterritoriality: The Right to Privacy and National Security Surveillance*, in E. BENVENISTI, G. NOLTE (eds.), *Community Obligations Across International Law*, Oxford, 2018.

<sup>103</sup> La CEDU, che a differenza del RGPD include nel suo campo applicativo materiale anche l'ipotesi del trattamento per scopi di tutela della sicurezza nazionale e come destinatari ogni persona sottoposta alla giurisdizione degli Stati membri secondo la nozione della giurisdizione funzionale purché sussista un "effettivo controllo" su un'attività o un gruppo di persone. Nella sentenza *Big Brother Watch e al. c. Regno Unito*, la Corte sottolinea, in termini generali, la presunzione di legittimità delle misure di sorveglianza quale "strumento prezioso" per raggiungere gli obiettivi legittimi della sicurezza nazionale (ivi, par. 386) ma accerta l'avvenuta violazione degli articoli 8 e 10 CEDU da parte del Regno Unito, perché il sistema di autorizzazione delle intercettazioni non è in grado di rispettare i limiti delle interferenze in una società democratica. La sentenza sul Regno Unito segue la decisione della Grande camera nel caso *Zakharov c. Russia* e la successiva *Szabò e Vissy c. Ungheria*. Esse fanno chiaramente intendere che un programma con le caratteristiche di Prism o Tempora non sarebbe in linea, specie sotto il profilo della proporzionalità, con l'art. 8 della Convenzione, v. *Zakharov c. Russia*, del 4 dicembre 2015, ricorso n. 47143/0; *Szabó e Vissy c. Hungary*, del 12 gennaio 2016, ricorso 37138/14.

<sup>104</sup> Nel parere 1/15, la Corte si è pronunciata per la prima volta sulla compatibilità di un progetto d'accordo internazionale con la Carta dei diritti; essa ha dichiarato che l'accordo sul sistema del trasferimento dei dati non potrà essere concluso secondo il testo esaminato a causa dell'incompatibilità di alcune sue disposizioni con i diritti fondamentali, v. parere 1/15 del 26 luglio 2017 relativo al progetto di accordo UE-Canada sul PNR, ECLI:EU:C: 2017:592. La Corte ha chiarito che, tenuto conto delle

9. Dopo la saga *Schrems*, si impone un approccio radicalmente diverso al trasferimento internazionale dei dati, perché gli elementi di criticità individuati dalla Corte di giustizia rimarrebbero tali anche in caso di riforme legislative sulla protezione commerciale dei dati personali. Basti pensare, ad esempio, all'ampia tutela legislativa, adottata in California, dove sono localizzate le sedi principali (e le sedi della ricerca) dei giganti tecnologici, per comprendere che una legislazione più avanzata non potrebbe certo impedire o opporsi alle richieste dell'*intelligence* federale<sup>105</sup>. È noto che vi sono nell'ordinamento statunitense varie disposizioni legislative ed esecutive (rese più stringenti negli ultimi anni) che obbligano le imprese americane a dare accesso ai propri *server* collocati sul territorio americano alle autorità di controllo pubbliche competenti, tra cui i servizi segreti<sup>106</sup>.

La dipendenza geopolitica dell'Unione europea dagli Stati Uniti può essere bilanciata solo tramite lo sviluppo e il rafforzamento di uno "spazio europeo di dati". A partire dalla costituzione del *Cloud* europeo (Gaia-X), i vari spazi settoriali dovrebbero consentire alle imprese la possibilità di utilizzare al meglio la dimensione del Mercato unico. La Commissione europea auspica che "l'approccio ai flussi di dati internazionali sia aperto ma assertivo, basato sui valori europei"<sup>107</sup>.

Nel contempo si registrano progressi anche in termini di convergenza internazionale verso *standard* rigorosi di protezione dei dati<sup>108</sup>. Anche il G20 e il G7 hanno riconosciuto il contributo della protezione dei dati alla fiducia nell'economia digitale e ai flussi di dati, in particolare attraverso il concetto di *Data Free Flow with Trust* (libera circolazione dei dati con fiducia), proposto dalla presidenza giapponese

---

sue finalità e del suo contenuto, l'accordo PNR ha due componenti essenziali e inscindibili, la sicurezza pubblica e la protezione dei dati personali, che comportano una doppia base giuridica (articoli 16, par. 2, TFUE e 87, par. 2, lett. a, TFUE). In argomento, v. direttiva (UE) 2016/681 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 sull'uso dei dati del codice di prenotazione (PNR) a fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo e dei reati gravi (sulla base giuridica degli articoli 82, par. 1, lett. d, e 87, par. 2, lett. a). La raccolta del PNR si sta diffondendo fra gli Stati, v. COM(2019)416 final, del 13 settembre 2019, Proposta di decisione del Consiglio relativa alla posizione da adottare a nome dell'Unione europea in sede di Consiglio dell'Organizzazione per l'aviazione civile internazionale in merito alla revisione dell'allegato 9 ("Facilitazioni"), capo 9, della convenzione relativa all'aviazione civile internazionale per quanto riguarda gli *standard* e le pratiche raccomandate sui dati del codice di prenotazione.

<sup>105</sup> Assembly Bill No. 375, Chapter 55, An act to add Title 1.81.5 (commencing with Section 1798.100) to Part 4 of Division 3 of the Civil Code, relating to privacy, approved by Governor June 28, 2018.

<sup>106</sup> Il CLOUD (*Clarifying Lawful Overseas Use of Data*) Act del 2018 per l'acquisizione di prove elettroniche su terrorismo e gravi crimini sulla base di accordi bilaterali *ad hoc* consente, inoltre, di acquisire dati anche se conservati fuori dal territorio americano da parte di *service provider*. Per un'analisi, v. K. CANTEKIN, *Comity upon Request. What Does the New U.S. CLOUD Act Tell Us about the Future of Data Flow Regulation?*, in *Eurojus*, numero speciale, *Big Data and Public Law: New Challenges beyond Data Protection*, 2019, p. 79 ss., reperibile *online*.

<sup>107</sup> COM(2020)66 final, del 19 febbraio 2020, Una strategia europea per i dati, p. 6. La strategia richiede la creazione di uno "spazio unico europeo di dati", un vero e proprio mercato unico dei dati, nonché di dieci spazi comuni europei: Tali dieci spazi comuni europei di dati settoriali riguardano: salute, produzione industriale, energia, mobilità, agricoltura, dati finanziari, pubblica amministrazione, uno spazio comune europeo di dati concernente i dati relativi alle competenze, uno spazio di dati relativo al *Green Deal* europeo e un *cloud* europeo per la scienza aperta (*European Open Science Cloud*).

<sup>108</sup> Relazione generale 2019 sull'attività dell'Unione europea, 2020. Secondo la Commissione europea: "Tra le imprese si sta diffondendo una cultura della conformità, mentre i cittadini sono sempre più consapevoli dell'importanza della protezione dei dati come pure dei loro diritti, che esercitano in misura crescente".

del G20<sup>109</sup>. Altrettanto l'OMC è impegnata in negoziati plurilaterali sul commercio elettronico, a seguito di una dichiarazione congiunta adottata dai ministri a Davos il 25 gennaio 2019<sup>110</sup>. Per un effettivo diritto umano, la protezione dei dati personali postula che si fissino *standard* normativi comuni e la convergenza delle tutele a livello nazionale. La cultura e gli strumenti giuridici dell'Unione europea rappresentano un ottimo punto di partenza e un'esperienza consolidata grazie anche alla giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>111</sup>.

## Abstract

### On the International Transfer of Personal Data of Users of the Digital Single Market, Following the *Schrems II* Judgment of the Court of Justice

The article analyzes the most important legal issues regarding the international transfer of personal data in the European Union, comparing the European and US protection models in the context of the global geopolitical order. It assesses the relevant indications coming from the very recent *Schrems II* judgment of the Court of Justice of the European Union, highlighting the constitutional role played by the Court in the matter.

---

<sup>109</sup> G20 Osaka Leaders' Declaration, 28-29 June 2019.

<sup>110</sup> Per la proposta dell'Unione europea, v. INF/ECOM/22, 26 April 2019, EU Proposal for WTO Disciplines and Commitments relating to Electronic Commerce.

<sup>111</sup> A/HRC/27/37, 30 giugno 2014, The right to privacy in the digital age, Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights; General Assembly, Resolution 73/179, The right to privacy in the digital age, adottata il 17 dicembre 2018; A/74/821, 11 giugno 2020, UN Report, Roadmap for Digital Cooperation.



Gianluca Contaldi\*

# Il Recovery Fund

SOMMARIO: 1. L'iter di approvazione del c.d. *Recovery Fund*. – 2. Il contenuto delle conclusioni della riunione straordinaria del Consiglio europeo portante approvazione del piano *Next Generation EU*. – 3. La natura giuridica dell'accordo raggiunto in sede di Consiglio europeo. – 4. Il potere della Commissione di emettere obbligazioni sul mercato dei capitali e la compatibilità del programma di aiuti con il disposto dell'art. 125 TFUE. – 5. I progetti di riforma del sistema delle risorse proprie. – 6. La proposta di regolamento istitutivo del *Recovery and Resilience Facility*. – 7. Conclusioni.

1. Nel corso di un Consiglio europeo particolarmente esteso dal punto di vista temporale, è stato approvato il piano *Next Generation EU*<sup>1</sup>. La lunghezza eccezionale del vertice (cinque giorni, invece dei consueti due) è stata determinata dallo scontro tra i Paesi “frugali”<sup>2</sup> – aprioristicamente contrari a qualunque forma di mutualizzazione del debito – e tutti gli altri Stati membri dell'Unione, che invece percepivano la gravità della situazione economica nei Paesi maggiormente colpiti dalla diffusione del Coronavirus e che, conseguentemente, sentivano l'urgenza di assumere impegni capaci di produrre un impatto rilevante anche sul piano politico<sup>3</sup>.

La motivazione del programma di aiuti è da ricercarsi nella peculiarità della crisi economica derivante dalla pandemia. Da più parti si è, infatti, posto in rilievo come, a differenza della precedente crisi finanziaria, quella originata dal COVID-19 sia una crisi simmetrica, nel senso che ha coinvolto pressoché tutti gli Stati membri dell'Unione, ma ha, tuttavia, provocato delle conseguenze asimmetriche. Per tragica fatalità, è infatti avvenuto che gli Stati membri più colpiti dall'epidemia già provenivano da una situazione caratterizzata da elevati deficit di bilancio e da un periodo di prolungata stagnazione economica. La diffusione del contagio ha, per-

\* Ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università di Macerata.

<sup>1</sup> Riunione straordinaria del Consiglio europeo, del 17, 18, 19, 20 e 21 luglio 2020. V. le conclusioni del 21 luglio 2020, EUCO 10/20.

<sup>2</sup> Austria, Danimarca, Paesi Bassi, Svezia. Il termine frugali discende dall'inglese *frugal* (la traduzione corretta sarebbe, in verità, parsimonioso; piuttosto che frugale, che in italiano fa pensare eminentemente ad un'attitudine verso il cibo). Esso venne utilizzato nel titolo di un articolo apparso sul *Financial Times*, in data 16 febbraio 2020 (*The 'Frugal Four' Advocate a Responsible EU Budget*, ancora consultabile sul sito del giornale). Nella specie, l'articolo era una lettera del Cancelliere austriaco Sebastian Kurz, con la quale l'autore spiegava la posizione dei quattro Paesi in relazione alle discussioni, all'epoca appena all'inizio, sul Quadro finanziario pluriennale 2021-27.

<sup>3</sup> Per raggiungere il compromesso finale sono stati accordati degli sconti (*rebates*) a taluni Stati, rispetto alla quota nazionale di contribuzione al bilancio europeo. Ai sensi del par. 152 delle conclusioni EUCO 10/20, p. 65, è stata accordata una significativa diminuzione per ognuno dei sette anni di durata del quadro finanziario pluriennale (377 milioni per la Danimarca; 3.671 per la Germania; 1.921 per i Paesi Bassi; 565 per l'Austria; 1.069 per la Svezia). Tale riduzione del contributo netto dovrà essere finanziata da tutti gli Stati membri, in funzione del rispettivo RNL.

tanto, sortito l'effetto di accrescere le difficoltà strutturali di detti Paesi<sup>4</sup>. Per essi, infatti, la ristrutturazione economica ed il raggiungimento dei livelli occupazionali degli altri Stati membri, senza gli aiuti europei, rischierebbe di risultare virtualmente impossibile. Questa situazione, a lungo andare, potrebbe finanche provocare serie conseguenze nel regolare funzionamento del mercato interno. È infatti ovvio che, per operare in maniera fluida, il mercato unico necessita di un ambiente economico tendenzialmente omogeneo. In caso contrario, le libertà fondamentali e la stessa politica di concorrenza risulterebbero addirittura controproducenti, dal momento che più che favorire un'allocazione efficiente delle merci e dei lavoratori, finirebbero per determinare una concentrazione delle stesse in talune aree circoscritte.

Per tale finalità di ristrutturazione, il programma di aiuti è stato definito, nella stampa economica, *Recovery Fund*. La denominazione invalsa nella prassi può essere accettata, con l'avvertenza tuttavia che il piano non è tanto diretto a risolle-  
vare i sistemi economici degli Stati membri così come questi si presentavano prima della crisi pandemica, quanto piuttosto ad indirizzarli verso una struttura che si ritiene più confacente alle esigenze di sviluppo del mercato interno e, in definitiva, alle aspettative delle generazioni future.

La genesi del programma è stata estremamente rapida, soprattutto se essa viene confrontata con l'andamento dispersivo che aveva caratterizzato i negoziati tra gli Stati membri nel corso della precedente crisi economica. Di fatto, i primi documenti che parlano dell'istituzione di un fondo speciale anticrisi risalgono al mese di aprile di quest'anno<sup>5</sup>. È infatti solo in occasione di una riunione dell'Eurogruppo del 23 aprile 2020<sup>6</sup> che gli Stati membri hanno rivolto la richiesta alla Commissione di presentare una proposta.

Una forte svolta, sul piano negoziale, è poi avvenuta in occasione di una videoconferenza tra la Cancelliera tedesca ed il Presidente francese in data 18 maggio. In detta

<sup>4</sup> La gravità dell'attuale crisi economica discende da una pluralità di fattori. Le estese chiusure (*lockdown*) hanno, infatti, determinato una crisi sia della domanda, sia dell'offerta aggregata. La diminuzione di entrambi i fattori è normalmente sintomatica di una particolare congiuntura negativa. A questa si è aggiunta una deficienza nelle catene di approvvigionamento, che ha reso urgente un'azione pubblica, al fine di salvaguardare le linee produttive, anche a costo di sopportare elevati aumenti del debito pubblico (v. F. SARACENO, *L'economia europea tra lockdown e fondo per la ripresa*, in *Il Mulino*, 2020, p. 422 ss.).

<sup>5</sup> Prima di questo momento, infatti, le istituzioni europee avevano adottato solo misure di carattere negativo. Tra queste è opportuno ricordare la sospensione del Patto di stabilità e di crescita. Naturalmente non si tratta di una abrogazione dello strumento, ma semplicemente di una sospensione temporanea per consentire agli Stati membri di affrontare la crisi economica provocata dalla pandemia (comunicazione della Commissione europea, del 13 marzo 2020, Risposta coordinata all'emergenza COVID-19, COM(2020)112 final, p. 10 s.). Peraltro la Commissione ha annunciato, seppure in via informale, di voler sospendere l'operatività del Patto anche per il 2021 (v. la lettera di Dombrovskis e Gentiloni del 19 settembre 2020, reperibile *online*). Tale sospensione, per funzionare efficacemente quale misura di stimolo all'economia, deve essere accompagnata da una deroga alle ordinarie regole sugli aiuti di Stato. E difatti, le istituzioni europee hanno deciso di non perseguire gli Stati membri per gli aiuti che questi erogheranno a favore delle imprese per sostenere le perdite subite per effetto della chiusura coatta (comunicazione del 13 marzo 2020, p. 9 s.).

<sup>6</sup> Conclusioni del Presidente del Consiglio europeo a seguito della videoconferenza dei membri del Consiglio europeo, 23 aprile 2020: "Abbiamo inoltre convenuto di lavorare per la creazione di un fondo per la ripresa, che è necessario e urgente. Il fondo dovrà essere di entità adeguata, mirato ai settori e alle aree geografiche dell'Europa maggiormente colpiti e destinato a far fronte a questa crisi senza precedenti. Abbiamo pertanto incaricato la Commissione di analizzare le esigenze esatte e di presentare con urgenza una proposta all'altezza della sfida che ci troviamo ad affrontare".

circostanza Angela Merkel ed Emmanuel Macron si accordarono sulle dimensioni del fondo e convennero che questo sarebbe dovuto essere di cinquecento miliardi<sup>7</sup>.

In seguito a questa sorta di *imprimatur* politico<sup>8</sup>, la proposta della Commissione è stata successivamente presentata in data 28 maggio 2020. Essa si compone di una serie eterogenea di atti normativi: un regolamento istitutivo del fondo; una comunicazione della Commissione; un regolamento di modifica al precedente strumento che stabiliva l'esercizio finanziario pluriennale per gli anni 2014-2020; un accordo interistituzionale; una decisione sulle risorse proprie<sup>9</sup>. Nella sostanza, tale articolata proposta prevede che la Commissione europea emetta obbligazioni sui mercati per finanziare un aumento straordinario del bilancio europeo, quantificabile, nella sua massima estensione, in settecentocinquanta miliardi di euro.

Detta somma dovrebbe venire restituita in un arco temporale esteso (da tre a trenta anni), al tasso di interesse previsto dal mercato. D'altro canto, si confida nel fatto che la Commissione europea, godendo della tripla A presso le agenzie di *rating*, possa contrarre debiti ad un tasso di interesse estremamente contenuto<sup>10</sup>.

Le risorse raccolte sul mercato, nel progetto presentato dalla Commissione, dovevano essere utilizzate eminentemente per l'erogazione agli Stati membri di somme a fondo perduto (per cinquecento miliardi) e, in misura minore (i restanti duecentocinquanta miliardi), per la concessione di prestiti. La disposizione fondamentale, nella proposta di regolamento istitutivo del fondo presentata dalla Commissione era, pertanto, l'art. 3, il quale, appunto, prevedeva che cinquecento miliardi venissero concessi agli Stati membri, senza obbligo di restituzione, per finanziare vari programmi di interesse comune europeo<sup>11</sup>. Nelle spiegazioni introduttive, la Commissione chia-

---

<sup>7</sup> La proposta è tuttora presente sul sito del Governo tedesco (*Deutsch-französische Initiative zur wirtschaftlichen Erholung Europas nach der Coronakrise*, [www.bundesregierung.de](http://www.bundesregierung.de)).

<sup>8</sup> Ritiene che l'intesa franco-tedesca sia stata fondamentale ai fini dell'approvazione del piano anche N. Pirozzi, *The European Council and Europe's Magic Lantern*, in *IAI Commentaries*, 20/54, July 2020, reperibile online, p. 3.

<sup>9</sup> V. rispettivamente: proposta di regolamento del Consiglio, del 28 maggio 2020, che istituisce uno strumento dell'Unione europea per la ripresa a sostegno dell'economia dopo la pandemia di COVID-19, COM(2020)441 final; comunicazione della Commissione, del 27 maggio 2020, Il bilancio dell'UE come motore del piano per la ripresa europea, COM(2020)442 final; proposta modificata, del 28 maggio 2020, di regolamento del Consiglio che stabilisce il quadro finanziario pluriennale per il periodo 2021-2027, COM(2020)443 final; proposta modificata, del 28 maggio 2020, di accordo interistituzionale tra il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione sulla disciplina di bilancio, sulla cooperazione in materia di bilancio e sulla sana gestione finanziaria, COM(2020)444 final; proposta modificata, del 28 maggio 2020, di decisione del Consiglio relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea, COM(2020)445 final.

<sup>10</sup> Non è peraltro ancora del tutto chiaro come saranno reperite le risorse per restituire i debiti contratti: queste dovrebbero infatti venire recuperate attraverso l'introduzione di nuovi prelievi fiscali a livello europeo, rispetto ai quali, tuttavia, non sembra ancora sussistere il consenso degli Stati membri (l'unanimità è prevista dall'art. 311, par. 2, TFUE per l'istituzione di nuove risorse proprie). Sulle ipotesi ora in discussione v., *infra*, par. 5.

<sup>11</sup> Art. 3 della proposta COM(2020)441 final: "1. Lo strumento è finanziato fino a un importo di 750.000.000.000 EUR a prezzi del 2018 sulla base del potere conferito a norma dell'articolo 3 ter della [DRP]. 2. L'importo di cui al paragrafo 1 è assegnato come segue: a) un sostegno fino a 433.200.000.000 EUR a prezzi del 2018 in forma di aiuti a fondo perduto e di aiuti rimborsabili mediante strumenti finanziari, ripartiti come segue: i) fino a 50.000.000.000 EUR a prezzi del 2018 per i programmi strutturali e di coesione del quadro finanziario pluriennale 2014-2020, quali rafforzati fino al 2022, compreso il sostegno per strumenti finanziari; ii) fino a 310.000.000.000 EUR a prezzi del 2018 per un programma di finanziamento della ripresa e della resilienza economica e sociale mediante il sostegno a riforme e investimenti; iii)

riva che i destinatari principali sarebbero stati i Paesi più colpiti dalla pandemia, che disponevano di un minore margine di manovra, evidentemente per compensare la difficoltà di questi ultimi di erogare aiuti alle imprese stabilite sui rispettivi territori<sup>12</sup>.

Il piano, pur con taluni emendamenti, è stato approvato nel corso della riunione straordinaria del Consiglio europeo nel mese di luglio 2020. La modifica principale, rispetto alla proposta della Commissione, riguarda la quantità di fondi che non saranno soggetti a restituzione: detta somma ammonta ora a trecentonovanta miliardi di euro (rispetto agli originari cinquecento); a tale importo, devono poi aggiungersi trecentosessanta miliardi di prestiti. All'Italia dovrebbe spettare la quota più elevata, che, allo stato, è computata in duecentonove miliardi di euro, di cui ottantadue di finanziamenti a fondo perduto e centoventisette di prestiti<sup>13</sup>. Dette somme, delle quali l'economia italiana ha urgente bisogno, saranno tuttavia disponibili non prima della primavera del prossimo anno, perché, come chiariremo nel prosieguo del lavoro, l'erogazione è collegata all'approvazione dei piani di riforma e alla supervisione esercitata dalla Commissione nell'ambito del semestre europeo.

Pur nell'attesa dell'implementazione da parte delle istituzioni politiche, l'accordo raggiunto in sede di Consiglio europeo appare fortemente innovativo rispetto

---

fino a 7.700.000.000 EUR a prezzi del 2018 per un programma relativo alla salute; iv) fino a 2.000.000.000 EUR a prezzi del 2018 per programmi relativi alla protezione civile; v) fino a 13.500.000.000 EUR a prezzi del 2018 per programmi relativi alla ricerca e all'innovazione, compreso il sostegno per strumenti finanziari; vi) fino a 30.000.000.000 EUR a prezzi del 2018 per programmi di sostegno ai territori nella transizione verso un'economia climaticamente neutra; vii) fino a 15.000.000.000 EUR a prezzi del 2018 per lo sviluppo nelle zone rurali; viii) fino a 5.000.000.000 EUR a prezzi del 2018 per l'assistenza umanitaria al di fuori dell'Unione; b) prestiti agli Stati membri fino a 250.000.000.000 EUR a prezzi del 2018 per un programma di finanziamento della ripresa e della resilienza economica e sociale mediante il sostegno a riforme e investimenti; c) fino a 66.800.000.000 EUR a prezzi del 2018 per accantonamenti per garanzie e relativa spesa in relazione ai seguenti programmi: i) fino a 30.300.000.000 EUR a prezzi del 2018 per programmi finalizzati al sostegno di operazioni di investimento nel settore delle politiche interne dell'Unione; ii) fino a 26.000.000.000 EUR a prezzi del 2018 per programmi volti a rafforzare la solvibilità di imprese economicamente sostenibili nell'Unione; iii) fino a 10.500.000.000 EUR a prezzi del 2018 per programmi mirati alla promozione della crescita economica sostenibile e inclusiva al di fuori dell'Unione”.

<sup>12</sup> V., in questo senso, quanto affermato nella relazione esplicativa della proposta COM(2020)441 final, p. 3.

<sup>13</sup> Questo si verifica perché i programmi di finanziamento tengono conto di vari parametri, quali il livello di disoccupazione superiore alla media europea degli ultimi cinque anni, un PIL *pro capite* inferiore alla media, la presenza di regioni meno sviluppate, ecc. L'importo riportato nel testo corrisponde, pertanto, ad un valore tendenziale (v., ad es., G. PELOSI, *Per l'Italia limati gli aiuti, ma aumentano i sussidi*, in *Il Sole 24 ore*, 21 luglio 2020, p. 2). Gli altri Paesi che riceveranno gli importi maggiori saranno Spagna (settantatré miliardi), Francia (trentanove miliardi), Polonia (trentatré miliardi) e Germania (ventisette miliardi). I valori assoluti, tuttavia, non sono indicativi dell'incremento di bilancio del Paese. Questi devono infatti venire scomputati della quota di contributo che sarà versata dallo Stato nei prossimi anni. Così calcolata la quota di finanziamenti a fondo perduto, l'Italia non sarebbe più la prima percipiente, ma – secondo uno studio effettuato da alcuni esperti della Banca centrale europea – si troverebbe in nona posizione (le prime posizioni spetterebbero, nell'ordine, a Grecia, Portogallo, Slovacchia, Lettonia, Lituania): v. il documento A. GIOVANNINI, S. HAUPTMEIER, N. LEINER-KILLINGER, V. VALENTA, *The Fiscal Implications of the EU's Recovery Package*, in *ECB Economic Bulletin*, 2020, n. 6, reperibile *online*. Se poi si divide tale somma per la popolazione stanziata sul territorio di ogni Stato membro, le proporzioni mutano ulteriormente. In questo caso, secondo i calcoli riportati da F. FUBINI, *Vigilanza e rapidità. I vincoli per i fondi*, in *Corriere della Sera*, 21 settembre 2020, p. 5: “ogni residente italiano riceve (netto) 500 euro e ogni residente in Olanda versa (netto) 930 euro; ogni tedesco versa 840 euro e ogni spagnolo riceve più di 900 euro; ogni greco riceve 1.600 euro”.

al tradizionale assetto del bilancio europeo. Di esso è, pertanto, opportuno descrivere fin d'ora gli aspetti salienti.

2. Le conclusioni del Consiglio europeo del 17-21 luglio si compongono di due parti indissolubilmente collegate. La prima concerne, per l'appunto, l'adozione del piano *Next Generation EU*; mentre la seconda riguarda il Quadro finanziario pluriennale per gli anni 2021-2027<sup>14</sup>.

L'interconnessione tra le due componenti delle conclusioni del Consiglio europeo discende da una pluralità di circostanze. Innanzitutto, dal fatto che i programmi che verranno finanziati nell'ambito del piano *Next Generation EU* sono in linea di principio analoghi ai capitoli di spesa nei quali si articola il Quadro finanziario pluriennale, quasi a rimarcare l'univocità della politica europea in questo particolare momento storico. Ma soprattutto, tale connessione deriva dalla circostanza che il bilancio dell'Unione europea costituirà la garanzia per l'emissione delle obbligazioni sul mercato dei capitali da parte della Commissione europea. In questo contesto, gli Stati membri dovranno intervenire solo in via sussidiaria, nel caso in cui l'organo esecutivo dovesse essere privo della liquidità necessaria. Si prevede, infatti, che in tale ipotesi la Commissione possa richiedere, "in via provvisoria" e come ultima riserva, un ulteriore contributo agli Stati membri: tale somma viene stabilita su base proporzionale e non potrà comunque eccedere lo 0,6% del Reddito nazionale lordo di ogni Paese<sup>15</sup>.

Le somme raccolte verranno poi distribuite agli Stati membri per finanziare i progetti di ristrutturazione economica da questi presentati. I piani di riforma degli

---

<sup>14</sup> Laddove si considerino entrambi gli atti, il bilancio dell'Unione cresce in maniera considerevole, quasi raddoppiando rispetto al Quadro finanziario pluriennale 2014-2020. Questo ammontava, infatti, a "soli" 960 miliardi EUR; :v. il regolamento (UE, Euratom) n. 1311/2013 del Consiglio, del 2 dicembre 2013, che stabilisce il quadro finanziario pluriennale per il periodo 2014-2020; successivamente modificato nel 2017, con il regolamento (UE, Euratom) 2017/1123 del Consiglio, del 20 giugno 2017, recante modifica del regolamento (UE, Euratom) n. 1311/2013 che stabilisce il quadro finanziario pluriennale per il periodo 2014-2020; e, in relazione ai soli stanziamenti, nel 2020, con il regolamento (UE, Euratom) 2020/538 del Consiglio, del 17 aprile 2020, recante modifica del regolamento (UE, Euratom) n. 1311/2013 che stabilisce il quadro finanziario pluriennale per il periodo 2014-2020 per quanto riguarda la portata del margine globale per gli impegni. Invece, il piano finanziario pluriennale appena varato dal Consiglio europeo ammonta ad oltre milleottocento miliardi: settecentocinquanta del piano *Next Generation EU* e mille e settantaquattro del quadro finanziario pluriennale. Le differenze principali, rispetto al Quadro finanziario pluriennale 2014-2020, concernono la diminuzione dei fondi per l'agricoltura e la politica di coesione regionale (la diminuzione è del 4%) a favore di settori economici più moderni, quali l'innovazione e la digitalizzazione (che ora implicano lo stanziamento, con i programmi *Orizzonte Europa* e *Europa digitale*, di 85.543.000.000 e 6.761.000.000; il Consiglio ha approvato all'unanimità la propria posizione favorevole alla proposta in relazione al primo di detti programmi in occasione della riunione del 29 settembre) e la transizione verde. Gli investimenti in questi settori richiederanno anche la creazione di fondi diretti a mitigare le conseguenze sociali ed economiche del passaggio; nella specie, è stato istituito il c.d. *Fondo per una transizione giusta (JTF)*, che prevede una quota di dieci miliardi di euro.

<sup>15</sup> Detta ulteriore quota di RNL potrebbe risultare particolarmente pesante, soprattutto nell'ipotesi in cui essa si andasse ad aggiungere al previsto incremento della quota di RNL richiesto a titolo di contribuzione al bilancio dell'Unione. Infatti, se sarà approvata la proposta della Commissione di decisione del Consiglio sulle risorse proprie, il contributo degli Stati membri nel prossimo Quadro finanziario pluriennale corrisponderebbe all'1,4% del RNL (v. la proposta COM(2020)445 final, art. 3, par. 1). A mitigare tale situazione, va peraltro sottolineato che le somme aggiuntive verranno richieste, appunto, solo "in via provvisoria": perifrasi che fa pensare che la Commissione, non appena disporrà della liquidità necessaria, scomputerà la relativa quota aggiuntiva da quella dovuta dal singolo Stato a titolo di RNL.

Stati membri, necessari per accedere ai finanziamenti a fondo perduto, saranno valutati dalla Commissione entro due mesi dalla presentazione, ma verranno poi definitivamente approvati dal Consiglio, che delibererà a maggioranza qualificata<sup>16</sup>.

Le conclusioni del Consiglio europeo non stabiliscono quali sono gli obiettivi che gli Stati membri devono conseguire, ma questi sono indicati eminentemente tramite rinvio alle raccomandazioni che la Commissione ha indirizzato ai singoli Paesi nel corso dell'ultimo semestre europeo<sup>17</sup>. In questo modo, il Consiglio europeo, subordinando la percezione delle somme alle riforme richieste dalla Commissione, ha attribuito una particolare forza alle raccomandazioni dell'esecutivo (nonostante la tipologia di atto normativo, priva di carattere cogente). Inoltre, questo passaggio è avvenuto senza le cautele imposte dalle varie fasi che connotano il dialogo tra le istituzioni nel corso del c.d. semestre europeo<sup>18</sup>.

Si prevede, poi, espressamente, che le somme verranno erogate a stati di avanzamento delle riforme, secondo il consueto meccanismo della condizionalità<sup>19</sup>.

Molto discussa è stata la questione del controllo sull'attuazione dei programmi di riforma da parte dei singoli Paesi. In concreto la sorveglianza sulla progressiva realizzazione degli obiettivi spetterà alla Commissione che adotterà una decisione sul “soddisfacente conseguimento dei pertinenti target intermedi e finali”, previo parere del Comitato economico e finanziario.

Nel caso in cui vi siano degli scostamenti sensibili dagli obiettivi per un dato Paese, la reazione non sarà tuttavia nelle mani della sola Commissione. In ipotesi di scostamenti dall'obiettivo concordato, su richiesta di uno o più Stati membri, potrà essere investito il Consiglio europeo<sup>20</sup>. In questo caso, la Commissione, fintantoché il Consiglio non avrà esaurito tale valutazione, non potrà adottare alcuna decisione, secondo il modello della procedura di “freno di emergenza”, già prevista in altri

<sup>16</sup> Conclusioni EUCO 10/20, par. A 19, co. 2.

<sup>17</sup> Si è lungamente discusso, in seno al Consiglio europeo, se le erogazioni debbano venire condizionate anche al rispetto dello Stato di diritto. La formula adottata, tuttavia, non condiziona espressamente la dazione dei fondi al rispetto di questo valore (“Il Consiglio europeo sottolinea l'importanza dello Stato di diritto”: conclusioni EUCO 10/20, par. A 24, co. 2, p. 7 e punto 22, co. 2, p. 15). Quindi, nonostante una chiara presa di posizione, nessun condizionamento al rispetto di tale valore è previsto dal programma. Si tratta, a dire il vero, di un'idea non nuova: siffatto condizionamento era già stato previsto in una precedente proposta della Commissione europea (v. M. CARTA, *Qualche considerazione sulla tutela dello Stato di diritto attraverso gli strumenti finanziari nell'Unione europea*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, p. 308 ss.; Id., *Unione europea e tutela dello Stato di diritto negli Stati membri*, Bari, 2020, p. 137 ss.). La formula impiegata è stata fortemente criticata dal Parlamento europeo, in quanto reputata insufficiente (risoluzione del Parlamento europeo del 23 luglio 2020 sulle conclusioni della riunione straordinaria del Consiglio europeo del 17-21 luglio 2020, P9\_TA(2020)0206). Sulla base di quanto riferito dalla stampa, sembrerebbe, peraltro, che si sia creata una sorta di singolare “coincidenza” in seno al Consiglio ora chiamato ad approvare il bilancio: da un lato, il Gruppo di Visegrad che non vuole introdurre alcun condizionamento; dall'altro, il gruppo dei Paesi “frugali”, che usa, al contrario, tale argomento quale motivo per non approvare il bilancio e ritardare l'erogazione dei fondi necessari (v. A. D'ARGENIO, T. MASTROBUONI, *Stati spaccati sul Recovery Fund. Berlino spinge, ma si rischia il ritardo*, in *La Repubblica*, 1° ottobre 2020, p. 7).

<sup>18</sup> Questa procedura si articola, infatti, in una triplice fase: una discussione delle raccomandazioni della Commissione in sede di Consiglio; l'approvazione delle medesime da parte del Consiglio europeo; e, infine, la successiva adozione formale da parte del Consiglio.

<sup>19</sup> Sulla correlazione tra aumento del bilancio e riforme strutturali, v. già le perplessità in relazione ai precedenti progetti di riforma di A. SOMMA, *Il bilancio dell'Unione europea tra riforma del sistema delle risorse proprie e regime delle condizionalità*, in *DPCE online*, 2018, p. 873 ss., p. 883 ss.

<sup>20</sup> Par. A 19, co. 4, delle conclusioni EUCO 10/20.

ambiti normativi dell'ordinamento sovranazionale<sup>21</sup>. Tuttavia, a differenza di quanto avviene negli altri settori nei quali tale procedura è contemplata, sembrerebbe che, in questo caso, il Consiglio europeo goda di poteri più ampi. Nelle altre ipotesi previste dal Trattato, il Consiglio europeo ha, infatti, la scelta tra due opzioni: rinviare la questione al Consiglio ai fini dell'adozione dell'atto o porre fine al procedimento legislativo in corso, chiedendo alla Commissione di presentare una nuova proposta. Invece, nella fattispecie in esame, al Consiglio europeo sembrano spettare veri e propri poteri deliberativi. In altri termini, il Consiglio europeo, pur nel silenzio del testo sul punto, dovrebbe disporre del potere di indicare alla Commissione il contenuto del provvedimento da assumere. Questa conclusione appare rafforzata dal richiamo agli articoli 17 TUE e 317 TFUE, che prevedono la responsabilità della Commissione per l'esecuzione del bilancio<sup>22</sup>. Sembrerebbe, quindi, di poter desumere dalla formulazione letterale la conseguenza che spetta al Consiglio europeo decidere se revocare il finanziamento, mantenerlo, ovvero ridurne l'entità. Se questa riflessione è corretta, è necessario concludere che il controllo circa il rispetto degli impegni assunti dipenderà, in definitiva, dal negoziato politico condotto in seno al Consiglio europeo, il quale, proprio per la sua natura eminentemente politica, è privo di regole rigide circa le modalità di formazione del consenso<sup>23</sup>.

Le risorse che verranno reperite sul mercato e successivamente trasferite agli Stati membri dovranno venire spese entro un tempo particolarmente ristretto. Le somme dovranno infatti venire impegnate, per il 70% della quota nazionale disponibile, entro il 2022 e dovranno essere spese entro il 2023. Mentre, per il restante 30%, si prevede che esse siano impegnate entro il 2023, per poi essere spese, al più tardi, entro il 2026.

Nell'ambito degli investimenti, particolare importanza acquista l'obiettivo della lotta al cambiamento climatico: nella specie, ingenti risorse dovranno essere impiegate per favorire la conversione delle industrie verso obiettivi di sviluppo sostenibile, fino ad arrivare ad un sostanziale abbattimento delle emissioni, identificato come "neutralità climatica", entro il 2050<sup>24</sup>. Tale obiettivo è stato assunto

---

<sup>21</sup> V. gli articoli 48, 82, 83, 86 e 87 TFUE (concernenti, rispettivamente: le misure di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale dei lavoratori migranti; la cooperazione giudiziaria in materia penale; la fissazione di norme comuni per determinati reati a carattere transnazionale; la tutela degli interessi finanziari dell'Unione e, infine, le misure di polizia). Anche in questi casi, l'attivazione del meccanismo determina la sospensione della procedura legislativa.

<sup>22</sup> Par. A 19, co. 6, delle conclusioni EUCO 10/20: "In caso di rinvio della questione al Consiglio europeo, la Commissione non prenderà alcuna decisione relativa al soddisfacente conseguimento dei target intermedi e finali e all'approvazione dei pagamenti fino a quando il prossimo Consiglio europeo non avrà discusso la questione in maniera esaustiva. Di norma, tale processo non dovrà richiedere più di tre mesi dal momento in cui la Commissione ha chiesto il parere del comitato economico e finanziario e sarà conforme all'articolo 17 TUE e all'articolo 317 TFUE".

<sup>23</sup> La volontà di affidare il controllo in ultima istanza agli stessi Stati membri rende conseguentemente inoperante il temuto meccanismo della *reverse majority*, che è stato introdotto nel funzionamento del Patto di stabilità e di crescita con il c.d. *Six Pack* (così definito perché si compone di cinque regolamenti e di una direttiva: più dettagliatamente si tratta dei regolamenti (UE) n. 1173, 1174, 1175, 1176, 1177/2011 e della direttiva 2011/85/UE). Tale regola, come è noto, implica che le sanzioni proposte dalla Commissione siano sempre approvate dal Consiglio, a meno che l'organo deliberante non trovi, al proprio interno, la maggioranza qualificata per *respingere* (mentre, prima della riforma, occorre la maggioranza qualificata per adottarle).

<sup>24</sup> Si tratta di un obiettivo complesso, che presuppone una pluralità di interventi in molteplici settori, quali l'uso delle energie rinnovabili, una politica di conservazione degli ecosistemi naturali che assor-

dall'Unione europea, sul piano internazionale, con la sottoscrizione dell'Accordo di Parigi e consiste nel raggiungimento del punto di pareggio delle emissioni con la capacità di assorbimento del carbonio nell'ambiente circostante<sup>25</sup>. Si tratta di un obiettivo espressamente ribadito nell'ambito delle conclusioni del Consiglio europeo del 17-21 luglio<sup>26</sup>, che rappresenta una sorta di filo conduttore dell'azione della Commissione europea in seguito all'adozione del c.d. *Green Deal*<sup>27</sup>.

Sul piano delle riflessioni generali, è opportuno porre in rilievo che sono cambiate, a livello europeo, la sensibilità e la modalità di approccio alla risoluzione delle crisi economiche. Mentre in occasione della precedente crisi finanziaria l'azione delle istituzioni europee era concentrata verso una progressiva riduzione della spesa dei Paesi maggiormente indebitati, ora il punto focale è la produzione di “beni pubblici europei”<sup>28</sup>. In altri termini, le risorse economiche non vengono più erogate a fronte di piani di contenimento della spesa pubblica, quanto piuttosto a favore degli investimenti necessari per creare le condizioni ad una nuova rivoluzione industriale ed economica. Nonostante questa fondamentale diversità di approccio, non ci sembra tuttavia che sia mutata la concezione ispiratrice della politica economica europea, dal momento che anche gli ingenti trasferimenti di risorse a fondo perduto non sono concepiti a favore di un determinato Paese o di una data popolazione particolarmente colpita dalla pandemia, quanto piuttosto in funzione dell'interesse collettivo allo sviluppo economico, che dovrebbe discendere da un corretto funzionamento del mercato interno<sup>29</sup>.

**3. Poste queste premesse, conviene ora chiarire quale sia la natura giuridica del piano sul *Recovery Fund*. Il programma, nelle sue linee direttive, è stato approvato**

bono anidride carbonica, una migliore gestione dei rifiuti, una politica di incentivazione all'introduzione di prodotti ecocompatibili, ecc. (v. N. DE SADELEER, *Le plan de relance Next Generation EU: Un changement de cap historique ou un rendez-vous manqué pour réformer le budget de l'UE?*, in *Blogdroiteuropeen*, Working Paper n. 4/2020, reperibile *online*, p. 4).

<sup>25</sup> Art. 4, dell'Accordo di Parigi del 12 dicembre 2015. L'Accordo di Parigi è uno strumento che è stato negoziato in seno alla conferenza degli Stati parte (nella specie, la COP 21) della Convenzione delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici. La funzione dell'Accordo è di rendere vincolanti degli impegni di riduzione dei gas nocivi per l'atmosfera. Esso è entrato in vigore, sul piano internazionale, il 4 novembre 2016. Al momento esso è in vigore per centoottantanove Paesi (per l'elenco completo, v. [unfccc.int](http://unfccc.int)).

<sup>26</sup> Conclusioni EUCO 10/20, punto A21.

<sup>27</sup> Il c.d. *Green Deal* è una comunicazione con la quale la Commissione ha enunciato le tappe necessarie per raggiungere la c.d. neutralità climatica entro il 2050: comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, dell'11 dicembre 2019, Il Green Deal europeo, COM(2019)640 final. Tale obiettivo è stato infatti recentemente ricordato dalla Presidente della Commissione europea, Ursula von der Leyen, nel discorso sullo stato dell'Unione, in data 16 settembre 2020. In dottrina v. M. FALCONE, *Il Green Deal europeo per un continente a impatto climatico zero: la nuova strategia europea per la crescita tra sfide, responsabilità e opportunità*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2020, p. 379 ss.

<sup>28</sup> In tema v. A. VILLAFRANCA, *Recovery Fund: cos'è e a cosa serve*, in *ISPI*, 27 maggio 2020, reperibile *online*.

<sup>29</sup> Che poi, di fatto, si identifica con l'interesse egoistico anche degli Stati economicamente più ricchi. V., in questo senso, anche le dichiarazioni del Segretario di Stato tedesco, Jörg Kukies, nel corso dell'intervista rilasciata il 27 agosto 2020: “Ohne zentrale Grundsätze aufzugeben haben wir es ermöglicht, besonders betroffenen Mitgliedstaaten Transfers zur Verfügung zu stellen – aus Solidarität und aus wohlverstandem Eigeninteresse” (corsivo aggiunto; l'intervista è consultabile *online* sul sito del Ministero delle finanze tedesco).

nel corso di una riunione del Consiglio europeo. A prima vista si tratta, pertanto, di mere conclusioni del Consiglio europeo: quindi di un atto politico, di natura eminentemente programmatica. Ne consegue che, per risultare operativo, il programma di finanziamento necessita dell'adozione di una complessa normativa di diritto derivato, che dovrà essere predisposta ed approvata dal legislatore europeo entro un lasso di tempo particolarmente ristretto. Il programma, per produrre effetto, presuppone infatti l'adozione dei vari atti normativi già previsti nella proposta della Commissione<sup>30</sup>.

Tuttavia, non può sfuggire il dato che con dette conclusioni vengono apparentemente conferiti nuovi poteri alle istituzioni europee, con previsioni formulate in termini perentori, evidentemente suscettibili di autonoma applicazione. Dette disposizioni sono, in particolare, quella che attribuiscono al Consiglio il potere di approvare i piani di riforme che verranno presentati dagli Stati membri; quella che prevede il potere della Commissione di controllare il rispetto dei piani economici concordati; la possibilità, infine, per ogni Stato membro, di sottoporre al Consiglio europeo la questione dello scostamento sensibile dagli impegni assunti<sup>31</sup>. Dal momento che il Consiglio europeo non dispone di poteri legislativi e che le previsioni in questione sono talmente precise da poter essere applicate senza bisogno di ulteriori specificazioni, può sorgere il dubbio che gli Stati membri abbiano inteso assumere impegni vincolanti al di fuori del Trattato istitutivo. In altri termini, si potrebbe ipotizzare che non si tratti di mere conclusioni, ma di un vero e proprio accordo in forma semplificata<sup>32</sup> concluso tra gli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio europeo<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> V. *supra*, par. 1. A questi deve peraltro aggiungersi anche il bilancio europeo per il 2021, attualmente in discussione, in modo da poter spendere le somme stanziare, senza ricadere nel regime dei dodicesimi (di cui all'art. 315, par. 1, TFUE).

<sup>31</sup> Conclusioni EUCO 10/20, par. A19, rispettivamente: co. 2 (“[l]a valutazione dei piani per la ripresa e la resilienza deve essere approvata dal Consiglio, a maggioranza qualificata su proposta della Commissione”), co. 5 (“[l]a Commissione adotta una decisione sulla valutazione del soddisfacente conseguimento dei pertinenti target intermedi e finali e sull’approvazione dei pagamenti secondo la procedura d’esame”) e co. 4 (“[q]ualora, in via eccezionale, uno o più Stati membri ritengano che vi siano gravi scostamenti dal soddisfacente conseguimento dei pertinenti target intermedi e finali, possono chiedere che il presidente del Consiglio europeo rinvii la questione al successivo Consiglio europeo”).

<sup>32</sup> Si tratta di un’eventualità ammessa e riconosciuta anche nella giurisprudenza. V. la sentenza del Tribunale del 28 febbraio 2017, causa T-257/16, *NM*, EU:T:2017:130, concernente l’impugnazione della Dichiarazione congiunta UE-Turchia del 18 marzo 2016, con il quale gli Stati membri dell’Unione europea e la Turchia assumevano impegni per “per porre fine alle sofferenze umane e ripristinare l’ordine pubblico”. Di fatto, con detta dichiarazione congiunta, veniva chiusa una delle rotte migratorie che consentiva ai migranti di raggiungere, attraverso i Balcani, il nord Europa.

<sup>33</sup> Laddove si ritenga che si tratti di un accordo internazionale, si potrebbe porre anche il problema della necessità della ratifica, dato che con questo strumento verrebbero stabiliti nuovi oneri economici in capo agli Stati membri: la Commissione può infatti richiedere “agli Stati membri maggiori risorse rispetto alle rispettive quote relative”. Secondo l’opinione più rigorosa, non sarebbe, infatti, possibile concludere in forma semplificata anche gli accordi che, ai sensi dell’art. 80 Cost., presuppongono una legge di autorizzazione alla ratifica (v. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2010, VIII ed., p. 76; C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, I, *Il sistema degli Stati e i valori comuni dell’umanità*, Milano, 2012, II ed., p. 154; ID., *Diritto internazionale*, Padova, 2019, V ed., p. 162 s.; D. CARREAU, F. MARRELLA, *Diritto internazionale*, Milano, 2016, p. 103). Nel caso di specie, tuttavia, la ratifica non sarebbe comunque necessaria, in considerazione della circostanza che la previsione delle nuove spese sarebbe riconducibile all’ordinamento dell’Unione europea, rispetto al quale la legge di autorizzazione è già stata emanata con la ratifica del Trattato istitutivo.

Tale ipotesi ricostruttiva, pur suggestiva, non sembra tuttavia ricorrere nella fattispecie in esame. Non dovrebbe essere innanzitutto possibile attribuire ulteriori competenze alle istituzioni politiche attraverso un accordo in forma semplificata, dal momento che il Trattato prevede rigide procedure di modifica<sup>34</sup>.

L'analisi testuale sembra d'altro canto confortare l'interpretazione essenzialmente "comunitaria" delle conclusioni in esame, dal momento che quelle che appaiono quali funzioni ulteriori attribuite alle istituzioni europee sono, in realtà, mere modalità di esercizio di competenze già previste dai Trattati.

Più dettagliatamente, per quanto riguarda il controllo esercitato dalla Commissione europea sull'esecuzione del piano di riforme, esso appare riconducibile al potere alla stessa attribuito dalle modifiche apportate alla procedura per i disavanzi eccessivi con il c.d. *Two-Pack*<sup>35</sup> ed in particolare alla supervisione sul progetto di legge di bilancio nell'ambito del semestre europeo. Per ciò che attiene al potere deliberativo del Consiglio, esso si ricollega evidentemente al potere di decisione spettante a questa istituzione nell'ambito della sorveglianza multilaterale sulla politica economica degli Stati membri, di cui agli articoli 121, paragrafi 3 e 4, e 126 TFUE.

Neppure la procedura secondo la quale ogni Stato membro ha il potere di sottoporre la questione al Consiglio europeo risulta, infine, innovativa delle competenze già attribuite alle istituzioni europee. In questo caso, infatti, il Consiglio europeo si limiterà a svolgere una valutazione eminentemente politica dell'operato degli Stati membri, nell'ambito della funzione di definizione degli indirizzi di massima delle politiche economiche degli Stati membri (art. 121, par. 2, TFUE).

Non ci sembra, pertanto, che vi siano gli elementi per qualificare le conclusioni della riunione straordinaria del mese di luglio quale accordo in forma semplificata. Esse sono, appunto, mere conclusioni. Come tali, esse si indirizzano alle istituzioni politiche, affinché provvedano all'emanazione degli atti normativi necessari a darvi attuazione.

Problema diverso è, invece, quello della compatibilità di talune previsioni contenute nelle conclusioni della riunione straordinaria del Consiglio con il Trattato istitutivo. Su questo tema ci concentreremo nel paragrafo successivo.

**4.** Gli aspetti problematici del piano *Next Generation EU* concernono il potere della Commissione di emettere obbligazioni e la compatibilità del meccanismo di erogazione degli aiuti a fondo perduto con il Trattato istitutivo.

Per quanto concerne il primo punto, le conclusioni sembrano in effetti conferire alla Commissione un potere a questa non spettante sulla base del Trattato istitutivo: quello di emettere obbligazioni sui mercati per finanziare il piano straordinario

<sup>34</sup> In tema v. U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2020, VI ed., p. 68, p. 183, seppure con specifico riferimento agli accordi in forma semplificata intervenuti in sede di Consiglio.

<sup>35</sup> Il c.d. *Two-pack* è costituito da due regolamenti. Il primo (regolamento (UE) n. 472/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sul rafforzamento della sorveglianza economica e di bilancio degli Stati membri nella zona euro che si trovano o rischiano di trovarsi in gravi difficoltà per quanto riguarda la loro stabilità finanziaria) ha ad oggetto la previsione di obblighi di informazioni supplementari a carico degli Stati membri soggetti a programmi di aiuto economico. Il secondo (regolamento (UE) n. 473/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulle disposizioni comuni per il monitoraggio e la valutazione dei documenti programmatici di bilancio e per la correzione dei disavanzi eccessivi negli Stati membri della zona euro) concerne le modifiche introdotte al Patto di stabilità e di crescita.

di aiuti. Detto potere costituisce il cuore del piano *Next Generation EU*. Si tratta, d'altro canto, di un presupposto fondamentale per evitare di gravare l'aumento del bilancio europeo sugli Stati membri e per disporre delle risorse entro tempi solleciti. Se l'esecutivo fosse privo di detto potere, infatti, non vi sarebbero le somme necessarie per sovvenzionare i programmi di riforma nazionali.

Al riguardo, le conclusioni del Consiglio europeo stabiliscono apoditticamente che “alla Commissione è conferito il potere di contrarre, per conto dell'Unione, prestiti sui mercati dei capitali fino a 750 miliardi di EUR”<sup>36</sup>. La dichiarazione contenuta nelle conclusioni del Consiglio europeo è chiaramente insufficiente per porre in essere il trasferimento di poteri da parte degli Stati membri per consentire ad un'istituzione di esercitare un potere non espressamente previsto dai Trattati. Per sovvenire a tale supposto difetto di competenza, il progetto prevede espressamente che il relativo potere venga conferito all'organo esecutivo dalla decisione sulla modifica delle risorse proprie<sup>37</sup>. La proposta di decisione del Consiglio sulle risorse proprie presentata dalla Commissione nel pacchetto del 28 maggio, in maniera corrispondente, prevede appunto che “alla Commissione è conferito il potere di contrarre sui mercati dei capitali prestiti per conto dell'Unione per un importo massimo di 750.000.000.000 EUR”<sup>38</sup>.

Vi sono tuttavia perplessità sul fatto che la decisione sulle risorse proprie possa consentire di apportare cambiamenti di tal contenuto al Trattato istitutivo. Il meccanismo per la modifica del sistema di risorse proprie è un procedimento complesso che presuppone, innanzitutto, una decisione assunta all'unanimità da parte del Consiglio, previa consultazione del Parlamento europeo; quindi, la successiva approvazione da parte degli Stati membri, in conformità alle rispettive norme costituzionali. Tale meccanismo consente di introdurre modifiche al Trattato, ma limitatamente all'istituzione di “nuove categorie di risorse proprie” ovvero alla soppressione di “una categoria esistente”<sup>39</sup>. Non sembra che si possa considerare l'emissione sul mercato di titoli obbligazionari, che devono poi essere ripagati, con l'aggiunta di interessi, con proventi discendenti da fonti ulteriori, quale nuova tipologia di risorse proprie<sup>40</sup>. Se questo è esatto, è giocoforza concludere che il meccanismo all'uopo previsto dal Trattato per l'introduzione di risorse proprie non

---

<sup>36</sup> Par. A5 delle conclusioni EUCO 10/20.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> Art. 3 *ter*, par. 1, lett. a), della proposta COM(2020)445 final.

<sup>39</sup> Art. 311, co. 3, TFUE. È discusso, in dottrina, se il procedimento in questione consenta realmente di introdurre modifiche al Trattato istitutivo; o se esso non sia piuttosto una mera integrazione o attuazione delle norme del Trattato. In dottrina v. G. ISAAC, *Les finances communautaires*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1980, p. 302 ss.; L. S. ROSSI, *La dinamica interistituzionale nella definizione del bilancio comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2006, p. 179 ss.; M. DONY, *La réforme des procédures financières au sein de l'Union européenne*, in M. DONY, L. S. ROSSI (dirs.), *Démocratie, cohérence et transparence: vers une constitutionnalisation de l'Union européenne?*, Bruxelles, 2008, p. 89 ss.; F. M. PICCIRILLI, *Finanziamento del bilancio comunitario*, in L. DI RIENZO, R. PERRONE CAPANO (a cura di), *Diritto della finanza pubblica europea*, Napoli, 2008, p. 189 ss.; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, VII ed., p. 72; U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 68.

<sup>40</sup> Le conclusioni EUCO 10/20, par. A 11, sono di contrario avviso, dal momento che sembrano suggerire un'equiparazione tra l'emissione di obbligazioni sui mercati e le risorse proprie dell'Unione (“Gli importi di Next Generation EU convogliati attraverso il bilancio per le spese costituiscono *entrate* con destinazione specifica esterne”, corsivo aggiunto).

sia idoneo allo scopo di attribuire alla Commissione un potere del quale la stessa potrebbe essere priva.

Si può tuttavia seguire anche una diversa ricostruzione giuridica e ritenere che siffatto potere sia già immanente in capo alle istituzioni politiche europee. Se così fosse, le conclusioni del Consiglio europeo e la futura decisione del Consiglio sull'istituzione delle risorse proprie si limiterebbero a prendere atto di una competenza, in realtà, già esistente. La Commissione, in altri termini, sarebbe solo chiamata ad esercitare un potere già attribuito in capo all'Unione e la decisione sulle risorse proprie servirebbe solo per stabilire le modalità concrete per il suo esercizio.

La formulazione dei Trattati istitutivi è alquanto lacunosa e suscita al riguardo diversi dubbi ricostruttivi. L'unico Accordo che espressamente prevede siffatto potere in capo alle istituzioni europee è il Trattato Euratom, il quale, all'art. 172, stabilisce che “[l]a Comunità può emettere prestiti sul mercato dei capitali di uno Stato membro, nel quadro delle disposizioni legislative che si applicano alle emissioni interne”. Si tratta, tuttavia, di una disposizione dall'ambito di applicazione circoscritto, dal momento che prevede espressamente che le emissioni di obbligazioni possono essere effettuate solo per concedere prestiti agli Stati membri, per finanziare le ricerche e gli investimenti necessari allo sfruttamento dei prodotti fissili. Come è evidente detta disposizione, subordinando l'esercizio del potere ad uno scopo specifico, risulta inutilizzabile quale base giuridica per l'emissione di obbligazioni per finanziare determinate riforme strutturali al di fuori dell'ambito di applicazione del Trattato Euratom.

Nessun potere è, invece, espressamente conferito alla Commissione dal TFUE. L'unica disposizione che presenta una certa attinenza con la fattispecie è l'art. 309, il quale prevede che la Banca europea per gli investimenti possa reperire le risorse necessarie “facendo appello al mercato dei capitali”, senza peraltro precisare in quale forma questo possa avvenire. Sembra d'altro canto ragionevole interpretare tale previsione nel senso che tra le modalità di sollecitazione del pubblico risparmio sia inclusa quella dell'emissione di obbligazioni, trattandosi, per di più, della forma abitualmente ricorrente nella prassi<sup>41</sup>.

I Trattati, quindi, non prevedono, tra i poteri espressamente attribuiti alla Commissione europea, anche quello di contrarre debiti ed emettere obbligazioni per conto dell'Unione.

La prassi sembra, tuttavia, dimostrare che tale potere sia già esistente. L'assenza di una previsione espressa nel Trattato istitutivo non fu, infatti, di ostacolo all'emissione di obbligazioni a favore dell'allora Comunità economica europea. Nella specie, questo avvenne, per la prima volta, a seguito della crisi petrolifera dei primi anni Settanta. L'aumento del prezzo del petrolio aveva di fatto creato serie difficoltà economiche a taluni Paesi, quali, in particolare, l'Italia e la Francia.

In quell'occasione, infatti, il Consiglio, con il regolamento 397/75 stabilì espressamente che: “[l]a Comunità può procedere a successive operazioni di reperimento di fondi, direttamente presso paesi terzi e presso organismi finanziari o sul mercato

<sup>41</sup> In questo senso v. già il rapporto della Commissione europea, del 17 marzo 1976, Report on the Loan Policy of the European Communities, COM(76)111. Il Trattato non precisa quali siano le condizioni per l'emissione. Al riguardo, lo Statuto della BEI (è il Protocollo n. 5, allegato al Trattato), all'art. 20, rinvia espressamente alle condizioni previste dalla legislazione dello Stato membro interessato dall'operazione.

dei capitali, al fine esclusivo di ritrasferirli in prestito a uno o più Stati membri la cui bilancia dei pagamenti versi in difficoltà a causa del rincaro dei prodotti petroliferi<sup>42</sup>. La base giuridica del regolamento venne individuata nell'art. 235 TCEE (ora, 352 TFUE). Tale strumento costituiva una sorta di normativa quadro: i singoli prestiti ai Paesi vennero, infatti, successivamente erogati con apposite decisioni.

Per quanto rileva ai fini del nostro discorso, il ricorso a tale base giuridica dimostra che la competenza in capo alle istituzioni europee già esisteva, seppure mancasse la specifica previsione attributiva del relativo potere. Di per sé tale circostanza potrebbe, in verità, non essere del tutto dirimente. In passato, infatti, le istituzioni politiche facevano sovente ricorso alla clausola di flessibilità per esercitare poteri legislativi in ambiti che solo in un momento successivo sarebbero divenuti di competenza delle istituzioni europee (si pensi, in via esemplificativa, alla tutela dell'ambiente, ai consumatori, alla ricerca scientifica)<sup>43</sup>. Quindi, il fatto che in passato le istituzioni politiche abbiano fatto ricorso all'attuale art. 352 TFUE, di per sé, potrebbe anche non dimostrare l'esistenza di una competenza immanente in capo alle istituzioni europee.

In seguito a tale esperienza, nel corso degli anni, si sono susseguite diverse proposte tese a creare dei meccanismi permanenti di emissione di obbligazioni, quali strumenti di finanziamento straordinario per fronteggiare le crisi cicliche ovvero le situazioni determinate da shock asimmetrici.

In particolare, durante lo scoppio della precedente crisi finanziaria internazionale, vennero diffusi diversi progetti in tal senso. Un primo suggerimento proveniva da un gruppo coordinato da Mario Monti: detta proposta venne poi strutturata all'interno di un rapporto inviato, nel corso del 2010, alla Commissione europea, all'epoca presieduta da Barroso<sup>44</sup>. Analoghe proposte vennero predisposte, nel

---

<sup>42</sup> Regolamento (CEE) n. 397/75 del Consiglio, del 17 febbraio 1975, relativo ai prestiti comunitari.

<sup>43</sup> Un uso disinvolto della clausola di flessibilità dovrebbe non risultare più possibile. E ciò per un triplice ordine di motivi. Innanzitutto perché la Corte di giustizia, nel noto parere 2/94 sull'adesione della Comunità alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, ha avuto modo di chiarire che tale disposizione "costituendo parte integrante di un ordinamento istituzionale basato sul principio dei poteri attribuiti, non può costituire il fondamento per ampliare la sfera dei poteri della Comunità al di là dell'ambito generale risultante dal complesso delle disposizioni del Trattato" (parere del 28 marzo 1996, 2/94, ECLI:EU:C:1996:140, punto 30). In secondo luogo, con il Trattato di Lisbona è cambiata la formulazione della disposizione, nel senso che ora il testo normativo è esplicito sul fatto che i poteri vadano esercitati "nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine". In questo contesto, il riferimento al perimetro normativo definito dai trattati sembra un esplicito rinvio al principio di attribuzione. Tanto più che si prevede espressamente che le competenze non attribuite spettano agli Stati membri (art. 5, par. 2, TUE): non si potrebbero, quindi, introdurre nuove competenze, sostanzialmente aggirando il disposto dell'art. 48 TUE. In sintesi, sembra corretto ritenere che ora la clausola di flessibilità possa sovenire solo per esercitare determinati poteri non espressamente attribuiti, ma riconducibili al quadro delle competenze già spettanti alle istituzioni europee. In dottrina v. S. BARIATTI, *Art. 352 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, II ed., p. 2551 ss.; E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Torino, 2018, II ed., p. 278 s.; U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 82.

<sup>44</sup> M. MONTI, *Una strategia per il mercato unico*, Rapporto al Presidente della Commissione europea, 9 maggio 2010 (consultabile, nella traduzione non ufficiale in lingua italiana, su [www.ecc-netitalia.it](http://www.ecc-netitalia.it)).

medesimo arco temporale, dal *think-tank* Bruegel<sup>45</sup>, da Juncker e Tremonti<sup>46</sup> e, infine, da Prodi e Quadro Curzio<sup>47</sup>. I primi tre progetti, nella sostanza, prevedevano la creazione di una apposita agenzia del debito europeo, la quale avrebbe gestito una quota del debito nazionale (oscillante tra il 40 ed il 60% del PIL) tramite l'emissione di obbligazioni. L'Agenzia avrebbe poi concesso prestiti agli Stati membri ad un tasso di interesse più favorevole di quello da essi ottenibile sul mercato<sup>48</sup>.

La proposta elaborata da Prodi e Quadro Curzio prevedeva, al contrario, la creazione di un Fondo finanziario europeo (FFE). Questo organismo sarebbe stato dotato di un capitale di mille miliardi di euro, sottoscritto dai Paesi membri in base alla quota di partecipazione alla BCE. Il fondo avrebbe avuto la possibilità di emettere obbligazioni per tremila miliardi di euro. I proventi sarebbero poi stati utilizzati per finanziare investimenti in ambiti di interesse europeo (energia, telecomunicazioni e trasporti). L'ultima proposta, seppure non abbia mai ricevuto un avallo ufficiale da parte delle istituzioni politiche, era pertanto fondata sull'idea di una maggiore integrazione delle politiche economiche degli Stati membri e sul conferimento ad un ente sovraordinato del potere di emettere obbligazioni per sovvenzionare progetti strutturali. In sostanza, la proposta realizzava un'ipotesi molto vicina a quella poi concretamente attuata con il programma *Next Generation EU*, dal momento che prevedeva che un ente sovranazionale avrebbe assunto le decisioni di politica economica per gli Stati membri che accedevano ai finanziamenti.

Il dibattito condusse poi alla relazione di un libro verde, nel corso del 2011, nel quale la Commissione prevedeva la creazione dei c.d. *Stability bond*<sup>49</sup>. Il progetto, tuttavia, si arenò per l'opposizione di alcuni Paesi del Nord Europa<sup>50</sup>.

A prescindere dall'esito non favorevole dei progetti presentati in passato, le riflessioni elaborate da varie parti sembrerebbero dimostrare non vi siano mai state perplessità circa la possibilità per l'Unione di emettere obbligazioni e di contrarre prestiti sul mercato dei capitali. Nessuno dei progetti si preoccupava, infatti, di apportare modifiche al Trattato istitutivo.

A dimostrazione di tale presupposto, nel corso degli anni, diverse previsioni sono state adottate per disciplinare espressamente emissioni di obbligazioni per finalità specifiche. In via esemplificativa, si può ricordare il fondo speciale istituito per

<sup>45</sup> J. VON WEIZSÄCKER, J. DEPLA, *The Blue Bond Proposal*, 5 maggio 2010, reperibile *online*. La proposta, nella sostanza, identificava due tipologie di bond: i *Blue Bond*, sarebbero state obbligazioni a medio o a lungo termine, a carico dell'Unione europea; i *Red Bond*, erano invece le obbligazioni a breve termine a carico degli Stati membri e avrebbero dovuto finanziare il debito statale oltre la percentuale del 60% fissata dal Trattato.

<sup>46</sup> La lettera di J. C. JUNCKER, G. TREMONTI, *E-bonds Would End the Crisis*, in *Financial Times*, 5 dicembre 2010, reperibile *online*.

<sup>47</sup> R. PRODI, A. QUADRO CURZIO, *EuroUnionBond per la nuova Europa*, in *Il Sole 24 ore*, 23 agosto 2011.

<sup>48</sup> In tema v. M. BURSI, *L'emissione dei Coronabond alla luce dei Trattati: una possibile base per il Recovery Fund*, in *federalismi.it*, Focus-Osservatorio emergenza Covid-19, 13 marzo 2020, reperibile *online*, p. 9 s.

<sup>49</sup> Libro verde del 23 novembre 2011 sulla fattibilità dell'introduzione di *Stability bond*, COM(2011)818 def.

<sup>50</sup> In questo caso la Commissione ipotizzava l'adozione di un apposito regolamento fondato sull'art. 352 TFUE: *ivi*, p. 11.

affrontare la crisi greca. Nella specie, tramite un regolamento<sup>51</sup>, venne costituito un fondo di garanzia, dalla limitata capacità finanziaria (circa ottanta miliardi), denominato Meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria (*European Financial Stability Mechanism* – EFSM). Detto regolamento prevedeva espressamente, all’art. 6, che la Commissione era “autorizzata a contrarre prestiti sui mercati dei capitali o con le istituzioni finanziarie nel momento più opportuno tra le erogazioni previste, in modo da ottimizzare i costi del finanziamento e salvaguardare la propria reputazione di emittente dell’Unione sui mercati”. La base giuridica di detto regolamento venne individuata nell’art. 122 TFUE. Detta disposizione, come è noto, consente di fornire assistenza finanziaria ad uno Stato membro che sia seriamente minacciato da gravi difficoltà, per circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo.

Analogica tecnica normativa è stata utilizzata, in tempi più recenti, per fronteggiare le conseguenze economiche della pandemia. Anche il regolamento istitutivo del programma SURE contempla l’attribuzione di un simile potere alla Commissione<sup>52</sup>, con lo scopo di concedere prestiti agli Stati membri che si trovano ad affrontare le conseguenze socioeconomiche (disoccupazione diffusa ovvero diminuzione delle ore lavorative) dell’epidemia da COVID-19. La base giuridica del regolamento è, anche in questo caso, l’art. 122 TFUE.

La serie di disposizioni ora richiamate conferma che il potere di emettere obbligazioni per uno scopo specifico rientra nelle competenze delle istituzioni politiche europee. Da dove provenga tale potere di sollecitazione del mercato dei capitali non è, invero, del tutto chiaro. Sembrerebbe, infatti, che lo stesso sia sempre stato immanente al funzionamento dei Trattati: quasi una sorta di potere implicito<sup>53</sup>. Si potrebbe forse argomentare che esso discenda dal Trattato CECA, il quale prevedeva espressamente che l’Alta Autorità (quindi, l’organo esecutivo) potesse contrarre prestiti al fine di concedere, a propria volta, finanziamenti alle imprese<sup>54</sup>. Dal momento che il Trattato CECA, come è noto, si è estinto e le relative competenze sono state assorbite dalla Comunità europea<sup>55</sup>, si potrebbe ipoteticamente desumere

---

<sup>51</sup> Regolamento n. 407/10 del Consiglio, dell’11 maggio 2010, che istituisce un meccanismo di stabilizzazione finanziaria.

<sup>52</sup> Art. 4 del regolamento (UE) 2020/672 del Consiglio, del 19 maggio 2020, che istituisce uno strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione nello stato di emergenza (SURE) a seguito dell’epidemia di Covid-19.

<sup>53</sup> La teoria dei poteri impliciti, nel diritto dell’Unione europea, ha avuto rilievo soprattutto in relazione alla delimitazione della competenza a concludere accordi internazionali. Essa venne enunciata dalla Corte nel noto caso *AETS* (sentenza della Corte di giustizia del 31 marzo 1971, causa 22/70, *Commissione delle Comunità europee c. Consiglio delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:1971:32).

<sup>54</sup> Cfr. articoli 49 e 51 del Trattato. Il Trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell’acciaio venne firmato a Parigi il 18 aprile 1951, da Belgio, Francia, Italia, Repubblica Federale Tedesca, Lussemburgo e Paesi Bassi. I membri dell’Assemblea parlamentare europea erano selezionati dai rispettivi parlamenti nazionali. L’Assemblea aveva il diritto di licenziare l’Alta autorità. Il Trattato, entrato in vigore il 26 luglio 1952, aveva durata di cinquant’anni.

<sup>55</sup> Nella specie, con i Consigli europei del 20 luglio 1998 e del 21 giugno 1999, gli Stati membri hanno deciso di non rinnovare il Trattato CECA alla scadenza (avvenuta in data 23 luglio 2002); e hanno corrispondentemente stabilito di continuare ad operare nel settore carbo siderurgico tramite la CE. Con il Protocollo (n. 37) relativo alle conseguenze finanziarie della scadenza del trattato CECA e al fondo di ricerca carbone e acciaio, adottato a Nizza il 26 febbraio 2001 e allegato al TUE, è stato inoltre previsto il passaggio del patrimonio della CECA alla Comunità europea e la sua messa in stato di liquidazione. In dottrina v. B. UBERTAZZI, *La fine della CECA: i profili giuridici*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2004, p. 393 ss.

da questo passaggio che il potere di emettere obbligazioni sul mercato dei capitali sia ora transitato in capo all'Unione europea e più specificamente alla Commissione europea, la quale esercita, per l'appunto, anche le funzioni all'epoca spettanti all'Alta Autorità<sup>56</sup>.

Naturalmente, la circostanza che un potere di emettere obbligazioni sia immanente al Trattato non esclude la conseguenza che, per disciplinare le condizioni e lo scopo dell'emissione, sia comunque necessario adottare uno specifico atto di diritto derivato. Se queste osservazioni sono corrette, il procedimento per la raccolta dei fondi necessari a sostenere il programma straordinario di aiuti potrebbe venire adottato con una certa sollecitudine, anche senza necessità di ottenere l'unanimità in sede di Consiglio e senza che ricorra la necessità di attendere l'approvazione della decisione di modifica delle risorse proprie da parte dei parlamenti nazionali (come previsto nel progetto diffuso dalla Commissione).

Altra questione che suscita dubbi di compatibilità con il Trattato istitutivo concerne il rapporto tra il divieto di aiuti agli Stati membri ed il funzionamento concreto del *Recovery Fund*.

Come è noto, infatti, il funzionamento della politica economica è stato integrato con il divieto per le istituzioni europee di elargire prestiti agli Stati membri e alle autorità pubbliche (art. 125 TFUE, c.d. *no bail-out clause*). Tale problema di compatibilità appare oggi in maniera diversa da come esso si presentava allorché la Commissione europea emise *bond* per fare fronte alla crisi petrolifera. Innanzitutto, perché il Trattato CEE non prevedeva un analogo divieto. Ed in secondo luogo perché quelli concessi a seguito della crisi petrolifera erano prestiti che lo Stato membro era tenuto a restituire. I dubbi di legittimità sull'attuazione del *Recovery Fund* riguardano, invece, i finanziamenti a fondo perduto. Come si è detto, infatti, una parte sostanziale delle risorse verrà elargita a favore degli Stati membri senza che a questi incomba l'obbligo di restituzione.

Siffatto dubbio sorge perché la Corte di giustizia ebbe a precisare, nella nota sentenza *Pringle*, che il MES non costituiva alcuna violazione del divieto di *bail-out*, di cui all'art. 125 TFUE, perché il Trattato istitutivo non proibiva l'erogazione di prestiti soggetti all'obbligo di rimborso. Si può infatti leggere in detta decisione che: "la concessione di un'assistenza finanziaria ad un membro del MES, sotto forma di *linea di credito*, conformemente all'articolo 14 del Trattato MES, o sotto *forma di prestiti*, conformemente agli articoli 15 e 16 dello stesso Trattato, non comporta affatto che il MES si farà carico del debito dello Stato membro beneficiario. Al contrario, siffatta assistenza conduce a creare per quest'ultimo, il quale resta, per quanto riguarda i debiti esistenti, responsabile dei propri impegni nei confronti dei suoi creditori, un nuovo debito nei confronti del MES. Va rilevato a tal fine che, conformemente all'articolo 13, paragrafo 6, del Trattato MES, qualsiasi assistenza finanziaria concessa sul fondamento degli articoli 14-16 di quest'ultimo *deve essere rimborsata* al MES dallo Stato membro beneficiario e che, conformemente all'ar-

<sup>56</sup> Questo passaggio avvenne con il Trattato sulla fusione degli esecutivi ("Trattato che istituisce un Consiglio unico ed una Commissione unica delle Comunità europee"), firmato a Bruxelles, nel 1965. In realtà con esso gli Stati stabilirono di avvalersi di un'unica Commissione per gestire i settori rispettivamente regolati dai Trattati CE, CECA ed EURATOM. Viceversa, non venne unificato il Consiglio, con il risultato che i ministri nazionali sarebbero stati di volta in volta competenti decidere le questioni all'ordine del giorno del Consiglio in relazione a ciascuno di tali Trattati (tanto è vero che i relativi atti rimangono tuttora distinti).

ticolo 20, paragrafo 1, di detto trattato, l'importo da rimborsare è *maggiorato con un margine adeguato*<sup>57</sup>. Quindi, secondo la Corte di giustizia, il Trattato non vieterebbe i prestiti agli Stati membri; ma, al contempo, non consentirebbe erogazioni di somme a fondo perduto.

Dipende, in realtà, dalla corretta interpretazione della previsione sopra richiamata e da quale sia la contropartita concretamente attesa a fronte dell'erogazione di importi senza obbligo di restituzione.

In via preliminare, vale la pena di precisare che, nonostante le apparenze, le erogazioni di somme tramite il programma *Next Generation EU* non sono esattamente a fondo perduto. Per finanziare il programma di aiuti, infatti, sarà necessario porre mano ad una complessiva riforma del sistema delle risorse proprie. Detta riforma, allo stato, prevede sia un incremento della quota di contribuzione nazionale, che aumenterà all'1,4%<sup>58</sup>; sia l'introduzione di meccanismi di tassazione, che andranno quindi a gravare sulle popolazioni degli Stati membri, ivi incluse quelle residenti nei Paesi destinatari delle somme senza obbligo di restituzione<sup>59</sup>.

Ma soprattutto, l'aspetto che ha caratterizzato l'interpretazione dell'art. 125 TFUE nel corso della precedente crisi finanziaria è che le elargizioni di somme allo Stato non avvengano al di fuori del meccanismo della condizionalità<sup>60</sup>. A nostro sommo avviso, ciò che è centrale nella logica europea è che il finanziamento allo Stato membro avvenga dietro una contropartita nell'interesse comune. In altri termini, possono anche ammettersi elargizioni di somme di denaro a fondo perduto, ma a patto che il Paese ricevente sia disposto a realizzare determinate riforme che vengono ritenute necessarie dalla collettività degli Stati membri.

Ci sembra che sia proprio questo l'elemento che consente di affermare che il programma *Next Generation EU* non ponga problemi di compatibilità con l'art. 125 TFUE: le erogazioni, anche se prive di obbligo di restituzione, saranno comunque condizionate ad un impegno economico da parte dello Stato percipiente e al raggiungimento degli obiettivi indicati dalla Commissione. Lo stanziamento dei fondi è infatti subordinato all'approvazione di un piano di investimenti e di riforme da parte del Consiglio, su proposta della Commissione; e l'erogazione delle somme stanziate dipende dalla progressiva realizzazione delle riforme concordate. Non viene pertanto meno il principio di condizionalità che contraddistingue la corrente interpretazione dell'art. 125 TFUE.

---

<sup>57</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 26 ottobre 2012, causa C-370/12, *Pringle c. Irlanda*, ECLI:EU:C:2012:756, punti 139-140 (corsivi aggiunti).

<sup>58</sup> Nell'opinione generale, detta misura non sarebbe da sola sufficiente per le molteplici sfide che coinvolgeranno l'Unione nei prossimi anni (digitalizzazione, crisi climatica, migrazioni, ecc.). Si calcola, infatti, che il budget dovrebbe corrispondere al 2,5% del PIL degli Stati membri (v. P. PONZANO, *Un évanescant budget de la zone euro ou une véritable capacité fiscale de l'UE?*, in *Revue du droit de l'Unione européenne*, 2020, p. 169 ss., p. 178).

<sup>59</sup> Sui progetti di riforma del sistema delle risorse proprie, v. *infra*, par. 5.

<sup>60</sup> Sentenza *Pringle*, punto 143: "Orbene (...) la *rigorosa condizionalità* cui è subordinato qualsiasi sostegno alla stabilità fornito dal MES mira a garantire il rispetto, da parte del MES e degli Stati membri beneficiari, delle misure adottate dall'Unione in particolare nel settore del coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, le quali, dal canto loro, mirano segnatamente a garantire il perseguimento di una politica di bilancio virtuosa da parte degli Stati membri" (corsivo aggiunto).

5. Per sostenere un programma economico di così ampia portata il Consiglio europeo ha previsto, in termini per ora sommari, la necessità di istituire nuove risorse proprie.

D'altro canto, la necessità di una riforma non emerge soltanto ora<sup>61</sup>. È infatti notorio che il meccanismo attualmente esistente, concepito negli anni Settanta, non funzioni più in maniera adeguata<sup>62</sup>.

Il sistema prevede infatti due tipologie di risorse proprie. La prima è data dai proventi discendenti dalla tariffa doganale e dai prelievi di origine agricola (oltre a prelievi e premi di altro genere). La seconda è una percentuale, invero estremamente contenuta, dell'IVA riscossa in sede nazionale<sup>63</sup>. Di fatto, la rilevanza di detti proventi nel funzionamento del bilancio europeo si è notevolmente ridotta nel corso degli anni. Ciò è dovuto ad una concomitanza di fattori. I proventi discendenti dalla tariffa doganale comune sono infatti diminuiti per effetto della riduzione dei dazi a livello globale. La riduzione dell'IVA è invece dovuta alla percezione di detta imposta come un onere regressivo<sup>64</sup>, cosicché, nel corso degli anni, vari atti normativi ne hanno progressivamente ridotto l'incidenza<sup>65</sup>.

In conseguenza della riduzione di queste due voci, il bilancio dell'Unione ha dovuto sempre più fare affidamento sulle risorse provenienti dagli Stati membri. Si tratta della risorsa complementare fondata sul Reddito nazionale lordo (RNL). Questa, come è noto, è un'entrata variabile, dal momento che il suo ammontare dipende dal livello di ricchezza di ogni Paese. Detta risorsa è divenuta, nel corso del tempo, largamente prevalente, dal momento che, nel 2018, corrispondeva ad una quota pari al 71% dell'intero bilancio.

Questa situazione ha tuttavia ingenerato una anomala percezione del bilancio comune da parte degli Stati membri, dal momento che questi ormai si dividono in contribuenti e beneficiari netti, a seconda che percepiscano, dai fondi europei, più o meno di quanto versano i rispettivi governi. Un bilancio così strutturato presenta inoltre il difetto di rendere l'Unione sempre più dipendente dai proventi derivanti dai Paesi membri. Tanto più che la variabilità della quota nazionale discende da fattori correlati al singolo Stato, senza presentare alcuna attinenza rispetto all'evoluzione complessiva delle politiche europee.

In questo contesto, da molto tempo, si discute di una riforma del sistema delle risorse proprie, in modo da rendere l'Unione effettivamente indipendente sul piano economico. Tale dibattito ha d'altronde subito un'accelerazione a causa del recesso

<sup>61</sup> V. già la proposta di decisione del Consiglio, del 29 giugno 2011, relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea, COM(2011)510 def., p. 4 ss.

<sup>62</sup> F. MORO, *Art. 311 TFUE*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012, p. 2182 ss., p. 2192 s.; A. SOMMA, *Il bilancio dell'Unione europea*, cit., p. 877 ss.

<sup>63</sup> Attualmente tale percentuale ammonta allo 0,3%.

<sup>64</sup> L'IVA viene riscossa dagli Stati membri e successivamente versata all'Unione sulla base di un calcolo statistico. Tale metodo di computo è oggetto di critica perché, derivando da una semplice media aritmetica, l'imposta finisce per colpire i Paesi con il più elevato indice di consumo: essa tende, conseguentemente, a pesare in misura maggiore sulle economie meno prospere (v. G. CIPRIANI, *Financing the EU Budget. Moving Forward Or Backwards*, London, 2014, p. 9 (nel testo e in nota); G. CLEMENTE, *Art. 311 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, cit., p. 2391 s.).

<sup>65</sup> I. VEGA MOCOROA, *Il sistema delle risorse proprie nell'UE post-Brexit: un'occasione per la riforma*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, p. 29 ss., p. 34, riporta che l'incidenza sul bilancio europeo dei dazi doganali e dell'IVA è passata, rispettivamente, dal 40,7% del 1971 al 15,2% del 2014 e dal 66% del 1986 al 12% del 2018.

del Regno Unito e della conseguente diminuzione delle entrate fondate sulla quota del RNL.

Le conclusioni della riunione straordinaria del Consiglio europeo di luglio evitano, in realtà, di prendere posizione. Esse prevedono l'istituzione di una (o più) delle seguenti fonti di entrate: una tassa sui rifiuti in plastica; una tassa sul carbonio; un prelievo sul digitale; un'imposta sulle transazioni finanziarie. Di esse, pertanto, è opportuno trattare, seppure in via sintetica, data la stretta connessione tra nuove risorse e operatività del piano *Next Generation EU*.

L'imposta sui prodotti in plastica è quella di più facile istituzione. Questa si applica alla fonte nel senso che può essere riscossa direttamente presso i produttori. Inoltre, essa presenta il vantaggio di contribuire al miglioramento dell'ambiente. Nella maggior parte dei casi, infatti, il relativo costo verrà scaricato sui consumatori finali, con la conseguenza che costoro saranno maggiormente attratti dai prodotti confezionati con materiali riciclabili, in quanto non subiranno il sovrapprezzo determinato dall'imposta.

La *Carbon Tax* dovrebbe, invece, gravare sull'impiego dei combustibili fossili. Attualmente esiste un meccanismo di tassazione correlato al consumo di carbone, ma taluni beni e servizi ne sono esclusi<sup>66</sup>. In questo contesto, una riforma della tassa sulla produzione di carbonio significherebbe innanzitutto l'estensione ai settori attualmente non oggetto di imposizione. Come tale, è verosimile che la stessa possa incidere sulle attività maggiormente inquinanti, quali il trasporto aereo<sup>67</sup>. L'opinione sull'opportunità di istituire un prelievo siffatto non è unanime. Da un lato essa appare di agevole istituzione, dal momento che è facilmente esigibile presso le compagnie aeree. Essa presenta, inoltre, il vantaggio di favorire il raggiungimento del citato obiettivo della neutralità climatica. Un siffatto meccanismo di tassazione appare, invero, scarsamente adatto al periodo contemporaneo, perché va ad incidere su un settore già pesantemente colpito dalla crisi. L'istituzione di una simile imposta presenta, pertanto, lo svantaggio di risultare controproducente nel lungo periodo, perché potrebbe produrre conseguenze negative sui bilanci degli Stati membri, i quali si troverebbero costretti ad erogare aiuti economici al settore dei trasporti aerei, al fine di evitare una serie di fallimenti delle compagnie operanti in tale settore<sup>68</sup>.

In questo contesto, è verosimile pensare che, almeno all'inizio, la tassa venga introdotta solo quale *Border Carbon Tax*: come imposta che grava eminentemente sull'importazione dei prodotti da Paesi che non applicano un sovrapprezzo per l'uso di idrocarburi e per la produzione di anidride carbonica.

Anche l'imposta digitale presenta taluni inconvenienti, dal momento che incontra l'opposizione degli Stati Uniti sul piano delle relazioni commerciali internazionali, ma anche di diversi Stati membri, che hanno concluso accordi di sostanziale

---

<sup>66</sup> Per la discussione sul tema dell'incidenza di una *Carbon Tax* (ovvero per l'estensione di una tassazione nei settori non attualmente compresi nell'attuale meccanismo di controllo degli ETS - *Emissions Trading System*) ai fini dell'obiettivo della neutralità climatica, v. A. MAJOCCHI, *Carbon pricing. La nuova fiscalità europea dei cambiamenti climatici*, Bologna, 2020, p. 184 ss.

<sup>67</sup> A. MAJOCCHI, *Nuove risorse per il finanziamento del bilancio europeo*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2015, p. 467 ss.

<sup>68</sup> Come è già avvenuto di recente per fare fronte alla crisi economica post-pandemica; A. BELLADONNA, A. GILI, *Coronavirus e aviazione: lo Stato scende in pista*, in *ISPI*, 10 aprile 2020, reperibile online.

elusione fiscale con multinazionali operanti nel settore tecnologico (i c.d. *ruling*)<sup>69</sup>. Dal momento che l'istituzione di una nuova risorsa propria presuppone l'unanimità tra gli Stati membri, non è affatto scontato che, in detta materia, sia possibile raggiungere tale requisito<sup>70</sup>.

Maggiore condivisione, specie dopo l'uscita del Regno Unito, si ravvisa, invece, in relazione all'introduzione di una imposta sulle transazioni finanziarie. La stessa appare, inoltre, di agevole istituzione, perché potrebbe essere facilmente computata sull'ammontare della transazione. Essa, tuttavia, presenta lo svantaggio di incidere anche sulla tassazione diretta, nel senso che il medesimo provento potrebbe venire tassato due volte (come transazione finanziaria e, successivamente, come reddito, nel caso in cui l'investimento risulti vantaggioso). Una riforma siffatta, conseguentemente, presuppone una profonda modifica del Trattato, nel senso di ampliare le competenze delle istituzioni politiche in materia fiscale<sup>71</sup>.

6. L'erogazione dei fondi agli Stati membri che ne faranno richiesta presuppone il rispetto del piano di riforme, secondo un apposito e dettagliato progetto che dovrà essere presentato dai Paesi richiedenti in un lasso di tempo intercorrente tra il 15 ottobre 2020 ed il 30 aprile 2021.

Più precisamente, il piano *Next Generation EU* si compone di molteplici programmi, che spaziano dalla resilienza economica, alla transizione verde e digitale, alle riforme richieste dalla Commissione ad ogni Stato membro nelle raccomandazioni inviate nell'ambito del precedente semestre europeo<sup>72</sup>. In questa molteplicità

<sup>69</sup> La questione riguarda il settore degli aiuti di Stato. Per il momento il Tribunale dell'Unione europea ha considerato legittimo un analogo accordo concluso dall'Irlanda con Apple (sentenza del 15 luglio 2020, cause riunite T-778 e 892/16, *Irlanda e a. c. Commissione europea*, ECLI:EU:T:2020:338; la Commissione europea ha proposto appello davanti alla Corte: causa C-465/20 P).

<sup>70</sup> A ciò si aggiunga che una simile imposta potrebbe finanche avere un effetto depressivo sui consumi. Tutte le aziende oggi utilizzano i dati personali per finalità di profilazione commerciale. I dati all'uopo necessari, in taluni casi, sono autoprodotti all'interno dell'impresa che ne fa uso; ma, nella maggior parte dei casi, vengono acquistati presso le multinazionali del settore tecnologico, le quali, godono, sotto questo profilo, di una posizione dominante sul mercato. L'introduzione di un'imposta sui dati rischierebbe, conseguentemente, di gravare non tanto sulle multinazionali che li collazionano, quanto piuttosto sulle imprese minori che li acquistano e, infine, sugli stessi consumatori che si troverebbero indirettamente a pagare il prezzo dell'acquisto dei propri dati alla fonte: v. P. COLLIN, N. COLIN, *Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique*, Ministry of Finance and Development, Ministère du Redressement Productif, gennaio 2013, reperibile *online*, spec. p. 52; T. ROSEMBUJ, *Taxation and Capitalism of Surveillance*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2019, p. 134 ss.

<sup>71</sup> Un cambiamento siffatto del Trattato istitutivo richiederebbe d'altro canto anche una modifica del procedimento previsto dall'art. 311, co. 3, TFUE. Come si è visto sopra nel testo, il procedimento per l'introduzione di nuove risorse proprie si svolge per lo più in seno al Consiglio, senza alcun coinvolgimento del Parlamento europeo. Stante la correlazione della tassa sulle transazioni finanziarie con il reddito delle persone fisiche e giuridiche, sarebbe ragionevole modificare il procedimento prevedendo il coinvolgimento dell'assemblea parlamentare, per evitare che vengano introdotte tasse senza la partecipazione diretta dei rappresentanti eletti dai contribuenti (secondo la massima "no taxation without representation"; v. M. C. FREGNI, *Legitimacy in Decision-Making in Tax Law: Some Remarks on Taxation, Representation and Consent to Imposition*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2017, p. 410 ss.).

<sup>72</sup> Gli altri programmi previsti dal piano *Next Generation EU* sono: REACT-EU (47,5 miliardi); Orizzonte Europa; InvestEU (5,6 miliardi); Sviluppo rurale (7,5 miliardi); Fondo per una transizione giusta (10 miliardi); RescEU (1,9 miliardi).

di strumenti di sostegno, il più importante, per quantità e rilevanza, è il *Recovery and Resilience Facility*. In concreto è lo strumento attraverso il quale verranno erogati oltre seicento miliardi di euro.

Il fondo in questione è oggetto della proposta di regolamento che la Commissione ha presentato nell'ambito del pacchetto del 28 maggio 2020<sup>73</sup>. Difficile prevedere con esattezza quanto durerà l'*iter* per l'adozione del regolamento e se il testo definitivo subirà modifiche rilevanti. Si ipotizza, in maniera forse eccessivamente ottimistica, che il regolamento possa essere approvato entro il mese di dicembre 2020 e che le prime erogazioni perverranno intorno al mese di aprile 2021. In questo contesto vi è anche la necessità di accelerare, per quanto possibile, la predisposizione dei piani di riforma e di investimento da parte degli Stati membri, per cercare di anticipare il momento dell'erogazione dei fondi. Con questa specifica finalità, nell'attesa che il regolamento venga adottato, la Commissione europea ha pubblicato una bozza degli orientamenti generali, che tengono conto delle discussioni in corso e che consentono di comprendere meglio quali saranno i criteri per i progetti che verranno ammessi al finanziamento, in modo da agevolare gli Stati membri nella loro predisposizione<sup>74</sup>.

Le condizioni per accedere al *Recovery and Resilience Facility* sono sostanzialmente analoghe a quelle già descritte a proposito dell'esame dell'accordo raggiunto nel corso del Consiglio europeo di luglio. In questo contesto, ci limiteremo ad un'analisi sintetica della proposta, cercando di mettere in luce le eventuali peculiarità dello strumento regolamentare.

Per ricevere i finanziamenti previsti dal fondo per la ripresa e la resilienza, gli Stati membri devono quindi presentare progetti di riforme e di investimenti necessari per sostenere la crescita economica e favorire l'incremento dei livelli occupazionali. A tal fine, si richiede che i governi nazionali impieghino una parte consistente di risorse proprie. Solo nel caso in cui le somme a fondo perduto siano insufficienti per raggiungere gli obiettivi prefissati, allora gli Stati possono accedere ai prestiti.

Per essere ammessi al finanziamento, i piani devono rispondere ad una pluralità di requisiti. All'uopo si introduce una distinzione tra riforme e investimenti<sup>75</sup>. Le prime devono essere coerenti con quelle specificamente richieste al singolo Paese membro, che vengono indicate dalla Commissione tramite raccomandazioni, nell'ambito del semestre europeo. A tal fine, si prevede, per l'appunto, un collegamento – anche dal punto di vista temporale – con il semestre europeo del 2021. I piani di riforma devono, infatti, essere presentati entro il 30 aprile, in modo da venire valutati e monitorati dalla Commissione europea nel corso dell'esame da questa condotto sul progetto di legge di bilancio.

In sostanza, la rispondenza delle riforme alla realizzazione di determinati obiettivi stabiliti dalla Commissione colloca l'intero programma di aiuti nella consueta prospettiva neolibertistica europea. Si tratta, infatti, di potenziare le capacità di sviluppo economico e di resilienza dei Paesi periferici, in modo da rendere maggiormente omogeneo il contesto europeo in cui si articolano le dinamiche competitive. In questo contesto, l'erogazione delle somme non potrà essere certo utilizzata per

---

<sup>73</sup> Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 maggio 2020, che istituisce un dispositivo per la ripresa e la resilienza, COM(2020)408 final.

<sup>74</sup> Commission Staff Working Document, del 17 settembre 2020, Guidance to Member States Recovery and Resilience Plans, SWD(2020)205 final.

<sup>75</sup> *Ivi*, p. 11 s.

sollevare il Paese destinatario dai propri debiti e neppure per consentire a quest'ultimo di porre in essere gli strumenti per alleviare le tasse in maniera generalizzata o per aumentare le pensioni, ma solo per spingere il Paese a realizzare le riforme concordate nel comune interesse europeo<sup>76</sup>.

I piani di investimento devono, al contrario, favorire il progressivo impiego di energie rinnovabili e la digitalizzazione dei servizi. Si prevede infatti che una parte consistente del piano di investimento sia indirizzato alla c.d. transizione verde (almeno il 37%) e alla diffusione delle tecnologie digitali (il 20%)<sup>77</sup>. In questo ambito rientrano sia gli investimenti a favore delle infrastrutture necessarie (decarbonizzazione degli impianti industriali, impiego di energie rinnovabili, creazione di reti ultraveloci, ecc.), sia quelli richiesti per la formazione e la preparazione del personale<sup>78</sup>. Per risultare ammissibili al finanziamento, i piani di investimento devono poi favorire una crescita stabile in modo da indurre un aumento dell'occupazione. Essi devono inoltre essere estremamente dettagliati, indicando i livelli di crescita economica ed occupazionale attesi, in modo da consentire più agevolmente la verifica dei target intermedi.

La Commissione seguirà l'intero processo e coadiuverà gli Stati membri nella predisposizione dei piani e nella loro attuazione. A tal fine è stata creata un apposito nucleo di esperti (la *Recovery and Resilience Task Force*<sup>79</sup>).

Nella sostanza, i piani presentati dagli Stati membri saranno soggetti ad una tripla condizionalità: rispetto delle riforme richieste dalla Commissione; avvio della transizione verde e digitale; incremento duraturo della crescita economica.

La Commissione ha inoltre fatto sapere, per ora in via informale, che preferisce ricevere ed esaminare pochi progetti di grandi dimensioni, piuttosto che una miriade di richieste suscettibili di produrre una scarsa incidenza sulla crescita economica. In questo contesto è verosimile che, alla luce dei requisiti richiesti, le imprese di piccole dimensioni rischino di venire escluse dalla percezione dei finanziamenti.

<sup>76</sup> Secondo E. MOSTACCI, *La terza onda. L'Unione europea di fronte alle conseguenze economiche della pandemia*, in *DPCE online*, 2020, p. 2369 ss., p. 2387 s., “[i]n altri termini, considerate anche le caratteristiche del processo di integrazione europea, il piano di cui si discute non potrà essere finalizzato alla migliore garanzia dei diritti sociali dei cittadini dei diversi Stati membri o alla promozione della loro emancipazione (...) ostano a un esito consimile i fondamenti assiologici del progetto comunitario, almeno per come si è concretamente sviluppato nel corso dei decenni, con la centralità delle quattro libertà e la prevalenza di obiettivi di natura economicistica, a partire dall'economia fortemente competitiva, con cui le istanze sociali si debbono raccordare su di un piano dichiaratamente non paritario. Più modestamente, l'ambizione del piano di cui si discute dovrà essere in buona misura *narrowly tailored* e focalizzarsi su obiettivi di natura specificamente economica, a partire dalla garanzia per tutti i sistemi Paese di poter rimanere, con risultati positivi, all'interno del mercato interno”.

<sup>77</sup> Vi è, d'altra parte, una profonda connessione tra rivoluzione verde e digitalizzazione, nel senso le tecnologie digitali favoriscono l'utilizzazione di servizi a basso impatto ambientale (v. P. GUERRIERI, P. C. PADOAN, *L'economia europea. Tra crisi e rilancio*, Bologna, 2020, p. 138).

<sup>78</sup> Nel corso della riunione straordinaria del Consiglio europeo dell'1-2 ottobre 2020 è stata fornita qualche indicazione ulteriore sulla tipologia di investimenti ammissibili per favorire la transizione digitale. Questi comprendono: l'innovazione tecnologica in materia di supercomputer, *blockchain* e intelligenza artificiale; sviluppo dei microprocessori; dispiegamento della fibra ottica e della rete 5G sul territorio europeo; potenziamento della capacità di resistenza alle minacce informatiche; sfruttamento delle tecnologie digitali per raggiungere gli obiettivi della neutralità climatica; sviluppo delle capacità digitali nei sistemi di istruzione (v. le conclusioni del 2 ottobre 2020, EUCO 13/20, punto 8).

<sup>79</sup> Istituita in data 16 agosto 2020. La struttura opera in diretto collegamento con il Segretariato generale della Commissione. Per ulteriori informazioni v. [ec.europa.eu](http://ec.europa.eu).

Occorrono infatti notevoli competenze e considerevoli risorse per presentare piani di investimento che rispondano a tutti i requisiti richiesti.

L'approvazione dei piani di riforma avviene con decisione, entro il termine di quattro mesi dalla presentazione. La decisione dovrà fissare l'importo complessivo, i target intermedi, i tempi di realizzazione del piano di riforma e di investimento. Queste condizioni condizioneranno l'erogazione dei fondi, nel senso che questa avviene per *step* successivi, al raggiungimento degli obiettivi intermedi. Nello stesso termine di quattro mesi, la Commissione può rigettare la richiesta di finanziamento, dopo avere posto lo Stato membro in condizione di presentare le proprie osservazioni.

Nel caso in cui la Commissione ritenga che lo Stato non abbia conseguito il target intermedio, la stessa sospende il pagamento per un periodo sei mesi, nell'attesa che lo Stato raggiunga l'obiettivo di medio periodo. Se al termine di detto periodo lo Stato membro non è riuscito a raggiungere l'obiettivo, il finanziamento viene definitivamente annullato<sup>80</sup>. Questo punto deve essere, tuttavia, integrato con la determinazione, espressa nelle conclusioni della riunione straordinaria del Consiglio europeo, di consentire ad ogni Stato membro di avviare la procedura del "freno di emergenza"<sup>81</sup>.

Il termine per la presentazione dei progetti e per il loro completamento è alquanto ristretto. Le somme a fondo perduto dovrebbero essere disponibili entro il 31 dicembre; i finanziamenti possono venire richiesti, al massimo, entro il 2024. Le riforme devono essere realizzate in un tempo massimo di quattro anni; gli investimenti entro un periodo di sette anni decorrenti dall'approvazione.

Fino a questo momento pochi Paesi membri hanno presentato un piano per accedere ai finanziamenti, anche se è probabile che la pubblicazione, da parte della Commissione, degli orientamenti generali<sup>82</sup> determinerà un'accelerazione in questo senso.

Tra i Paesi che hanno predisposto dei progetti, con indicazione anche numerica delle cifre impegnate, è opportuno menzionare la Germania, che ha presentato un piano di investimenti di centotrenta miliardi di euro nel mese di giugno e, più recentemente, la Francia la quale, in data 3 settembre 2020, ha presentato il piano *France Relance*. Il programma tedesco prevede ingenti investimenti a favore di una riduzione delle imposte indirette (ed in particolare dell'IVA), al fine di spingere i consumi; il miglioramento della mobilità sostenibile; l'introduzione di incentivi per auto elettriche; un vasto programma di sfruttamento delle risorse energetiche pulite, quali l'idrogeno; un piano di riduzione della burocratizzazione e di semplificazione degli oneri amministrativi<sup>83</sup>.

Il piano francese prevede, invece, un intervento per un totale di cento miliardi (su trentanove di sovvenzioni a fondo perduto che saranno percepite dal governo di Parigi). Si tratta di un progetto alquanto articolato. In sostanza esso si suddivide in tre aree principali, che spaziano dalla transizione energetica (trenta miliardi), alla coesione sociale e territoriale (trentasei miliardi), alla competitività delle imprese<sup>84</sup>.

---

<sup>80</sup> Art. 17, par. 6, della proposta COM(2020)408 final.

<sup>81</sup> V. *supra*, par. 2.

<sup>82</sup> SWD(2020)205 final.

<sup>83</sup> Una sintesi del piano tedesco è consultabile al sito [www.bundesfinanzministerium.de](http://www.bundesfinanzministerium.de).

<sup>84</sup> Il programma di riforme ed investimenti francese è consultabile al sito [www.gouvernement.fr](http://www.gouvernement.fr).

Ognuna di queste, poi, si suddivide in vari settori: tra questi meritano di essere menzionati, in relazione al settore ecologico, le misure per la conservazione della biodiversità; l'incoraggiamento verso un'alimentazione più sana, attraverso l'impiego di prodotti locali e di proteine vegetali; la creazione di infrastrutture per facilitare i trasporti senza uso di combustibili fossili (come lo sviluppo di reti ciclabili e ferroviarie). Nell'ambito della competitività e della coesione sociale, il piano prevede importanti misure di sostegno alle imprese, quali una riduzione delle imposte e incentivi per la rilocalizzazione sul territorio francese delle catene produttive e di approvvigionamento; un sostegno alle attività culturali, alla formazione professionale e, infine, all'avvio al lavoro.

Per quanto riguarda la situazione italiana, al momento, sono state diffuse solo talune linee guida esplicative del contenuto dei progetti attesi: esse sono pertanto prive della indicazione delle cifre e dello stato previsionale della crescita economica e occupazionale attesa. Nella sostanza, dette linee guida prevedono sei aree di intervento: aumento degli investimenti pubblici e privati; riforma della pubblica amministrazione; ricerca e sviluppo; riforma del fisco; riforma della giustizia al fine di ridurre la durata dei processi civili; riforma del mercato del lavoro. Si tratta, in definitiva, delle medesime richieste indirizzate all'Italia nelle ultime raccomandazioni elaborate dalla Commissione europea<sup>85</sup>.

Sembrirebbe, invero, che il nostro Paese rischi di trovarsi parzialmente in ritardo nella predisposizione dei progetti: non tanto in rapporto al termine del 30 aprile (termine utile affinché gli stessi siano monitorati nel corso del semestre europeo), quanto piuttosto rispetto all'obiettivo di percepire il più rapidamente possibile i sussidi necessari per far ripartire l'economia<sup>86</sup>.

7. Indubbiamente con l'approvazione del piano *Next Generation EU* è mutata la prospettiva ed il modo di gestione delle crisi. Ora la ripresa economica è percepita come un valore fondamentale per il funzionamento dell'intero mercato interno. D'altro canto, le ricette imposte a taluni Paesi dalla c.d. *troika*, all'epoca della precedente crisi finanziaria, che erano fondate essenzialmente su tagli drastici della spesa pubblica (la c.d. *austerità*), non hanno dato buona prova. La politica seguita in quegli anni ha infatti indotto un lungo periodo di depressione economica, rispetto al quale la ripresa è risultata, alle volte, finanche più problematica<sup>87</sup>. La novità del *Recovery Fund* va, quindi, salutata con favore.

Se è possibile muovere una critica, è bene porre in rilievo come, da un punto di vista dell'equilibrio istituzionale, lo spazio di manovra dei Parlamenti nazionali nella conduzione delle politiche economiche risulti ulteriormente ristretto. L'art. 5

<sup>85</sup> Le ultime raccomandazioni specifiche per l'Italia sono state adottate in data 20 maggio 2020 (v. la raccomandazione di raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2020 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2020 dell'Italia, COM(2020)512 final).

<sup>86</sup> Per questa ragione, nella citata lettera di Dombrowskis e Gentiloni del 19 settembre 2020 si invitano gli Stati membri ad inserire già nel progetto di legge di bilancio per il 2021 lo stato previsionale dei progetti connessi all'uso delle risorse del fondo RFF.

<sup>87</sup> Sulle conseguenze economiche dell'*austerità* v., da ultimo, A. ALESINA, C. FAVERO, F. GIAVAZZI, *Austerità. Quando funziona e quando no*, Padova, 2019, p. 194 ss., secondo i quali il risparmio della spesa corrente produce effetti positivi solo se applicato alle spese improduttive e con il precipuo scopo di evitare di aumentare l'imposizione, al fine di non deprimere gli investimenti.

TFUE stabilisce infatti che le politiche economiche rimangono di pertinenza degli Stati membri, salvo l'obbligo di questi ultimi di coordinarsi per il raggiungimento di un bene comune.

Di fatto, lo spazio di manovra per i parlamenti nazionali era già confinato nei limiti del 3%; successivamente esso si è ulteriormente ridotto per il principio del pareggio di bilancio introdotto dal *Fiscal compact* e del conseguente obbligo di riduzione del deficit in ragione di un ventesimo per anno<sup>88</sup>. Con l'introduzione del *Recovery Fund*, la maggior parte del potere decisionale spetta ormai all'organo esecutivo. La Commissione europea dispone, infatti, di un estesissimo potere di condizionamento delle politiche nazionali rispetto agli obiettivi da essa stessa indicati, che esercita attraverso le raccomandazioni specifiche per ogni singolo Paese. Il condizionamento esistente tra la percezione dei fondi ed il rispetto delle raccomandazioni finisce per spostare a livello sovranazionale il centro decisionale della politica economica.

Viene a questo punto naturale chiedersi se, alla luce del principio democratico di cui all'art. 10 TUE, abbia ancora senso mantenere un sistema nel quale l'intervento del Parlamento europeo, nella definizione del Quadro finanziario pluriennale, avviene solo in via successiva, allorché si tratti di approvare un pacchetto già confezionato dalla Commissione e approvato dal Consiglio europeo, quando si è, nella sostanza, già trovata l'unanimità in sede di Consiglio<sup>89</sup>. In questo momento, il potere di incidenza del Parlamento europeo sul quadro finanziario pluriennale appare alquanto ridotto. Di fatto, esso è limitato a specifiche clausole<sup>90</sup>, ma non si può certo estendere all'individuazione degli obiettivi complessivi dell'azione europea. Alla luce delle modifiche intervenute nel sistema europeo, sarebbe forse più ragionevole coinvolgere l'assemblea nella fase iniziale, nel momento in cui si tratta di definire gli obiettivi generali dell'azione europea, sulla falsariga di quanto avviene nell'ambito della procedura legislativa ordinaria<sup>91</sup>.

---

<sup>88</sup> Il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria, comunemente definito *Fiscal Compact* (avendo, quale scopo essenziale, gli impegni di bilancio negli Stati membri firmatari), è stato firmato a Bruxelles il 2 marzo 2012. Per l'Italia v. la legge 23 luglio 2012, n. 114, Ratifica ed esecuzione del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance nell'Unione economica e monetaria - cd. *Fiscal Compact*, fatto a Bruxelles il 2 marzo 2012.

<sup>89</sup> Art. 312, par. 2, TFUE.

<sup>90</sup> Come sta, almeno in parte, accadendo ora per l'introduzione di un esplicito condizionamento della percezione dei fondi al rispetto dello Stato di diritto: v. *supra*, nota 17.

<sup>91</sup> Ritiene necessaria una riforma del testo dell'art. 311 TFUE anche N. DE SADELEER, *Le plan de relance Next Generation EU*, cit., p. 12.

## Abstract

### The Recovery Fund

The Next Generation EU (also called *Recovery Fund* for its function of restructuring the economy of the member States, after the COVID-19 pandemic) is a plan with which the European Union aims to raise funds on the market through the issue of bonds and, subsequently, to disburse sums of money, including non-repayable funds, for the realization of projects of common European interest. With this plan, the EU intends to finance the so-called green transition, bridge the digital divide and, in addition, support the structural reforms necessary for each member State.

The program is very ambitious and marks a turning point in the European Union's approach to managing economic crises, in the sense that, instead of the so-called 'austerity', the supranational legislator prefers to finance investments capable of supporting growth and industrial reconversion.

The paper analyzes the conclusions of the extraordinary meeting of the European Council in July and the main draft acts published by the European Commission. The author notes that the program presents certain provisions which, at first glance, may appear incompatible with the Treaty, such as the power of the Commission to issue bonds and the incidence of the no bail-out clause on the legitimacy of non-repayable aids. However, these doubts can be resolved in the light of the correct reading of the provisions of the Treaty on the Functioning of the European Union.

The problem is that the Next Generation EU plan ends up restricting the already limited room for maneuver of national parliaments in defining economic policies, so it does not seem really lawful in the light of the democratic principle enshrined in Article 10 TEU.

Francesco Moliterni\*

# Crisi pandemica economico-sanitaria, il fenomeno del “mondo piccolo” e il paradigma “*common safety, common benefit*” come modello giuridico e strumento euristico: considerazioni introduttive

SOMMARIO: 1. La anomalia economico-sanitaria della crisi da Covid-19 e la sua straordinaria importanza sistemica globale. – 2. Rimedi e strumenti di protezione dai rischi sistemici e crisi “pandemica”: incertezza (fattuale) e “invenzione” delle regole. – 3. Misure di contenimento della crisi delle regole: “*common safety, common benefit*” come “legge degli dei” o “legge immutabile della necessità”. – 4. Il modello giuridico “*common safety, common benefit*” e le misure di “*recovery funds*”.

1. Proteggere con ogni mezzo ed ogni strumento a disposizione il sistema economico-finanziario dai “*mechanism of liquidity crisis*”<sup>1</sup>, specie in *times of crisis* estreme come la attuale crisi economico-sanitaria, è essenziale. È un’evidenza logica “assoluta”<sup>2</sup>. Imparando dalle crisi passate<sup>3</sup>, si sono costruiti modelli giuridici e “strumenti” finanziari e/o di intervento finanziario funzionali a proteggere la stabilità di imprese e del sistema finanziario ed economico, la cui efficienza è appunto provata e misurata in ragione della storia delle precedenti crisi e, sia pure con le peculiarità legate a ciascuna fase economica, in ragione della regolarità di alcuni fenomeni economico-finanziari intesi nella loro dimensione sistemica.

\* Ordinario di Diritto dell’economia nell’Università degli studi di Bari Aldo Moro.

<sup>1</sup> U. BINDSEIL, *Monetary Policy Operations and the Financial Systems*, Oxford, 2014, p. 145 ss. Per un confronto con la storia attuale del fenomeno si veda, fra gli altri, D. MASCIANDARO, *La triplice scommessa della Federal Reserve*, in *IlSole-24Ore*, 28 agosto 2020, p. 3; ID., *Da Powell solo parole lasciate a metà*, *ivi*, 17 settembre 2020, p. 23. M. VALSANIA, *Svolta FED sul target inflazione*, *ivi*, 28 agosto 2020, p. 3; ID., *La Fed: tassi vicini allo zero almeno fino alla fine del 2023*, *ivi*, 17 settembre 2020, p. 21.

<sup>2</sup> Ed utilizzo l’“immagine” forte dell’assolutezza in modo consapevole, così come suggerito con riferimento alle leggi dei numeri fra gli altri da R. FEYNMAN, *Sei pezzi facili*, Milano, 2000, p. 21 ss.

<sup>3</sup> G. DIOGUARDI, *Imparare dalle crisi*, in *Discorsi sulla crisi*, in *I quaderni di varia cultura*, Bari, 2010, p. 22 ss. Più in generale, suggerisce di “imparare dalle catastrofi”, J. HABERMAS, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Milano, 2000, II ed., p. 5.

Tuttavia, l'attuale crisi è originata da un meccanismo più complesso o almeno *diversamente* complesso rispetto al dualismo economia reale-economia finanziaria e/o viceversa, dove le crisi si estendono dal(l'economia) reale alla finanza o dalla finanza al(l'economia) reale con costante elemento caratterizzante: la crisi di "liquidità monetaria"<sup>4</sup>. In altre parole non è solo "una perturbazione del sistema finanziario che può avere gravi conseguenze negative per il mercato interno e l'economia reale" (art. 2, par. 1, n. 30 della direttiva 2014/59/UE).

La crisi in atto è innescata ed alimentata da una pandemia, singolare quanto evidente e quasi assiomatica anomalia fattuale della attuale crisi, che, prima di tutto, è stata ed è una sorta di feroce sublimazione del fenomeno del "mondo piccolo"<sup>5</sup> e della rivoluzione della interconnessione "avanzata" nelle relazioni umane: sistemi economici sempre più interconnessi a livello globale ed implementazione dei trasferimenti aerei e ferroviari sempre più rapidi e frequenti. In ragione della velocità ed intensità di circolazione dei vettori del virus, cioè noi esseri umani, l'espansione sistemica della infezione virale e della conseguente malattia è stata tale da costringere uno *status* di economia sospesa, almeno in larga misura. È quest'ultimo un fenomeno "collettivo", "emergente"<sup>6</sup>, che non è solo disposto per decreto, ma è anche un *fenomeno collettivo emozionale*, dove in ogni caso "un comportamento collettivo non può essere (...) previsto", né, aggiungo, spiegato "considerando solamente i singoli elementi che lo costituiscono"<sup>7</sup>. E la mia sensazione è che non si tratti solo di consapevolezza collettiva del rischio per la salute pubblica, fenomeno quanto mai sano e coerente con l'istinto di sopravvivenza. Temo la prevalenza di una (possibile) commistione di paura per la salute personale e pubblica e sfiducia nelle dinamiche attuali e future del sistema economico-finanziario: fenomeno nuovo anche per gli studiosi di economia comportamentale. In tale dimensione, il ruolo dei "pungoli sociali", così come studiati fra gli altri dal premio Nobel Thaler, e delle conseguenti "influenze sociali" potrebbero svolgere un ruolo importante ai fini della diffusione sistemica di comportamenti socialmente positivi.

Per usare le parole di Thaler, "gli architetti delle scelte" dovrebbero o "devono sapere come incoraggiare (...) comportamenti sociali vantaggiosi"<sup>8</sup>. Principio che, applicato alla attuale "emergenza"<sup>9</sup> socio-sanitaria ed economico-finanziaria avente "importanza sistemica" globale, e in mancanza di un altro mondo possibile, non può che tradursi nel perseguimento degli obiettivi o dell'obiettivo della "common safety, [e del conseguente] common benefit"<sup>10</sup>, sempre sotto la guida dello "scrutinio

<sup>4</sup> Cfr. F. MERUSI, *Commento all'art. 47*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1980, p. 154, testo e nota n. 2, dove si rinvia a F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Intervento pubblico e ordinamento del credito*, Milano, 1978, p. 64 ss.

<sup>5</sup> Per il fenomeno del "mondo piccolo" ed il ruolo degli delle persone *hub* o "aggregatori" come "centro di interscambio" di informazioni, ma anche di virus, a livello globale, si veda P.M. HIGGINS, *La matematica dei social network. Una introduzione alla teoria dei grafi*, Bari, 2012, p. 47 ss., spec. p. 49. E prima ancora A.-L. BARABÀSI, *Link. La scienza delle reti*, Torino, 2004, p. 46 ss.

<sup>6</sup> G. CALDARELLI, M. CATANZARO, *Scienza delle reti*, Milano, 2016, p. 16.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile*, Milano, 2017, III ed., p. 62.

<sup>9</sup> Cfr. A.F. DE TONI, L. COMELLO, L. ION, *Auto-organizzazioni. Il mistero dell'emergenza nei sistemi fisici, biologici e sociali*, Venezia, 2011, p. 21 ss.

<sup>10</sup> Cfr. comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, alla Banca europea per gli investimenti e all'Eurogruppo, del 13 marzo 2020, Risposta economica coordinata all'emergenza COVID-19, COM(2020)112 final, p. 1; v. anche

della ragionevolezza”<sup>11</sup>. È una *mutualità*<sup>12</sup> emergenziale, estremamente complessa, come tutti i fenomeni sistemici emergenti dal basso<sup>13</sup> (in questo caso, la pandemia con le sue regole emergenziali), e come tale ha un carattere fattuale. Una complessa mutualità emergenziale, che, sul piano della disciplina giuridica, risponde a – e si specifica in – regole fattuali<sup>14</sup>.

Si tratta di una complessità<sup>15</sup> diversa da quella che ha caratterizzato la crisi di sistema del 2007/2008<sup>16</sup>, dove essenzialmente vale quanto osservato sulle “crisi di liquidità” anche da studiosi (della teoria) delle reti e dei sistemi complessi come Caldaresi e Catanzaro: esse “dipendono dall’intreccio di relazioni di prestiti e debiti fra le banche”, ed aggiungo, dall’intreccio fra banche ed intermediari finanziari, nonché dal fenomeno del *credit risk transfer* dalle banche alle compagnie di assicurazioni (come i casi di Lehman Brothers e della compagnia assicurativa AIG insegnano)<sup>17</sup>, tanto che, come ricorda fra gli altri Stiglitz, è stato esteso l’accesso al credito di ultima istanza anche a soggetti diversi dalle banche: interessando così “un insieme ancor più vasto di istituzioni finanziarie”<sup>18</sup>.

In altre parole, la crisi attuale ha una complessità (anche) giuridica, ma prima di tutto una complessità fattuale, dove le conseguenze economico-finanziarie estreme, collegate allo stato di economia sospesa, impongono, appunto in modo fattuale, misure, rimedi giuridici, regole, a loro volta caratterizzati da una natura (delle cose)

---

gli allegati alla comunicazione, spec. allegato 2 – Misure nazionali relative ai prodotti e dispositivi medici e ai dispositivi di protezione individuali, p. 3 s., dove fra l’altro si osserva che “la crisi COVID-19 costituisce un’emergenza sanitaria senza precedenti. Rappresenta una seria minaccia a livello mondiale, ed ha un forte impatto in Europa”. In tale prospettiva, sono del tutto condivisibili le parole di Philip Lane, capo economista della BCE, secondo cui “la pandemia è comune e la Bce è la risposta comune”, così come riferisce I. BUFACCHI, *Bce pronta a tutto per rilanciare l’economia*, in *IlSole-24Ore*, 11 giugno 2020, p. 7.

<sup>11</sup> Cfr. F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione*, Bologna, 2007, p. 241 ss. e spec. p. 242; F. BERLINGIERI JR., *Le convenzioni internazionali di diritto marittimo e il codice della navigazione*, Milano, 2009, p. 270 ss.

<sup>12</sup> Per l’idea di mutualità complessa sia pure nel modello economico-giuridico delle assicurazioni si veda A. LA TORRE, *L’assicurazione nella storia delle idee*, Milano, 2000.

<sup>13</sup> Cfr. A.F. DE TONI, L. COMELLO, L. ION, *op. cit.*, p. 21 ss. e spec. p. 138.

<sup>14</sup> F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, Milano, 2010, p. 102.

<sup>15</sup> “La complessità, un campo scientifico esploso di recente, cerca di capire il comportamento di sistemi composti da milioni di parti e di individuare in che modo l’ordine emerge dal caos e dalla causalità attraverso le leggi dell’autorganizzazione. I sostenitori della complessità appartengono alle discipline più varie, dalla matematica alla fisica, dall’ecologia al mondo degli affari” (A.-L. BARABASI, *op. cit.*, p. 9). E mi piace ancora ricordare con le parole del premio Nobel Ilya Prigogine che la “complessità, proprio come l’irreversibilità, risulterebbe dai numerosi elementi del gioco”, così I. PRIGOGINE, *Le leggi del caos*, Roma-Bari, 1993, p. 24.

<sup>16</sup> Cfr. M. MONTI,  *Mercati, la pandemia vista dai trader: volatilità più alta che nella crisi 2008*, in *IlSole-24Ore*, 5 giugno 2020, p. 22.

<sup>17</sup> Per una analisi basata sui dati e sull’esperienza della crisi finanziaria del 2007-2009 si veda FINANCIAL CRISIS INQUIRY COMMISSION, *The Financial Crisis Inquiry Report. Final Report of the national Commission on the Causes of the Financial and Economic Crisis in the United States*, Official Government Edition, 2011, p. xxi e p. xxiv s., spec. p. 50 ss., consultabile al sito [www.govinfo.gov](http://www.govinfo.gov).

<sup>18</sup> J.E. STIGLITZ, *Le nuove regole dell’economia. Sconfiggere la disuguaglianza per tornare a crescere*, Milano, 2016, p. 106, dove fra l’altro si precisa: “i prestiti di emergenza sono essenziali durante una crisi, e costituiscono uno dei poteri a cui il governo federale può ricorrere per mitigare il rischio di panico finanziario. Ma in assenza di regole, linee guida e limiti chiaramente definiti questi poteri possono essere oggetto di gravi abusi”.

fattuale o quasi-fattuale: in altre parole, regole fattuali, “se vuoi questo devi fare quello”<sup>19</sup>.

I soggetti portatori di un potere sovrano formale possono anche disconoscere o ignorare la informale “sovranità” fattuale della natura delle cose e delle sue regole<sup>20</sup>. Tuttavia, il rischio è che essi subiscano la fascinazione del “sogno di Diocleziano”<sup>21</sup>, con effetti pandemici – non solo socio-sanitari – forse difficilmente prevedibili nella misura, ma non imprevedibili nelle dinamiche e nella direzione dei loro effetti: gli effetti pandemici cui faccio riferimento, ripeto, non sono solo quelli della epidemia del virus, quanto piuttosto quelli della conseguente crisi economico-finanziaria.

In entrambi i casi, il pericolo di espansione sistemica della crisi si concentra nella infezione degli *hub* (o centri aggregatori), soprattutto i grandi *hub* con migliaia o milioni di connessioni con altri partecipanti alla rete (in realtà, a ben riflettere, sono loro, gli *hub*, essi stessi rete)<sup>22</sup>: specie se si tratta di *hub* interconnessi ed interoperanti con altri *hub* come avviene nei sistemi di pagamento o di regolamento titoli interconnessi. In altre parole, ciò vale, sia che si tratti di un policlinico o un ospedale, sia che si tratti di una grande controparte, specie una controparte centrale, come una banca, un gestore di un sistema di pagamento e/o di regolamento titoli: e a maggiore ragione, attesa la sua plurale complessità tipica di un ecosistema (o di un ecosistema di ecosistemi), se si tratta di uno Stato.

I meccanismi di diffusione della crisi o delle crisi sistemiche veicolate dalle reti sottostanti ai sistemi complessi – come la pandemia o epidemia virale dei sistemi sociali reali<sup>23</sup> o la crisi di liquidità e stabilità dei sistemi finanziari – sono paurosamente sovrapponibili. Tanto emerge dalle ricerche in materia di teoria dei sistemi (complessi) e delle sottostanti reti, che hanno indirizzato i loro studi sia verso la crisi finanziaria del 2007/2008 (e 2009), sia verso le epidemie immediatamente precedenti quella attuale: in particolare, la c.d. “suina” e soprattutto l’epidemia del virus Ebola. Fenomeni epidemici, che, come ricorda Francesco Sylos Labini, sono i

<sup>19</sup> F. A. VON HAYEK, *op. cit.*, p. 102. Sul punto, si veda pure quanto osservato, in una prospettiva diversa, da A. INCAMPO, *Regola e verità*, in A. FILIPPONIO (a cura di), *Verità e normatività*, Milano, 2005, p. 57 s.

<sup>20</sup> Per l’idea di regola fattuale si veda ancora F. VON HAYEK, *op. cit.*, p. 102 ss.

<sup>21</sup> L’immagine è ovviamente suggerita da F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, 2013, p. 2 ss., dove fra l’altro, con riferimento all’editto *de pretiis*, atto sovrano dell’imperatore Diocleziano e manifestazione “somma” dell’*imperium* si osserva: “come è noto, il primo impatto di un provvedimento di diritto pubblico, un editto imperiale, con l’economia non fu particolarmente felice. L’editto fu generalmente disatteso, i prezzi continuarono al correre per loro conto e, secondo alcuni, ma la cosa non è certa, Diocleziano, forse dopo aver constatato come andavano le sue passeggiate in incognito, si indusse a revocarlo. Il suo sogno di tenere fermi i prezzi con un editto non si è realizzato”.

<sup>22</sup> F. SYLOS LABINI, *Rischio e previsione. Cosa può dirci la scienza sulla crisi*, Roma, 2016, p. 52 s.

<sup>23</sup> A.-L. BARABASI, *op. cit.*, p. 19: “Ognuno di noi vive all’interno di un grande cluster: la rete sociale di tutto il mondo, da cui nessuno è escluso. Anche se non conosciamo personalmente ogni singolo abitante del pianeta possiamo avere la garanzia che, in questa ragnatela di persone, c’è sempre un collegamento fra noi e chiunque altro, così come c’è sempre un collegamento fra due neuroni nel nostro cervello, o fra due società del mondo degli affari, o fra due sostanze chimiche nel nostro corpo. Niente resta fuori da questa rete della vita altamente interconnessa. Paul Erdős e Alfréd Rényi ci hanno spiegato perché: basta che ci sia un solo link per ogni nodo, e si è connessi. È sufficiente un solo conoscente per ogni individuo, (...) l’opportunità di scambio con almeno un’altra società del mondo degli affari. Uno è la soglia minima”.

primi studiati dalla epidemiologia computazionale, che utilizza fra l'altro i modelli dei matematici delle reti sotto il profilo della espansione dei rischi sistemici<sup>24</sup>.

Nella crisi attuale, i rischi sistemici della pandemia da Covid-19 e della crisi di stabilità economico-finanziaria si combinano. Una combinazione ancora non studiata, ma che comunque obbedisce alla *legge di potenza* rilevata nei sistemi-rete complessi<sup>25</sup>, sia intesi come sistemi organizzati gerarchicamente<sup>26</sup>, sia come sistemi con una pluralità di elementi “auto-organizzati dal basso”<sup>27</sup> e/o comunque privi di un'organizzazione gerarchica.

È tuttavia importante capire come funziona la riferita peculiare sintesi di complessità diverse, combinate o consequenziali che siano, o diversamente combinate a seconda delle fasi<sup>28</sup>. Esse conferiscono alla attuale crisi tratti caratterizzanti peculiari ed innovativi, tanto da risolversi, come recentemente osservato, “in una crisi sia di offerta che di domanda”<sup>29</sup>: e sia nella dimensione reale dell'economia (le enormi navi *containers* partono semi-vuote o non partono affatto) che in quella finanziaria. È un'evidenza empirica, che, ripeto, è conseguenza immediata o indiretta dello stato di “sospensione” dell'economia. Il conseguente *shock*<sup>30</sup> socio-sanitario ed economico finanziario ha fatto diffusamente parlare di stato di guerra<sup>31</sup>. Immagine a mio parere inadeguata a rappresentare l'attuale fase storica. È immediatamente evidente come non vi sia una distruzione delle infrastrutture, il sistema della logistica funziona o almeno resiste, i generi alimentari non mancano.

Tuttavia, soprattutto quest'ultimo punto meriterebbe una riflessione più articolata, necessaria a cogliere la complessità dell'attuale fase storica da economia almeno parzialmente sospesa: uno dei settori che hanno sofferto e stanno soffrendo di più tale parziale sospensione è quello della raccolta di prodotti ortofrutticoli, e non si tratta solo di una questione del danno emergente e/o del mancato guadagno derivante dal ritardo nella raccolta dei prodotti e dal probabile mancato raccolto: non è solo una questione di “liquidità monetaria”. Le conseguenti possibili tensioni sul mercato, con le relative immancabili speculazioni, potrebbero fare lievitare i prezzi *al dettaglio*, con buona pace della “stabilità dei prezzi”, e soprattutto potrebbero rendere difficile l'accesso a determinati generi alimentari<sup>32</sup>. Pur se in una dimensione

<sup>24</sup> F. SYLOS LABINI, *op. cit.*, p. 51.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> *Ivi*, p. 52.

<sup>27</sup> Cfr. G. TEUBNER, *Ibridi e attanti. Attori collettivi ed enti non umani nella società e nel diritto*, Milano, 2015, p. 89; su *networks* e “contratti simbiotici” vedi p. 91.

<sup>28</sup> Nella fase acuta della pandemia, la crisi collegata al rischio di un danno sistemico alla salute pubblica è prevalente rispetto al rischio sistemico economico-finanziario, in una seconda fase probabilmente maggiore evidenza e conseguente prevalenza tocca al rischio sistemico economico-finanziario.

<sup>29</sup> Le parole sono del prof. Matteo Maggiori, così come riferite da P. BRICCO, *Il virus ha mutato il DNA della crisi. Policy monetarie e fiscali inefficaci*, in *IlSole-24Ore*, 22 marzo 2020, p. 12.

<sup>30</sup> Si fa riferimento allo stato di *shock* fra l'altro nella proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un dispositivo per la ripresa e la resilienza, COM(2020)408 final, del 28 maggio 2020, par. 1; con riferimento a tale proposta si veda pure G. TROVATI, *Recovery, previsti quattro esami UE*, in *IlSole-24Ore*, 10 settembre 2020, p. 3.

<sup>31</sup> Per un accostamento fra “la crisi bellica degli anni Quaranta e la crisi Covid-19 del nostro tempo”, da ultimo, si veda di G. BAZOLI, *Potenti immagini di “viaggi” nella storia*, in *IlSole-24Ore*, 18 ottobre 2020, p. IX, dove fra l'altro si osserva come “nonostante le differenze questi eventi presentano significativi tratti in comune”.

<sup>32</sup> Per una conferma “empirica” si veda lo scenario descritto da S. BELLOMO, *Calano i prezzi dei prodotti agricoli, cresce la fame*, in *IlSole-24Ore*, 5 giugno 2020, p. 22, dove fra l'altro si osserva che “il

diversa, su questi temi mi pare abbia ragionato fra gli altri già l'attuale Governatore della Bank of England, Mr. Carney, con riferimento ai collegamenti sistemici fra rischi climatici e i rischi finanziari<sup>33</sup>.

In sostanza, va ribadito che in tal caso non vale quanto osservato con riferimento alle precedenti crisi finanziarie: “poiché la crisi è finanziaria, e la crisi monetaria è una conseguenza della crisi finanziaria, la catena della produzione di equipollenti monetari fondati sul rischio di credito è spezzabile ad ogni livello della catena, con effetti presumibilmente positivi per la situazione monetaria di riferimento e, conseguentemente, per l'economia reale sottostante al tratto della catena spezzato”<sup>34</sup>. La pandemia non è altro dalla crisi economico-finanziaria da essa innescata e determinata: essa – in una dimensione fattuale – è la crisi economico-finanziaria. E quest'ultima è prima ancora una crisi umanitaria: non solo una crisi dei bisogni, ma anche una crisi del sistema sociale come “comunità”<sup>35</sup>, anche come fenomeno giuridico complesso o “complessità giuridica”<sup>36</sup>.

L'“incertezza”<sup>37</sup> conseguente non può che riverberarsi sulle misure da adottare al fine di “spezzare” la catena del rischio sistemico alla base della crisi economico-finanziaria, che continua ad essere “comandata” prima di tutto dall'andamento della pandemia (o del complesso sistema delle epidemie in corso)<sup>38</sup>.

E quindi la catena del rischio non è “spezzabile” dal solo intervento delle banche centrali a sostegno della liquidità del sistema economico finanziario. Ma si badi: il fatto che esso non sia sufficiente, non vuol dire che non sia essenziale. Tutt'altro: è imprescindibile, se, alla fine (del viaggio nel deserto) della pandemia e del con-

---

cibo è abbondante e sempre più economico a livello internazionale, ma il carrello della spesa rincarà e la fame rischia di colpire altri milioni di persone”.

<sup>33</sup> M. CARNEY, *Resolving the Climate Paradox*, 22 settembre 2016, [www.fsb.org](http://www.fsb.org); nonché, da ultimo, BANK OF ENGLAND, *Discussion Paper: The 2021 Biennial Explotary Scenario on the Financial Risks from Climate Change*, dicembre 2019, p. 3 ss., [www.bankofengland.co.uk](http://www.bankofengland.co.uk). Si vedano pure le conclusioni del Consiglio europeo del 21-27 luglio 2020.

<sup>34</sup> F. MERUSI, *op. cit.*, p. 57.

<sup>35</sup> Cfr. Z. BAUMAN, D. LYON, *Sesto potere. La sorveglianza nella modernità liquida*, Roma, 2013, p. 25.

<sup>36</sup> Sul punto mi piace rinviare a A. FALZEA, voce *Complessità giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali*, I, 2007, p. 205.

<sup>37</sup> Cfr. I. PRIGOGINE, *op. cit.*, p. 5. Sulla “*uncertainty*” legata all'attuale “*stage of crisis*” si veda, da ultimo, nella sezione specificamente dedicata alla “*anatomy of the economic anatomy crisis*”, comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 27 maggio 2020, Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione, COM(2020)456 final.

<sup>38</sup> Cfr. il recente discorso del Presidente e Chief Executive Officer della Federal Reserve of New York, J. C. WILLIAMS, *The Economy in the time of Coronavirus*, 21 maggio 2020, p. 1, [www.newyorkfed.org](http://www.newyorkfed.org), dove fra l'altro si osserva quanto segue: “The cause of this recession – a global pandemic – means that our economic future will be determined in large part by the path of the virus. (...) Despite the uncertainty, I'm going to spend some time today, discussing what the scale of the challenge looks like for New York State, and U.S. economy as a whole. I'm also going to outline the Federal Reserve System's response. The Fed is well-known for setting interest rates. But we play a number of other roles, and have key responsibility for ensuring that the financial system is working to support the economy, which has been crucial during the crisis”. A tal fine è importante che, nella sua qualità di *policy maker*, egli segnali altresì che “the New York Fed has an important and unique responsibilities in supporting liquid and well-functioning financial markets. Working alongside our colleagues in the Federal Reserve and other agencies, we are taking rapid and significant actions to supply liquidity and to stabilize critical parts of our financial system” (*ivi*, p. 2).

seguinte stato di fermo dell'economia mondiale, si vuole conservare un sistema economico-finanziario in grado di riprendere a funzionare<sup>39</sup>.

2. L'analisi della complessità e dei tratti innovativi della attuale crisi economico-finanziaria per definizione "pandemica" ha indotto a stigmatizzare gli attuali strumenti di "policy monetarie e fiscali inefficaci"<sup>40</sup>. E forse ciò è vero. Tuttavia, vale anche in tal caso il riferito principio o l'assioma secondo cui ogni conoscenza va sottoposta ad esperimento<sup>41</sup> e soprattutto mi pare utile ragionare in tale dimensione sull'origine del carattere innovativo dell'attuale crisi. Esso, ripeto, a mio parere va cercato nella combinazione dei fattori di crisi, che vede un rischio sistemico ulteriore connesso alla crisi socio-sanitaria<sup>42</sup>, che ha peraltro un ruolo peculiare anche nella demolizione della fiducia di ciascuno di noi, se non come cittadino, come consumatore e come utente dei servizi finanziari e non solo: è il senso dell'essere cittadino, come parte di una comune cittadinanza a smarrirsi o rischiare lo smarrimento. Ed è il senso di un impoverimento, avvertito solo con la perdita pur temporanea del bene del senso dell'altro e, pertanto, in qualche misura di noi stessi<sup>43</sup>.

Ma se è vero, come credo, che la "virulenza" sistemica dell'attuale crisi è nella combinazione dei rischi sistemici, probabilmente la protezione dal conseguente rischio sistemico con la sua complessità "eterogenea" va cercata non nel singolo rimedio o nella singola funzione. Mi pare una questione di simmetria e/o proporzionalità. Se l'origine della forza dell'attuale crisi sistemica è nella rete di rischi sistemici eterogeni e nella conseguente loro combinazione sinergica, a loro volta le misure di contrasto vanno costruite in una dimensione di rete sinergica prima di tutto degli strumenti già disponibili sia di politica monetaria che di protezione della stabilità del sistema finanziario e di sostegno e promozione all'economia. Ma non solo: e vanno in tal senso il complesso quadro di interventi predisposto sia dal Consiglio europeo del 21-27 luglio, specie dalle sue conclusioni, sia dalla comunicazione della Commissione "Next Generation EU", che, come esplicitamente precisato in via preliminare dalle conclusioni del medesimo Consiglio europeo, devono essere applicate in modo sinergico<sup>44</sup>.

In ogni caso, vanno segnalate le misure volte alla promozione ed agevolazione dell'accesso al credito a condizioni non onerose per tutte le imprese e in particolare quelle piccole o medie, al fine di inibire la desertificazione di interi settori dell'e-

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> P. BRICCO, *op. cit.*, p. 12.

<sup>41</sup> R. P. FEYNMAN, *op. cit.*, p. 22.

<sup>42</sup> Cfr. il regolamento (UE) 2020/558 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2020, che modifica i regolamenti (UE) n. 1301/2013 e (UE) n. 1303/2013 per quanto riguarda misure specifiche volte a fornire flessibilità eccezionale nell'impiego dei fondi strutturali e di investimento europei in risposta all'epidemia COVID-19, che al 1° 'considerando' osserva quanto segue: "Gli Stati membri sono stati colpiti dalle conseguenze dell'epidemia di COVID-19 come mai prima. L'attuale crisi sanitaria pubblica frena la crescita negli Stati membri e ciò a sua volta aggrava le ingenti carenze di liquidità dovute all'improvviso e significativo aumento degli investimenti pubblici necessari nei loro sistemi sanitari e in altri settori delle loro economie".

<sup>43</sup> E vale quanto dice M. AUGÈ, *Saper toccare*, Milano, 2017, prima di copertina: "toccare un altro significa nello stesso tempo provare la propria esistenza". Fenomeno relazionale particolare che replicato innumerevoli volte e considerato nel suo insieme, e quindi elevato a sistema complesso, è la comunità come fenomeno fattuale.

<sup>44</sup> Conclusioni, p. 1.

conomia reale in conseguenza degli esiti di una crisi sistemica di liquidità<sup>45</sup> senza precedenti, almeno a partire dalla fine della II guerra mondiale.

A tal fine, va fra l'altro promossa – come poi è stata promossa – tempestivamente l'*effettiva* attivazione di un adeguato flusso di finanziamenti da parte del settore bancario verso le imprese, che non può che essere agevolato dallo Stato<sup>46</sup>. Attrezzare un sistema di garanzia o garanzie dove lo Stato assolva la funzione di assicuratore o riassicuratore di ultima istanza, può essere una misura strategica in tal senso. Pur in una prospettiva diversa, coerente con tale assunto risulta anche, ai fini della “continuità dell’attività assicurativa del credito”, la “garanzia” dello Stato prevista dall’art. 35 del d.l. 18 maggio 2020 n. 34 in favore di SACE s.p.a, affinché essa protegga a sua volta le imprese di assicurazione dei crediti commerciali dai rischi assunti in ragione della loro attività assicurativa<sup>47</sup>.

Ciò considerato, l'alluvione normativa<sup>48</sup> conseguente sia a livello di Unione europea sia a livello nazionale è tale da richiedere una faticosa ricostruzione delle fonti quasi giornalistiche, nel senso che va aggiornata quasi giornalmente, cui già precedenti contributi non si sono sottratti<sup>49</sup>.

Mi preme precisare, che in tale sede se ne vuole dar conto in una prospettiva funzionale. Tento di spiegarvi: a me interessa, principalmente, provare a ricavare o, come suggerisce Paolo Grossi, “inventare”<sup>50</sup> il modello giuridico euristico emergente dall’insieme delle comunicazioni della Commissione europea, dai conseguenti decreti legge del Governo italiano, e soprattutto dalle iniziative del Consiglio europeo funzionali alla costruzione di strumenti di “*recovery funds*”, nonché dai programmi di finanziamento avviati dal Meccanismo europeo di stabilità (MES), senza tralasciare un confronto con la “*monetary policy response*” della BCE tesa comunque a “*supporting the recovery*”<sup>51</sup>.

<sup>45</sup> Cfr. COM(2020)408 final, par. 1.

<sup>46</sup> In tale dimensione, mi pare comunque importante ricordare la comunicazione della Commissione, Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’economia nell’emergenza COVID-19, C(2020)1863 final, del 19 marzo 2020, che rimuove qualunque remora legata al divieto di aiuti di stato di cui all’art. 107 TFUE, stabilendo o dichiarando la compatibilità degli aiuti di stato diretti a garantire la liquidità delle imprese in ragione del “grave turbamento dell’economia” in atto, facendo così leva sull’art. 107, par. 3, lett. b), TFUE. Ed è interessante segnalare il ruolo assegnato dal d.l. 8 aprile 2020, n. 23 alla SACE ed alla assicurazione dei crediti in esplicita considerazione della sua “specializzazione” (A. RAMELLA, *Trattato di diritto delle assicurazioni*, Milano, 1921, p. 178) nello scrutinio del merito di credito (*rating*) e nella conseguente agevolazione dell’accesso al credito da parte delle imprese (cfr. d.l. 8 aprile 2020, n. 23, p. 2), che va salutato, a mio parere, non solo come una scelta opportunisticamente virtuosa, che approfitta e si serve della professionalità e della storica esperienza delle compagnie di assicurazione del credito nella valutazione del merito di credito delle imprese e del conseguente rischio (di credito) legato alle loro obbligazioni pecuniarie (specie delle imprese debtrici delle loro assicurate), che ha dato luogo e nella conseguente loro esigenza di archiviare i conseguenti *ratings* di una miriade di imprese.

<sup>47</sup> Sul punto sia consentito rinviare a F. MOLITERNI, *Crisi economico-sanitaria, assicurazione dei crediti, garanzia dello Stato e riassicurazione di ultima istanza*, in corso di pubblicazione in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020.

<sup>48</sup> Cfr. G. MINERVINI, *Il controllo del mercato finanziario. L'alluvione delle leggi*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1992, p. 5.

<sup>49</sup> Cfr. G. VESPERINI, *Il diritto del coronavirus*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2020, p. 277 ss.

<sup>50</sup> P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma, 2018, p. X ss. e spec. p. XV ss.

<sup>51</sup> P. R. LANE, *The ECB's Monetary Policy Response to the Pandemic: Liquidity, Stabilisation and Supporting the Recovery*, 24 giugno 2020, [www.ecb.europa.eu](http://www.ecb.europa.eu).

È, torno a sottolineare, l'individuazione del relativo "modello" giuridico "come strumento euristico"<sup>52</sup> (o il tentativo di procedere in tal senso) il tema della riflessione del presente contributo, utilizzando una disamina funzionale e sintetica dell'alluvionale produzione normativa, legata alla pandemia da COVID-19 e alla singolare dimensione "fattuale" della conseguente crisi economico-sanitaria.

In particolare, come noto, l'intervento economico di ciascuno Stato membro sarà di ammontare rilevante, e specie il Governo italiano prevede un ammontare complessivo di 200 miliardi di euro a sostegno delle imprese, con almeno 30 miliardi di garanzie destinate ad "assistere" piccole e medie imprese (d.l. 8 aprile 2020, n. 23).

Si tratta di un intervento importante, e chiunque abbia avuto l'avventura di seguire i tempi delle faticose istruttorie delle banche cui si chiede di prestare una garanzia sa di cosa si parla: tempo e fatica che la garanzia prestata direttamente o indirettamente dallo Stato eviterà di sopportare, ma soprattutto agevolando in modo sensibile l'accesso al credito. Si tratta di una iniezione oltre che di liquidità monetaria preziosa anche di fiducia per il sistema delle imprese.

Un impegno di tale dimensione in molti Paesi membri dell'Unione europea (e non solo) sarà finanziato con l'emissione di titoli di debito pubblico: nulla di nuovo sotto al sole. È pertanto essenziale proteggere la sostenibilità del debito pubblico di ciascun Paese membro, che sarà costretto a fare appello ai mercati finanziari. Ecco che una misura riconducibile al *Quantitative easing*<sup>53</sup> è strategica, e dico meglio, una misura necessaria al fine di calmierare il costo del debito pubblico, oltre a garantire la piena copertura dei bisogni di liquidità degli Stati membri parte dell'Unione monetaria.

Per altro verso, è più che mai oggetto di revisione critica il modello, o, meglio l'impostazione metodologica che si propone di affrontare crisi originate da ragioni del tutto nuove o diverse da quelle già subite, con i medesimi strumenti e rimedi sviluppati in ragione della storia delle crisi passate<sup>54</sup>, come il primo e, stando a quanto consta, precedente (e sottolineo il primo e precedente) modello di MES.

È, mi pare, una filosofia improntata all'applicazione di "modelli economici" prima che giuridici. E dico subito che è di estremo interesse la riflessione sviluppata fra gli altri dal prof. Dani Rodrik<sup>55</sup> (ossia da un economista) sui "modelli economici che provano troppo"<sup>56</sup>: "la tendenza a esagerare l'importanza del pensiero teoretico (...) è una naturale debolezza dei teorici (...) e un equivoco intellettualistico"<sup>57</sup>. E

<sup>52</sup> M. BREONE, *In difesa della storia*, Roma, 2000, p. 13, dove si fa riferimento a "tipi, modelli, concetti, e ipotesi, da adoperare come strumenti euristici e non come schemi coercitivi nei quali imprigionare i dati falsandoli".

<sup>53</sup> In tema di "operazioni di allentamento quantitativo (*Quantitative Easing*, QE) e (...) acquisti in condizioni di emergenza di titoli di debito pubblico e privato" si veda fra gli altri il recente contributo di P. BENIGNO, *Nuovi assetti macroeconomici e spazi per le politiche monetarie e fiscali nei paesi dell'area euro: il caso italiano*, in *Italia 2030. Proposte per lo sviluppo*, Milano, 2020, p. 60 ss.

<sup>54</sup> Cfr. F. MERUSI, *op. cit.*, p. 15 ss. e spec. p. 17.

<sup>55</sup> D. RODRIK, *Ragioni e torti dell'economia. La scienza triste e le sue leggi*, Milano, 2016, p. 25 ss., dove fra l'altro si riflette sulla funzione dei "modelli" degli economisti e sulla "varietà dei modelli" ("gli economisti costruiscono modelli per catturare aspetti salienti delle interazioni sociali", p. 25), e spec. p. 31 ss. ("i modelli come favole"), e p. 42 ss. (sul rapporto fra "matematica e modelli").

<sup>56</sup> Cfr. A. CASTAGNOLI, *Tra paradigmi e realtà. Modelli che spiegano troppo*, in *IlSole-24Ore*, 10 aprile 2016, p. 31.

<sup>57</sup> M. BREONE, *Soliloquio sul diritto antico. La filosofia di una tecnica*, Lecce, 2013, p. 36.

l'idea di Rodrik è indotta<sup>58</sup> fra l'altro dall'“esperimento” della crisi 2007-2009 che dimostra come alcuni modelli economici, prima, e giuridici, poi, rappresentano un “racconto” diverso dalla storia reale<sup>59</sup>. È evidentemente una questione che riguarda il come “strutturare le scelte complesse”<sup>60</sup>: occorre a tal fine un sistema organizzativo delle scelte ben congegnato, atteso che “i sistemi ben congegnati fanno sapere sempre agli utilizzatori quando agiscono correttamente e quando commettono degli errori”<sup>61</sup>. A tal fine il modello delle regole, il modello giuridico è strategico, e se (la sua scelta) è coerente con il “buon senso”<sup>62</sup> (o il principio di ragionevolezza) può assumere le forme di una categoria logica o di una regola generale fattuale: in particolare, “contesti diversi (...) richiedono modelli diversi” e ciò vale prima di tutto per i “modelli economici”: ed invero si tratta di considerazioni ricavate dallo studio dei modelli economici<sup>63</sup>.

È evidente che la crisi attuale ha una complessità straordinaria e dimensioni straordinarie collegate ad un fenomeno quasi inimmaginabile come uno *status* globale (e sottolineo *globale*) di “economia sospesa” per decreto(i), costretto a tanto da una pandemia feroce quanto subdola nei suoi meccanismi di trasmissione e/o circolazione ed espansione sistemica: il fine immediato è quello di proteggere la salute pubblica e quindi il sistema sociale dalla virulenza di una pandemia che ha trovato in alcune regioni dell'Italia un apice altrettanto straordinario, che fra l'altro ha poi interessato buona parte del territorio dell'Unione europea. Ma non solo, la crisi del sistema sociale si struttura in modo complesso ed in fine si traduce in un'aggressione al (e poi del) sistema socio-economico, che assiste alla recisione di massa o sistemica delle relazioni e delle connessioni della rete sociale personale (e delle interconnessioni fra le reti sociali personali) su cui esso si regge<sup>64</sup>. È questa l'altra “faccia”, in parte nascosta, della “crisi umanitaria”<sup>65</sup> conseguente al distanziamento sociale, reso necessario dal contenimento del *rischio di contagio*. Rischio di contagio con la sua possibile espansione sistemica (*spillover*) che rappresenta – prima

<sup>58</sup> In tema di “metodo induttivo” e “regolarità dei comportamenti dei ‘soggetti economici’ e dei mercati”, di veda S. AMOROSINO, *Le dinamiche del diritto dell'economia*, Pisa, 2018, p. 35.

<sup>59</sup> Per l'idea dei modelli economici come rappresentazione di “storie” si veda ancora D. RODRIK, *op. cit.*

<sup>60</sup> R. H. THALER, C. R. SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 102.

<sup>61</sup> *Ivi*, p. 100. Le reti complesse efficienti funzionano tutte essenzialmente nello stesso modo (in una prospettiva diversa si veda G. DIOGUARDI, *I sistemi organizzativi*, Milano, 2005, p. 3 ss., dove fra l'altro, riferendo il pensiero di Berg, si segnala come “indipendentemente dal vettore materiale dell'informazione, i processi della sua trasmissione dipendono da leggi comuni”, e ciò vale anche per i sistemi “caotici”, non organizzati gerarchicamente, come la pandemia).

<sup>62</sup> Con riferimento al “senso comune” si veda M. BRETONE, *Soliloquio sul diritto antico*, cit., p. 34.

<sup>63</sup> D. RODRIK, *op. cit.*, p. 25.

<sup>64</sup> Con specifico riferimento alle “chances di vita”, “legature o legami” e “legami sociali” (oggi diremmo rete sociale reale) si vedano le interessanti considerazioni di R. DAHRENDORF, *La libertà che cambia*, Roma, 1994, p. 41 ss. e spec. p. 42. Sul punto, sia consentito segnalare anche una singolare coincidenza semantica, ma non solo, fra l'idea di “legature” e comunità di vita di Daharendorf e l'idea di “legatura” o “fascinatura” in senso positivo e comunità in Ernesto De Martino, rintracciabile in E. DE MARTINO, *Sud e magia*, Milano, 2016, XIII ed., p. 15 ss. e spec. p. 117 ss.; al riguardo si vedano le considerazioni di U. GALIMBERTI, *Introduzione, ivi*, p. XII.

<sup>65</sup> Cfr. COM(2020)112 final, p. 1.

ancora della possibile conseguente inadeguatezza del sistema sanitario – il vero “*public health risk*”<sup>66</sup>.

Mi pare, pertanto, di particolare utilità segnalare che nel corso dell’attuale alluvione normativa il Comitato interministeriale per gli affari europei il 9 settembre 2020 ha emanato le Linee guida del “Piano nazionale di ripresa e resilienza”, fissando undici parametri in ragione dei quali scrutinare i progetti da finanziare con le risorse rivenienti dal *Recovery fund*: essi vanno coniugati con gli obiettivi-missioni, indicati nelle medesime Linee guida, fra i quali compare quello della implementazione e del sostegno del sistema sanitario nazionale. A tal fine “uno specifico investimento sarà prontamente avviato sulla cronicità e le *cure a domicilio* per superare le attuali carenze del sistema delle RSA”<sup>67</sup>.

3. Sarebbe ingenuo non considerare la straordinaria e ormai indiscussa complessità ed estensione della conseguente crisi economico-finanziaria in corso e quindi l’esigenza di un suo contenimento, di una sua “mitigazione” con misure altrettanto straordinarie ed altrettanto complesse, che in parte vanno “inventate”<sup>68</sup>, nel senso che vanno “scoperte” e ricavate dall’analisi della crisi stessa. E dico subito che esse devono essere emanazione del già ricordato criterio-principio di ragionevolezza, sottostante all’esigenza di una “comune salvezza” e del conseguente “comune beneficio”.

Può essere considerata come una dimensione totalmente nuova della solidarietà, essendo nuovo il sottostante fenomeno da cui derivano i relativi bisogni di salvezza del bene comune<sup>69</sup>. Tuttavia, singolari ed interessanti suggestioni sono ricavabili dal mondo della fattualità del diritto, che sia pure in “scala ridotta” presenta fenomeni caratterizzati da analoga solidarietà totale, intesa come comune sorte, fra gli apparte-

<sup>66</sup> H. HAFIZ, S-Y. OEI, D. RING, N. SHNITSER, *Regulating in Pandemic: Economic and Financial Policy Responses to the Coronavirus Crisis*, Working paper, 2020, p. 16, reperibile online. L’ordine delle componenti del complesso problema è il seguente: “*medical and economic shocks*”, sul punto si veda R. BALDWIN, B. WEDER DI MAURO, *Introduction*, in R. BALDWIN, B. WEDER DI MAURO (eds.), *Mitigating the COVID Economic crisis: Act Fast and Do Whatever it Takes*, London, 2020, p. 2 ss., reperibile online.

<sup>67</sup> Comitato interministeriale per gli Affari Europei, *Linee guida per la definizione del piano nazionale di ripresa e resilienza next generation Italia*, 9 settembre 2020, p. 16. Tutto questo richiede scelte complesse, che privilegino la c.d. medicina del territorio che si affianchi alla medicina generale con *équipe* mediche che affiancano il medico di “medicina generale”: è un sistema in buona parte da inventare e strutturare (cfr. M. BARTOLONI, *La sfida dell’assistenza a casa: curare 1 milione di pazienti*, in *IlSole-24Ore*, inserto *salute*, 7 luglio 2020, p. 30; R. BERNABELI, *Per funzionare si punti sulle best practice*, *ivi*). E tutto ciò ha ovviamente un costo, ma tornando alla “economia comportamentale”, in una crisi così estrema e con una complessità emergente così accentuata, va per forza di cose invertito il modello “benefici oggi costi domani” (R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 83): va privilegiato appunto il modello inverso, “costi oggi benefici domani”, sia pure in un domani prossimo, in funzione – ripeto ancora – del modello “*common safety, common benefit*”. Per dirla in modo semplice, se un Paese UE non ha i soldi per implementare in modo adeguato il suo sistema sanitario e non riesce a fronteggiare un riacutizzarsi dell’epidemia, il problema si ripresenta anche per gli altri Paesi membri, e più prima che poi: quindi “*common safety, common benefit*”, chi andava e va per mare, dove come noto non ci sono stazioni di servizio, lo sa da sempre. I “confini” in tal caso non hanno senso, come osserva in una prospettiva diversa Bauman, in Z. BAUMAN, D. LYON, *op. cit.*, p. 84, per i rapporti “tecnico-sociali”.

<sup>68</sup> Cfr. P. GROSSI, *op. cit.*, p. X ss. e spec. p. XV ss.

<sup>69</sup> Cfr. le considerazioni in tema di “bene comune”, inclusione e “vocazione paneuropea” del commissario UE T. BRETON, *Il salto di qualità dell’Europa solidale*, in *Il Sole-24Ore*, 8 agosto 2020, p. 15.

nenti ad una comune “avventura”: in fine si tratta di un comune rischio catastrofe, che può tradursi in un comune sinistro o in una comune avaria e, in via di principio, ai fini della individuazione del sottostante modello giuridico euristico, non rileva che si tratti della comunità di persone appartenenti ad una avventura marittima o ad una pandemia: in quest’ultimo caso, la nave è il mondo.

In altre parole, può essere utilmente suggestivo confrontarsi a mò di laboratorio con lo specchio giuridico sviluppato in sede di riflessione e di studio di fenomeni giuridici (appartenenti alla fattualità del diritto) come l’avarìa *comune* della nave, dove la sorte comune e la conseguente solidarietà è fattuale. Fattuale è il fenomeno giuridico dell’avarìa comune basato sulla comune “appartenenza”<sup>70</sup> al “mondo piccolo” della nave, fattuale è il fenomeno della (*comune*) pandemia e della conseguente comune “appartenenza” al “mondo” reso da essa “piccolo”: in entrambi i casi, emerge dal fatto l’evidente “necessità” della “*common safety*, [come] *common benefit*”<sup>71</sup> e quindi emerge come “legge della necessità” (o legge degli dei)<sup>72</sup> la condivisione del relativo sacrificio da parte di tutti i beneficiari, e la regola della contribuzione (da parte di tutti i beneficiari) al “sacrificio” funzionale alla “comune salvezza”.

Non sia pertanto considerato asimmetrico o incongruo confrontarsi con l’idea ed il concetto giuridico, o meglio con il fenomeno dell’avarìa comune o generale<sup>73</sup>, che, in ragione del fenomeno c.d. del “mondo piccolo”, è sempre più “paradigma trasversale”<sup>74</sup>. Del resto, basta notare come l’immagine dell’“essere sulla stessa barca”<sup>75</sup> sia ricorrente nelle parole di quanti invocano condotte comuni, ispirate a protezione e soccorso reciproci, a reciproca e ancora comune solidarietà<sup>76</sup>, come pure nelle parole di tanti documenti, di cui sono epitome le recenti comunicazioni della Commissione europea (*Next generation*), per avviarsi a riflettere su come il pericolo comune (*common peril*), tipico dell’avarìa comune della nave<sup>77</sup>, sia, sotto

<sup>70</sup> Prendo in prestito l’immagine da N. GALANTINO, *Abitare le parole/Appartenenza. Far parte degli altri*, in *IlSole-24Ore*, inserto *Domenicale*, 14 giugno 2020, p. XIV. Sul punto si veda pure Id., *Abitare le parole/Emozione. Ponte per progetti condivisi*, *ivi*, 21 giugno 2020, p. IX.

<sup>71</sup> F. BERLINGIERI JR., *op. cit.*, p. 271 s.

<sup>72</sup> M. CARTABIA, L. VIOLANTE, *Edipo, Antigone, Creonte: il governo e la giustizia*, in M. CARTABIA, L. VIOLANTE, *Giustizia e mito. Con Edipo, Antigone e Creonte*, Bologna, 2018, p. 12 ss.

<sup>73</sup> Per comodità del lettore (e mia) sia consentito riferire la nozione di “avarìa comune” o “*general avarage*” così come definita dalla Regola A delle Regole di York e Anversa: “Vi è atto di avarìa comune quando, e solo quando, è stato fatto intenzionalmente e ragionevolmente un sacrificio straordinario o è stata incontrata una spesa straordinaria per la comune salvezza allo scopo di preservare da un pericolo i beni coinvolti in una comune avventura marittima” (F. BERLINGIERI JR., *op. cit.*, p. 273 s.)

<sup>74</sup> U. BRECCIA, *Discorsi sul diritto. Appunti per un corso di “teoria generale del diritto”*, Pisa, 2019, p. 314 ss.

<sup>75</sup> Cfr. M. CERUTI, *Sulla stessa barca*, Magnano, 2020.

<sup>76</sup> Si veda l’Enciclica *Fratelli tutti* del Santo Padre Francesco sulla fraternità e l’amicizia sociale, 2020, p. 5 ss., e spec. p. 9, par. 32, dove fra l’altro si osserva: “una tragedia globale come la pandemia del Covid-19 ha effettivamente suscitato per un certo tempo la consapevolezza di essere una comunità mondiale che naviga sulla stessa barca, dove il male di uno va a danno di tutti. Ci siamo ricordati che nessuno si salva da solo, che ci si può salvare unicamente insieme”, [www.vatican.va](http://www.vatican.va). Al riguardo, v. N. GALANTINO, *La politica del buon samaritano*, in *IlSole-24Ore*, 11 ottobre 2020, p. III; M. CERUTI, *La fragilità insegna e accomuna*, *ivi*.

<sup>77</sup> Riguardo al “comune pericolo” e all’esigenza della “comune salvezza” si veda F. BERLINGIERI JR., *op. cit.*, p. 276 s. Circa l’idea che “l’avarìa generale è l’applicazione di un principio generale del diritto” si vedano le considerazioni suggestive e particolarmente interessanti di F. BERLINGIERI Sr., *Delle avarie*

il profilo della conseguente solidarietà fattuale, essenzialmente analogo a quello dell'epidemia o della pandemia<sup>78</sup>. In entrambi i casi non si può scampare dal pericolo a scapito degli altri (partecipanti alla “*common adventure*”), ma ci si salva dal *comune* pericolo (della comune catastrofe) della pandemia, se si salvano anche gli altri, *tutti gli altri*: epitome di “indivisibilità dei rischi e (...) connessione dei destini collettivi”<sup>79</sup>.

E mi preme segnalare che si tratta di considerazioni che, pur muovendo da una suggestione legata ad un specifico fenomeno giuridico, volgono verso l'individuazione di un *modello*<sup>80</sup> *giuridico euristico*<sup>81</sup>, utile a spiegare (anche) le convergenti misure giuridico-economiche sia della Banca centrale europea (*Quantitative easing, Pandemic Emergency Purchase Programme*), sia del Meccanismo europeo di stabilità<sup>82</sup> e della Commissione europea (*Recovery fund*)<sup>83</sup>: quelle già in essere, come pure quelle che stanno per essere predisposte.

In effetti, se così è: se davvero il “*common peril*” comporta che la “*safety*” di ciascuno sia per forza di cose “*common*” a quella degli altri – e stando agli studi dei fisici teorici e matematici delle reti che studiano la diffusione nelle reti-sistemi sociali complessi delle epidemie-pandemie, così pare essere –, le conseguenti misure e/o i conseguenti rimedi obbediscono o, dovrebbero ragionevolmente obbedire, “alle leggi immutabili della necessità”<sup>84</sup>. Ancora la forza normativa della “natura delle cose” e (specie) delle sue regole fattuali: “se vuoi questo, devi fare quello” (Hayek).

In realtà, “countries accounting for over two-thirds of the planet’s output and income are engaging in containment policies that would – in normal times – seem extreme. But these aren’t normal times”<sup>85</sup>. Una emersione consapevole della complessità dei rimedi volti a contenere ed inibire gli effetti della crisi da pandemia mi pare rintracciabile fra l’altro in un recente *speech* del Direttore generale del FMI, dove si strutturano e si indicano la(e) tipologia(e) delle misure da attuare, a partire dal finanziamento dei sistemi sanitari coinvolti nella crisi pandemica, al fine di

---

*e della contribuzione nelle avarie comuni*, Torino, 1888, p. 25 ss., si veda pure p. 7, dove si riconduce l'avaria generale al “principio d'equità”, ossia ad un “paradigma trasversale”. Per l'idea di “paradigma trasversale” si veda ancora U. BRECCIA, *op. cit.*, p. 314 ss.

<sup>78</sup> È interessante segnalare G. L. MORPURGO, *Raccolta di osservazioni sulle assicurazioni marittime*, Trieste, 1830, p. 163, dove si osserva che: “Emèrignon esamina se le spese di una nave sia stata rifiutata da un porto per sospetto di peste sia avaria generale o particolare, e la sua opinione è quella che sia avaria generale”.

<sup>79</sup> J. HABERMAS, *op. cit.*, p. 25.

<sup>80</sup> Sulla “scelta del tipo da usare come modello per la disciplina”, si veda G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 130.

<sup>81</sup> Cfr. M. BRETONE, *In difesa della storia*, cit., p. 13.

<sup>82</sup> Sul ruolo dell'*agreement* fra la Commissione europea, delegata del MES, e lo Stato, parte del MES e beneficiario del finanziamento, va comunque applicato il principio generale o “la massima ‘pacta sunt servanda’ senza la quale un’economia fondata sullo scambio e sulla moneta cesserebbe di funzionare” (le parole fra virgole sono di T. PADOA SCHIOPPA, *Il governo dell’economia*, Bologna, 1997, p. 91).

<sup>83</sup> Con riguardo alla iniziativa della Commissione europea volta a (pre)disporre “*a new (...) recovery instrument*” per un ammontare di 750 miliardi di euro, si veda COM(2020)456 final, p. 4.

<sup>84</sup> Le parole riportate fra virgolette sono state pronunciate da Theodor Mommsen, “nella sua conferenza sulla Svizzera in epoca romana”, e così come riferite da M. BRETONE, *In difesa della storia*, cit., p. 7. Per l'idea delle “leggi immutabili della necessità” come “leggi degli déi”, si veda ancora, per tutti, M. CARTABIA, L. VIOLANTE, *Edipo, Antigone, Creonte*, cit., p. 12 ss.

<sup>85</sup> R. BALDWIN, B. WEDER DI MAURO, *op. cit.*, p. 2.

potenziarne la capacità di ostacolare la diffusione sistemica della malattia virale. Una eco di tali considerazioni sembra rintracciarsi pure nelle parole di Gopinath secondo cui “the international community must help countries with limited health capacity avert a humanitarian disaster”<sup>86</sup>.

A tal fine risulta strategica la soluzione scelta dal Consiglio europeo prima e dal Board of Governors del MES, poi, di offrire agli Stati membri crediti a condizioni di particolare favore rispetto al mercato dei capitali, a condizione di destinare tali risorse alla implementazione del sistema sanitario: è un *covenant*, da intendersi come vincolo di destinazione essenziale, funzionalmente collegato al contrasto della crisi, che è, prima di tutto, crisi socio-sanitaria pandemica<sup>87</sup>.

L’interesse pubblico tutelato è, in definitiva, *ancora* la salute pubblica: è la salute pubblica globale ad essere esposta ad un “pericolo attuale”<sup>88</sup> di un “disastro”<sup>89</sup> comune a tutti (la pandemia). E l’evidenza *fattuale* del bisogno della “salvezza comune”<sup>90</sup> dal pericolo per la salute pubblica, combinata alla destinazione formale dei finanziamenti alla implementazione dei sistemi sanitari pubblici, rappresenterebbe un tratto caratterizzante, distintivo<sup>91</sup> della causa dei conseguenti contratti di finanziamento (*Financial Facility Agreement*).

4. Il sostegno finanziario auspicato ed atteso non dovrebbe peraltro tradursi in oneri futuri difficilmente sostenibili dalla finanza degli Stati UE (e non solo): “without care, solutions to one set of economic problems could – for some nations turn this economic crisis into financial crisis, or a debt crisis, or a foreign exchange crisis, etc. Care must be taken to ensure that temporary solutions don’t create long-lasting problems”<sup>92</sup>.

La scelta della Commissione di proporre, come appena riferito, “a new recovery instrument” risponde ad una idea di solidarietà<sup>93</sup> più complessa di quella legata al modello della “comune salvezza” imperiosamente imposta dalla crisi sanitaria globale. Esso risponde ad un’idea di “*common benefit*”, di “comune beneficio” che va di fatto oltre la spinta emergenziale. E di ciò parrebbe essere consapevole la medesima Commissione europea se le parole usate (“prepare for next generation”)

<sup>86</sup> G. GOPINATH, *Limiting the Economic Fallout of the Coronavirus with Large Targeted Policies*, in R. BALDWIN, B. WEDER DI MAURO (eds.), *op. cit.*, p. 46.

<sup>87</sup> “The only requirement to access the credit line will be that the requesting ESM Member States would commit to use ESM Pandemic Crisis Support to support domestic financing of direct and indirect healthcare, cure and prevention related costs due to the COVID 19 crisis. Such commitment would be included in an individual Pandemic Response Plan (PRP), which would be based on standardised terms for all ESM Members (template PRP)” (*Term Sheet: ESM Pandemic Crisis Support*, 8 maggio 2020, p. 1, reperibile *online*). In tale dimensione, è essenziale non solo attrezzare e potenziare le strutture ospedaliere al fine di curare i malati, ma “combattere” le epidemie che nel loro insieme-rete compongono la pandemia, inibendo il loro punto di forza: la rete (di diffusione) con le sue leggi matematiche ed in particolare, la legge di potenza dei centri aggregatori (di persone) capaci di moltiplicare all’infinito i contagiati e quindi i vettori del contagio.

<sup>88</sup> Cfr. F. BERLINGIERI Jr., *op. cit.*, p. 276.

<sup>89</sup> G. GOPINATH, *op. cit.*, p. 46.

<sup>90</sup> “Assicurare la salvezza comune e preservare dal pericolo sono i due aspetti della stessa azione”, così F. BERLINGIERI Jr., *op. cit.*, p. 276.

<sup>91</sup> G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 70 ss. e spec. p. 73 ss.

<sup>92</sup> R. BALDWIN, B. WEDER DI MAURO, *op. cit.*, p. 1.

<sup>93</sup> Cfr. G. MORGESE, *La solidarietà tra gli Stati membri dell’Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, Bari, 2018.

hanno un senso reale e rappresentano oltre che una “utopia” o una “visione”, anche una effettiva, almeno iniziale, “rivoluzione” gentile, per utilizzare un’immagine suggerita dalle parole di Tommaso Padoa Schioppa<sup>94</sup>.

Per tornare all’idea della “spinta gentile” di Thaler e alle tante suggestioni rintracciabili anche in tema di “spinte” verso un modello promozionale del benessere comune, in particolare la salute pubblica come parte e presupposto per un sistema economico sano ed efficiente, si tratta di accettare *anche* un modello di “architettura delle scelte”, avente l’ordine auspicato appunto da Thaler “costi oggi, benefici domani”<sup>95</sup>.

L’idea e la consapevolezza del “mondo piccolo” e aggiungerei sempre più piccolo e interconnesso, se mai avesse avuto bisogno di conferme, trova nella circolazione sistemica e globale della malattia virale pandemica una evidenza empirica, fattuale, indiscutibile: che mostra e dimostra la forza resiliente di “hub” e “connettori”<sup>96</sup> nella implementazione caotica e (almeno parzialmente) casuale della rete interpersonale globale.

E se, come pare, le prossime crisi economico-sociali saranno prima di tutto crisi umanitarie, innescate da catene di rischi non finanziari e quindi non gestibili e non contenibili dalle banche centrali, il modello giuridico “*common safety, common benefit*” pare essere sì uno specchio giuridico comune alle misure ed ai rimedi predisposti o avviati dalle autorità monetarie e dagli Stati membri dell’Unione europea. Ma non solo. È un modello generale dei rimedi e delle misure diretti a contenere le potenziali crisi future.

## Abstract

### Pandemic Economic-health Crisis, the Phenomenon of the ‘Small World’ and the ‘Common Safety, Common Benefit’ Paradigm as a Heuristic Legal Model: An Introduction

The global pandemic is an economic and financial crisis, but it is also a humanitarian catastrophe, which produces a new solidarity. So, ‘common safety, common benefit’, are more than simple words.

In fact, nobody is safe, if the others, all the others, are not safe by the peril of the virus. The world is our vessel, and the global pandemic is as a general average.

Therefore, ‘common safety, common benefit’ is the only model of the rules, to oppose to the global pandemic and to the consequent economic and financial crisis.

---

<sup>94</sup> T. PADOA SCHIOPPA, *Europa, forza gentile. Cosa ci ha insegnato l’avventura europea*, Bologna, 2001, p. 14.

<sup>95</sup> R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 83.

<sup>96</sup> A.-L. BARABÁSI, *op. cit.*, p. 61: “Disseminata in varie occupazioni esiste una manciata di persone che possiede l’abilità davvero straordinaria di stringere un numero eccezionale di amicizie e conoscenze. Sono i connettori’. I connettori hanno una grandissima importanza all’interno della rete sociale”.



Egeria Nalin\*

# COVID-19 e deroghe e restrizioni alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo

SOMMARIO: 1. Lo stato di emergenza determinato dallo scoppio della pandemia e l'incidenza sui diritti umani. – 2. La disciplina delle deroghe e delle restrizioni ai diritti umani: *ratio* e ambito di applicazione dei due istituti. – 3. Le notifiche di deroga alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo a seguito del COVID-19 e la prassi di procedere al solo "restringimento" del godimento di alcuni diritti. – 4. Gli strumenti di controllo della legittimità di deroghe e restrizioni nell'ambito della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. – 5. *Segue*: i casi problematici della compressione delle libertà di circolazione e personale operate dall'Italia. – 6. Gli atti di *soft law* come strumenti di indirizzo dell'azione statale e di prevenzione delle violazioni dei diritti umani.

1. La rapida ed estesa diffusione del virus denominato COVID-19, non a caso proclamato pandemia dall'OMS lo scorso 11 marzo 2020, ha prodotto una gravissima crisi sanitaria, cui hanno fatto seguito importanti conseguenze sul piano dell'assetto dei rapporti internazionali e sugli equilibri geo-politici ed economici<sup>1</sup>, ma che, soprattutto, hanno inciso profondamente sulle vite quotidiane di ciascuno di noi, determinando notevoli restrizioni alle libertà di cui siamo comunemente abituati a godere<sup>2</sup>.

Infatti, il "modello" cinese per arginare la pandemia è stato replicato (pur con i dovuti adattamenti) in tutto il mondo, a partire proprio dall'Italia che, per prima in Europa, si è trovata a fronteggiare la diffusione del nuovo coronavirus. Come è

\* Ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro.

<sup>1</sup> I. R. PAVONE, *La dichiarazione di pandemia di COVID-19 dell'OMS: implicazioni di governance sanitaria globale*, in *BioDiritto*, 27 marzo 2020, reperibile online; C. M. PONTECORVO, *Il diritto internazionale ai tempi del (nuovo) Coronavirus: prime considerazioni sulla recente epidemia di 'COVID-19'*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, p. 195 ss.

<sup>2</sup> Tra gli altri, cfr. L. ACCONCIAMESSA, *COVID-19 e diritti umani: le misure di contenimento alla luce della CEDU*, in *Iusinitinere*, 28 marzo 2020, reperibile online; G. CAGGIANO, *COVID-19. Competenze dell'Unione, libertà di circolazione e diritti umani in materia di controlli delle frontiere, misure restrittive della mobilità e protezione internazionale*, in *I Post di AISDUE*, 30 aprile 2020, reperibile online; P. MORI, *COVID-19, misure emergenziali e Stato di diritto*, *ivi*, 8 aprile 2020; E. SOMMARIO, *Misure di contrasto all'epidemia e diritti umani, fra limitazioni ordinarie e deroghe*, in *SIDIBlog*, 27 marzo 2020, reperibile online; ID., *Misure di contrasto al coronavirus e rispetto dei diritti umani*, in *Affari internazionali*, 29 marzo 2020, reperibile online; F. TAMMONE, «*Nous sommes en guerre*»: la lotta globale alla pandemia alla prova del Patto internazionale sui diritti civili e politici, in *SIDIBlog*, 27 marzo 2020, reperibile online.

noto, ciò si è tradotto, tra l'altro, in restrizioni alla libertà di movimento (ammessa solo per ragioni di necessità) e alla libertà personale (attraverso l'imposizione della quarantena ai contagiati e a coloro che avessero avuto contatti con gli stessi), ai diritti all'istruzione, alla ricerca scientifica e al lavoro (data la temporanea chiusura di scuole e università, oltre che delle attività produttive “non necessarie”), della libertà religiosa (stante il divieto di svolgere funzioni religiose aperte al pubblico), nonché di riunione e assemblea in luoghi pubblici e privati, per evitare la creazione di assembramenti<sup>3</sup>.

Al fine di assumere urgentemente siffatte misure restrittive, la gran parte degli Stati ha proclamato lo stato di emergenza, che consente un rafforzamento dei poteri dell'esecutivo e la sospensione di una serie di diritti per fronteggiare la situazione eccezionale.

Per quanto qui rileva, la proclamazione dello stato di emergenza rappresenta il presupposto formale per aprire le procedure di deroga alle principali convenzioni in materia di diritti umani (Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – CEDU – del 4 novembre 1950; Patto ONU sui diritti civili e politici, del 16 dicembre 1966; Convenzione americana dei diritti dell'uomo, del 22 novembre 1969), le quali – pur utilizzando formule parzialmente diverse – prevedono tutte la possibilità di “sospendere” i diritti dalle stesse contemplati, per fronteggiare una minaccia eccezionale alla sopravvivenza della stessa Nazione<sup>4</sup>.

Ancorché nessuno dei succitati trattati contemplici espressamente lo scoppio di una pandemia tra le cause che legittimano l'utilizzo della procedura di deroga, un evento di una tale portata può ben rientrare tra le situazioni di pericolo pubblico eccezionale o di minaccia alla vita della Nazione, come definite dagli organi di garanzia della CEDU e del Patto sui diritti civili e politici<sup>5</sup>. Infatti, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riguardo a una minaccia “to the organised life of the community of which the State is composed” che sia eccezionale, nel senso che le misure e le restrizioni che la Convenzione permette di adottare per il mantenimento della sicurezza, della salute e dell'ordine pubblico sarebbero insufficienti a far fronte all'emergenza<sup>6</sup>. Il Comitato dei diritti umani ha chiarito che “disturbance or

<sup>3</sup> Per una dettagliata ricostruzione dei diritti incisi dalle normative emanate per fronteggiare la pandemia, cfr. U. VILLANI, *Le misure di contrasto al COVID-19 e il rispetto dei diritti umani*, in *La Comunità Internazionale*, 2020, p. 165 ss.

<sup>4</sup> L'art. 15 CEDU richiama la guerra o altro pericolo pubblico che minacci la vita della Nazione; l'art. 4 Patto sui diritti civili e politici si riferisce a un pericolo pubblico eccezionale che minacci l'esistenza della Nazione; l'art. 27 Convenzione americana dei diritti dell'uomo contempla guerra, pericolo pubblico o altre emergenze che minacciano l'indipendenza o la sicurezza di uno Stato parte. Una clausola di deroga manca nella Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, del 27 giugno 1981, al punto che la dottrina si interroga se si tratti di una lacuna o di un tentativo di rendere la stessa inderogabile in ogni caso. Sul punto v. F. OURGUERGOUZ, *La clause de dérogation dans certains traits relatifs aux droits de l'homme: les réponses du droit international général*, in *Revue générale de droit international public*, 1994, p. 287 ss.; F. COWELL, *Sovereignty and the Question of Derogation: An Analysis of Article 15 of the ECHR and the Absence of a Derogation Clause in the ACHPR*, in *Birkbeck Law Review*, 2013, p. 135 ss.

<sup>5</sup> In argomento, cfr. S. NEGRI, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, Torino, 2018, p. 143 ss.

<sup>6</sup> Sentenza del 1° dicembre 1961, *Lawless c. Irlanda*, par. 28. V. anche il rapporto del 5 novembre 1969 della Commissione dei diritti umani nel caso dei *Colonnelli greci (Danimarca, Norvegia, Svezia e Paesi Bassi c. Grecia*, par. 153): “the crisis or danger should be exceptional in that the normal measures or restrictions permitted by the Convention for the maintenance of public safety, health and order are plainly inadequate”. La Corte ha inoltre precisato che la situazione di pericolo potrebbe interessare

catastrophe qualifies as a public emergency which threatens the life of the nation, as required by article 4, paragraph 1”, allorché tutte le misure “derogating from the Covenant are strictly required by the exigencies of the situation”<sup>7</sup>.

Con specifico riferimento al COVID-19, sia il Segretario generale del Consiglio d'Europa, nel documento intitolato *Respecting Democracy, Rule of Law and Human Rights in the Framework of the COVID-19 Sanitary Crisis: A Toolkit for Member States*, del 7 aprile 2020, che il Comitato dei diritti umani del Patto sui diritti civili e politici, nello *Statement on Derogations from the Covenant in Connection with the COVID-19 Pandemic*, del 24 aprile 2020<sup>8</sup>, si sono espressi nel senso che esso rappresenti una minaccia eccezionale, idonea a legittimare gli Stati a ricorrere a procedure di deroga.

Al contempo, la tutela della salute pubblica costituisce una delle giustificazioni previste dalle convenzioni sui diritti umani per limitare i diritti alla libertà personale<sup>9</sup>, al rispetto della vita privata e familiare<sup>10</sup>, alla libertà di pensiero e religiosa<sup>11</sup>, di espressione<sup>12</sup>, di riunione e associazione<sup>13</sup>, di circolazione<sup>14</sup>. Alcuni diritti sono, altresì, suscettibili di restrizioni “non arbitrarie” (come il divieto di arresto o detenzione e il diritto alla vita privata e familiare ai sensi, rispettivamente, degli articoli 9 e 17 del Patto sui diritti civili e politici) o di limitazioni per motivi di sicurezza nazionale (per es. quello alla pubblicità del processo<sup>15</sup>, alla vita privata e familiare<sup>16</sup>, di circolazione<sup>17</sup>; oltre alle libertà religiosa, di espressione, di riunione e associa-

---

un'area determinata del Paese, purché i suoi effetti negativi possano minacciare “la sopravvivenza dell'intera nazione” (sentenze del 18 gennaio 1978, *Irlanda c. Regno Unito*, par. 205, e del 18 dicembre 1996, *Aksoy c. Turchia*, par. 70). Inoltre, il pericolo deve essere attuale o imminente, non è possibile la proclamazione di uno stato di deroga in via preventiva (rapporto della Commissione europea, caso *Colonnelli greci*, par. 113), ma è possibile la deroga se è verosimilmente certo il verificarsi dell'evento pericoloso nell'imminenza (sentenza del 19 febbraio 2009, *A. e al. c. Regno Unito*, par. 177).

<sup>7</sup> *General Comment n. 29, States of Emergency (Art. 4)*, del 31 agosto 2001, paragrafi 3 e 5.

<sup>8</sup> Segretario generale del Consiglio d'Europa, *Respecting Democracy, Rule of Law and Human Rights in the Framework of the COVID-19 Sanitary Crisis: A Toolkit for Member States*, del 7 aprile 2020, Introduzione (“[i]t is recognised at the outset that governments are facing formidable challenges in seeking to protect their populations from the threat of COVID-19. It is also understood that the regular functioning of society cannot be maintained, particularly in the light of the main protective measure required to combat the virus, namely confinement. It is moreover accepted that the measures undertaken will inevitably encroach on rights and freedoms which are an integral and necessary part of a democratic society governed by the rule of law”); Comitato dei diritti umani, *Statement on Derogations from the Covenant in Connection with the COVID-19 Pandemic*, CCPR/C/128/2, del 24 aprile 2020, par. 2 (“the Committee acknowledges that States parties confronting the threat of widespread contagion may resort, on a temporary basis, to exceptional emergency powers and invoke their right of derogation from the Covenant under article 4, provided this is required to protect the life of the nation”).

<sup>9</sup> Art. 5, par. 1, lett. e), CEDU.

<sup>10</sup> Art. 8, par. 2, CEDU.

<sup>11</sup> Articoli 9, par. 2, CEDU; 18, par. 3, Patto diritti civili e politici; 12, par. 3, Convenzione americana.

<sup>12</sup> Articoli 10, par. 2, CEDU; 19, par. 3, lett. b), Patto diritti civili e politici; 13, par. 2, lett. b), Convenzione americana.

<sup>13</sup> Articoli 11, par. 2, CEDU; 21 e 22, par. 2, Patto diritti civili e politici; 15 e 16, par. 2, Convenzione americana; 11 Carta africana.

<sup>14</sup> Articoli 2, par. 3, Protocollo n. 4 alla CEDU del 16 settembre 1963; 12, par. 3, Patto diritti civili e politici; 22, par. 3, Convenzione americana; 12, par. 2, Carta africana.

<sup>15</sup> Articoli 6, par. 1, CEDU, e 14, par. 1, Patto diritti civili e politici.

<sup>16</sup> Art. 8 CEDU.

<sup>17</sup> Articoli 2, Protocollo n. 4 CEDU, 22 Convenzione americana, 12 Carta africana.

zione<sup>18</sup>). Infine, per la maggioranza dei diritti considerati sono ammesse restrizioni per realizzare un bilanciamento con i diritti altrui (è il caso delle libertà di circolazione, religiosa, di espressione, di riunione, di associazione<sup>19</sup>; alla vita privata e familiare<sup>20</sup>, di circolazione<sup>21</sup>), sul modello di quanto previsto dall'art. 29, par. 2, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948<sup>22</sup>.

Orbene, fermo restando che, *prima facie*, ciascuna limitazione adottata per fronteggiare la pandemia può giustificarsi per motivi di sicurezza nazionale – minacciando la diffusione del COVID-19 la sopravvivenza della popolazione – e che, di conseguenza, non può ritenersi arbitraria<sup>23</sup>, appare di particolare rilievo che le suddette Convenzioni ammettano espressamente o implicitamente (attraverso il richiamo ai diritti altrui) la possibilità che, nel bilanciamento col contrapposto diritto alla salute, una serie di libertà possano subire restrizioni, purché siano rispettati i principi di legalità, necessità, proporzionalità e non discriminazione<sup>24</sup>.

In proposito va ricordato che il diritto alla salute – da intendersi in base all'art. 12 del Patto ONU sui diritti economici, sociali e culturali, come “the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health”<sup>25</sup> – comporta, tra l'altro, l'obbligo di “prevention, treatment and control of epidemic”<sup>26</sup>. Ne deriva, secondo il Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, l'obbligo degli Stati, in caso di pandemia, di assumere le misure di contenimento necessarie<sup>27</sup>: dall'assistenza medica senza discriminazioni, ai meccanismi di sorveglianza epidemiologica (pure attraverso raccolta di dati) e di sviluppo di vaccini e altre strategie per il controllo della diffusione della malattia<sup>28</sup>.

<sup>18</sup> Articoli 9, 10 e 11 CEDU e 18, 19, 21 e 22 Patto diritti civili e politici; 12, 13, 14, 15, 16 Convenzione americana; per la sola libertà di riunione anche art. 11 Carta africana.

<sup>19</sup> Articoli 12, 18, 19, 21, 22 Patto diritti civili e politici e 9, 10 e 11 CEDU; per la sola libertà di riunione anche art. 11 Carta africana.

<sup>20</sup> Art. 8 CEDU.

<sup>21</sup> Articoli 2 Protocollo n. 4 CEDU e 22 Convenzione americana.

<sup>22</sup> “Nell'esercizio dei suoi diritti e delle sue libertà, ognuno deve essere sottoposto soltanto a quelle limitazioni che sono stabilite dalla legge per assicurare il riconoscimento e il rispetto dei diritti e delle libertà degli altri e per soddisfare le giuste esigenze della morale, dell'ordine pubblico e del benessere generale in una società democratica”.

<sup>23</sup> Sul significato di non arbitrario nel senso che la restrizione debba essere conforme alle disposizioni, gli scopi e gli obiettivi della Convenzione e ragionevole, cioè proporzionata allo scopo perseguito e necessaria in base alle circostanze del caso concreto, cfr. I. VIARENGO, *Deroghe e restrizioni alla tutela dei diritti umani nei sistemi internazionali di garanzia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 955 ss., in specie p. 971.

<sup>24</sup> S. NEGRI, *op. cit.*, p. 101 ss.

<sup>25</sup> Nella CEDU manca una norma sul diritto alla salute, ma la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo vi ha fornito una tutela specifica attraverso gli articoli 2 (diritto alla vita) e 8 (diritto alla vita privata e familiare), ricostruendo l'esistenza di un obbligo positivo in capo agli Stati, comprensivo degli obblighi di informazione della popolazione riguardo a situazioni di rischio per la salute e di adozione di misure di contenimento dello stesso rischio (tra le altre, v. le sentenze del 19 febbraio 1998, *Guerra e al. c. Italia*, par. 58, e del 30 novembre 2004, *Öneryildiz c. Turchia*, par. 89 s.).

<sup>26</sup> Un obbligo analogo è previsto negli articoli 11 della Carta sociale europea del Consiglio d'Europa, del 3 maggio 1996, e 10 del Protocollo addizionale alla Convenzione americana sui diritti umani nel campo dei diritti economici, sociali e culturali, del 17 novembre 1988.

<sup>27</sup> *General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12)*, E/C.12/2000/4, dell'11 agosto 2000, par. 16.

<sup>28</sup> *Ivi*, paragrafi 16, 43, lett. f), e 44, lett. c).

Distanziamento sociale, quarantena, isolamento anche degli asintomatici che abbiano avuto contatti con persone infette possono inquadrarsi tra le strategie doverose di contenimento della pandemia, posto che ogni ritardo nell'attuazione di tali misure può causare una discriminazione nei confronti delle persone più vulnerabili al virus, ad. es. gli anziani, rispetto ai quali gli Stati hanno specifici obblighi di protezione<sup>29</sup>.

Peraltro, in considerazione dell'alta mortalità associata al virus, la diffusione del COVID-19 rappresenta una grave minaccia per lo stesso diritto alla vita, sicché le restrizioni ai diritti umani sopra richiamate possono anche giustificarsi nell'ottica del bilanciamento con il diritto alla vita e degli obblighi positivi di assicurarne la tutela da parte degli Stati, espressamente sanciti dagli organi di garanzia sia del Patto sui diritti civili e politici<sup>30</sup> che della CEDU<sup>31</sup>.

Su tali basi, si può affermare che in assenza di un vaccino o di una cura per il COVID-19, a fronte dell'alta contagiosità della malattia e delle gravi conseguenze della stessa, le restrizioni adottate non solo si giustifichino formalmente nell'ottica delle norme richiamate, ma possano rappresentare adempimento di un obbligo giuridico (obbligo positivo)<sup>32</sup> degli Stati ai fini della tutela dei diritti alla salute e alla vita.

Questa interpretazione trova conferma in alcune dichiarazioni del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa e del Comitato dei diritti umani del Patto sui diritti civili e politici dello scorso aprile, relative alle misure da assumere per fronteggiare la pandemia, che riconoscono la necessità di procedere alle richiamate limitazioni<sup>33</sup>.

In senso conforme, possono anche richiamarsi le considerazioni svolte dal Comitato europeo dei diritti sociali nello *Statement of Interpretation on the Right to Protection of Health in Times of Pandemic* del 21 aprile 2020. Il Comitato, muovendo proprio dalla considerazione che la tutela della salute si ricollega alla tutela del diritto alla vita, “since human dignity is the fundamental value and indeed the core of positive European human rights law – whether under the European Social

<sup>29</sup> *Ivi*, paragrafi 25 e 34.

<sup>30</sup> *General comment No. 36, Article 6: Right to Life*, CCPR/C/GC/36 del 3 settembre 2019, par. 26: “[t]he duty to protect life also implies that States parties should take appropriate measures to address the general conditions in society that may give rise to direct threats to life or prevent individuals from enjoying their right to life with dignity. These general conditions may include (...) the prevalence of life-threatening diseases”.

<sup>31</sup> *Guide on Article 2 of the European Convention on Human Rights. Right to Life*, aggiornata al 30 aprile 2020, par. 10 s.: “[t]he Court has found the positive obligation under Article 2 to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction to apply in the context of any activity, whether public or not, in which the right to life may be at stake (*Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania* [GC], § 130). Thus, the Court has found positive obligations to arise under Article 2 in a number of different contexts, such as, for example: in the context of healthcare (*Calvelli and Ciglio v. Italy* [GC]; *Vo v. France* [GC])”.

<sup>32</sup> R. PISILLO MAZZESCHI, *Responsabilité de l'État pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 333, 2008, 175 ss.

<sup>33</sup> Cfr. la dichiarazione del Comitato dei ministri del 22 aprile 2020, secondo la quale “authorities at all levels must do their utmost to protect people’s health in all circumstances, including the most vulnerable members of our societies”, nonché lo *Statement on Derogations from the Covenant*, in cui il Comitato dei diritti umani richiede agli Stati parte del Patto di “take effective measures to protect the right to life and health of all individuals within their territory and all those subject to their jurisdiction”, ancorché “such measures may result in certain circumstances in restrictions on the enjoyment of individual rights guaranteed by the Covenant” (par. 2).

Charter or under the European Convention of Human Rights – and healthcare is a prerequisite for the preservation of human dignity”, ha affermato che gli Stati “must take” tutte le misure necessarie “in the shortest possible time, with the maximum use of available financial, technical and human resources, and by all appropriate means” e che “measures to prevent and limit the spread of the virus (...) may include, as in the present Covid-19 crisis, testing and tracing, physical distancing and self-isolation, the provision of adequate masks and disinfectant, as well as the imposition of quarantine and ‘lockdown’ arrangements”.

Si pone, pertanto, la questione del corretto bilanciamento tra le esigenze di rapido ed efficace contrasto della pandemia e quelle di adeguata tutela dei diritti umani compressi dalle misure adottate, nonché di individuazione dello strumento più adeguato per incidere sui diritti, nel rispetto delle garanzie poste dalle convenzioni sui diritti umani e dello stato di diritto.

2. La circostanza che le convenzioni in materia di diritti umani consentano, in circostanze eccezionali come quelle determinate dalla pandemia in corso, sia di aprire una procedura di deroga, quanto di limitarsi a “restringere” il godimento di alcune libertà, rende necessario chiarire quali siano i presupposti in base ai quali si possa agire con l’uno o l’altro strumento, ovvero individuare i differenti ambiti di applicazione dei due istituti (della deroga e della restrizione)<sup>34</sup>.

Anzitutto, va evidenziato che le restrizioni ammettono che alcuni diritti vengano parzialmente compressi per esigenze di contemperamento con altri diritti/interessi parimenti meritevoli di tutela, purché tali limitazioni siano previste dalla legge e siano necessarie in una società democratica<sup>35</sup>; per converso, attraverso le deroghe i diritti vengono totalmente sospesi. Sicché la deroga si differenzerebbe da un prov-

<sup>34</sup> Sull’argomento cfr. R. HIGGINS, *Derogations under Human Rights Treaties*, in *British Year Book of International Law*, 1976-1977, p. 281 ss.; R. ERGEC, *Les droits de l’homme à l’épreuve des circonstances exceptionnelles. Étude sur l’article 15 de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruxelles, 1987; J. ORAÀ, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Oxford, 1992; J. FITZPATRICK, *The International System for Protecting Human Rights during States of Emergency*, Philadelphia, 1994; I. VIARENGO, *op. cit.*, p. 955 ss.; G. CATALDI, *Art. 15. Deroga in caso di stato d’urgenza*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 425 ss.; ID., *Le deroghe ai diritti umani in stato di emergenza*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, p. 752 ss.; ID., *Art. 15*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Milano, 2012, p. 555 ss.; V. EBOLI, *La tutela dei diritti umani negli stati di emergenza*, Milano, 2010; E. SOMMARIO, *Derogation from Human Rights Treaties in Situations of Natural or Man-Made Disasters*, in A. DE GUTTRY, M. GESTRI, G. VENTURINI (eds.), *International Disaster Response Law*, The Hague, 2012, p. 323 ss.; ID., *Stati d’emergenza e trattati a tutela dei diritti umani*, Torino, 2018; A. J. PALMA, *Gli stati di eccezione nel diritto internazionale. Dalle garanzie giudiziarie minime all’equo processo*, Napoli, 2018; K. GAVRYSH, *The State of Emergency and the Doctrine of Vacuum in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, p. 79 ss.

<sup>35</sup> Sentenza del 2 ottobre 2001, *Stankov e The United Macedonian Organisation Ilinden c. Bulgaria*, par. 87: “[t]he expression ‘necessary in a democratic society’ implies that the interference corresponds to a ‘pressing social need’ and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued (...). When the Court carries out its scrutiny, (...) it must look at the interference complained of in the light of the case as a whole and determine, after having established that it pursued a ‘legitimate aim’, whether it was proportionate to that aim and whether the reasons adduced by the national authorities to justify it are ‘relevant and sufficient’”. Quanto al significato di società democratica, la Corte europea si riferisce a una società che risolve i problemi attraverso il dialogo e senza ricorrere alla violenza, ossia che sia

vedimento che “cancelli” il diritto in questione solo per la circostanza che la prima è temporanea: cessate le circostanze eccezionali che hanno giustificato la deroga, il diritto torna ad avere piena applicazione. Non è un caso che, in siffatte circostanze, come già rimarcato, vengono straordinariamente ridisegnati anche gli equilibri tra i poteri statali attraverso la proclamazione dello stato di emergenza o di eccezione.

Le norme sul regime derogatorio sono state volute dagli Stati per consentire l'adozione di regimi speciali in situazioni di emergenza interna. Si tratterebbe cioè di un istituto che riproduce al livello convenzionale il potere dello Stato, in base al diritto interno, di sospendere alcuni diritti costituzionali, sicché l'inserimento di una specifica disciplina consente di evitare abusi e proteggere lo stato di diritto<sup>36</sup>. Pertanto, esse funzionerebbero come cause di “sospensione” parziale dei trattati in cui sono inserite al ricorrere delle condizioni dagli stessi espressamente previste<sup>37</sup>. In particolare, l'istituto della deroga – introdotto per evitare che, nei casi di guerra o di pericolo pubblico eccezionale, si avesse una estinzione del trattato attraverso la applicazione della clausola *rebus sic stantibus*<sup>38</sup> – opererebbe come una clausola di salvaguardia della convenzione, consentendone la sospensione allorquando non ne sarebbe possibile una piena applicazione<sup>39</sup>.

Ne consegue che la deroga è una misura straordinaria da utilizzarsi esclusivamente ove i mezzi ordinari (comprese eventuali limitazioni dei diritti) non consentano allo Stato di proteggersi contro un pericolo pubblico eccezionale che minacci la sopravvivenza della Nazione. Proprio l'eccezionalità e l'intensità di detto pericolo permetterebbero di definire i presupposti che giustificano il ricorso alla deroga anziché alla mera limitazione dei diritti. Come si è visto, questa posizione ha trovato il supporto sia della Corte europea i diritti dell'uomo che del Comitato dei diritti umani<sup>40</sup>.

Inoltre, al contrario che per le limitazioni, ammissibili esclusivamente per i diritti per i quali i trattati le consentono, con riferimento alle deroghe, le convenzioni pertinenti si limitano a elencare i diritti assolutamente inderogabili, consentendo che la sospensione possa operare per tutti gli altri, purché siano rispettati i principi di legalità, necessità e proporzionalità. In altri termini, la deroga è ammessa nella misura in cui sia “strictly required” dalla concreta situazione di emergenza che la giustifica.

A questo riguardo la Corte europea ha riconosciuto un ampio margine di apprezzamento da parte dello Stato nell'accertamento della sussistenza del pericolo pub-

---

pluralista, tollerante e aperta (*ivi*, par. 88, nonché sentenze del 20 giugno 2018, *Şahin Alpay c. Turchia*, par. 180, e del 10 settembre 2018, *Mehmet Hasan Altan c. Turchia*, par. 210).

<sup>36</sup> Nei lavori preparatori della CEDU, con riferimento all'art. 15, si legge: “[i]t was also important that States parties should not be left free to decide for themselves when and how they would exercise emergency powers because it was necessary to guard against States abusing their obligations under the covenant. Reference was made to the history of the past epoch during which emergency powers had been invoked to suppress human rights and to set up dictatorial regimes” (European Commission on Human Rights, *Preparatory Work on Article 15 of the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, 22 May 1956, DH (56) 4, reperibile *online*, p. 13).

<sup>37</sup> Così F. CAPOTORTI, *L'estinction et la suspension des traités*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1971, 134, p. 557 ss.

<sup>38</sup> G. CATALDI, *La clausola di deroga alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto europeo*, 1983, p. 3 ss., in specie pp. 4 e 5; P. TAVERNIER, *Art. 15*, in L. E. PETTITI, E. DECAUX, P. H. HIMBERT (dirs.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, 1999, II ed., p. 489 ss.

<sup>39</sup> P. TAVERNIER, *op. cit.*, p. 502; V. EBOLI, *op. cit.*, p. 63 ss.

<sup>40</sup> *Supra*, par. 1.

blico eccezionale<sup>41</sup>, riservandosi di esercitare un rigoroso controllo sul rispetto dei principi della necessità e della proporzionalità, ancorati a una serie di criteri volti ad accertare che l'esecutivo non abusi di tale potere; tra i suddetti criteri sono particolarmente degni di menzione l'impegno dello Stato a modificare o rivedere la deroga allorché si modifichi o cessi la situazione di emergenza, nonché la previsione di un controllo indipendente sulla legittimità delle misure assunte<sup>42</sup>.

Va, anzitutto, ricordato che i diritti resi espressamente inderogabili sia dalla CEDU che dal Patto sono da considerare espressione di norme cogenti, in quanto volti a tutelare la stessa dignità umana (diritto alla vita, divieto di tortura e schiavitù e

<sup>41</sup> “By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of derogations necessary to avert it. In this matter Article 15 para. 1 (...) leaves those authorities a wide margin of appreciation” (Corte europea dei diritti dell'uomo, *Irlanda c. Regno Unito*, cit., par. 207). Tale orientamento è stato confermato con la sentenza del 26 maggio 1993, *Brannigan e McBride c. Regno Unito*. Sul punto, v. G. CATALDI, *Art. 15*, cit., p. 555 ss., in specie p. 558. Sul margine di apprezzamento, v., tra gli altri, R. SAPIENZA, *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1991, pp. 575-586; E. KASTANAS, *Unité et diversité, notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1996; H. C. YOUROW, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Dordrecht, 1996; E. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000; S. FORLATI, *Il margine di apprezzamento lasciato ai giudici nazionali dalla Corte europea dei diritti umani – L'esperienza britannica*, in F. SALERNO, R. SAPIENZA (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il giudice italiano*, Torino, 2011, p. 117 ss.; J. GERARDS, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge, 2019, p. 160 ss.

<sup>42</sup> In proposito, v. *General Comment n. 29*, par. 14. La *Guide on Article 15 of the Convention – Derogation in Time of Emergency*, elaborata dalla Corte europea e aggiornata al 31 dicembre 2019, al par. 21 indica i seguenti quali parametri di valutazione del rispetto della necessità e proporzionalità: “[t]his involves the Court considering matters such as: whether ordinary laws would have been sufficient to meet the danger caused by the public emergency (*Lawless v. Ireland (no. 3)*, § 36; *Ireland v. the United Kingdom*, § 212); whether the measures are a genuine response to an emergency situation (*Alparslan Altan v. Turkey*, § 118; *Brannigan and McBride v. the United Kingdom*, § 51); whether the measures were used for the purpose for which they were granted (*Lawless v. Ireland (no. 3)*, § 38); whether the derogation is limited in scope and the reasons advanced in support of it (*Brannigan and McBride v. the United Kingdom*, § 66); whether the need for the derogation was kept under review (*ibid.*, § 54); any attenuation in the measures imposed (*Ireland v. the United Kingdom*, § 220); whether the measures were subject to safeguards (*ibid.*, §§ 216-219; *Lawless v. Ireland (no. 3)*, § 37; *Brannigan and McBride v. the United Kingdom*, §§ 61-65; *Aksoy v. Turkey*, §§ 79-84); the importance of the right at stake, and the broader purpose of judicial control over interferences with that right (*ibid.*, § 76); whether judicial control of the measures was practicable (*ibid.*, § 78; *Brannigan and McBride v. the United Kingdom*, § 59); the proportionality of the measures and whether they involved any unjustifiable discrimination (*A. and Others v. the United Kingdom* [GC], § 190); whether the measure was “lawful” and had been effected “in accordance with a procedure prescribed by law” (*Alparslan Altan v. Turkey*, §§ 117-119; *Mehmet Hasan Altan v. Turkey*, §§ 140 and 213; *Şahin Alpay v. Turkey*, §§ 119 and 183); whether the minimum requirements of Article 5 § 1 (c) of the Convention regarding the “reasonableness” of a suspicion justifying an individual’s detention are satisfied (*Alparslan Altan v. Turkey*, §§ 147-149); and the views of any national courts which have considered the question (*Alparslan Altan v. Turkey*, § 146; *Mehmet Hasan Altan v. Turkey*, §§ 93 and 140; *Şahin Alpay v. Turkey*, §§ 77 and 119). If the highest domestic court in a Contracting State has reached the conclusion that the measures were not strictly required, the Court will be justified in reaching a contrary conclusion only if satisfied that the national court had misinterpreted or misapplied Article 15 or the Court’s jurisprudence under that Article, or reached a conclusion which was manifestly unreasonable (*A. and Others v. the United Kingdom* [GC], § 174)”.

servitù)<sup>43</sup>. Inoltre, ancorché l'elenco dei diritti inderogabili in ogni caso, previsto dal Patto sui diritti civili e politici<sup>44</sup>, sia più esteso di quello contemplato dalla CEDU<sup>45</sup>, dato che la CEDU esclude che la deroga *ex art. 15* possa giustificare la violazione di altri obblighi internazionali, sia convenzionali che consuetudinari, assunti dagli Stati parte<sup>46</sup>, ne deriva che ove questi ultimi siano anche parti del Patto, non possono derogare neanche ai diritti inderogabili ai sensi di tale Convenzione (segnatamente, divieto di imprigionamento per debiti, diritto alla personalità giuridica e libertà di pensiero, coscienza e religione).

Infine, il divieto di discriminazione è considerato un principio di carattere generale, come tale intangibile sia per gli Stati parte del Patto che per quelli della CEDU<sup>47</sup>; sono, altresì, ritenuti inderogabili, tra gli altri, il diritto al ricorso effettivo e al giusto processo, oltre al divieto di abuso di diritto<sup>48</sup>.

Sul piano formale, il Patto impone la dichiarazione dello stato di emergenza ai fini della deroga, mentre la CEDU si accontenta di una proclamazione “di fatto”, cioè desumibile da una legge interna o altro atto che regolamenti le stesse deroghe, sempreché si tratti di “a clear basis in domestic law in order to protect against arbitrariness”<sup>49</sup>. Inoltre, sia la CEDU che il Patto sui diritti civili e politici impongono come necessaria la notifica da parte dello Stato interessato (al Segretario generale, rispettivamente, del Consiglio d'Europa e dell'ONU), sicché non dovrebbe poter trovare applicazione il regime derogatorio in assenza di una precisa presa di posizione dello Stato che indichi la sua volontà di ricorrervi, in quanto la notifica ha la funzione di assicurare la pubblicità delle deroghe e, dunque, consentire il controllo da parte degli organi di garanzia e degli stessi Stati parte delle Convenzioni<sup>50</sup>.

<sup>43</sup> J. ORAÀ, *La protection des droit de l'homme dans des situations d'urgence en droit international coutumier*, in *Droits de l'homme et fonctionnement des institutions démocratiques dans des situations d'urgence*, Strasbourg, 1997, p. 196; G. CATALDI, *Art. 15*, cit., p. 560.

<sup>44</sup> Si tratta del diritto alla vita, della libertà di pensiero, coscienza e religione, del divieto di tortura e schiavitù e servitù, di irretroattività della legge penale, di imprigionamento per debiti, al riconoscimento della personalità giuridica, cui va aggiunto il divieto di pena di morte *ex art. 6* del II Protocollo addizionale, del 15 dicembre 1989, sull'abolizione della pena di morte.

<sup>45</sup> Ai sensi dell'art. 15 CEDU sono inderogabili il diritto alla vita, il divieto di tortura, di schiavitù e servitù, di irretroattività della legge penale; ad essi vanno aggiunti il divieto della pena di morte, ai sensi del Protocollo n. 6 del 28 aprile 1983 e di quello n. 13 del 3 maggio 2002, e il diritto di non essere giudicato o punito due volte, *ex art. 4* del Protocollo n. 7 del 22 novembre 1984.

<sup>46</sup> In senso analogo si esprime anche il Patto sui diritti civili e politici all'art. 4.

<sup>47</sup> J. ORAÀ, *Human Rights in States of Emergency*, cit., p. 142; P. TAVERNIER, *op. cit.*, p. 498; I. VIARENGO, *op. cit.*, p. 985. Si veda inoltre, per il Patto, *General Comment n. 29*, par. 8; per la CEDU il cit. documento del Segretario generale del Consiglio d'Europa, *Respecting Democracy, Rule of Law and Human Rights*, par. 3.4, anche per indicazioni sulla giurisprudenza della Corte europea pertinente.

<sup>48</sup> G. CATALDI, *Art. 15*, cit., p. 560. V. altresì I. VIARENGO, *op. cit.*, p. 994 ss. V., anche, Consiglio economico e sociale, *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, E/CN.4/1985/4, Annex, del 28 settembre 1984, par. 58 ss., nonché il *General Comment n. 29*, paragrafi 14, 16 e 6, e il cit. doc. del Segretario generale del Consiglio d'Europa, *Respecting Democracy, Rule of Law and Human Rights*, par. 3.2.

<sup>49</sup> *Ivi*, par. 2.1.

<sup>50</sup> Per il Patto, *General Comment n. 29*, par. 17, nonché il parere della Corte internazionale di giustizia del 9 luglio 2004 relativo alle *Conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nei territori arabi occupati da Israele*, par. 127, secondo il quale, avendo Israele notificato esclusivamente la deroga al diritto contemplato dall'art. 9 Patto, le restrizioni ad altri diritti umani realizzate da Israele attraverso la costruzione del muro non potevano formalmente inquadarsi tra le deroghe ai sensi dell'art. 4 Patto. Per la CEDU, v. le sentenze del 20 marzo 2018, *Mehmet Hasan Altan c. Turchia*, par. 89, e *Şahin Alpay*

Va ricordato che l'art. 15 CEDU non prescrive che la notifica avvenga preventivamente all'adozione delle misure di deroga e che la Corte – riconoscendo che in molti casi diviene urgente intervenire per fronteggiare il pericolo pubblico eccezionale – si accontenta che essa sia prodotta “without any unavoidable delay”<sup>51</sup>.

3. Dato questo quadro di riferimento, rileviamo che a causa del COVID-19 la maggioranza degli Stati, pur avendo proclamato lo stato di emergenza in base alle norme interne e “compresso” sensibilmente i diritti umani, ha evitato di aprire una procedura di deroga rispetto alle convenzioni di cui è parte<sup>52</sup>. Limitandoci alla sola CEDU, la notifica di deroga ai sensi dell'art. 15 è stata effettuata esclusivamente da Albania, Armenia, Estonia, Georgia, Lettonia, Macedonia del Nord, Moldavia, Romania, San Marino e Serbia<sup>53</sup>, e ha riguardato le libertà personale e di circolazione, di riunione e associazione, il diritto all'istruzione e, più di rado, le libertà di espressione, religiosa, i diritti di proprietà e al giusto processo.

Come si è accennato, quelle stesse libertà e diritti risultano ristretti dalle normative nazionali emanate per fronteggiare la pandemia nei restanti Paesi del Consiglio d'Europa, i quali – al pari dell'Italia – hanno scelto di non procedere alla deroga alla CEDU.

In particolare, il nostro Paese ha proclamato per 6 mesi lo stato di emergenza determinato dalla diffusione del COVID-19 in base a delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, ai sensi dell'art. 7, co. 1, lett. c), del d. lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, recante il Codice della protezione civile (così come modificato dal d. lgs. 6 febbraio 2020, n. 4, contenente disposizioni integrative e correttive)<sup>54</sup>. Su tali basi sono stati emanati numerosi provvedimenti normativi e regolamentari, tra i quali i D.P.C.M. del 9 marzo e del 22 marzo 2020 che, come è noto, hanno previsto il c.d. *lockdown* fino al 3 maggio; successivamente a tale data le misure di chiusura e i conseguenti restringimenti alle libertà personale, di circolazione, religiosa, dei diritti al lavoro, alla vita privata e familiare, di riunione sono state gradualmente

c. *Turchia*, par. 73. Sui contenuti del provvedimento di notifica, v. per il Patto, *General Comment n. 29*, par. 5; per la CEDU, *Guide on Article 15*, cit., e, in dottrina, J. ORAÀ, *Human Rights in States of Emergency*, p. 61 ss.

<sup>51</sup> Rapporto della Commissione europea dei diritti umani del 26 settembre 1958, *Grecia c. Regno Unito*, par. 158; sentenza *Lawless*, par. 47.

<sup>52</sup> Deroghe al Patto sui diritti civili e politici sono state comunicate al Segretario generale dell'ONU da Argentina, Armenia, Cile, Colombia, Ecuador, Estonia, Etiopia, Georgia, Guatemala, Kirghizistan, Lettonia, Moldavia, Namibia, Palestina, Paraguay, Perù, Repubblica dominicana, Romania, Salvador, San Marino, Senegal, Tailandia.

<sup>53</sup> La maggioranza dei Paesi citati ha comunicato tra maggio e luglio la cessazione dello stato di deroga alla CEDU, sicché la stessa è attualmente ancora in corso solo in Georgia e Serbia. L'elenco aggiornato delle notifiche *ex art. 15* a causa del COVID-19 si legge in Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS No. 5), Notifications under Article 15 of the Convention in the context of the COVID-19 pandemic, reperibile *online*.

<sup>54</sup> La Cost. italiana non contempla la possibilità di proclamare lo stato di emergenza, limitandosi a riconoscere la proclamazione dello stato di guerra (art. 87, co. 9), probabilmente per evitare che, all'indomani dell'esperienza della dittatura fascista, l'esercizio di poteri eccezionali potesse finire col minacciare i valori della democrazia e dello stato di diritto che sono alla base della costituzione stessa. Sicché, a causa del COVID-19, la proclamazione dello stato di emergenza è avvenuta in base alla norma indicata nel testo, la quale si riferisce alle “emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo”.

allentati<sup>55</sup>. Lo stato di emergenza è stato successivamente prorogato, con il decreto-legge del 30 luglio 2020, che introduce misure urgenti connesse con la scadenza della dichiarazione di emergenza epidemiologica da COVID-19 deliberata il 31 gennaio 2020, fino al 15 ottobre 2020 e con delibera del Consiglio dei Ministri del 7 ottobre 2020, Proroga dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili, e il decreto-legge 7 ottobre 2020, n. 125, Misure urgenti connesse con la proroga della dichiarazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19 e per la continuità operativa del sistema di allerta COVID, nonché per l'attuazione della direttiva (UE) 2020/739 del 3 giugno 2020, fino al 31 gennaio 2021.

Tra i Paesi europei che, in assenza di deroga, hanno più pesantemente limitato il godimento dei diritti umani vi è l'Ungheria, che ha proclamato lo stato di emergenza con il decreto 40 dell'11 marzo 2020, cui ha fatto seguito l'emanazione della legge organica n. 12 del 30 marzo. In base a tali disposizioni al Governo era attribuito il potere di esercitare poteri eccezionali, anche legislativi, per tutto il (non meglio precisato) periodo di durata della emergenza, determinata non solo con riferimento alla minaccia per la salute pubblica, bensì anche per la stabilità economica nazionale; per lo stesso periodo erano "cancellate" le procedure elettorali e referendarie e sospese le attività giudiziarie, rendendosi così insindacabile la legittimità dei decreti adottati dal Governo. Inoltre, erano previste sanzioni penali per chi distorceva o pubblicava informazioni false sulla pandemia idonee a creare turbamento o a incidere sulle misure di contenimento adottate<sup>56</sup>. Le misure in questione sono state accompagnate da numerose denunce circa la palese difformità rispetto ai principi dello stato di diritto, facendo temere per una svolta autoritaria del Governo di Orbán<sup>57</sup>; tuttavia sono state revocate lo scorso 18 giugno con la proclamazione della cessazione dello stato di emergenza.

Altri Paesi hanno introdotto restrizioni alla libertà di informazione simili a quelle ungheresi, in alcuni casi accompagnate da sanzioni penali per coloro i quali contravvengano ai divieti<sup>58</sup>. È il caso dell'Armenia che, come si è detto, figura tra gli Stati

<sup>55</sup> Per una dettagliata analisi, si rinvia a U. VILLANI, *op. cit.*, p. 166 ss. V. anche M. ARGENTINI, "Fase 1" di contrasto al COVID-19, ordinamento italiano e tutela dei diritti umani alla luce della CEDU, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2020, p. 153 ss.; N. COGHLAN, *Rights in a Time of Quarantine: An Extended Look*, in *UK Human Rights Blog*, 17 marzo 2020, reperibile online; L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in *federalismi.it*, 13 marzo 2020, reperibile online, p. 13 ss.; A. J. PALMA, *Pandemia e diritti umani: l'Italia e lo stato di eccezione al tempo del Coronavirus*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, p. 303 ss.; A. SPADARO, *Do the Containment Measures Taken by Italy in Relation to COVID-19 Comply with Human Rights Law?*, in *EJIL: Talk!*, 16 marzo 2020, reperibile online.

<sup>56</sup> Sul punto, v. le interessanti considerazioni di P. DE SENA, *Contrasto al COVID-19 e/o demolizione dello Stato di diritto? Le misure ungheresi e la Convenzione europea*, in *SIDIBlog*, 7 aprile 2020, reperibile online. V., altresì, S. BENVENUTI, *Sulla legge organica ungherese n. 12 del 30 marzo 2020 «sulla protezione contro il coronavirus»*, *ivi*; F. CASOLARI, *La protezione dello Stato di diritto nell'Unione europea ai tempi del coronavirus: se non ora quando?*, *ivi*.

<sup>57</sup> Tra gli altri, cfr. *Joint statement on Hungary's Extension of Emergency Powers*, adottato da numerose ONG in data 26 marzo 2020.

<sup>58</sup> Per una carrellata delle misure in violazione della libertà di espressione adottate in numerosi Stati membri del Consiglio d'Europa, cfr. lo *Statement* del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, Dunja Mijatović, *Press Freedom Must not be Undermined by Measures to Counter Disinformation about COVID-19*, del 3 aprile 2020.

che hanno aperto una procedura di deroga<sup>59</sup>. Essa ha imposto il divieto di diffondere informazioni relative al virus, diverse da quelle ufficiali fornite dal Governo, e suscettibili di diffondere il panico, a pena dell'immediata cancellazione delle stesse<sup>60</sup>.

La scelta degli Stati parte della CEDU di incidere sui medesimi diritti convenzionali talvolta avvalendosi della deroga, talaltra “restringendone” il godimento per ragioni di tutela della salute pubblica, del diritto alla vita e della pubblica sicurezza, può dirsi in ogni caso conforme alla Convenzione. Va, infatti, osservato che l'apertura di una procedura di deroga, ancorché possibile nel caso di una pandemia che, come il COVID-19, minaccia la sopravvivenza della popolazione e, dunque, della Nazione, non rappresenta una scelta obbligata<sup>61</sup>. Anzi, l'orientamento maggioritario – che sembra preferire il ricorso alle restrizioni anziché alle deroghe – incontra il favore della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo la quale, ancorché chiamata a giudicare sulla legittimità di una deroga, procede anzitutto a valutare se le misure assunte possano giustificarsi sul piano delle mere restrizioni ai diritti e se siano rispettati i principi di necessità e proporzionalità<sup>62</sup>. Proprio con riferimento al COVID-19, sull'opportunità di non procedere alle deroghe ove sia possibile ricorrere a mere limitazioni si sono espressi sia l'organo di garanzia del Patto sui diritti civili e politici<sup>63</sup>, che l'Alto Commissario per i diritti umani<sup>64</sup>.

Né la notifica della deroga fornirebbe necessariamente maggiori garanzie contro eventuali abusi degli Stati (formalmente giustificati) in nome dell'emergenza; anzi, il ricorso alle deroghe da parte delle democrazie europee più “fragili” potrebbe rappresentare un tentativo di escludere un giudizio della Corte europea su eventuali eccessive restrizioni dei diritti o, peggio, per aprire la via a riforme permanenti in tal senso<sup>65</sup>. Sicché qualunque sia lo strumento utilizzato per incidere sui diritti umani, è

<sup>59</sup> La cessazione della deroga è stata proclamata dal Governo armeno a partire dallo scorso 11 settembre.

<sup>60</sup> Annex to Decision of the Government of the Republic of Armenia No 298-N of 16 March 2020, par. VII.

<sup>61</sup> In senso conforme, U. VILLANI, *op. cit.*, p. 184 ss.

<sup>62</sup> Sentenze del 13 dicembre 1977, *Irlanda c. Regno Unito*, par. 191, e del 19 febbraio 2009, *A. e al. c. Regno Unito*, par. 161.

<sup>63</sup> *Statement on Derogations from the Covenant in Connection with the COVID-19 Pandemic*, par. 2, lett. c.): “States parties should not derogate from Covenant rights or rely on a derogation made when they can attain their public health or other public policy objectives through invoking the possibility to restrict certain rights, such as article 12 (freedom of movement), article 19 (freedom of expression) or article 21 (the right to peaceful assembly), in conformity with the provisions for such restrictions set out in the Covenant, or through invoking the possibility of introducing reasonable limitations on certain rights, such as article 9 (right to personal liberty) and article 17 (right to privacy), in accordance with their provisions”. Nello stesso senso, in precedenza *General Comment n. 29*, cit.: “[i]n the opinion of the Committee, the possibility of restricting certain Covenant rights under the terms of, for instance, freedom of movement (article 12) or freedom of assembly (article 21) is generally sufficient during such situations and no derogation from the provisions in question would be justified by the exigencies of the situation”.

<sup>64</sup> Alto Commissario ONU per i diritti umani, *Emergency Measures and COVID-19: Guidance*, 27 aprile 2020, p. 2: “States of emergency are specifically regulated under human rights law. Although derogation or suspension of certain rights is permitted when such emergencies are declared, measures suspending rights should be avoided when the situation can be adequately dealt with by establishing proportionate restrictions or limitations on certain rights, as described above”.

<sup>65</sup> Sulla questione v. K. DZEHTSIAROU, *COVID-19 and the European Convention on Human Rights*, in *Strasbourg Observers*, 21 maggio 2020, reperibile online; A. GREENE, *States Should Declare a State of Emergency Using Article 15 ECHR to Confront the Coronavirus Pandemic*, *ivi*, 1° aprile 2020; A. PONTA, *Human Rights Law in the Time of the Coronavirus*, in *ASIL Insights*, 20 aprile 2020, reperibile

sul piano della concreta operatività degli strumenti di controllo, tanto delle deroghe che delle limitazioni ai diritti, che si gioca la vera partita per la tutela degli stessi.

4. Limitando la nostra analisi alla sola CEDU, sia nel caso delle deroghe che delle mere restrizioni, l'eventuale violazione delle norme pattizie va anzitutto accertata dagli organi giurisdizionali interni, in quanto il sistema di garanzia convenzionale funziona solo in via sussidiaria<sup>66</sup>. In altri termini, l'individuo che assuma lesi i suoi diritti e libertà in modo non conforme alla Convenzione, a causa dei provvedimenti restrittivi o in deroga alla CEDU adottati da uno Stato parte, potrà adire l'autorità giudiziaria nazionale per far constatare l'inesistenza dei presupposti che giustificano la limitazione o la deroga, la violazione dei principi di necessità e proporzionalità attraverso le misure assunte, l'inderogabilità del diritto di cui si denuncia la compressione o, ancora, l'impossibilità di limitarlo in assenza di una procedura di deroga (art. 13 CEDU). Ove i tribunali nazionali respingano il ricorso, la presunta vittima della violazione potrà adire la Corte europea dei diritti dell'uomo (art. 34 CEDU) la quale accerterà, con sentenza vincolante per lo Stato nei cui confronti è emessa, la lamentata violazione. Quindi, lo Stato avrà l'obbligo di assumere le misure idonee a rimuovere la violazione con tutti i suoi effetti, eventualmente abrogando le norme interne ancora in vigore da cui derivi la violazione della CEDU (art. 46 CEDU). Con riferimento all'Italia, una normativa interna in contrasto con la CEDU viola l'art. 117 cost., che vincola il legislatore nazionale al rispetto, tra gli altri, degli obblighi internazionali vigenti per il nostro Paese. Sicché, la Corte cost. potrebbe dichiararne l'illegittimità costituzionale per violazione indiretta dell'art. 117.

Infine, un ricorso analogo a quello della vittima della violazione può essere presentato alla Corte europea da ciascuno Stato parte della CEDU (art. 33 CEDU).

Come già si è evidenziato, gli strumenti di garanzia richiamati sono destinati a funzionare tanto rispetto alle normative adottate a seguito dell'apertura di una procedura di deroga, quanto in caso di adozione di provvedimenti nazionali che realizzino mere restrizioni dei diritti convenzionali.

Ne deriva che l'apertura di una procedura di deroga potrebbe non bastare alla Serbia per evitare una condanna da parte della Corte europea, ove si accerti che la notifica al Segretario generale del Consiglio d'Europa delle misure assunte non sia sufficientemente dettagliata da consentire un efficace controllo sulla legittimità delle stesse, dato che siffatte misure non sono specificate ma solo indicate attraverso il rinvio alla normativa nazionale pertinente. disponibile...esclusivamente in serbo<sup>67</sup>.

D'altro canto, anche per le misure restrittive adottate dall'Italia potrebbe porsi un problema di violazione del principio di legalità per non essere le norme sufficientemente accessibili, chiare e prevedibili, in quanto contenute in "una pluralità variegata ed eterogenea di atti provenienti da differenti organi ed enti, statali, regionali, comunali", nonché per essere "spesso sovrapposte, talvolta confuse, terminologicamente di dubbio significato", con la conseguenza di pregiudicare "sensibilmente

online; M. SCHEININ, *COVID-19 Symposium: To Derogate or Not to Derogate?*, in *Opinio Juris*, 6 aprile 2020, reperibile online.

<sup>66</sup> Articoli 1, 13 e 35, par. 1, CEDU.

<sup>67</sup> P. ZGHIBARTA, *The Whos, the Whats, and the Whys of the Derogations from the ECHR amid COVID-19*, in *EJIL: Talk!*, 11 aprile 2020, reperibile online.

la prevedibilità della propria condotta, quindi l'ulteriore qualità che è richiesta alla legge restrittiva dei diritti umani"<sup>68</sup>.

Infine, sia che si operi una deroga, sia che si proceda a una restrizione, la Corte potrebbe ritenere che misure che limitano il diritto all'equo processo o la diffusione di informazioni relative alla pandemia ricadano tra quelle vietate perché incidono su diritti inderogabili in ogni caso o perché sproporzionate.

Il primo potrebbe essere, ipoteticamente, anche il caso dell'Italia, ove si accerti che la sospensione delle attività giudiziarie, disposta dal d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito in legge 24 aprile 2020, n. 27 (articoli 83-85) e poi prorogata dall'art. 36 del d.l. 8 aprile 2020, n. 23, convertito in legge 5 giugno 2020, n. 40, abbia comportato una eccessiva restrizione del diritto all'equo processo o, addirittura, al ricorso effettivo per la tutela dei propri diritti, ai sensi degli articoli 6 e 13 CEDU<sup>69</sup>.

Quanto alle ricordate misure restrittive della libertà di espressione adottate, tra gli altri, da Armenia (attraverso la procedura di deroga alla CEDU) e Ungheria (come misure restrittive ai sensi dell'art. 10 CEDU), ricordiamo che la Corte europea ha già avuto modo di precisare che l'esistenza di una "public emergency threatening the life of the nation" must not serve as a pretext for limiting freedom of political debate" in quanto "even in a state of emergency (...) the contracting States must bear in mind that any measures taken should seek to protect the democratic order from the threats to it, and every effort should be made to safeguard the values of a democratic society, such as pluralism, tolerance and broadmindedness"<sup>70</sup>. Proprio con riguardo alle misure limitative della libertà di espressione giustificate in ragione del COVID-19, numerose sono state le prese di posizione di organismi delle Nazioni Unite e del Consiglio d'Europa che hanno fatto eco alla giurisprudenza della Corte europea, ricordando che una informazione libera è essenziale per contrastare efficacemente la pandemia e che l'eventuale adozione di misure restrittive si giustifichi solo se assolutamente necessaria per la tutela della salute<sup>71</sup>, nonché che la previsione

<sup>68</sup> U. VILLANI, *op. cit.*, p. 179 s.

<sup>69</sup> Sulla necessità di assicurare il corretto equilibrio tra le esigenze di protezione della salute di giudici e avvocati e di garanzia della giustizia, v. la Dichiarazione della Commissione europea per l'Efficienza della Giustizia del giugno 2020, *Lessons Learnt and Challenges Faced by the Judiciary during and after the COVID-19 Pandemic*. V., altresì, seppur con riferimento alla violazione del diritto dell'Unione europea e, in particolare, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (articoli 2, 4, co. 3, 6, co. 1, e 9 del TUE, articoli 67, co. 1 e 4, 81 e 82 del TFUE, in combinato disposto con gli articoli 1, 6, 20, 21, 31, 34, 45 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), l'ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'UE del 18 maggio 2020 del giudice di pace di Lanciano, con la quale si solleva la questione se la normativa citata nel testo non violi, tra gli altri, i diritti a un processo equo e all'indipendenza del giudice.

<sup>70</sup> Sentenze *Şahin Alpay c. Turchia*, par. 180, e *Mehmet Hasan Altan c. Turchia*, par. 210.

<sup>71</sup> V. la dichiarazione dell'Alto Commissario per i diritti umani del 24 aprile 2020, *Bachelet Alarmed by Media Clamphdowns, Says Public has Right to Know about COVID-19*, nonché degli esperti David Kaye, Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Harlem Désir, OSCE Representative on Freedom of the Media e Edison Lanza, IACHR Special Rapporteur for Freedom of Expression, *COVID-19: Governments Must Promote and Protect Access to and Free Flow of Information during Pandemic – International Experts*, del 19 marzo 2020. V. anche il pluricitato doc. del Segretario generale del Consiglio d'Europa, *Respecting Democracy, Rule of Law and Human Rights*, par. 3.3: "official communications cannot be the only information channel about the pandemic. This would lead to censorship and suppression of legitimate concerns. Journalists, media, medical professionals, civil society activists and public at large must be able to criticise the authorities and scrutinise their response to the crisis. Any prior restrictions on certain topics, closure of media outlets or outright blocking of access to on-line communication platforms call for the most

di sanzioni (soprattutto penali e che implicano restrizioni della libertà) per chi sia colpevole di diffondere informazioni false debba essere *extrema ratio*, dovendo tali comportamenti essere contrastati “promoting independent fact-checking, education and media literacy”<sup>72</sup>.

Ne deriva che tanto per le misure armene, quanto per quelle ungheresi possa profilarsi una violazione della Convenzione europea e, in particolare, del principio di proporzionalità, se non addirittura di necessità, indipendentemente dalla procedura seguita per incidere sul diritto all'informazione.

**5.** La scelta della deroga *ex art. 15 CEDU* anziché delle restrizioni diventa obbligatoria ove si tratti di diritti il cui godimento risulti totalmente sospeso.

Il problema potrebbe, ad es., porsi per l'Italia con riferimento alle misure restrittive della libertà di circolazione adottate soprattutto nella prima fase dell'emergenza. È stato osservato che la normativa italiana avrebbe reso eccezionale la libertà di circolazione, ammettendola nei soli casi di comprovate esigenze lavorative, situazioni di necessità o motivi di salute<sup>73</sup>; di conseguenza, pur avendo proceduto a una compressione necessaria e proporzionata del diritto in questione, l'Italia rischierebbe una condanna per aver “sospeso” l'esercizio del diritto, senza aver aperto la doverosa (in casi siffatti) procedura di deroga<sup>74</sup>.

Invero, a noi sembra che, nonostante l'infelice formulazione di tale normativa, l'Italia abbia realizzato una mera restrizione del diritto alla libera circolazione. Infatti, la compressione della libertà di circolazione, per quanto indubbiamente sostanziale, non solo è stata limitata a un tempo breve e circoscritto, ma l'aver consentito la circolazione in “situazioni di necessità” ha, di fatto, permesso l'esercizio del diritto in un ragionevole numero di casi. Sicché la violazione della CEDU può essere esclusa, data l'entità e la gravità dell'emergenza pandemica, il margine di apprezzamento concesso agli Stati in casi siffatti e la necessità della misura adottata, confermata dalla emanazione di norme analoghe in numerosi altri Paesi europei, quasi sempre senza ricorrere alla procedura di deroga. In altri termini, la Corte europea potrebbe ravvisare l'esistenza di un comune filone interpretativo dell'art. 2 Protocollo n. 4 (un “comune sentire europeo”) nel senso che una compressione quasi totale della libertà di circolazione possa giustificarsi come misure restrittive della stessa in una situazione come quella determinata dal COVID-19, sempreché

---

careful scrutiny and are justified only in the most exceptional circumstances. The pandemic should not be used to silence whistle-blowers (see Recommendation CM/Rec(2014)7 on the protection of whistle-blowers), or political opponents”.

<sup>72</sup> Alto Commissario per i diritti umani, *Emergency Measures and Covid-19: Guidance*, p. 4. V. anche il doc. del Segretario generale del Consiglio d'Europa, *Respecting Democracy, Rule of Law and Human Rights*, par. 3.3 (“harsh criminal sanctions give rise to concern and must be subject to a strict scrutiny. Exceptional situations should not lead to overstatement of criminal means. A fair balance between the compulsion and prevention is the most appropriate, if not the only way, to comply with the Convention proportionality requirement”) e, in precedenza, le *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Protecting Freedom of Expression and Information in Times of Crisis*, del 26 settembre 2007.

<sup>73</sup> V., in particolare, art. 1, co. 1, lett. a), D.P.C.M. del 10 aprile 2020.

<sup>74</sup> A. J. PALMA, *Pandemia e diritti umani*, cit., p. 317 ss.; U. VILLANI, *op. cit.*, p. 186. Per considerazioni analoghe relativamente alla Francia, v. F. SUDRE, *La mise en quarantaine de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Le club des juristes*, 20 aprile 2020, reperibile online.

sia adeguatamente limitata nel tempo e sia consentito all'interessato di far sindacare la legittimità della misura restrittiva da parte dell'autorità giudiziaria<sup>75</sup>.

Ne deriva che, al più, l'Italia potrebbe rischiare una condanna dalla Corte europea per aver applicato, per quanto per un periodo limitato di tempo, sanzioni di carattere penale a chi violasse le norme sui divieti di circolazione<sup>76</sup>.

Sempre con riguardo all'Italia, dubbi sulla conformità alla CEDU sono stati avanzati con riferimento alla compressione della libertà personale, realizzata con l'imposizione della quarantena per le persone che manifestano i sintomi della malattia, risultate positive, di ritorno da aree geografiche (italiane ed estere) indicate dalle normative nazionali come a rischio per la diffusione dei contagi, o anche solo per aver avuto contatti con persone malate.

L'art. 5, par. 1, lett. e), CEDU consente la detenzione regolare delle persone che possano diffondere una malattia contagiosa, sicché è indubbio che, nel caso del COVID-19, le misure in questione ricadano nella previsione normativa. Si tratta, dunque, di accertare che le stesse soddisfino il requisito di proporzionalità. La questione si pone soprattutto per chi non abbia manifestato sintomi, pur avendo avuto contatti con persone positive al virus.

In casi di rischio di diffusione di una malattia, la giurisprudenza della Corte europea riconosce la conformità alla CEDU delle misure detentive, ove esse siano "the last resort in order to prevent the spreading of the disease, because less severe measures have been considered and found to be insufficient to safeguard the public interest"<sup>77</sup>. Questo ci pare appunto il caso del nuovo coronavirus: in base all'alta contagiosità della malattia, alla possibilità che lo sviluppo dei sintomi avvenga nelle settimane successive al contatto con le persone infette, alla ricordata assenza di mezzi adeguati di contrasto della pandemia, alla necessità di evitare il collasso delle strutture sanitarie, le misure di carattere preventivo divengono strumenti essenziali per tutelare la salute pubblica e il diritto alla vita.

Ci pare, altresì, soddisfatto il requisito di proporzionalità, avendo la normativa distinto tra permanenza domiciliare fiduciaria e quarantena sottoposta a sorveglianza attiva a seconda delle condizioni di salute della persona e del rischio di

<sup>75</sup> Sulla necessità che all'autorità giudiziaria sia sempre consentito sindacare la legittimità e la proporzionalità dei provvedimenti limitativi delle libertà, ancorché emanati per fronteggiare una situazione di emergenza nazionale, v. il rapporto del Relatore speciale delle Nazioni Unite sull'indipendenza dei giudici e avvocati, A/63/271 del 12 agosto 2008, *Independence of Judges and Lawyers*, paragrafi 16-19, 66. Nello stesso senso cfr. il rapporto del 2011 dell'International Commission of Jurists, *Geneva Declaration on Upholding the Rule of Law and the Role of Judges and Lawyers in Times of Crisis*, principi 1 e 4, e, con riferimento all'attuale emergenza pandemica, il documento della stessa ONG del 6 aprile 2020 intitolato *The Courts and COVID-19*. Per l'Italia, con riferimento alla possibilità di chiedere provvedimenti cautelari rispetto a provvedimenti incidenti sulle libertà costituzionali nonostante la sospensione dell'attività giudiziaria, cfr. art. 2, lett. g), n. 1) del decreto legge n. 11 dell'8 marzo 2020, e art. 83, co. 3, lett. a), del decreto legge n. 18 del 17 marzo 2020 (convertito in legge 24 aprile 2020, n. 27).

<sup>76</sup> Le sanzioni penali, previste dall'art. 4, co. 2, D.P.C.M. dell'8 marzo 2020 sono state successivamente sostituite da sanzioni amministrative. Sul punto, v. U. VILLANI, *op. cit.*, p. 177. Sulla eccezionalità delle sanzioni soprattutto penali e che implicano restrizioni della libertà applicate a chi violi le misure di emergenza, cfr. il doc. dell'Alto Commissario per i diritti umani, *Emergency Measures and Covid-19: Guidance*, p. 4.

<sup>77</sup> *Guide on Article 5 of the European Convention of Human Rights. Right to Liberty and Security*, aggiornata al 30 aprile 2020, par. 109 e la giurisprudenza ivi richiamata.

diffusione del contagio, nonché stabilito un periodo temporale minimo di durata della quarantena<sup>78</sup>.

6. Gli strumenti di garanzia brevemente richiamati possono funzionare solo successivamente al compimento della violazione e, soprattutto, non consentono una tutela immediata, dati i tempi dei processi nazionali, prima, e dinanzi alla Corte europea, poi. In altri termini, una valutazione della legittimità dei singoli provvedimenti assunti dagli Stati per far fronte alla pandemia da parte della Corte potrà aversi solo nei prossimi anni. Per questa ragione, proprio nell'ottica di una tutela preventiva contro le violazioni dei diritti, assumono una peculiare importanza gli atti di *soft law* che il Consiglio d'Europa, così come le Nazioni Unite, si sono affrettati ad emanare per fornire una guida agli Stati, affinché le misure adottate per far fronte alla pandemia rispettino i diritti umani e lo stato di diritto.

L'importante sforzo degli organi di garanzia dei diritti umani si è concretizzato, in particolare, nell'emanazione di atti quali i pluricitati *Respecting Democracy, Rule of Law and Human Rights in the Framework of the COVID-19 Sanitary Crisis. A Toolkit for Member States* del Segretario generale del Consiglio d'Europa e *Statement on Derogations from the Covenant in Connection with the COVID-19 Pandemic*, del Comitato dei diritti umani, nella guida elaborata dall'Alto Commissario per i diritti umani, *Emergency Measures and Covid-19: Guidance*, del 27 aprile 2020, nonché nel documento della Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto (Commissione di Venezia), *Respect for Democracy, Human Rights and the Rule of Law during States of Emergency – Reflections*, del 26 maggio 2020<sup>79</sup>. Un monito di carattere generale è venuto anche dal Presidente dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, Rik Daems, il quale, con lo *Statement* del 23 aprile 2020, *COVID-19: "Let's not Normalise the Abnormal"*, ha ribadito la costante operatività dei meccanismi di controllo predisposti dal Consiglio d'Europa, inclusa l'Assemblea parlamentare, per monitorare che le misure di contenimento del virus rispettino gli standard della CEDU.

Tutti gli atti citati partono dalla constatazione della necessità che gli Stati procedano a restrizioni o deroghe ai diritti umani per fronteggiare la pandemia; quindi, cercano di fornire una guida affinché tali limitazioni o deroghe avvengano nel rispetto del principio di proporzionalità, dello stato di diritto e della democrazia.

Non è inconsueto che gli organismi internazionali preposti alla tutela dei diritti umani prediligano gli strumenti della raccomandazione e del dialogo con gli Stati

<sup>78</sup> V. ordinanza del Ministero della salute del 21 febbraio 2020 (art. 1, co. 1 e 3) e successivamente articoli 1, co. 1, 2, co. 1, e 3, co. 1, D.P.C.M. dell'8 marzo, e articoli 1, co. 1, dei D.P.C.M. del 10 aprile e del 26 aprile 2020 e articoli 1, 4, 5 e 6 D.P.C.M. del 7 agosto 2020, la cui efficacia, in attesa dell'emanazione di un nuovo D.P.C.M., è stata attualmente prorogata fino al 15 ottobre 2020 dal cit. decreto legge 7 ottobre 2020, n. 125.

<sup>79</sup> Essi si aggiungono alla scheda riassuntiva della giurisprudenza della Corte europea, aggiornata ad aprile 2020, *Derogation in Time of Emergency* e alla già cit. *Guide on Article 15*. Interventi specifici hanno riguardato le persone che vivono in condizioni di privazione della libertà personale: v. *Advice of the Subcommittee* (sulla prevenzione della tortura e di trattamenti e le pene inumani e degradanti) *to States Parties and National Preventive Mechanisms Relating to the Coronavirus Disease (COVID-19) Pandemic*, CAT/OP/10, del 7 aprile 2020; *European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) Statement of Principles Relating to the Treatment of Persons Deprived of their Liberty in the Context of the Coronavirus Disease (COVID-19) Pandemic*, del 20 marzo 2020.

interessati non solo per prevenire, bensì per porre fine e rimedio a gravi violazioni. Tale scelta è destinata ad avere successo soprattutto nei casi in cui gli Stati incorrano “colposamente” in tali infrazioni, ma si giustifica anche per ragioni di celerità e, talvolta, di opportunità politica, gli Stati potendo essere più propensi a collaborare dinanzi a un “invito”, anziché ad agire a seguito di una sentenza di condanna o dell’applicazione di una sanzione.

L’utilità del ricorso a siffatti più celeri strumenti di azione si palesa nel caso delle normative anti COVID-19 che appaiano *prima facie* non conformi ai principi di necessità e proporzionalità. Ci riferiamo, ad es., al caso ungherese che ha suscitato una specifica reazione da parte della Segretaria generale del Consiglio d’Europa, Marija Pejčinović Burić. In una lettera del 24 marzo 2020 indirizzata al Primo ministro ungherese, Viktor Orbán, la Segretaria generale ha invitato le autorità ungheresi a cogliere l’opportunità di fruire delle competenze e dell’assistenza del Consiglio d’Europa affinché la lotta alla pandemia avvenga “nel rispetto dei valori fondamentali dell’Organizzazione: democrazia, stato di diritto e tutela dei diritti umani”, dopo aver precisato che “[u]no stato di emergenza a tempo indeterminato e non controbilanciato da un sistema di controllo non può garantire che siano rispettati i principi fondamentali della democrazia e che le misure di emergenza destinate a limitare dei diritti umani fondamentali siano rigorosamente proporzionate alla minaccia che intendono contrastare”. È evidente il tentativo di esercitare una forma di “pressione” sul Governo ungherese, al fine di evitare abusi e derive autoritarie.

L’intervento della Segretaria generale è in linea con le indicazioni fornite dall’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa nella risoluzione 2209 del 2018, *State of Emergency: Proportionality Issues Concerning Derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights*. In essa, l’Assemblea parlamentare già raccomandava agli Stati la massima cautela nella proclamazione dello stato di emergenza e, ancor di più, nella attuazione delle deroghe alla CEDU; ricordava che “[f]undamental safeguards of the rule of law, in particular legality, effective parliamentary oversight, independent judicial control and effective domestic remedies, must be maintained even during a state of emergency” (par. 3); chiedeva al Segretario generale di non limitarsi a svolgere il ruolo di mero recettore delle notifiche statali relative all’apertura di procedure di deroga, bensì di interloquire con gli Stati, sin dalla fase precedente la proclamazione della deroga, per orientarne l’azione in modo conforme alla CEDU<sup>80</sup>. A questo scopo, sollecitava il Segretario generale ad avvalersi della procedura di inchiesta contemplata dall’art. 52 CEDU<sup>81</sup>, per poi, “on the basis of information provided in response to such an inquiry, engage in dialogue with the State concerned with a view to ensuring the compatibility of the state of emergency with Convention standards, whilst respecting the legal competence of the European Court of Human Rights”<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> Sulla risoluzione, v. K. ISTREFI, S. SALOMON, *Entrenched Derogations from the European Convention on Human Rights and the Emergence of Non-Judicial Supervision of Derogations*, in *Austrian Review of International and European Law*, 2017, p. 7 ss.

<sup>81</sup> “Ogni Alta Parte contraente, su domanda del Segretario generale del Consiglio d’Europa, fornirà le spiegazioni richieste sul modo in cui il proprio diritto interno assicura l’effettiva applicazione di tutte le disposizioni della presente Convenzione”.

<sup>82</sup> Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa, risoluzione 2209 del 2018, *State of Emergency: Proportionality Issues Concerning Derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights*, par. 20.3.

È auspicabile che, ove la pandemia costringa gli Stati a rinnovare lo stato di emergenza, il Segretario generale del Consiglio d'Europa eserciti più attivamente questo suo ruolo di vigilanza, affinché, “[d]ue democratic process, including separation of powers, as well as political pluralism and the independence of civil society and the media (...) continue to be respected and protected”<sup>83</sup>, perché “[t]he virus is destroying many lives and much else of what is very dear to us. We should not let it destroy our core values and free societies”<sup>84</sup>.

## Abstract

### COVID-19, Derogations and Limitations under the European Convention on Human Rights

The spread of the pandemic, known as COVID-19, inevitably encroaches on rights and freedoms guaranteed by the European Convention on Human Rights (ECHR), since States Parties resorted to exceptional emergency measures that affected, suspended or limited fundamental rights to reduce the risk of contagion. In time of public emergency threatening the life of the nation, the European Convention recognizes the possibility of derogating, in a temporary, limited and supervised manner, from their obligation to secure certain rights and freedoms under the Convention (Art. 15). Nevertheless, many States, even if declaring the state of emergency, preferred to restrict the enjoyment of human rights in accordance with the treaty provisions that allow such restrictions to protect public health. This is the case of Italy.

On these bases, the paper first illustrates the regulation of derogations and limitations under the main international treaties on human rights; then, it analyzes whether the practice to derogate or restrict human rights in the view to limit the spread of the coronavirus is in conformity with the ECHR. In this regard, it also examines whether the measures – both of derogation or limitation in respect to the freedom of expression, of movement and to the right to personal liberty, adopted by some States – should be assessed by the European Court of Human Rights, as they do not meet the requirements of legality, necessity and proportionality required by the ECHR. Finally, the paper deals with the effect of the soft law acts issued by UN and ECHR treaty bodies to ensure that the above mentioned measures remain proportional to the threat posed by the spread of the virus and do not undermine the genuine long-term interest in safeguarding Europe's founding values of democracy, rule of law and human rights.

---

<sup>83</sup> *Ivi*, par. 3.

<sup>84</sup> Segretario generale del Consiglio d'Europa, *Respecting Democracy, Rule of Law and Human Rights*, Introduzione.



Sarah Lattanzi\*

# La costituzionalizzazione della procedura di recesso alla luce della Brexit

SOMMARIO: 1. I dilemmi esistenziali della Brexit. – 2. *Segue*: l'integrità del mercato unico. – 3. *Segue*: l'autonomia del sistema giuridico dell'Unione. – 4. *Segue*: la tutela dei cittadini. – 5. Conclusione ed entrata in vigore dell'Accordo di recesso. – 6. *Segue*: periodo transitorio e preservazione dello *status quo*. – 7. *Segue*: *governance* e autonomia del diritto dell'Unione. – 8. *Segue*: parte II e tutela dei diritti acquisiti. – 9. Criticità dell'Accordo: vantaggi e svantaggi della costituzionalizzazione.

1. Numerose sono le crisi che hanno colpito l'Europa negli ultimi anni: dalla crisi economica dell'eurozona nel 2011 a quella Ucraina e dei rifugiati, fino agli attentati terroristici in Francia, Spagna, Belgio, Germania e alla recentissima pandemia da Covid-19. Anche l'uscita del Regno Unito (di seguito RU) dall'Unione europea (di seguito UE) segna un nuovo passaggio epocale. Per la prima volta, con il Regno Unito, assistiamo al recesso di uno Stato membro conformemente alla procedura stabilita dall'art. 50 TUE. Si tratta di un *primum et unicum* assoluto poiché, se è vero che anche con la Groenlandia si negoziò una procedura di uscita dall'allora Comunità economica europea<sup>1</sup>, questa si concluse non con un vero e proprio accordo di recesso bensì con una procedura di revisione volta ad escludere dall'ambito di applicazione territoriale dei Trattati la Groenlandia<sup>2</sup>, parte del territorio della Danimarca<sup>3</sup>. La Brexit, invece, ha innescato la procedura prevista dall'art. 50 TUE, consentendo l'uscita volontaria e unilaterale di uno dei più importanti Paesi dell'Unione europea.

Appena reso noto il risultato del referendum del 23 giugno 2016, dato il fallimento del precedente tentativo di addivenire ad una soluzione di compromesso che scongiurasse l'uso della clausola, i rispettivi *leaders* del RU e dell'Unione si sono

\* Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea dell'Università degli studi di Teramo.

<sup>1</sup> In un *referendum* consultivo svoltosi nel 1982, il 53% circa degli elettori groenlandesi si pronunciò a favore del ritiro dalla Comunità. A seguito del *referendum* iniziarono le negoziazioni per l'"uscita", conclusesi poi con la modifica dei Trattati istitutivi.

<sup>2</sup> Così A. WYROZUMSKA, *Withdrawal from the Union*, in H.-J. BLANKE, S. MANGIAMELI (eds.), *The European Union after Lisbon*, Berlin, 2012, p. 343.

<sup>3</sup> A seguito del "Trattato sulla Groenlandia" del 13 marzo 1984 (Trattato che modifica i trattati che istituiscono le Comunità europee per quanto riguarda la Groenlandia, in *GUCE L 29/19* del 1° febbraio 1985), la Groenlandia è stata associata, in quanto parte di uno Stato membro, all'Unione come uno dei paesi e territori d'oltremare (PTOM).

attivati per dare seguito alle negoziazioni che avrebbero condotto il RU definitivamente fuori dall'Unione, conformemente a quanto stabilito dall'art. 50 TUE<sup>4</sup>.

In assenza di prassi precedente, dinanzi ad una procedura da seguire solo apparentemente chiara, prima ancora che fosse formalmente attivata la procedura di notifica, le posizioni delle parti sono da subito apparse piuttosto oscillanti. Tuttavia, un punto era sin da subito chiaro: come le posizioni di Michel Barnier, capo negoziatore della squadra UE, e di David Davies, Segretario di Stato del Dipartimento per l'uscita del RU per l'allora governo di Theresa May, non potessero essere più diverse. Infatti, mentre il primo affermava a più riprese la necessità di stabilire un "prima", con il RU ancora Stato membro in pendenza della conclusione dell'accordo, e un "dopo" ad accordo di recesso concluso o al termine di due (o più) anni, un "dentro" e un "fuori", rimarcando l'impossibilità di conferire al RU uno *status* di associazione speciale nei confronti dell'Unione, il governo inglese poneva l'accento sull'esistenza di un perdurante legame tra il RU e l'Unione, *partner* ai suoi occhi privilegiato, data la vicinanza geografica, storica e politica<sup>5</sup>, che avrebbe dovuto prendere la forma di un accordo speciale tra le parti.

Apparentemente assai diverse, le due posizioni erano in realtà speculari, coincidendo nella pervicacia con cui entrambe insistevano sul mantenimento di una "linea dura" fondata, più che sull'individuazione di un terreno di scambio comune sul quale intavolare le negoziazioni, sui limiti dinanzi ai quali nessuna delle parti sarebbe stata disposta a capitolare<sup>6</sup>. I limiti da entrambe fatti valere erano prospettati come limiti dal valore presumibilmente costituzionale<sup>7</sup> ed è questa una delle peculiarità che ha accompagnato lo svolgimento della procedura Brexit e su cui vorremmo insistere in questo scritto. Le "linee dure" che hanno guidato il processo negoziale e che si sono poi concretizzate nell'Accordo di recesso sono state infatti costruite su di una serie di assunti e principi giuridici ritenuti fondamentali, presentati come di rango costituzionale e che, in occasione della procedura di recesso, si è sentito la necessità di riaffermare. Se certamente, come è noto, alcune esigenze costituzionali finiscono necessariamente con l'imporsi ai negoziatori politici di un trattato internazionale come quello di recesso, che – in ordinamenti dualisti come

<sup>4</sup> Per la letteratura sul diritto di recesso dall'Unione europea si vedano J. HERBST, *Observations on the Right to Withdraw from the European Union: Who are the Masters of the Treaties*, in *German Law Journal*, 2005, p. 1755 ss.; J. V. LOUIS, *Le droit de retrait de l'Union européenne*, in *Cahiers de droit européen*, 2006, p. 293 ss.; A. ŁAZOWSKI, *Withdrawal from the European Union and Alternatives to Membership*, in *European Law Review*, 2012, p. 523 ss.; G. MARTI, *Appartenance ou retrait*, in J.-C. BARBATO, Y. PETIT (dirs.), *L'Union européenne, une Fédération plurinationale en devenir?*, Bruxelles, 2015, p. 137 ss.; M. E. BARTOLONI, *La disciplina del recesso dall'Unione europea: una tensione mai sopita tra spinte "costituzionaliste" e resistenze "internazionaliste"*, in *Rivista AIC*, 2016, reperibile online; A. CIRCOLO, O. HAMULAK, O. BLAZO, *Article 50 of the Treaty on European Union: How to Understand the "Right" of the Member State to Withdraw the European Union*, in D. R. TROITIÑO, T. KERIKMÄE, A. CHOCHIA (eds.), *Brexit History, Reasoning and Perspectives*, Berlin, 2018, p. 203 ss.

<sup>5</sup> Per un quadro generale delle negoziazioni si veda C. CURTI GIALDINO, *Le trattative tra il Regno Unito e l'Unione europea per la Brexit alla luce dei primi due cicli negoziali*, in *federalismi.it*, 9 agosto 2017, reperibile online.

<sup>6</sup> Linea dura rappresentata dalla posizione del RU e riassumibile nella formula per cui "no deal for Britain is better than a bad deal for Britain", *The government's negotiating objectives for exiting the EU: PM speech*, 17 gennaio 2017, reperibile online, e la posizione dell'UE per cui l'unica alternativa era tra "No Brexit" or "Hard Brexit", in *Speech by President Donald Tusk at the European Policy Centre conference*, del 13 ottobre 2016, reperibile online.

<sup>7</sup> Almeno secondo quanto sostenuto dai negoziatori.

quello del RU e dell'Unione – deve essere conforme alle fonti primarie sovraordinate, rimane sorprendente con quanta forza ed immediatezza esse siano state fatte valere sin dalle primissime fasi negoziali da parte dei negoziatori politici del futuro trattato e non, in un momento successivo e collaterale, dalle rispettive Corti costituzionali o supreme chiamate a verificarne la compatibilità con le fonti superiori<sup>8</sup>.

A seguito della notifica, è stato il Consiglio europeo a prendere per primo la parola, considerato che, conformemente all'art. 50 TUE, esso deve definire “i principi e le posizioni generali che l'Unione seguirà in tutto l'arco dei negoziati”<sup>9</sup>. Nei suoi primi orientamenti, successivamente aggiornati, il Consiglio europeo ha fissato una serie di “principi fondamentali” tra cui spiccavano la necessità di preservare l’“integrità del mercato interno”, l'autonomia decisionale dell'Unione e il ruolo della Corte di giustizia (di seguito CGUE)<sup>10</sup>, a cui si è poi aggiunta la manifesta volontà di “concordare garanzie reciproche intese a salvaguardare, alla data del recesso, lo status e i diritti derivanti dal diritto dell'Unione dei cittadini dell'Unione europea e del Regno Unito, e delle relative famiglie, interessati dal recesso del Regno Unito dall'Unione”<sup>11</sup>.

Dall'altra parte, la posizione del RU è stata inizialmente definita in un *White Paper* del febbraio del 2017 in cui, tra le priorità indicate<sup>12</sup>, figuravano in particolare la necessità di “assumere il pieno controllo degli affari interni”, ponendo fine alla giurisdizione della CGUE, riprendere il “controllo dell'immigrazione” e “assicurare il libero scambio con i mercati europei”<sup>13</sup>.

Stando all'esplicitazione di tali *red lines* o *core principles*, non può non notarsi come al momento sembri il RU il grande sconfitto delle negoziazioni<sup>14</sup>. L'Accordo di recesso raggiunto<sup>15</sup>, infatti, sacrifica incisivamente almeno due delle principali aspirazioni del RU (il riacquisto del controllo della legislazione in materia di immigrazione e la fine della giurisdizione della CGUE<sup>16</sup>), mentre esso sembra “rispetta[re] pienamente i trattati e preserva[re] l'integrità e l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione, così come l'integrità del mercato unico e dell'Unione doganale”, come immaginato dalla Commissione sin dalla sua primissima racco-

<sup>8</sup> Per la Corte di giustizia, financo nel caso di parere *ex ante* in base all'art. 218, co. 11, TFUE.

<sup>9</sup> Orientamenti del Consiglio europeo, del 29 aprile 2017, del 15 dicembre 2017 e del 23 marzo 2018. Il ruolo del Consiglio europeo nel fissare gli orientamenti per le negoziazioni è stabilito al par. 2 dell'art. 50 TUE, in accordo con la sua natura di organo di indirizzo politico dell'UE ai sensi dell'art. 15 TUE. Si veda a proposito, M. STARITA, *Il ruolo del Consiglio europeo nella Brexit*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2019, p. 561.

<sup>10</sup> Orientamenti del Consiglio europeo, del 29 aprile 2017, p. 3, par. 1 (sezione “principi fondamentali”).

<sup>11</sup> *Ivi*, p. 5, par. 8 (sezione “accordo relativo alle modalità di un recesso ordinato”).

<sup>12</sup> Dei 12 punti si indicano qui quelli con maggiori connessioni con il tema dei futuri rapporti con l'Unione.

<sup>13</sup> Intitolato *The United Kingdom's Exit: From and New Partnership with the European Union*, del 2 febbraio 2017, è reperibile *online*. Il Libro bianco procede ad esplicitare i dodici principi o linee guida già esposti dalla Premier Theresa May il 17 gennaio nel suo discorso alla Lancaster House.

<sup>14</sup> Sebbene sia presto per affermarlo in maniera definitiva, poiché molto del risultato finale dipende dall'estensione dell'accordo di libero scambio. Si veda anche J. H. H. WEILER, *Brexit – Apportioning the Blame*, in *Eulawlive.com*, 6 febbraio 2020.

<sup>15</sup> Accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica, in *GUUE* L 29 del 31 gennaio 2020.

<sup>16</sup> In materia di immigrazione, ad esempio, l'Accordo di recesso congela i diritti dei cittadini dell'Unione e prevede la competenza pregiudiziale della Corte di giustizia per altri otto anni; si veda *infra*.

mandazione<sup>17</sup>. Come le aspirazioni “autonomiste” dell’Unione abbiano sopraffatto le pretese “sovraniste” del RU<sup>18</sup> è ciò che, anche grazie alla grande trasparenza di tali negoziati<sup>19</sup>, vorremmo qui indagare.

Per fare ciò occorrerà in un primo tempo analizzare i tre principi unionali che hanno finito per imporsi (ovvero la salvaguardia dell’integrità del mercato unico, il rispetto del principio di autonomia e la tutela dei diritti dei cittadini<sup>20</sup>), in un secondo tempo l’Accordo di recesso concluso ed entrato in vigore e, infine, la strategia politico-giuridica soggiacente alla sua realizzazione, da apprezzare anche alla luce delle prescrizioni iscritte nell’art. 50 TUE.

2. Muovendo anzitutto dall’“integrità del mercato interno”, è d’uopo ricordare come il RU avrebbe desiderato, in riferimento alla materia economico-commerciale, ottenere un accordo in grado di “take in elements of current Single Market arrangements in certain areas as it makes no sense to start again from scratch when the UK and the remaining Member States have adhered to the same rules for so many years”<sup>21</sup>. Considerate le rilevanti relazioni economiche stabilite tra le parti in più di 40 anni di integrazione, esso sperava di riservarsi un accesso parziale al mercato per mezzo del c.d. *cherry-picking*, frammentando alcuni degli obblighi imposti dalla partecipazione al mercato interno<sup>22</sup>.

Alle ambizioni del RU, l’Unione ha immediatamente fatto fronte ponendo l’accento sull’assoluta necessità di preservare l’integrità del mercato interno, seppure ribadendo la sua intenzione di voler stabilire *pro futuro* uno stretto partenariato economico e commerciale<sup>23</sup>. Dal punto di vista dell’Unione ciò si spiega guardando alla struttura del mercato interno<sup>24</sup>, costruito attorno a un *volet* “negativo” – formato dalle quattro libertà, dalle disposizioni in materia di concorrenza e aiuti di Stato – e da un *volet* “positivo” costituito dallo strumento del ravvicinamento delle legisla-

<sup>17</sup> Raccomandazione di decisione del Consiglio, del 3 maggio 2017, che autorizza la Commissione ad avviare negoziati con il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord per concludere un accordo volto a definire le modalità del suo recesso dall’Unione europea, COM(2017)218 final.

<sup>18</sup> Il binomio, apparentemente antitetico, è costruito dal rispetto dell’*autonomia dell’ordinamento UE* e dalla *sovranità* del RU. Ma sul concetto di autonomia come “*a disguised claim to sovereignty*” si veda J. W. V. ROSSEM, *The Autonomy of EU Law: More is Less?*, in R. WESSEL, S. BLOCKMANS (eds.), *Between Autonomy and Dependence*, Berlin, 2013, pp. 13-46.

<sup>19</sup> Si veda Segretariato generale del Consiglio, *Guiding principles for transparency in negotiations under Article 50 TEU*, 22 maggio 2017, reperibile *online*. Si vedano anche M. KENDRICK, G. SANGI-UIOLO, *Transparency in the Brexit Negotiations. A View from the EU and the UK*, in *federalismi.it*, 27 settembre 2017, reperibile *online*.

<sup>20</sup> È interessante notare che per il Parlamento europeo, chiamato anch’esso a giocare un ruolo importante seppure non di primo piano nella procedura di recesso, le priorità erano diverse, ovvero: cittadini UE, bilancio e situazione irlandese. Si veda a proposito risoluzione del Parlamento europeo, del 5 aprile 2017, sui negoziati con il Regno Unito a seguito della notifica della sua intenzione di recedere dall’Unione europea: 2017/2593(RSP).

<sup>21</sup> In Libro bianco, cit.

<sup>22</sup> Ad esempio mantenendo la libertà di circolazione dei capitali ma non quella delle persone.

<sup>23</sup> Si veda sul punto anche N. N. SHUIBHNE, *The Integrity of the EU Internal Market*, in F. AMTENBRINK (ed.), *The Internal Market and the Future of European Integration*, Cambridge, 2019, p. 549 ss.

<sup>24</sup> “Interno” è espressione più corretta perché usata nei Trattati, art. 26, par. 1, TFUE. Per un contributo recente sul tema si veda L. DANIELE, *Corte di giustizia e mercato unico*, in *Annali AISDUE*, I, Bari, 2020, p. 103 ss.

zioni della cui implementazione si fanno carico gli Stati membri<sup>25</sup>. Coloro che sono ammessi a partecipare al mercato, Stati membri ma anche Stati terzi sulla base di accordi speciali, sono tenuti a dare seguito in maniera uniforme a tutta la legislazione dell'Unione afferente l'integrazione positiva per poi poter conseguentemente beneficiare degli effetti favorevoli dell'integrazione negativa, via l'accesso al mercato<sup>26</sup>.

L'accesso al mercato interno è pertanto consentito solo previa accettazione dell'*acquis* dell'Unione con conseguente rispetto di una serie di condizioni<sup>27</sup>, valevoli tanto per gli Stati membri quanto per gli Stati terzi che intendono usufruire di una parte dei vantaggi della costruzione economica europea o in vista di una futura adesione oppure rimanendo al di là della *membership*<sup>28</sup>.

L'esternalizzazione del mercato interno<sup>29</sup> avviene in base ad una serie di modelli di cui l'Unione è promotrice e di cui si avvale da molto tempo, che sono stati riproposti al nuovo Stato ex membro<sup>30</sup>. I modelli proposti variano a seconda dello scopo, dell'intensità della cooperazione, dell'ampiezza dei settori economici da integrare e dei meccanismi di sorveglianza e di esecuzione prescelti; tutti elementi da cui scaturisce un diverso impatto sia sull'autonomia decisionale dello Stato terzo sia sull'integrità del sistema giuridico dell'Unione. Come noto, i modelli esistenti, generalmente distinguibili in accordi di integrazione e accordi commerciali<sup>31</sup>, vanno dal modello dell'Accordo SEE-EEA, al modello degli accordi bilaterali con la Svizzera, passando per l'Unione doganale con la Turchia, sino ai numerosi *tailor-made agreements*, tra cui spicca, per estensione, il CETA con il Canada<sup>32</sup>.

Vistososi opporre una partecipazione settoriale al mercato, il RU ha deciso di scartare il modello SEE e quello svizzero – poiché entrambi avrebbero comportato l'accettazione della libera circolazione delle persone e/o la giurisdizione della CGUE – sia quello turco, considerando che l'unione doganale con l'Unione lo avrebbe limitato nelle sue scelte di politica commerciale estera. Non gli restava così, come poi ha espressamente fatto, che optare per un accordo di libero scambio da iscriversi nel quadro delle future relazioni. La trattazione della materia economico-commerciale è dunque slittata ad un momento successivo, avendo l'Accordo di recesso – e in particolare la Dichiarazione politica ad esso connessa – solo recepito alcune posizioni di principio.

---

<sup>25</sup> L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2019, pp. 9-10.

<sup>26</sup> È questa la *golden rule* da rispettare per ottenere l'accesso al mercato interno, per cui si veda R. SCHÜTZE, *European Constitutional Law*, Cambridge, 2018, p. 878.

<sup>27</sup> L'accesso totale implica l'accettazione delle quattro libertà, la giurisdizione della CGUE, la partecipazione al bilancio e l'adesione alla politica commerciale comune. Così in N. N. SHUIBHNE, *op. cit.*, p. 555.

<sup>28</sup> Per cui si veda M. MONTINI, *Le quattro libertà di circolazione sono indivisibili? Riflessioni critiche sul mercato interno, gli accordi commerciali dell'Unione Europea e la Brexit*, in *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea, Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, p. 277 ss.

<sup>29</sup> Per cui si veda P. V. ELSUWEGE, *Exporting the Internal Market Beyond the EU's Borders Between Political Ambition and Legal Reality*, in F. AMTENBRINK (ed.), *op. cit.*, p. 637.

<sup>30</sup> Si vedano F. AMTENBRINK, R. REPASI, *Legal Implications of Brexit, Study for the IMCO Committee*, Parlamento europeo, 2019, reperibile *online*, pp. 32-33, e M. MONTINI, *Le future relazioni commerciali tra Regno Unito e Unione europea dopo la Brexit: paradigmi e modelli a confronto*, in *federalismi.it*, 23 ottobre 2019, reperibile *online*, p. 29.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> G. CAGGIANO, *Principi e modelli per gli accordi internazionali dell'Unione europea nel dopo-Brexit*, in M. C. BARUFFI, M. ORTINO (a cura di), *Dai Trattati di Roma a Brexit e oltre*, Bari, 2018, pp. 76-79.

3. A quest'ultimo principio strettamente connesso, sebbene di portata più ampia e generale, è quello di autonomia che, nel corso dei negoziati Brexit, si è principalmente imposto nel suo aspetto istituzionale, tanto in riferimento alla composizione delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, quanto alle competenze della CGUE<sup>33</sup>.

La preservazione dell'autonomia nel suo *volet* politico-decisionale ha implicato la fine della rappresentanza dei membri del RU nelle istituzioni europee, che, in conformità a quanto previsto dallo stesso art. 50, par. 4, TUE, hanno terminato il loro ufficio il 31 dicembre del 2020, senza che ciò sollevasse particolari problemi<sup>34</sup>. Problemi, invece, che si sono posti in riferimento all'autonomia del sistema giurisdizionale dell'Unione, da intendersi come la preservazione delle funzioni della CGUE nell'Accordo di recesso e nel futuro accordo commerciale. La questione desta notevoli difficoltà alla luce dell'origine pretoria e relativamente recente del principio<sup>35</sup> e per il fatto che i suoi limiti non sono stati ancora precisati<sup>36</sup>.

In tempi neppure troppo recenti, sul piano delle relazioni esterne, il principio di autonomia si è principalmente configurato come limite alla libertà negoziale delle parti, le quali non possono prevedere un organo giurisdizionale esterno all'architettura dell'Unione che, chiamato a risolvere le controversie relative all'accordo internazionale, possa indirettamente pronunciarsi sul diritto dell'Unione e sul suo ordine di competenze interne, magari modificandone la portata<sup>37</sup>. Da ciò ne è derivato il coinvolgimento, più o meno diretto<sup>38</sup>, da parte della stessa CGUE nei meccanismi

<sup>33</sup> K. ARMSTRONG, *Regulatory Autonomy after EU Membership: Alignment, Divergence and the Discipline of Law*, in *European Law Review*, 2020, p. 208, divide l'autonomia in tre dimensioni in cui quella istituzionale comprende la "autonomy of legal orders" e la "decision-making autonomy".

<sup>34</sup> L'Avvocato generale Sharpston ha mantenuto le sue funzioni qualche mese in più, in attesa della designazione di un nuovo AG da parte della Repubblica Ellenica, cui spettava il seggio in rotazione. Il seggio permanente del RU non sarà dunque abolito, ma confluirà tra i seggi in rotazione. Si veda a proposito la *Declaration by the conference of the representatives of the governments of the member states on the consequences of the withdrawal of the United Kingdom from the European Union for the advocates-general of the court of justice of the European Union*, del 29 gennaio 2020, reperibile *online*.

<sup>35</sup> Mentre la funzione interna del principio è già presente nella sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend & Loos*, la sua dimensione esterna è stata concettualmente sviluppata a partire dal parere del 14 dicembre 1991, 1/91, *Accordo EEE-I*.

<sup>36</sup> Per un contributo recente, C. ECKES, *The Autonomy of the EU Legal Order*, in *Europe and the World: A Law Review*, 2020, reperibile *online*. Il principio di autonomia negli ultimi anni è passato dall'occupare una funzione meramente interna e negativa, volta a differenziare l'ordinamento UE dall'ordinamento internazionale e da quello nazionale degli Stati membri, ad una esterna e positiva, atta a definire ciò che l'Unione è nei suoi tratti essenziali, anche nel confronto con il mondo esterno. Sul punto si vedano L. AZOULAI, *Structural Principles in EU Law: Internal and External*, in M. CREMONA (eds.), *Structural Principles in EU External Relations Law*, London, 2018, p. 31; K. LENAERTS, *The Autonomy of European Union Law*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2018, p. 617; N. N. SHUIBHNE, *What is the Autonomy of EU Law, and Why Does that Matter?*, in *Nordic Journal of International Law*, 2019, p. 9.

<sup>37</sup> Si vedano parere della Corte di giustizia del 26 aprile 1977, 1/76, *Accordo relativo alla istituzione di un Fondo europeo d'immobilizzazione della navigazione interna*, punti 10-12; parere 1/91, punto 35; parere del 18 aprile 2002, 1/00, *Accordo sulla creazione di uno spazio aereo europeo comune*, punto 20; parere dell'8 marzo 2011, 1/09, *Accordo sulla creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti*, punti 67-74; e da ultimo parere del 30 aprile 2019, 1/17, *Accordo CETA UE-Canada*, punto 111.

<sup>38</sup> Si noti come l'ombrello coperto dal principio di autonomia sia andato ulteriormente estendendosi nella sentenza *Achmea*, laddove l'impatto della pronuncia del tribunale previsto dalle parti è stato riconosciuto per il solo fatto che il tribunale *ad hoc* fosse chiamato a "tenere conto del diritto dell'Unione" in virtù di un articolo dello stesso Trattato bilaterale di investimento (art. 8 TBI); richiamo, questo, che gli ha valso

di risoluzione delle controversie *extra-UE*<sup>39</sup>. Il principio di autonomia ha così finito con l'assumere una dimensione eminentemente esistenziale perché la competenza della Corte, elemento portante dell'"architettura costituzionale" dell'Unione, deve essere assicurata<sup>40</sup> in quanto unico organo capace di preservare le "caratteristiche essenziali" dell'ordinamento stesso<sup>41</sup>.

Da questo angolo di visuale, il principio di autonomia può essere considerato come il corollario di un principio più ampio e generale che potremmo denominare "integrità dell'ordinamento" o del "sistema giuridico dell'Unione" nel suo complesso. Queste espressioni, fino ad oggi saltuariamente presenti nel panorama giurisprudenziale<sup>42</sup>, si sono sovente ripetute nel corso della vicenda Brexit<sup>43</sup>. Ne rintracciamo un primissimo uso istituzionale nelle risoluzioni del PE in cui esso "avverte che, al fine di prevenire incertezze negative per tutti e di *tutelare l'integrità dell'Unione*, la notifica a norma dell'articolo 50 TUE deve avvenire il prima possibile"<sup>44</sup> e ancora in cui ritiene che le future relazioni dovrebbero rispettare "*l'integrità dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea* nonché i principi e i valori fondamentali dell'Unione, comprese *l'integrità del mercato interno* e la capacità decisionale e l'autonomia dell'Unione"<sup>45</sup>. Successivamente anche la Commissione ne fa uso nella sua raccomandazione sull'apertura dei negoziati ai sensi della quale "i negoziati e l'accordo a norma dell'articolo 50 (...) rispetteranno pienamente i trattati e *preserveranno l'integrità e l'autonomia dell'ordinamento giuridico*

---

l'incompatibilità con il diritto UE. Per cui si veda sentenza della Corte di giustizia del 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Achmea*. Il richiamo al diritto dell'Unione è stato conseguentemente eliminato dal progetto di accordo CETA, recentemente approvato e avallato dalla CGUE, per cui si veda parere 1/17, punto 126.

<sup>39</sup> N. JAASKINEN, A. SIKORA, *The Exclusive Jurisdiction of the Court of justice of the European Union and the Unity of the EU Legal Order*, in M. CREMONA ET AL. (eds.), *The EU and International Dispute Settlement*, Oxford, 2016, pp. 101-111.

<sup>40</sup> La presenza della CGUE come uno degli elementi che sorreggono la struttura costituzionale dell'Unione solleva delle ambiguità, per cui si veda P. EECKHOUT, *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky*, in *Fordham International Law Journal*, 2015, p. 955 ss.

<sup>41</sup> Sul punto si veda 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.

<sup>42</sup> Per le pronunce in materia di relazioni esterne in cui figura quest'espressione, si vedano parere 1/00, punti 21, 23 e 26; parere 1/09, punto 76; parere 2/13, punto 183; sentenza *Achmea*, punto 57; nonché sentenza della Corte giustizia del 3 settembre 2008, cause C-402 e 415/05 P, *Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*, punto 282, e parere del 16 maggio 2017, 2/15, *Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica di Singapore*, punti 298-299, in cui la Corte richiama al rispetto dell'"autonomia dell'Unione e del suo ordinamento giuridico".

<sup>43</sup> Come notato da SHUIBHNE, *What is the Autonomy*, cit., p. 38, il principio di autonomia si è esteso, nel corso dei negoziati della Brexit, al di là del suo *volet* istituzionale. Questo sconfinamento è stato autorizzato e voluto dalle istituzioni politiche nella misura in cui "the political institutions evolve beyond passive responders to the Court's conception of autonomy and become active in deciding both what the essential characteristics' of the Union and of the EU law actually are".

<sup>44</sup> Risoluzione del PE, del 28 giugno 2016, sulla decisione di recedere dall'UE a seguito del referendum nel Regno Unito (2016/2800(RSP)), par. 5, corsivo aggiunto.

<sup>45</sup> Risoluzione del PE, del 5 aprile 2017, sui negoziati con il Regno Unito a seguito della notifica della sua intenzione di recedere dall'Unione europea (2017/2593(RSP)), par. 22 e anche risoluzione del PE, del 3 ottobre 2017, sullo stato di avanzamento dei negoziati con il Regno Unito (2017/2847(RSP)), par. 7, corsivo aggiunto.

dell'Unione"<sup>46</sup> e la Dichiarazione politica<sup>47</sup>, in cui si afferma che “il partenariato dovrebbe (...) rispettare *l'integrità dell'ordinamento giuridico dell'Unione*, per quanto riguarda ad esempio l'allineamento delle norme e dei meccanismi di risoluzione delle controversie e di esecuzione"<sup>48</sup>.

Un uso così estensivo ed evocativo del concetto di “integrità del sistema giuridico” non può passare inosservato. Esso ci induce a considerare il principio di autonomia, nella sua funzione di garante delle “caratteristiche essenziali dell'ordinamento”, come suo corollario.

4. A differenza degli altri fascicoli, per la tutela dei diritti dei cittadini, quelli dell'Unione sul suolo britannico e quelli dei britannici sul territorio di uno Stato membro, è stato immediatamente trovato un terreno comune di incontro da parte dei negoziatori. Pertanto, che solo i diritti “acquisiti”<sup>49</sup> (di coloro cioè che avessero già fatto uso della libera circolazione prima del recesso) dovessero essere congelati è stato fin da subito chiarito<sup>50</sup>, nonostante inizialmente mancasse una convergenza sia sulla “data limite” in cui usufruire della libertà di circolazione e a partire dalla quale non estendere più la protezione, sia su chi dovesse garantirla e sulla base di quali procedure<sup>51</sup>. Problemi, questi, invero poi rapidamente ritoltisi a partire dal dicembre del 2017<sup>52</sup>.

Che la tutela dei cittadini avrebbe costituito un'esigenza primaria di tutela<sup>53</sup> era facilmente intuibile già dando un rapido sguardo ai numeri e in particolare ai circa 3,2 milioni di cittadini europei che risiedono attualmente nel RU e al milione e mezzo di cittadini britannici che risiedono negli Stati membri dell'Unione. Il recesso dall'Unione rischiava di impattare profondamente sulla situazione personale di tali soggetti<sup>54</sup> nella misura in cui la cessazione *ex nunc* dei Trattati, prevista espressamente al terzo comma dell'art. 50 TUE, avrebbe determinato, in assenza di accordo di recesso, la decadenza automatica di tutta una serie di diritti di cittadinanza scatu-

<sup>46</sup> COM(2017)218 final.

<sup>47</sup> Dichiarazione politica che definisce il quadro delle future relazioni tra l'Unione europea e il Regno Unito 2020/C 34/01, in *GUUE* C 34 del 31 gennaio 2020.

<sup>48</sup> *Ivi*, par. 81.

<sup>49</sup> La dottrina dei diritti acquisiti rileva nel contesto del diritto internazionale laddove, in assenza di disposizioni scritte e a fronte di mutamenti repentini del sistema giuridico (a seguito di fenomeni quali la successione tra Stati, colpi di Stato o rivoluzioni), si pone l'interrogativo della tutela da apportare ad alcuni diritti per come già consolidatisi nella sfera giuridica di un soggetto.

<sup>50</sup> Nella sostanza la vicinanza delle due posizioni era già visibile negli *Essential Principles on Citizen's Rights* della Commissione europea, 12 giugno 2017, reperibile *online*, e nel *Policy Paper* del Governo britannico, *Safeguarding the Position of EU Citizens in the UK and UK Nationals in the EU*, 26 giugno 2017, reperibile *online*.

<sup>51</sup> Si veda la prima *Joint technical note* del 31 agosto 2017, reperibile *online*.

<sup>52</sup> Si veda la *Joint technical note* dell'8 dicembre 2017, reperibile *online*.

<sup>53</sup> Si vedano S. CAFARO, *Alcune riflessioni sul ruolo legittimante dei cittadini a fondamento del processo di integrazione europea*, in E. TRIGGIANI ET AL. (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, I, Bari, 2017, p. 411 ss., e P. VIGNI, *Brexit: incidentale contributo al consolidamento dello status di cittadino europeo all'interno dell'ordinamento dell'Unione e di quello internazionale?*, in *federalismi.it*, 23 ottobre 2019, reperibile *online*.

<sup>54</sup> Era interesse di entrambe le parti non smantellare il “patrimonio” comune sinora esistente. Si veda M. CASTELLANETA, *La libera circolazione dei lavoratori ai tempi della Brexit: spunti di riflessione sul futuro dei rapporti tra Regno Unito e Unione europea*, in E. TRIGGIANI ET AL. (a cura di), *op. cit.*, II, p. 712.

renti dalle norme dei Trattati e dal diritto derivato<sup>55</sup>. A far data dal recesso, tali diritti avrebbero dovuto cessare di emanare i loro effetti giuridici da un doppio punto di vista: per i cittadini britannici sul territorio dell'Unione dal punto di vista della loro estensione personale – poiché i diritti di cittadinanza e quelli ad essa connessi sono garantiti sulla base della cittadinanza nazionale di uno Stato membro e non di uno Stato terzo –, e per i cittadini dell'Unione sul suolo britannico in virtù del restringimento della loro estensione territoriale o geografica, essendo essi solo tutelabili all'interno di uno Stato membro dell'Unione<sup>56</sup>.

In presenza di un recesso senza transizione e senza accordo, vi sarebbe stato il rischio di un effetto *cliff-edge* con conseguente degradazione dei diritti fino ad allora fruiti per una copiosa massa di soggetti<sup>57</sup>. Il restringimento dell'ambito di applicazione personale e territoriale dei Trattati avrebbe provocato un notevole stato di incertezza quanto al grado offerto per la tutela di diritti che avrebbero continuato ad essere protetti ma in virtù di un diverso sistema giuridico. Essi sarebbero stati infatti comunque oggetto di una qualche tutela, offerta tuttavia in maniera asimmetrica e non coordinata da parte di diversi ordinamenti<sup>58</sup>. La mancanza di coordinamento si sarebbe accompagnata a una completa assenza di uniformità e reciprocità dei meccanismi di tutela<sup>59</sup>. Mentre ai cittadini dell'Unione nel RU si sarebbe applicato il diritto interno dello Stato in materia di immigrazione (susceptibile di modifiche unilaterali e discrezionali) e le disposizioni convenzionali vincolanti per il suddetto

---

<sup>55</sup> Il riferimento è in particolare agli articoli 9 TUE e 21 TFUE in materia di cittadinanza europea e alla direttiva 2004/38/UE 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.

<sup>56</sup> La cessazione *ex nunc* dei Trattati istitutivi in caso di uscita senza accordo avrebbe potuto essere mitigata da un'applicazione integratrice dell'art. 70, par. 1, lett. b), Convenzione di Vienna. Per una soluzione del genere da applicarsi alla controversia finanziaria sulla separazione ma, a nostro modo di vedere, estendibile anche alla tutela dei cittadini, si veda il contributo di M. BUSCEMI, L. MAROTTI, *Obblighi procedurali e conseguenze del recesso dai trattati: quale rilevanza della Convenzione di Vienna nella prassi recente?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, p. 939.

<sup>57</sup> Per la prima volta all'interno dell'Unione europea si sarebbe verificata una perdita in massa della cittadinanza europea e dei diritti ad essa connessi per un fatto esterno, parzialmente involontario, afferente alla mutazione della situazione politica di un Paese. Nel RU la degradazione dei diritti di tali soggetti sarebbe stata parzialmente compensata dall'applicazione del diritto costituzionale interno dello Stato e della CEDU. Nel territorio dell'Unione, oltre al diritto nazionale, sarebbe stata ipotizzabile l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali, dato l'evidente nesso tra il recesso operato in virtù dell'art. 50 TUE e la perdita dei diritti connessi allo status di cittadinanza europea. Sul punto si vedano P. CRAIG, *A Drama in Six Acts*, in *European Law Review*, 2016, p. 11; P. EECKHOUT, *The Real Record of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *UK Constitutional Law Association*, 2016, reperibile online; S. BARDUTZKY, *The Position of EU Citizens in the UK and of the UK Citizens in the EU27 Post-Brexit: Between Law and Political Constitutionalism*, in C. NAZARÉ, J. RENATO GONÇALVES, N. CUNHA RODRIGUES (eds.), *After Brexit. Consequences for the European Union*, Cham, 2017, p. 215; P. EECKHOUT, E. FRANTZIOU, *Brexit and Article 50 TEU: A Constitutionalist Reading*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 695; A. FERNÁNDEZ TOMÁS, D. LÓPEZ GARRIDO, *The Impact and Consequences of Brexit on Acquired Rights of EU Citizens Living in the UK and British Citizens Living in the EU-27*, Studio PE, 2017, reperibile online; A. ŁAZOWSKI, *When Cives Europae Became Bargaining Chips: Free Movement of Persons in the Brexit Negotiations*, in *ERA Forum*, 2018, reperibile online, p. 469.

<sup>58</sup> Ordinamento britannico, di uno Stato membro, dell'Unione e del sistema CEDU.

<sup>59</sup> Sia dal punto di vista contenutistico (laddove cambia l'estensione dei diritti, come ad esempio per il ricongiungimento familiare) sia processuale (laddove il sistema CEDU è solo sussidiario e residuale).

Stato, la posizione dei cittadini britannici nell'Unione sarebbe stata retta dal diritto dello Stato ospite, conformemente a quanto previsto dal diritto dell'Unione.

Era dunque di comune interesse scongiurare una tale situazione, tanto più che entrambi gli ordinamenti conoscono e proteggono i principi generali della certezza giuridica e del legittimo affidamento eventualmente suscettibili di imporsi nelle rispettive sedi giurisdizionali al fine di mitigare gli effetti del *cliff-edge*<sup>60</sup>.

5. A seguito del recesso intervenuto il 31 gennaio 2020, dal 1° febbraio 2020 è stato reso applicabile l'Accordo di recesso, concluso dal Consiglio e dal Regno Unito, ratificato dal Parlamento britannico e infine approvato dal Parlamento europeo<sup>61</sup>, conformemente alle prescrizioni procedurali stabilite dall'art. 50 TUE<sup>62</sup>.

Come noto, tale articolo prevede la possibilità di realizzare l'uscita sia in concomitanza con la conclusione di un accordo di recesso volto a disciplinare temporaneamente le relazioni tra le parti<sup>63</sup>, sia in maniera unilaterale e senza accordo, quando, allo scadere di due (salvo proroghe<sup>64</sup>) anni, l'accordo non venga alla luce<sup>65</sup>. Nonostante la diversità di posizione assunta dalle parti nel merito delle questioni da disciplinare *pro futuro*, nell'ottobre del 2019 era pronta la bozza di accordo preparatoria dell'accordo di recesso oggi entrato finalmente in vigore.

L'Accordo, volto a disciplinare numerosissimi aspetti relativi alla transizione, consta di 535 pagine, divise in un preambolo, sei parti, nove allegati, tre protocolli<sup>66</sup> e la Dichiarazione politica del 17 ottobre 2019<sup>67</sup>. Assieme al preambolo, la parte I riguarda trasversalmente tutte le parti dell'Accordo e ne definisce in modo omnicomprensivo l'obiettivo<sup>68</sup> e l'ambito di applicazione<sup>69</sup>, il suo metodo di applicazione e

<sup>60</sup> Provocando ulteriori asimmetrie di tutela.

<sup>61</sup> Accordo sul recesso, cit.

<sup>62</sup> Per una letteratura sull'articolo si vedano H. HOFMEISTER, "Should I Stay or Should I Go?" – A Critical Analysis of the Right to Withdraw From the EU, in *European Law Journal*, 2010, p. 589; P. NICOLAIDES, *Withdrawal from the European Union: A Typology of Effects*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, p. 209; F. CASOLARI, *Il recesso dall'Unione europea: per una lettura dell'art. 50 TUE tra diritto sovranazionale e diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, p. 1039; M. EVOLA, *L'art. 50 TUE tra autointegrazione ed eterointegrazione del diritto dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2020, p. 113.

<sup>63</sup> Opzione questa favorita dalla stessa procedura dell'art. 50 TUE: così L. DANIELE, *Brevi note sull'accordo di recesso dall'Unione europea ai sensi dell'art. 50 TUE*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2017, p. 727.

<sup>64</sup> L'articolo non definisce espressamente il numero massimo di proroghe da apporre, da considerarsi astrattamente illimitato. Poiché, infatti, la proroga è legittima solo in presenza di un accordo consensuale, la possibilità di apporla, anche innumerevoli volte, rientra pienamente nella libertà negoziale delle parti. Ciò che conta è l'impossibilità di imporre surrettiziamente e unilateralmente un allungamento indefinito della procedura. Si veda così anche F. CHERUBINI, "What is done is done"? *Recesso dall'Unione europea e ripensamenti britannici*, in E. TRIGGIANI ET AL. (a cura di), *op. cit.*, I, p. 721.

<sup>65</sup> Sulle parti grava infatti soltanto un obbligo di condotta, relativo alla negoziazione dell'accordo, ma non un obbligo di risultato, relativo alla sua conclusione, per cui si veda, *inter alia*, L. DANIELE, *Brevi note*, cit.

<sup>66</sup> I tre protocolli disciplinano rispettivamente la questione irlandese, di Gibilterra e sulle zone di sovranità a Cipro.

<sup>67</sup> La Dichiarazione, non allegata all'Accordo, è espressamente richiamata dall'art. 184 dell'Accordo stesso.

<sup>68</sup> Art. 1 Accordo.

<sup>69</sup> Art. 3 Accordo.

i suoi effetti<sup>70</sup>. La parte II si concentra in maniera specifica sulla tutela dei cittadini degli Stati membri nel RU e dei cittadini britannici nell'Unione; la parte III regola il regime da assicurare in linea di continuità alle relazioni giuridiche già prodottesi nella vigenza dei Trattati<sup>71</sup> e alle questioni pendenti<sup>72</sup>; la parte IV<sup>73</sup> il periodo di transizione e le misure transitorie; la parte V<sup>74</sup> si occupa delle disposizioni finanziarie relative alla separazione; e la parte VI<sup>75</sup> delle disposizioni istituzionali e finali ovvero della c.d. “*governance* dell’Accordo” recante norme sulla sua attuazione, applicazione e interpretazione. Per quel che qui interessa, ci concentreremo sui tre nodi principali dell’Accordo che riprendono i punti focali già illustrati fatti valere nelle “linee rosse” dei negoziatori, per capire se e con quale forma vi sono stati concretizzati.

6. Come già accennato, la tutela dell’integrità del mercato interno, che dipende a sua volta dal grado di intensità delle relazioni economico-commerciali che RU e Unione intendono tra loro sviluppare, è rinviata all’Accordo sulle future relazioni, essendo esso *forward looking*, mentre l’Accordo di recesso risulta solo *backward looking*<sup>76</sup>. Quest’ultimo, nondimeno, contiene una serie di disposizioni che regolano in maniera settoriale alcune questioni pendenti nella parte III e che, nella parte IV, stabiliscono, in maniera generale, ma temporaneamente limitata, un periodo transitorio in cui tutti i rapporti giuridici incorsi e quelli che insorgeranno durante la vigenza dell’Accordo saranno regolati dal diritto dell’Unione. A questo fine il RU sarà provvisoriamente trattato alla stessa stregua di uno Stato membro<sup>77</sup> per quanto riguarda sia le relazioni economiche pendenti che quelle stabilite nel breve periodo che resta sino allo scadere del periodo transitorio.

L’art. 127 dell’Accordo prevede a tale scopo che il diritto dell’Unione continuerà ad essere provvisoriamente applicato al e nel RU, salvo disposizione contraria contenuta nell’Accordo stesso, “di norma con gli stessi effetti giuridici prodotti negli Stati membri”<sup>78</sup>. Grazie a tale disposizione, nel periodo di transizione e cioè fino al 31 dicembre 2020<sup>79</sup> si procede a un’estensione di tutto il diritto dell’Unione che era vin-

---

<sup>70</sup> Art. 4 Accordo.

<sup>71</sup> Parte terza, titolo I “Merci immesse sul mercato”.

<sup>72</sup> Relative alle seguenti questioni (mentre per le questioni finanziarie pendenti è dedicata un’altra specifica parte dell’Accordo): “Questioni pendenti in materia doganale”; “Questioni pendenti in materia di imposta sul valore aggiunto e accise”; “Proprietà intellettuale”; “Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale in corso”; “Cooperazione giudiziaria in corso in materia civile e commerciale”; “Informazioni e dati trattati od ottenuti prima della fine del periodo di transizione o sulla base del presente accordo”; “Appalti pubblici e procedure analoghe in corso”; “Questioni riguardanti l’Euratom”; “Procedure giudiziarie e amministrative dell’Unione”; “Procedure di cooperazione amministrativa tra gli Stati membri e il Regno Unito”; “Privilegi e immunità”; e “Altre questioni relative al funzionamento delle istituzioni, organi e organismi dell’Unione”.

<sup>73</sup> Art. 126 ss. Accordo.

<sup>74</sup> Art. 133 ss. Accordo.

<sup>75</sup> Art. 158 ss. Accordo.

<sup>76</sup> Eccetto per la tutela dei cittadini, di cui diremo *infra*.

<sup>77</sup> Oltre ad essere escluso dai processi decisionali e mantenendo gli *opt-out* già esistenti nella sua permanenza come Stato membro, deroghe ulteriori sono previste dall’Accordo. Per cui si veda M. DOUGAN, *So Long, Farewell, auf wiedersehen, Goodbye: The UK’s Withdrawal Package*, in *Common Market Law Review*, 2020, p. 659.

<sup>78</sup> Art. 127, co. 6, Accordo.

<sup>79</sup> Art. 126 Accordo. Questa data in linea di principio coincide con la scadenza del quadro finanziario pluriennale del bilancio dell’Unione.

colante per il RU già prima del recesso<sup>80</sup>, per mezzo della conclusione di un accordo internazionale che incorpora il diritto primario e il diritto secondario dell'Unione.

L'estensione, a condizioni variate, dell'*acquis* assicura la preservazione dell'integrità del mercato interno<sup>81</sup>, considerando che la legislazione positiva continuerà ad applicarsi per intero e, di converso, un totale accesso al mercato interno è riservato allo Stato oramai terzo. La salvaguardia dell'integrità del mercato interno, operata attraverso la trasposizione della legislazione materiale dell'Unione ad uno Stato terzo, implica l'estensione dei meccanismi di sorveglianza ed esecuzione che ad esso sono propri, volti ad assicurarne la corretta applicazione e interpretazione<sup>82</sup>. Di tal fatta, l'art. 131 dell'Accordo prevede che “durante il periodo di transizione le istituzioni, organi e organismi dell'Unione hanno i poteri conferiti loro dal diritto dell'Unione rispetto al Regno Unito e alle persone fisiche e giuridiche residenti o stabilite nel Regno Unito. In particolare, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha giurisdizione in forza dei trattati”. Non è pertanto solo il contenuto materiale del diritto dell'Unione ad applicarsi estensivamente ad uno Stato formalmente terzo, bensì anche il suo intero assetto ordinamentale, compresi i suoi speciali meccanismi di vigilanza e controllo. In questo senso appare fondamentale il richiamo alla competenza pregiudiziale e diretta della CGUE e al ruolo della Commissione<sup>83</sup>, integralmente preservati durante il periodo transitorio.

La CGUE rimarrà competente per tutte le cause già pendenti dinanzi ad essa e *pro futuro* per tutte quelle che saranno introdotte prima della fine del periodo di transizione<sup>84</sup>. Rispetto sia alla sua competenza diretta che pregiudiziale (assicurata grazie al fatto che i giudici del Regno Unito saranno abilitati a sottoporle questioni durante tutto il periodo transitorio così come avviene in base all'art. 267 TFUE<sup>85</sup>), una serie di meccanismi processuali di adeguamento<sup>86</sup> sono previsti al fine di assicurare al RU di intervenire – anche nei procedimenti dinanzi alla Corte che non lo riguardino direttamente – presentando eventualmente osservazioni, e alla Commissione di intervenire dinanzi alle giurisdizioni britanniche in cui si controverta dell'Accordo<sup>87</sup>. In vigenza dell'Accordo, poi, la Commissione può rivolgersi alla CGUE nel caso in cui, entro quattro anni dalla fine del periodo di transizione, ritenga che il “Regno Unito abbia mancato a uno degli obblighi ad esso incombenti in virtù dei Trattati o della parte quarta del presente accordo”<sup>88</sup>.

Tale estensione dell'*acquis* e dei suoi meccanismi di sorveglianza e di esecuzione è ammissibile solo alla luce della temporaneità del periodo di transizione. Al di là di questo, rimane aperto il dibattito sul meccanismo di risoluzione delle future controversie e sul ruolo da riconoscere alla Corte e alla Commissione nell'accordo

<sup>80</sup> L'*acquis* suscettibile di estendersi *de lege ferenda* al di là dell'ambito territoriale e personale del diritto dell'Unione consta di tutto il diritto dell'Unione che già si applicava al Regno Unito prima del 1° febbraio 2020.

<sup>81</sup> Poiché la cessazione *tout court* dei Trattati ai sensi dell'art. 50, co. 3, TUE avrebbe comportato l'uscita del RU sia dal mercato interno che dall'Unione doganale.

<sup>82</sup> M. MARESCAU, *Les accords d'intégration dans les relations de proximité de l'Union européenne*, in C. BLUMANN (dir.), *Les frontières de l'Union européenne*, Bruxelles, 2013, p. 151.

<sup>83</sup> Si noti che nelle due istituzioni non siederà il membro britannico.

<sup>84</sup> Art. 86 Accordo.

<sup>85</sup> *Ivi*, co. 2.

<sup>86</sup> Articoli 88 e 90 Accordo.

<sup>87</sup> Articoli 87 e 90 Accordo.

<sup>88</sup> Art. 87, co. 1, Accordo.

futuro che dovrebbe entrare in vigore a seguito del periodo transitorio. Sul punto la Dichiarazione politica<sup>89</sup> ci fornisce alcune informazioni essenziali, prospettando un *international model*<sup>90</sup> costruito attorno alla presenza di un Comitato misto, di un meccanismo flessibile di mediazione basato sulla facilitazione del dialogo e del raggiungimento di intese e sulla possibilità di costituzione di un collegio arbitrale che “dovrebbe avere”<sup>91</sup> la possibilità di operare un rinvio pregiudiziale alla CGUE qualora una controversia “sollevi una questione di interpretazione delle disposizioni o dei concetti del diritto dell’Unione”<sup>92</sup>. Il modello internazionale prescelto è conforme ad una logica di cooperazione fondata sul principio di reciprocità<sup>93</sup>, notevolmente distante dalla logica della integrazione basata sulla reciproca fiducia ancora presente nella parte IV dell’Accordo di recesso.

7. La futura *governance* dell’Accordo, anche al di là del periodo di transizione, riserva un ruolo centrale alla CGUE, in ossequio al principio di autonomia per come funzionalmente declinato. Anzitutto, l’art. 4 previsto nella parte I e suscettibile di applicarsi trasversalmente a tutto l’Accordo prevede in via generale una sorta di principio di *equivalenza degli effetti* in base al quale ogni volta che il diritto dell’Unione è richiamato nell’Accordo stesso esso debba essere applicato e interpretato in maniera dinamica in modo tale che “le disposizioni del presente accordo e le disposizioni del diritto dell’Unione rese applicabili dal presente accordo”, suscettibili di applicarsi per un lasso di tempo molto superiore al solo periodo transitorio, “producono nei confronti del Regno Unito e nel Regno Unito gli stessi effetti giuridici che producono nell’Unione e nei suoi Stati membri”<sup>94</sup>.

Da tale principio scaturiscono tre rilevanti conseguenze. La prima consta della possibilità per gli individui di invocare direttamente dinanzi ad una giurisdizione britannica le norme UE dotate di effetto diretto richiamate dall’Accordo di recesso, da cui discende conseguentemente l’obbligo per il giudice di disapplicare le norme interne contrastanti<sup>95</sup>. La seconda riguarda i metodi di interpretazione dell’Accordo

---

<sup>89</sup> La Dichiarazione non costituisce uno strumento giuridicamente vincolante e infatti non è formalmente allegata all’Accordo, presumibilmente per rimarcare il diverso valore giuridico.

<sup>90</sup> L. PANTALEO, *The Autonomy of the EU Legal Order and International Dispute Settlement in the Wake of Opinion 1/17*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2019, p. 789.

<sup>91</sup> Dichiarazione politica, punto 131.

<sup>92</sup> *Ibidem*. La Dichiarazione politica, rappresentativa della buona volontà di giungere ad un accordo, ma non giuridicamente vincolante, fornisce una serie di informazioni contingenti che al momento in cui scriviamo sembrano già in parte superate. Si vedano le diverse posizioni assunte dal nuovo governo britannico di Boris Johnson e dal capo negoziatore della squadra UE, Michel Barnier in HM Government, *The Future Relationship with the EU: The UK’s Approach to Negotiations*, CP211, del 27 febbraio 2020, reperibile *online*, e il discorso di Michel Barnier, del 15 maggio 2020, *Remarks by Michel Barnier Following Round 3 of Negotiations for a New Partnership Between the European Union and the United Kingdom*, reperibile *online*.

<sup>93</sup> M. CREMONA, *The Opinion Procedure under Article 218(11) TFEU: Reflections in the Light of Opinion 1/17*, in *Europe and the World: A Law Review*, 2020, reperibile *online*.

<sup>94</sup> Art. 4, co. 2, Accordo.

<sup>95</sup> In maniera singolare *ivi* è anche previsto che il potere di disapplicazione deve essere garantito con il conferimento dei poteri necessari “attraverso il diritto primario nazionale”. Essendo il RU retto da un sistema dualista, l’Accordo di recesso dovrà infatti essere recepito nella legislazione interna, potendo operare a tale fine anche una fonte secondaria. Tale comma mira allora ad assicurare una maggiore rigidità alla fonte conferente il potere/dovere in questione, per evitare una sua facile modifica o abrogazione in un momento successivo alla implementazione. La necessità di introdurre una tale clausola era

che, nella misura in cui esso rinvia al diritto dell'Unione, devono coincidere con i metodi *propri* di questo<sup>96</sup>. La terza e ultima conseguenza implica che il diritto dell'Unione sia applicato tenendo conto delle evoluzioni che esso potrebbe subire in pendenza dell'Accordo<sup>97</sup>.

Il rispetto del principio dell'equivalenza degli effetti è anzitutto assicurato attraverso un obbligo di conformità alla giurisprudenza della CGUE, che sarà integralmente vincolante per le giurisdizioni britanniche durante il periodo transitorio e che andrà semplicemente “tenuta in debito conto” a partire dalla fine dello stesso<sup>98</sup>. Alla fine del periodo di transizione sono previsti nuovi meccanismi di vigilanza e controllo giurisdizionale (tralasciando però lo specifico regime previsto per la parte II e quello di talune disposizioni finanziarie), basati su di un meccanismo di composizione amichevole delle controversie dinanzi ad un Comitato misto<sup>99</sup> con successiva possibilità di devoluzione della controversia ad un collegio arbitrale costituito *ad hoc*<sup>100</sup> che avrà l'obbligo di rinviare una questione pregiudiziale alla CGUE nel caso in cui sia chiamato ad esaminare una controversia che “solleva una questione d'interpretazione di un concetto di diritto dell'Unione” o abbia un dubbio interpretativo di una disposizione del diritto dell'Unione richiamata dal presente accordo<sup>101</sup>.

La funzione di vigilanza sull'accordo è demandata ad un Comitato misto<sup>102</sup> presieduto dall'Unione e dal RU. Il Comitato è responsabile dell'attuazione e della applicazione del presente Accordo e la sua funzione principale è quella di sorvegliare e facilitare l'attuazione dell'Accordo. Si riunisce almeno una volta l'anno e produce una relazione annuale sul suo funzionamento<sup>103</sup>.

**8.** Per quanto concerne la tutela dei cittadini degli Stati membri nel RU e dei cittadini britannici nell'Unione, la parte II dell'Accordo si preoccupa specificatamente di preservare il godimento dei loro diritti anche dopo il periodo transitorio sotto tre profili: quello del loro contenuto materiale, della loro giustiziabilità e in ultimo dei meccanismi previsti per vigilare sulla loro corretta applicazione e implementazione da parte dei poteri pubblici.

Per quel che concerne il contenuto, si procede all'incorporazione sistematica di alcune norme dei Trattati e direttive richiamando in particolare la libertà di circolazione e soggiorno delle persone, la direttiva 2004/38 per la sua concreta realizzazione, il regolamento 492/2011 sui diritti dei lavoratori, la direttiva 2005/36 sul

---

già stata notata da S. SMISMANS, *EU Citizens' Rights post Brexit: Why Direct Effect beyond the EU is not Enough*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, p. 457.

<sup>96</sup> Art. 4, co. 3, Accordo. Il pensiero va immediatamente al metodo di interpretazione teleologico.

<sup>97</sup> Evoluzioni a cui il RU non potrà direttamente contribuire, in assenza di una rappresentanza nelle istituzioni.

<sup>98</sup> Art. 4, co. 5, Accordo.

<sup>99</sup> Art. 169 Accordo.

<sup>100</sup> Art. 171 Accordo. Il cui lodo è vincolante (art. 175 Accordo) e con il potere di comminare sanzioni (art. 178 Accordo).

<sup>101</sup> *Ibidem*. La risposta della CGUE sarà vincolante per il tribunale *ad hoc*. Come giustamente notato, questo meccanismo recepisce alcune delle lacune messe in rilievo nella sentenza *Achmea*: v. A. DASHWOOD, *The Withdrawal Agreement: Common Provisions, Governance and Dispute Settlement*, in *European Law Review*, 2020, pp. 191-192.

<sup>102</sup> Art. 164 Accordo.

<sup>103</sup> La funzione più rilevante attribuita al comitato misto è quella relativa al prolungamento del periodo di transizione su cui il comitato decide in virtù dell'art. 132, par. 1, Accordo.

riconoscimento delle qualifiche professionali e i regolamenti 883/2004 e 987/2009 sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale.

Potranno beneficiare di tali diritti tutti i cittadini dell'Unione e i cittadini britannici che abbiano già usufruito della loro libertà di circolazione prima della fine del periodo di transizione. I diritti suddetti si estendono anche ai loro familiari (per come definiti ai sensi dell'art. 2, punto 2, della direttiva 2004/38/CE<sup>104</sup>), alle "persone diverse da quelle di cui all'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 2004/38/CE" ("la cui presenza accanto a cittadini dell'Unione o del Regno Unito sia necessaria al fine di non privare tali cittadini del diritto di soggiorno concesso in virtù della presente parte<sup>105</sup>") e ai cittadini lavoratori frontalieri che esercitano un'attività economica conformemente all'art. 45 o all'art. 49 TFUE nel Regno Unito o in uno o più Stati membri in cui non soggiornano, a condizione che tali soggetti continuino a soggiornare o a lavorare nello Stato ospite dopo la fine del periodo di transizione<sup>106</sup>.

I diritti elencati nel titolo qui esaminato saranno inoltre applicati alla luce del principio della parità di trattamento<sup>107</sup> e di non discriminazione<sup>108</sup> e saranno applicati "per tutto l'arco della vita"<sup>109</sup> dei beneficiari. La tutela è dunque molto estesa<sup>110</sup>, sebbene non sia paragonabile a quella precedente il recesso, in particolare a fronte della perdita del nucleo politico dei diritti di cittadinanza<sup>111</sup> e del mancato riconoscimento del diritto alla libera circolazione in Stati membri diversi da quello di residenza per i cittadini britannici<sup>112</sup>.

Il riconoscimento di tali diritti sarà subordinato ad una procedura specifica prevista dall'art. 18, in base al quale il RU ha già istituito un sistema denominato *EU settlement scheme* che conferisce a seconda dei casi un "pre-settled status" (a coloro i quali non hanno ancora maturato cinque anni di soggiorno) e un "settled status", ovvero un soggiorno permanente a coloro i quali abbiano soggiornato nel RU per un periodo di 5 anni, anche se successivo al 31 dicembre 2020<sup>113</sup>.

Rispetto alla tutela giurisdizionale di tali diritti, in base all'art. 158, "[q]uando, in una causa avviata in primo grado dinanzi ad un giudice del RU entro otto anni dalla fine del periodo di transizione, è sollevata una questione sull'interpretazione della parte seconda del presente accordo, tale giudice può, qualora reputi necessaria

---

<sup>104</sup> E conformemente all'interpretazione di questa disposizione fornita dalla CGUE, per cui si veda in particolare sentenza della Corte di giustizia del 5 giugno 2018, causa C-673/16, *Coman*, che estende la nozione di coniuge al partner omosessuale.

<sup>105</sup> Art. 9, lett. a), punto ii), Accordo: si tratta quindi di ogni altro familiare a carico o convivente o nella necessità di una convivenza e il partner con cui si condivide una relazione stabile.

<sup>106</sup> Art. 10 Accordo.

<sup>107</sup> Art. 23 Accordo.

<sup>108</sup> Art. 12 Accordo.

<sup>109</sup> Art. 39 Accordo.

<sup>110</sup> Comprendendo in specie i diritti di residenza e soggiorno, il diritto al ricongiungimento familiare, di accesso al mercato del lavoro, istruzione, sanità (per mezzo del principio della parità di trattamento) e i diritti scaturenti dal coordinamento in materia di sicurezza sociale e delle qualifiche professionali.

<sup>111</sup> In particolare rispetto al diritto di elettorato attivo e passivo nel Parlamento europeo per i cittadini britannici. L'estensione del diritto di voto alle elezioni municipali nel RU per i cittadini dell'Unione dipenderà interamente dalla normazione britannica.

<sup>112</sup> Come già notato in S. SMISMANS, *Ring-Fencing Citizens' Rights in the Brexit Negotiations: Legal Framework and Political Dynamics*, DCU Brexit Institute-Working Paper, 2019, reperibile *online*.

<sup>113</sup> Si veda sul punto E. SPAVENTA, *The Rights of Citizens under the Withdrawal Agreement: A Critical Analysis*, in *European Law Review*, 2020, pp. 193-206.

per emanare la sua sentenza una decisione su tale questione, domandare alla CGUE dell'Unione europea di pronunciarsi in via pregiudiziale<sup>114</sup>. La tutela giurisdizionale dei diritti conferiti dalla parte II dell'Accordo appare straordinaria<sup>115</sup> alla luce del fatto che la competenza della CGUE sarà garantita per altri 8 anni. L'uso del verbo "può" indicherebbe una facoltà per i giudici britannici ai quali, dunque, non si applicherebbe integralmente l'art. 267 con l'obbligo di rinvio pregiudiziale per le giurisdizioni di ultima istanza. Ciò sembra confermato dal successivo art. 163 che, con queste ultime, prevede semplicemente "un dialogo regolare" e uno "scambio di informazioni". La CGUE, è aggiunto successivamente, si pronuncia però con una decisione "avente gli stessi effetti delle pronunce pregiudiziali a norma dell'articolo 267 TFUE nell'Unione e negli Stati membri"<sup>116</sup>, ovvero con una sentenza che sia almeno vincolante per la giurisdizione che ha effettuato il rinvio.

Infine, l'aspetto relativo alla vigilanza e al controllo nell'attuazione e applicazione della seconda parte nel RU è assicurato per cinque anni dalla presenza di una autorità nazionale indipendente "dotata di poteri equivalenti a quelli della Commissione"<sup>117</sup>, cui spetteranno tre funzioni principali: "svolgere indagini di propria iniziativa in relazione a presunte violazioni della parte seconda da parte delle autorità amministrative del Regno Unito", "ricevere denunce dai cittadini dell'Unione e dai loro familiari" e "avviare azioni legali" dinanzi ad un'autorità giurisdizionale nel RU<sup>118</sup>. A quest'autorità è affiancato un comitato speciale denominato "Comitato dei diritti dei cittadini", a cui l'autorità e la Commissione presenteranno annualmente una relazione<sup>119</sup>.

9. L'Accordo ripropone, trasformandoli in vere e proprie prescrizioni normative, i principi già stabiliti dall'Unione nelle sue linee negoziali. Da ciò si desume una spiccata capacità negoziale della Commissione nel far valere tutti i maggiori interessi dell'Unione, anche a scapito degli obiettivi presentati dal RU. Riconosciuti come pienamente raggiunti i principali obiettivi politici dell'Unione in queste negoziazioni, alcune perplessità sorgono, tuttavia, in merito alla concreta realizzazione della procedura di recesso per come cristallizzatasi nell'Accordo se comparata alla lettera e allo spirito dell'art. 50 TUE, base giuridica che ne costituisce il fondamento.

Due in particolare sono i profili dell'Accordo che, rispetto all'aderenza con la sua base giuridica, ci paiono problematici e su cui vorremmo concentrare l'attenzione. In primo luogo, l'elusione da parte dell'Accordo del raggiungimento dello scopo principale della procedura prescritto dal diritto primario; in secondo luogo, le criticità che l'Accordo patisce proprio rispetto al principio di autonomia che riproduce un effetto paradossale rispetto alla posizione di uno Stato ormai terzo assimilato (quasi a tutti gli effetti<sup>120</sup>) ad uno Stato ancora membro. Intendiamo infine concludere la nostra trattazione considerando che tali nodi problematici mettono

<sup>114</sup> Art. 158, co. 1, Accordo.

<sup>115</sup> S. SMISMANS, *EU Citizen's Rights*, cit., p. 444: "[s]upranational protection [that] appears extraordinary. Never have these supranational features of EU law reached beyond the EU".

<sup>116</sup> Art. 158, co. 2, Accordo.

<sup>117</sup> Art. 159 Accordo.

<sup>118</sup> *Ibidem*.

<sup>119</sup> Art. 159, co. 2, Accordo.

<sup>120</sup> Quello che lo distingue sostanzialmente è, lo ricordiamo, l'assenza di potere decisionale. Ma l'incapacità di influenzare il processo decisionale dell'Unione è probabilmente uno degli aspetti che mag-

in luce una particolare lettura dell'art. 50 TUE che, avallata da tutte le istituzioni dell'Unione coinvolte nella procedura, rappresenta una forma di costituzionalizzazione per via di prassi della procedura di recesso<sup>121</sup>.

Relativamente al primo punto, si ritiene di dover sottolineare la scarsa funzionalità dell'accordo in riferimento allo scopo principale conferitogli dall'art. 50 TUE. L'Accordo di recesso ha una natura ibrida<sup>122</sup>: si tratta di un accordo internazionale negoziato secondo la procedura prevista dall'art. 218, par. 3, TFUE tra l'Unione e uno Stato recedente ancora membro, poi concluso dall'Unione e da uno Stato terzo. Questa caratteristica soggettiva evidenzia il suo scopo essenziale: realizzare un'uscita graduale, mitigando il passaggio dello Stato da recedente a receduto. Se il passaggio avviene nei termini suggeriti dall'articolo in questione, l'uscita dovrebbe realizzarsi, dal punto di vista oggettuale, senz'altro in maniera "ordinata". Lo scopo principale dell'accordo è infatti proprio quello di fare *da ponte* tra il momento che si realizza con la cessazione dell'applicazione dei Trattati e la stipula di un nuovo accordo internazionale suscettibile di disciplinare tutte le relazioni future tra l'Unione e lo Stato ormai divenuto terzo<sup>123</sup>. L'accordo di recesso *introduce* l'accordo sulle future relazioni, ma la sua funzione non è rispetto a quest'ultimo solo accessoria o subordinata. Tutt'altro: poiché infatti l'accordo di recesso *apre* all'accordo sulle future relazioni, esso ne deve "tenere conto"<sup>124</sup> istituendo sin da subito le condizioni favorevoli ad un'uscita definitiva, da concretizzarsi nell'accordo futuro. Lo sguardo prospettico sulle future relazioni imposto dall'accordo di recesso, attraverso il suddetto inciso, serve a concretizzare lo scopo precipuo di un recesso ordinato. È solo avendo una qualche idea, seppure vaga<sup>125</sup>, del futuro assetto tra le parti che si potrà, nel periodo di *cooling off*<sup>126</sup> istituito dall'accordo di recesso, dare seguito a tutta quella serie di accomodamenti materiali necessari a garantire una corretta applicazione dell'accordo sulle future relazioni<sup>127</sup>.

Il periodo di *cooling off* necessario per effettuare le modifiche descritte è stato realizzato, nella specie, attraverso le misure transitorie iscritte nella parte IV dell'Accordo. Queste misure, però, costituite da una mera riproduzione dell'*acquis* dell'Unione finiscono con avere l'unico fine di prolungare i tempi necessari per giungere al secondo accordo, estendendo di fatto il lasso di incertezza legato alla reale uscita del RU dall'Unione europea. Da questo punto di vista l'intero accordo di recesso, eccetto

---

giormente determinano la scelta del recesso. La situazione permane da questo punto di vista invariata tanto da far apparire la scelta del recesso come fallimentare.

<sup>121</sup> La "costituzionalizzazione" non avviene infatti solo ad opera della giurisprudenza della CGUE.

<sup>122</sup> A. OTT, *Differentiation through Accession Law: Free Movement Rights in an Enlarged European Union*, in B. DE WITTE, A. OTT, E. VOS (eds.), *Between Flexibility and Disintegration*, Cheltenham, 2017, pp. 148-149.

<sup>123</sup> Così anche A. Łazowski, *Exercises in Legal Acrobatics: Brexit Transitional Arrangements*, in *European Papers*, 2017, pp. 845-862.

<sup>124</sup> Art. 50, par. 2, TUE.

<sup>125</sup> La Dichiarazione politica non appare di per sé sufficientemente chiara per poter agire in tale senso; essa si limita a porre obiettivi e principi molto generali. Inoltre il suo contenuto pare ad oggi essere stato già rimesso in causa (per cui si veda *supra*, nota 91).

<sup>126</sup> C. RIEDER, *The Withdrawal Clause of the Lisbon Treaty in the Light of EU Citizenship, between Disintegration and Integration*, in *Fordham International Law Journal*, 2013, p. 157.

<sup>127</sup> C. BARNARD, *The Practicalities of Leaving the EU*, in *European Law Review*, 2016, pp. 484-486.

per la parte II<sup>128</sup>, sembra costituire un prolungamento temporaneo dello *status quo*<sup>129</sup> in assenza di *membership*<sup>130</sup>. Esso tuttavia non garantisce in nulla la realizzazione di un recesso in maniera ordinata se si considera che, ancora allo stato attuale, nulla assicura che i nove mesi in più ottenuti saranno sufficienti per la conclusione dell'accordo sulle future relazioni o, più in generale, che questo verrà mai ad esistenza. Vero è che la parte IV è suscettibile di essere estesa ancora di uno o due anni, ma ragioni di opportunità politica già palesatesi sul fronte britannico scongiurano una tale soluzione<sup>131</sup>. In questo modo se davvero “only one set of change”<sup>132</sup> sarà destinato ad applicarsi, il rischio di una *hard Brexit* appare assai concreto, cosicché il problema fondamentale scaturente dal recesso appare in definitiva solo rinviato<sup>133</sup>.

In secondo luogo occorre concentrarsi sugli effetti paradossali prodotti dal principio di autonomia rispetto alla competenza delle due istituzioni sovranazionali, Commissione e CGUE: preservate durante il periodo transitorio e, per quanto riguarda la CGUE, estesa *pro futuro* nella parte II<sup>134</sup>. La trasposizione dell'*acquis* impone l'estensione delle competenze delle istituzioni sovranazionali le cui funzioni vengono esportate al di fuori dell'assetto ordinamentale dell'Unione<sup>135</sup> senza che sia richiesto l'intervento degli Stati membri e nonostante si operi in parte in settori di competenza concorrente<sup>136</sup>. Il principio di autonomia, che dovrebbe differenziare tra esterno ed interno e dunque caratterizzare, distinguendola, la posizione dello Stato terzo, produce l'effetto paradossale di ripresentare la logica dell'armonizzare in riferimento alla posizione di uno Stato terzo irrimediabilmente assimilata, seppure in maniera provvisoria e in settori limitati, a quella di uno Stato membro<sup>137</sup>.

Una tale variazione ordinamentale<sup>138</sup> nell'ordine delle competenze delle due istituzioni citate è stata ottenuta per mezzo di un trattato internazionale e in assenza

<sup>128</sup> Perché la disciplina dei diritti acquisiti dei cittadini è da considerarsi definitiva, valendo per tutto il corso della loro vita.

<sup>129</sup> M. DOUGAN, *An Airbag for the Crash Test Dummies? EU-UK Negotiations for a post-Withdrawal “status quo” Transitional Regime under Article 50 TEU*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 58.

<sup>130</sup> Ottenendo però in aggiunta la dipartita del RU dai consessi decisionali.

<sup>131</sup> Si veda *The Conservative Manifesto*, 2019, reperibile *online*, in cui viene chiarito che: “[we] will negotiate a trade agreement next year (...) and we will not extend the implementation period beyond December 2020”. Il Parlamento dell'Irlanda del Nord si è recentemente pronunciato invece per un'estensione, ma tale voto non è vincolante per il governo del RU.

<sup>132</sup> Ovvero un unico cambiamento nella legge applicabile, in M. DOUGAN, *An Airbag for*, cit., p. 65.

<sup>133</sup> In questo modo “the transitional period would not resolve the fundamental problem which necessitates its existence”: v. P. EECKHOUT, O. PATEL, *Brexit Transitional Arrangements: Legal and Political Considerations*, UCL paper, 20 novembre 2017, reperibile *online*.

<sup>134</sup> Per la parte II si noti la capacità conferita ad un giudice di uno Stato terzo di effettuare un rinvio pregiudiziale alla CGUE, non ai sensi dell'art. 267 del TFUE, bensì dell'Accordo di recesso stesso e la forza riconosciuta agli effetti delle sue sentenze.

<sup>135</sup> Si veda B. DE WITTE, *Treaty Games – Law as Instruments and as Constraints in the Euro Crisis Policy*, in *European Research Area*, 2012, reperibile *online*, p. 139; ID., *Using International Law in the Eurocrises, Causes and Consequences*, in *Arena*, 2013, reperibile *online*, p. 307; e R. BARATTA, *The Role of the ECJ Beyond EU Law*, in L. DANIELE, P. SIMONE, R. CISOTTA (eds.), *Democracy in the EMU in the Aftermath of the Crisis*, Berlin, 2017, pp. 353-370.

<sup>136</sup> Ad esempio in materia di tutela dei diritti acquisiti dei cittadini.

<sup>137</sup> Molto più di quanto non avrebbero fatto le conclusioni del Consiglio europeo del 18-19 febbraio 2016, per un commento delle quali si veda E. PISTOIA, *I) Brexit: Should They Stay...*, in *SIDIBlog*, 15 giugno 2016, reperibile *online*.

<sup>138</sup> Di variazione o mutamento ordinamentale parla, *inter alia*, B. DE WITTE, *Euro Crises Responses and the EU Legal Order: Increased Institutional Variation or Constitutional Mutation?*, in *European*

di una revisione esplicita dei Trattati istitutivi. Essa può essere giustificata solo alla luce della natura peculiare che assume l'accordo di recesso al quale andrebbero riconosciute, in virtù dell'art. 50 TUE, una serie di "competenze orizzontali"<sup>139</sup> dal carattere inusuale, tali da rendergli inapplicabili i parametri di legalità utilizzati per assestare la validità di un accordo internazionale<sup>140</sup>. Esso, tuttavia, rimane un accordo internazionale destinato ad occupare nell'ordine delle fonti un rango superiore a quello degli atti derivati ma inferiore rispetto ai Trattati<sup>141</sup>, ai quali dunque è chiamato ad adeguarsi e che non può implicitamente modificare. Ferme restando le sue numerose peculiarità, dal punto di vista della sua forma esso permane un comune accordo internazionale<sup>142</sup> che, diversamente da quanto accade per gli accordi stipulati ai sensi dell'art. 49 TUE, non consente uno snellimento della procedura di revisione dei Trattati. La loro modifica continua infatti a richiedere, anche per aspetti formali come quelli relativi alla modifica degli articoli 52, 53 TUE e 355 TFUE, il ricorso alla procedura di revisione ordinaria<sup>143</sup>.

La diversa intensità del potere dispositivo dell'accordo di recesso rispetto a quello di adesione – tangibile dal punto di vista del loro rispettivo potere di modifica del diritto primario – si comprende guardando alle istituzioni coinvolte nelle due procedure, ovvero al "centro di gravità istituzionale"<sup>144</sup> iscritto rispettivamente nella base giuridica dell'art. 50 paragonandolo a quello presente nell'art. 49 TUE: Stati membri e Parlamenti nazionali nel caso degli accordi di adesione, Consiglio europeo, Consiglio, Commissione e Parlamento europeo nell'accordo di recesso. È solo nel primo caso che sono chiamati ad intervenire i "Signori dei Trattati"<sup>145</sup> con funzione di guardiani di *ultima ratio* sulle modifiche del diritto UE. Essi spariscono dalla vita ordinaria dei Trattati ma riappaiono per tutto ciò che riguarda la loro nascita e la loro morte<sup>146</sup> ed è per questo che l'accordo di adesione viene elevato a rango di fonte primaria con l'implicita ma assai rilevante conseguenza di non poter essere scrutinato dalla CGUE.

---

*Constitutional Law Review*, 2015, p. 434. Che si tratti dell'una o dell'altro è presto per dirlo, potendo la procedura costituire sia una mera "prassi interpretativa" (che non può essere considerata *autentica* non provenendo dai redattori del Trattato, ma è sicuramente assai autorevole), sia una "prassi integrativa e modificativa dell'accordo" volta a conferire all'ente nuovi poteri e di cui occorrerà assestare la legittimità. Si veda sul punto R. BARATTA, *Prassi estensive e competenze delle organizzazioni internazionali: spunti riflessivi*, in E. TRIGGIANI ET AL. (a cura di), *op. cit.*, II, pp. 1195-1196.

<sup>139</sup> Parla di "horizontal competences" riprendendo le parole della stessa decisione del Consiglio, del 22 maggio 2017, C. HILLION, *Withdrawal under Article 50 TEU: An Integration-friendly Process*, in *Common Market Law Review*, 2018, pp. 29-59.

<sup>140</sup> Che in quanto tale dovrebbe essere conforme al diritto primario e in specie anche al principio di autonomia per come delineato in via pretoria.

<sup>141</sup> J.-C. PIRIS, *Should the UK Withdraw from the EU: Legal Aspects and Effects of Possible Options*, in *Fondation Robert Schuman*, 5 maggio 2015, reperibile online, p. 3.

<sup>142</sup> L. DANIELE, *Quel rôle pour la Cour de justice face au Brexit? Ambitions irréalistes et possibilités concrètes*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano*, Torino, 2018, p. 264.

<sup>143</sup> F. FABBRINI, *Brexit and EU Treaty Reform: A Window of Opportunity for Constitutional Change?*, in F. FABBRINI, *The Law and Politics of Brexit*, Oxford, 2017, pp. 267-291.

<sup>144</sup> A. ŁAZOWSKI, *Be Careful What You Wish for: Procedural Parameters of EU Withdrawal*, in C. CLOSA (eds.), *Dealing with Secession from a Member State and Withdrawal from the European Union: Troubled Membership*, Cambridge, 2017, p. 242.

<sup>145</sup> Che infatti è un accordo misto, ratificato anche da tutti gli Stati membri e che consente una procedura di revisione semplificata dei Trattati.

<sup>146</sup> J. HERBST, *op. cit.*

Inoltre, sempre guardando alla struttura dell'art. 50 TUE, vale la pena ricordare come esso conferisca astrattamente un diritto di recesso incondizionato, non vincolato al raggiungimento di nessun accordo, considerando che lo Stato uscente può sempre recedere unilateralmente al fine di evitare pressioni politiche volte a convincerlo a firmare un accordo, magari svantaggioso, ma comunque necessario all'uscita. Ciò è stato recentemente confermato dalla stessa CGUE che, occupata con il problema della revoca della notifica<sup>147</sup>, nel caso *Wightman*<sup>148</sup> ha colto l'occasione per chiarire il carattere unilaterale, incondizionato e sovrano dell'atto di recesso<sup>149</sup> da cui si ricava che "la decisione di recedere ricade esclusivamente nella sfera di volontà di tale Stato membro, nel rispetto delle sue norme costituzionali, e dipende quindi unicamente da una sua scelta sovrana"<sup>150</sup>.

Il carattere incondizionato dell'atto non incide però necessariamente sulla estensione della liberalità del diritto, che deve concretamente realizzarsi all'interno di una procedura che prevede il coinvolgimento di diversi attori. L'articolo in questione, al di là del mero dato positivo, è stato allora oggetto di una lettura particolarmente restrittiva da parte delle istituzioni UE che l'hanno fatto vivere nella prassi delle istituzioni direttamente coinvolte nel compimento della procedura. Così, se la struttura dell'art. 50 TUE, per come da noi descritta, dovrebbe essere volta a conferire allo Stato uscente un diritto volontario e unilaterale che non sopporta condizionamenti di alcun tipo, né rispetto al raggiungimento di un eventuale accordo di recesso<sup>151</sup>, né rispetto ad un possibile bloccaggio in sede di ratifica<sup>152</sup>, la prassi istituzionale sembra invero aver contribuito ad operare una forma di torsione dell'articolo in questione dandone una lettura fortemente costituzionalizzata.

Nella prassi, gli attori hanno accentuato il carattere costituzionale del diritto, appesantendone al contempo alcuni aspetti<sup>153</sup> e ponendo molta enfasi su di una serie di principi dal forte valore cogente suscettibili di qualificare l'identità dell'Unione tanto in presenza di un nuovo Stato membro quanto dinanzi ad uno che recede. La funzione di modello assunta dai tre principi diffusamente analizzati in questo scritto

<sup>147</sup> Per cui si vedano P. MANZINI, *Sulla revoca della notifica di recesso dall'Unione europea*, in E. TRIGGIANI ET AL. (a cura di), *op. cit.*, II, p. 735, ed E. PISTOIA, *Sul periodo intercorrente tra la notifica del recesso e la cessazione della partecipazione del Regno unito all'Unione europea*, in *Diritti comparati*, 27 aprile 2017, reperibile *on line*.

<sup>148</sup> La Corte era nel caso *de quo* chiamata a risolvere il problema della revoca della notifica effettuata da parte dello Stato recedente. Per rispondere a tale questione ha dovuto preventivamente accertare la natura del diritto di recesso e in particolare il suo carattere unilaterale, già sostenuto dal RU che ne faceva un elemento determinante per confermare la possibilità di revoca. Si veda sentenza della Corte di giustizia del 10 dicembre 2018, causa C-621/18, *Wightman*. Per un commento alla sentenza si veda G. MARTI, *L'arrêt Wightman du 10 décembre 2018: la réversibilité du retrait au service de l'irréversibilité de l'intégration?*, in *Revue des affaires européennes*, 2018, p. 729; M. E. BARTOLONI, *L'impatto del recesso sul processo d'integrazione europea attraverso la lente della Corte di giustizia*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2019, p. 641; A. CUYVERS, *Wightman, Brexit, and the Sovereign Right to Remain*, in *Common Market Law Review*, 2019, p. 1303; J. VIDIMAR, *Unilateral Revocability in Wightman: Fixing Article 50 with Constitutional Tools*, in *European Constitutional Law Review*, 2019, p. 359.

<sup>149</sup> La differenza tra diritto e atto di recesso è messa in luce da U. VILLANI, *Recesso (diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, 1988, p. 45 ss.

<sup>150</sup> Sentenza *Wightman*, punto 50.

<sup>151</sup> Ragione per cui è consentito il recesso anche in assenza di accordo.

<sup>152</sup> Ragione per cui l'accordo è esclusivo e non misto e non richiede pertanto la ratifica di tutti gli Stati membri.

<sup>153</sup> Andando al di là di una lettura formale dell'art. 50 TUE.

ha indubbiamente rafforzato il quadro costituzionale della procedura di recesso<sup>154</sup>. Principi<sup>155</sup>, questi, che non si sono imposti nel corso della procedura solo in virtù del loro valore, bensì anche in forza di precise scelte politiche, rese possibili nella specie grazie all'adozione della strategia del c.d. "approccio in due fasi"<sup>156</sup>.

La procedimentalizzazione della conclusione dell'accordo di recesso, che ha consentito di non negoziare in parallelo l'accordo di recesso e quello sulle future relazioni, è stata essenziale per consentire questa forma di torsione. In base all'approccio in due fasi<sup>157</sup>, il Consiglio europeo si è espresso con dei primi orientamenti stabilendo i tre principi che abbiamo analizzato e, una seconda volta, accertando l'esistenza dei "progressi sufficienti" che consentissero di proseguire nelle negoziazioni andando verso il cuore dell'accordo, ossia il quadro delle future relazioni<sup>158</sup>. Ma in cosa consistono tali "progressi sufficienti" se non nel rispetto dei tre principi già posti nei primi orientamenti e facenti funzione di *core principles* o *red lines*<sup>159</sup>?

È evidente come nel corso della procedura Brexit il loro rispetto sia stato necessario per il passaggio alla fase successiva, finendo questi ultimi col costituire delle vere e proprie "condizionalità" cui è stato necessario adeguarsi per poter continuare a negoziare con l'Unione<sup>160</sup>.

Tale forma di torsione nella lettura istituzionale dell'articolo in questione, da noi denominata "costituzionalizzazione della procedura di recesso" poiché basata sulla prassi degli attori, non ci pare essere meramente il frutto di un'esigenza di conformità a norme o principi fondamentali, ma anche e soprattutto una chiara scelta politica. Il fine ultimo di una tale strategia<sup>161</sup> è quello della costruzione di un nuovo,

---

<sup>154</sup> C. HILLION, *op. cit.*, p. 32, parla di "EU-driven character of the negotiations".

<sup>155</sup> Anche lo stesso principio di autonomia costituisce un principio politico e relazionale che va modellato sulla situazione che concretamente si presenta: così in J. KLABBERS, P. KOUTRAKOS, *An Anatomy of Autonomy*, in *Nordic Journal of International Law*, 2019, p. 4.

<sup>156</sup> Si vedano i primi orientamenti del Consiglio europeo del 15 dicembre 2017, in cui si legge: "[s] ebbene un accordo sulle future relazioni possa essere messo a punto e concluso solo una volta che il Regno Unito sia diventato un paese terzo, l'Unione sarà pronta ad avviare trattative preliminari e preparatorie con l'obiettivo di individuare una visione globale del quadro delle future relazioni, una volta adottati orientamenti aggiuntivi a tal fine". Per una diversa lettura dell'approccio in due fasi si veda E. BERNARD, C. HILLION, *La préparation européenne du Brexit. Le cadre des négociations*, in C. BAHUREL, E. BERNARD, M. HO-DAC (dirs.), *Le Brexit: enjeux régionaux, nationaux et internationaux*, Bruxelles, 2018, pp. 55-54.

<sup>157</sup> L'approccio in due fasi non può essere considerato un'esigenza soltanto di natura giuridica, né da un punto di vista formale (ovvero come bisogno di negoziare e concludere il secondo accordo solo con lo Stato ormai divenuto irrevocabilmente terzo, ciò che sarebbe contrario alla formulazione espressa del Trattato), né sostanziale (al fine di garantire il raggiungimento di una serie di priorità). Esso rappresenta piuttosto una scelta strategica, innovativa e intelligente, e, senza dubbio, politica. Si veda l'editoriale di J.H.H. WEILER, *The Case for a Kinder, Gentler Brexit*, in *European Journal of International Law*, 2017, pp. 1-4.

<sup>158</sup> Di tal fatta il Consiglio europeo ha emanato nel corso della procedura due orientamenti: il primo, datato 29 aprile 2017, in cui si stabilisce che si seguirà l'approccio in due fasi, il secondo, del 15 dicembre 2017, in cui si afferma se siano o meno stati fatti progressi sufficienti per avanzare nella fase successiva.

<sup>159</sup> Già notato da M. STARITA, *op. cit.*

<sup>160</sup> In questo modo gli orientamenti del Consiglio europeo sono stati di fatto trasformati in una sorta di "criteri di ammissibilità", simili a quelli previsti per l'art. 49 TUE. Così C. HILLION, *Withdrawal under Article*, cit., p. 45.

<sup>161</sup> L'accordo di adesione è usualmente preceduto da una lunga e articolata politica di allargamento volta a consentire una progressiva adesione dell'ordinamento dello Stato candidato agli standard imposti dall'ordinamento europeo.

vero e proprio strumento di politica estera<sup>162</sup> capace di flettere la parte contraente al rispetto degli standard, interessi o principi<sup>163</sup> dell'Unione<sup>164</sup>, così come avviene nel quadro dell'adesione dei nuovi Stati.

La perfetta sinergia tra le istituzioni dell'Unione durante la fase negoziale<sup>165</sup>, avallata da una lunga e costante giurisprudenza della CGUE in materia di autonomia e rispetto dell'integrità dell'ordinamento, ha permesso di costruire, costituzionalizzandolo, un nuovo diritto di recesso, parzialmente diverso rispetto a quello iscritto nel Trattato di Lisbona, in cui nella fase di passaggio da Stato membro a Stato terzo pesa l'obiettivo di implementazione di una agenda tecnico-giuridica volta ad armonizzare la sua posizione a prescindere e al di là della *membership*.

Inoltre lo strumento utilizzato, ovvero l'accordo di recesso, non è solamente *esterno*, poiché utilizzato nei confronti di uno Stato destinato a non essere più membro, ma è ugualmente uno strumento di politica *interna* i cui destinatari impliciti sono gli stessi Stati membri che restano aderenti. Anche nei confronti di questi si palesa l'esigenza di riaffermare una serie di principi fondamentali dal forte valore cogente e di stampo costituzionale, destinati a chiarire ancora una volta il nocciolo duro, sul piano interno ed esterno, dell'identità dell'Unione.

## Abstract

### The Constitutionalization of the Withdrawal Procedure in Light of Brexit

This article aims at analysing the withdrawal procedure in its actual realization. We start by sketching out the negotiation process in which the first 'red lines' or 'core principles' were outlined. We then examine the scope and nature of those principles and their implementation in the withdrawal agreement. In conclusion, we try to understand how and why it was possible for the EU to impose its objectives and values *vis-à-vis* a third State. In the case of withdrawal, we argue, this was possible, due to a specific form of 'proceduralization' that is not enshrined in the Treaties but was created in practice. This contributed to the constitutionalization of the withdrawal right from the Union in the course of the Brexit process.

<sup>162</sup> Così anche C. HILLION, *This Way, Please! A Legal Appraisal of the EU Withdrawal Clause*, in C. CLOSA (ed.), *op. cit.*, p. 232, per il quale "[w]ithdrawal too is part of EU foreign policy".

<sup>163</sup> È quanto avviene in materia di allargamento attraverso gli accordi di adesione, per cui si veda A. LANG, *La politica di allargamento dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, pp. 477-491.

<sup>164</sup> Che l'Unione debba perseguire i suoi obiettivi e interessi in materia di politica estera è pacifico anche rispetto all'art. 4, par. 3, TUE. Il problema consiste tuttavia nel capire se tali obiettivi fossero o meno prioritari alla luce della lettera e dello scopo dell'art. 50 TUE. Si vedano in generale M. CREMONA, *Values in EU Foreign Policy*, in E. SCISO, R. BARATTA, C. MORVIDUCCI (a cura di), *I valori dell'Unione europea e l'azione esterna*, Torino, 2016, p. 3; D. GALLO, *I valori negli accordi di associazione*, *ivi*, p. 142; M. G. AMADIO VICERÉ, *From Brussels, with Love? A Comparative Institutional Study of Values and Principles in the Foreign Policy of Compound Democracies*, *ivi*, p. 35.

<sup>165</sup> In particolare al livello anzitutto politico, tra Consiglio europeo e Consiglio, poi tecnico, da parte della Commissione, e infine con il costante appoggio del Parlamento europeo che ha sempre rivendicato un ruolo di primo piano nel corso della procedura.



# Note e Commenti



Ugo Villani\*

# Brevi note sull'uso anomalo dei controlimiti nella sentenza del 5 maggio 2020 del *Bundesverfassungsgericht*\*\*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I limiti al trasferimento di poteri all'Unione europea nella Costituzione tedesca. – 3. La “bocciaatura” della sentenza della Corte di giustizia. – 4. Il (corretto) funzionamento dei controlimiti nella giurisprudenza costituzionale italiana. – 5. L’“invasione” del diritto dell’Unione da parte del *BVerfG*. – 6. *Segue*: questioni di forma (e di sostanza). – 7. Conclusione.

1. La sentenza del 5 maggio 2020 della Corte costituzionale federale tedesca (*Bundesverfassungsgericht: BVerfG*) rappresenta un momento di tensione particolarmente acuta con l’ordinamento dell’Unione europea e, più specificamente, con la Corte di giustizia e le sue competenze<sup>1</sup>. Oggetto della pronuncia era la legittimità

\* Emerito di Diritto internazionale dell’Università degli studi di Bari Aldo Moro.

\*\* Testo riveduto e aggiornato dell’intervento svolto nel Convegno dell’Associazione Italiana Studiosi di Diritto dell’Unione Europea tenuto a Roma il 14 maggio 2020, dal titolo “La sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020. Valore giuridico, significato politico, prospettive per la politica economica e monetaria dell’Unione europea”.

<sup>1</sup> La sentenza può leggersi all’indirizzo [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de); essa è stata oggetto di numerosissimi commenti, specie in tempestivi interventi tutti reperibili *online*; si vedano, tra gli altri, A. THIELE, *VB vom Blatt: Das BverfG und die Büchse der ultra-vires-Pandora. Das Urteil in Sachen Anleihenkaufprogramm der EZB*, in *Verfassungsblog on Matters Constitutional*, 5 maggio 2020; M. POIARES MADURO, *Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court*, *ivi*; M. AVBELJ, *The Right Question about the FCC Ultra Vires Decision*, *ivi*; M. WILKINSON, *Fight, Flight or Fudge?*, *ivi*; F. BOTTI, *I dubbi della Corte costituzionale tedesca sul Quantitative easing*, in *Affarinternazionali*, 6 maggio 2020; F. BASCONE, *Contro il bazooka di Draghi artiglieria pesante da Karlsruhe*, *ivi*, 7 maggio 2020; F. C. MAYER, *Auf dem Weg zum Richterfaustrecht? Zum PSPP-Urteil des BVerfG*, in *Verfassungsblog on Matters Constitutional*, 7 maggio 2020; J. ZILLER, *L’insopportabile pesantezza del giudice costituzionale tedesco*, in *I Post di AISDUE*, 7 maggio 2020; S. CAFARO, *Quale quantitative easing e quale Unione europea dopo la sentenza del 5 maggio?*, in *SIDIBlog*, 8 maggio 2020; B. CARAVITA, *L’arroganza del Tribunale di Karlsruhe che sgambetta la UE e favorisce i sovranisti*, in *ildubbio.news*, 8 maggio 2020; M. P. CHITI, *La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Quantitative Easing avvia il processo di “disintegrazione europea”?*, in *Astrid Rassegna*, 8 maggio 2020; R. PERISSICH, *Il BvG e l’ambiguità dell’ibrido sistema europeo*, in *Affarinternazionali*, 8 maggio 2020; T. MARZAL, *Is the BVerfG PSPP Decision Simply not Comprehensible?* A Critique of the Judgment’s Reasoning on Proportionality, in *Verfassungsblog on Matters Constitutional*, 9 maggio 2020; D. SARMIENTO, *Requiem for Judicial Dialogue. The German Federal*

del Programma di acquisto di titoli di debito pubblico (*Public Sector Purchase Programme: PSPP*), istituito dalla Banca centrale europea (BCE) con la decisione (UE) 2019/774 del 4 marzo 2015, modificata dalla decisione (UE) 2017/100 dell'11 gennaio 2017, nel quadro del *Quantitative Easing*. Dinanzi al *BVerfG* il problema della legittimità era stato sollevato da vari ricorsi di cittadini tedeschi che ritenevano la decisione *ultra vires* sotto il profilo della violazione della Costituzione tedesca: ciò avrebbe comportato la sua inapplicabilità in Germania e avrebbe coinvolto anche la condotta della *Deutsche Bundesbank*, nonché, a causa di una loro presunta inerzia, della *Bundesregierung* e del *Bundestag* (rispettivamente, Governo e Parlamento federali).

Sulla questione si era già espressa la Corte di giustizia dell'Unione, proprio su rinvio pregiudiziale effettuato con decisione del 18 luglio 2017 dal *BVerfG*; essa,

*Constitutional Court's Judgment in the Weiss Case and its European Implications*, in *eulawlive.com*, 9 maggio 2020; H. SAUER, *Substantive EU law review beyond the veil of democracy: the German Constitutional Court ultimately acts as a Supreme Court of the EU*, *ivi*; G. L. TOSATO, *Da Karlsruhe una sentenza devastante?*, in *Affarinternazionali*, 9 maggio 2020; F. MARTUCCI, *La BCE et la Cour constitutionnelle allemande: comprendre l'arrêt du 5 mai de la Cour constitutionnelle allemande*, in *Le club des juristes*, 11 maggio 2020; P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht dichiara ultra vires il Quantitative Easing (con uno sguardo al Pandemic Emergency Programme)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 12 maggio 2020; B. CARAVITA, M. CONDINANZI, A. MORRONE, A. M. POGGI, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggiore ponderazione*, in *federalismi.it*, 13 maggio 2020; F. FABBRINI, *Suing the BVerfG*, in *Verfassungsblog on Matters Constitutional*, 13 maggio 2020; D.-U. GALETTA, *Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronuncia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze*, in *federalismi.it*, 13 maggio 2020; G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *La BCE e la Corte di giustizia sul banco degli accusati del Tribunale costituzionale tedesco*, in *dirittounioneeuropea.eu*, 13 maggio 2020; P. DE SENA, S. D'ACUNTO, *La Corte di Karlsruhe, il mito della "neutralità" della politica monetaria e i nodi del processo di integrazione europea*, in *SIDIBlog*, 14 maggio 2020; M. DANI, J. MENDES, A. J. MENENDEZ, M. WILKINSON, H. SCHEPEL, E. CHITI, *At the End of Law. A Moment of Truth for the Eurozone and the EU*, in *Verfassungsblog on Matters Constitutional*, 15 maggio 2020; G. ROSSILLO, *Il monito della Corte costituzionale tedesca sul futuro del processo di integrazione europea*, in *SIDIBlog*, 19 maggio 2020; M. SIRAGUSA, C. RIZZA, *L'"insostenibile leggerezza" del sindacato giurisdizionale sulle decisioni di politica monetaria della BCE*, in *Eurojus*, 26 maggio 2020, p. 208 ss.; A. CIANCIO, *The 5 May 2020 Bundesverfassungsgericht's Decision on the ECB's Public Sector Purchase Program: an Attempt to "Break the Toy" or a New Starting Point for the Eurozone?*, in *federalismi.it*, 27 maggio 2020; L. F. PACE, *Il BVerfG e la sentenza sul programma PSPP: "c'è della logica in questa follia"? Il prevedibile rientro della "crisi istituzionale" annunciata nella sentenza (provvisoria) del 5 maggio 2020*, *ivi*; S. POLI, *The German Federal Court and Its First Ultra Vires Review: A Critique and a Preliminary Assessment of Its Consequences*, in *Eurojus*, 11 giugno 2020, p. 224 ss.; A. VITERBO, *The PSPP Judgment of the German Federal Constitutional Court: Throwing Sand in the Wheels of the European Central Bank*, in *European Papers*, 26 giugno 2020; O. CHESSA, *Il principio di attribuzione e le corti costituzionali nazionali. Sulla pronuncia del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020*, in *DPCE Online*, 7 luglio 2020, p. 2741 ss.; G. SCACCIA, *Nazionalismo giudiziario e diritto dell'Unione europea: prime note alla sentenza del BVerfG sui programmi di acquisto di titoli del debito pubblico della BCE*, *ivi*, p. 2857 ss.; A. SOMMA, *Democrazia e mercato ai tempi del coronavirus. La Corte di Karlsruhe e la difesa a senso unico dell'ortodossia neoliberale*, *ivi*, p. 2869 ss.; P. MORI, *Riflessioni sulla possibilità e sull'opportunità di aprire una procedura di infrazione nei confronti della Germania a causa della sentenza del Bundesverfassungsgericht sul PSPP*, in *Eurojus*, 13 luglio 2020, p. 112 ss.; *The German Federal Constitutional Court's PSPP Judgment* (interventi di G. GRIMM, S. SIMON e H. RATHKE, F. SCHORKOPF, K. SCHNEIDER, M. WENDEL, N. PETERSEN, V. PERJU, M. AVBELJ, J. LINDEBOOM, T. VIOLANTE, M. GOLDMANN, S. POLI e R. CISOTTA, I. FEICHTNER, S. BIERNAT, F. C. MAYER), in *German Law Journal*, 2020, n. 5. Si vedano anche i contributi di R. ADAM, *Il controlimite dell'ultra vires e la sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2020, p. 9 ss.; E. PERILLO, *De Karlsruhe au Kirchberg et retour: le long voyage, courageux mais prévisible, d'un tourmenté "ultra vires Urteil"*, *ivi*, p. 127 ss.

con la sentenza dell'11 dicembre 2018, causa C-493/17, *Weiss*, aveva affermato che l'esame delle questioni sottoposte “non ha rivelato alcun elemento idoneo ad inficiare la validità della decisione”.

Il *BVerfG*, che pure, ai sensi dell'art. 267 TFUE, avrebbe dovuto emanare la propria decisione in conformità di quella della Corte di Lussemburgo – e, quindi, dare applicazione alla decisione della BCE –, ha invece rimesso in discussione la legittimità sia di questa che della stessa sentenza della Corte di giustizia. Rispetto alla decisione della BCE esso si è “limitato” a... rimandare a settembre (*rectius*, ad agosto) la BCE, intimandole di fare una più approfondita valutazione sulla proporzionalità delle misure decise, sulla base di una serie di elementi indicati dallo stesso *BVerfG*, entro tre mesi dalla pronuncia. In caso contrario, la decisione della BCE va considerata *ultra vires*, in quanto eccedente le proprie competenze, con conseguente divieto per la *Bundesbank* di partecipare alla sua attuazione ed esecuzione. Più in generale – afferma il *BVerfG* – gli organi costituzionali, gli enti amministrativi e i tribunali tedeschi non possono partecipare né allo sviluppo, né all'attuazione, all'esecuzione o alla messa in opera di atti europei *ultra vires*<sup>2</sup>. Per la Corte di giustizia, invece, dalla Corte costituzionale tedesca giunge una bocciatura senza appello: la sua sentenza dell'11 dicembre 2018 è reputata, infatti, direttamente *ultra vires* e, quindi, priva di validità ed efficacia per la stessa Corte costituzionale<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Da notizie di stampa risulta che il 22 giugno 2020 la BCE ha inviato, in via confidenziale, al Governo e al Parlamento tedeschi una vasta documentazione a conferma della proporzionalità del suo Programma di acquisti di titoli di debito pubblico e della validità delle analisi da essa compiute. A seguito di tale invio il *Bundestag*, il 2 luglio successivo, ha approvato a larga maggioranza una mozione con la quale, sulla base dei documenti ricevuti dalla BCE, conclude che i requisiti della sentenza della Corte costituzionale del 5 maggio 2020 in merito alla proporzionalità del suddetto Programma sono stati soddisfatti e che la BCE ha effettuato un esame dell'adeguatezza, della necessità e della appropriatezza delle misure di politica monetaria adottate. Successivamente il Ministro delle finanze Olaf Scholz avrebbe inviato una lettera alla Corte costituzionale tedesca confermando la correttezza dell'azione della BCE e il coinvolgimento anche per il futuro della *Bundesbank* nel Programma di acquisti di titoli di debito pubblico (cfr. I. BUFACCHI, *La BCE divulga documenti confidenziali per disinnescare la mina della sentenza della Corte tedesca*, in *Il Sole 24 Ore*, 25 giugno 2020, reperibile *online*; R. VENERUSO, *Karlsruhe e BCE tre mesi dopo: tanto tuonò che non piovve?*, in *Centro Studi Livatino*, 17 agosto 2020, reperibile *online*).

<sup>3</sup> La Corte di giustizia, da parte sua, in un comunicato stampa emesso dalla sua direzione della comunicazione l'8 maggio 2020, premesso che “i servizi dell'istituzione non commentano mai una sentenza di un organo giurisdizionale nazionale”, ha dichiarato: “In linea generale, si ricorda che, in base a una giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, una sentenza pronunciata in via pregiudiziale da questa Corte vincola il giudice nazionale per la soluzione della controversia dinanzi ad esso pendente. Per garantire un'applicazione uniforme del diritto dell'Unione, solo la Corte di giustizia, istituita a tal fine dagli Stati membri, è competente a constatare che un atto di un'istituzione dell'Unione è contrario al diritto dell'Unione. Eventuali divergenze tra i giudici degli Stati membri in merito alla validità di atti del genere potrebbero compromettere, infatti, l'unità dell'ordinamento giuridico dell'Unione e pregiudicare la certezza del diritto. Al pari di altre autorità degli Stati membri, i giudici nazionali sono obbligati a garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione. Solo in questo modo può essere garantita l'uguaglianza degli Stati membri nell'Unione da essi creata. L'istituzione si asterrà da qualsiasi altra comunicazione in proposito”. Anche la Presidente della Commissione, Ursula von der Leyen, il 10 maggio 2020 ha rilasciato una importante dichiarazione: “La recente sentenza della Corte costituzionale tedesca ha messo l'accento su due temi attinenti all'Unione europea: l'Eurosistema e il sistema giuridico europeo. Prendiamo atto della dichiarazione molto chiara della Corte di giustizia dell'Unione europea dell'8 maggio. La Commissione europea difende tre principi fondamentali: la politica monetaria dell'Unione è una competenza esclusiva; il diritto europeo prevale sul diritto nazionale; e le sentenze pronunciate dalla Corte di giustizia dell'Unione europea sono vincolanti per i giudici nazionali. L'ultima parola sul diritto europeo spetta a Lussemburgo. La Commissione europea ha il compito di

2. Il *BVerfG* prende le mosse dalla propria consolidata giurisprudenza, secondo la quale gli atti dell'Unione (e gli stessi Trattati istitutivi) non possono pregiudicare i principi fondamentali della Costituzione, rientranti nella identità costituzionale tedesca<sup>4</sup>: essi rappresentano dei limiti invalicabili al trasferimento di competenze all'Unione. Tale orientamento, corrispondente, grosso modo, alla dottrina dei controlimiti accolta anche dalla Corte costituzionale italiana, trova un espresso fondamento nel *Grundgesetz* tedesco. L'art. 23, par. 1, prevede che la Repubblica federale di Germania partecipi allo sviluppo dell'Unione europea, che è impegnata al rispetto dei principi democratici, sociali e federali, dello Stato di diritto, del principio di sussidiarietà e che garantisce un livello di protezione dei diritti umani essenzialmente comparabile a quello accordato dalla stessa Costituzione tedesca. A questo fine la Germania può trasferire con legge poteri sovrani all'Unione. Peraltro, lo stabilimento dell'Unione europea, così come qualsiasi modifica ai Trattati o alla normativa che comporti emendamenti alla Costituzione, sono soggetti al limite prescritto dall'art. 79, par. 3, secondo il quale sono inammissibili emendamenti agli articoli 1 e 20; questi ultimi consacrano, rispettivamente, l'inviolabilità della dignità umana e dei diritti umani (art. 1) e il carattere democratico dello Stato tedesco (art. 20, par. 1) e la derivazione di ogni autorità statale dal popolo (art. 20, par. 2), così configurato quale titolare della sovranità.

Pertanto, qualsiasi atto dell'Unione in violazione del principio di attribuzione, compresa una sentenza della Corte di giustizia, non trovando una copertura nella legge tedesca di trasferimento di poteri sovrani all'Unione, si pone in conflitto con i principi democratici e, per ciò stesso, con il *Grundgesetz*, in particolare con i ricordati articoli 23, par. 1, e 79, par. 3, in connessione con l'art. 20, paragrafi 1 e 2.

L'ulteriore tassello nel ragionamento della *BVerfG* concerne il principio di proporzionalità, il cui rispetto è prescritto dall'art. 5, par. 4, TUE. Esso ha un valore essenziale nella sentenza in esame, poiché – secondo la Corte costituzionale tedesca – solo una rigorosa giustificazione della decisione della BCE quale strumento idoneo e necessario rispetto all'obiettivo prefissato di politica monetaria consentirebbe di giudicarla come rientrante nelle competenze dell'Unione e della BCE. In caso contrario essa sarebbe *ultra vires* e pregiudicherebbe gli stessi principi di democrazia e di sovranità del popolo. Ebbene, la Corte costituzionale tedesca, a seguito di un'analisi e di una valutazione particolarmente dettagliate e puntigliose, conclude che la decisione della BCE è motivata in maniera carente riguardo alla proporzionalità.

3. Come si è detto, il *BVerfG* respinge in maniera perentoria la sentenza della Corte di giustizia dell'11 dicembre 2018. Esso, invero, riconosce che quando il controllo di un atto *ultra vires* o concernente l'identità costituzionale solleva questioni relative alla validità o all'interpretazione di una misura adottata dall'Unione europea, il proprio giudizio deve basarsi sulla ricostruzione e sulla valutazione di tale misura effettuate dalla Corte di giustizia, in conformità dell'art. 19, par. 1, co. 1, TUE. Tuttavia, affinché quest'ultima resti nei limiti del mandato giudiziario con-

salvaguardare il corretto funzionamento del sistema dell'euro e del sistema giuridico dell'Unione. Esamineremo nel dettaglio la sentenza della Corte costituzionale tedesca e i possibili prossimi passi, che potrebbero includere l'apertura di un procedimento di infrazione. L'Unione europea è una comunità di valori e di diritto che deve essere preservata e difesa in ogni momento. È questo ciò che ci tiene insieme ed è questo ciò che difendiamo”.

<sup>4</sup> Per riferimenti cfr., tra gli altri, S. POLI, *op. cit.*, p. 224 ss.

ferite dalla suddetta disposizione, è necessario che fondi i suoi criteri interpretativi sui principi generali risultanti dalle tradizioni giuridiche costituzionali degli Stati membri (richiamate sia dall'art. 6, par. 3, TUE, riguardo ai diritti fondamentali, che dall'art. 340, co. 2, TFUE, in materia di responsabilità extracontrattuale dell'Unione), quali si esprimono, in particolare, nella giurisprudenza delle corti costituzionali e delle corti supreme, nonché della Corte europea dei diritti dell'uomo. Fra tali principi, con specifico riferimento al caso in esame, un rilievo fondamentale ha il principio di proporzionalità (consacrato, del resto, nell'art. 5, par. 4, TUE).

Ora, la Corte di giustizia ben può discostarsi dalla pratica delle corti nazionali e dare un peso e un'importanza differenti ai principi e ai metodi interpretativi applicati da tali corti, ma non può ignorarli manifestamente. Se ciò accade, la Corte di giustizia eccede i limiti del mandato attribuitole dal citato art. 19, par. 1, TUE. Nella sentenza dell'11 dicembre 2018 la Corte di giustizia, a giudizio del *BVerfG*, non ha svolto alcun esame approfondito sul rispetto del principio di proporzionalità, limitandosi a dichiarare che la BCE non aveva commesso un manifesto errore di valutazione, né aveva manifestamente violato il principio di proporzionalità. Per tale via, in realtà, la Corte avrebbe ignorato i molteplici elementi da prendere in considerazione nell'ambito del controllo di proporzionalità, pervenendo, in definitiva, a una sentenza oggettivamente non comprensibile e arbitraria. Avendo così oltrepassato i limiti del potere attribuito alla Corte di giustizia tramite l'art. 19, par. 1, TUE, la sentenza doveva considerarsi *ultra vires* e in contrasto con i principi democratici – fondamento e limite dell'attribuzione dei poteri alle istituzioni europee – ed era quindi priva di valore giuridico per il giudice (come per ogni altro organo) tedesco. Il *BVerfG* non era quindi obbligato a conformarsi a tale sentenza e doveva svolgere un autonomo esame per verificare se la decisione della BCE istitutiva del *PSPP* fosse restata nei limiti della competenza conferita all'Unione.

4. Il ragionamento e le conclusioni della Corte costituzionale tedesca si fondano essenzialmente sul rispetto dei controlimiti, qui incarnati dal principio democratico e dalla sovranità del popolo (art. 20 del *Grundgesetz*). Essi, come si è accennato e come è noto, sono ben presenti anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana e sono un elemento essenziale della ricostruzione da essa effettuata dei rapporti tra l'ordinamento nazionale e quello dell'Unione europea<sup>5</sup>.

Invero la presenza di controlimiti appare connaturata nell'ambito di un ordinamento *sui generis* e complesso, come quello europeo, nel quale coesistono, da un lato, Stati tuttora sovrani (gli *Herren der Verträge*) e, dall'altro, istituzioni dell'Unione, alle quali gli Stati membri hanno parzialmente trasferito poteri sovrani, di natura legislativa, giudiziaria, monetaria, senza spingersi sino al punto di dare vita a un'entità federale. I controlimiti, peraltro, *mutatis mutandis*, svolgono un fondamentale ruolo equilibratore anche nei rapporti tra l'ordinamento nazionale e quello

---

<sup>5</sup> In proposito ci permettiamo di richiamare i nostri scritti *I "controlimiti" nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Milano, 2008, p. 493 ss., e in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, II, Napoli, 2008, p. 1297 ss.; *Limitazioni di sovranità, "controlimiti" e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, p. 489 ss.; *I diritti fondamentali nel dialogo tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia*, in A. DI STASI, L. S. ROSSI (a cura di), *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. A vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere*, Napoli, 2020, p. 39 ss.

internazionale, almeno quando tali rapporti siano impostati in termini dualisti, come alla luce dell'art. 10 Cost.

I controlimiti esprimono il momento della tensione tra l'ordinamento nazionale e quello dell'Unione europea, che può evolversi in conflittualità, ma anche in dialogo, tra le Corti che dei due ordinamenti sono i naturali e supremi garanti, la Corte di giustizia e la Corte costituzionale. Quest'ultima, proprio in ragione del suo ruolo, non può consentire al sacrificio dei principi supremi del proprio ordinamento costituzionale; la Corte di giustizia, da parte sua, non può accettare (almeno ufficialmente) la teoria dei controlimiti, la quale mette in giuoco i capisaldi del suo diritto: il primato, la diretta applicabilità, l'uniforme applicazione. Peraltro, nel diritto dell'Unione, un riconoscimento delle ragioni delle costituzioni nazionali può rinvenirsi nel rispetto dell'identità nazionale degli Stati membri prescritto dall'art. 4, par. 2, TUE, la quale comprende anche i principi supremi di carattere materiale, come dimostra la sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2010, causa C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*; in questa, infatti, la Corte ha dichiarato che rientrava in tale identità una legge austriaca di valore costituzionale che aboliva i titoli nobiliari. E tale disposizione è stata invocata anche dalla Corte costituzionale italiana, riguardo alla vicenda *Taricco*<sup>6</sup>, a tutela del principio di legalità dei reati e delle pene, nell'ordinanza di rimessione del 26 gennaio 2017 n. 24, mentre in proposito la Corte di giustizia, nella sentenza del 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B. (c.d. Taricco II)*, non ha ritenuto necessario pronunciarsi<sup>7</sup>.

Nell'impostazione della Corte costituzionale italiana il funzionamento dei controlimiti avviene in maniera analoga, ma rovesciata, rispetto alle limitazioni di sovranità contemplate dall'art. 11 Cost.: queste ultime comportano la disapplicazione delle norme nazionali in conflitto con il diritto dell'Unione; i controlimiti, reciprocamente, determinano la disapplicazione in Italia di norme, atti o sentenze dell'Unione incompatibili con i principi fondamentali o i diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla nostra Costituzione. Va sottolineato che, in questa operazione, la Corte nazionale prende atto della norma, dell'atto o della sentenza europea così come nati nell'ordinamento dell'Unione e, eventualmente, così come interpretati dalla Corte di giustizia e, in raffronto a essi, si pronuncia in maniera autoritativa sui valori irrinunciabili del proprio ordinamento, non sul diritto dell'Unione. Essa, cioè, non interferisce in alcun modo nella legittimità di un atto dell'Unione alla stregua dell'ordinamento di quest'ultima, né, tanto meno, nella validità di una sentenza della Corte di giustizia.

In maniera analoga la Corte costituzionale italiana opera nei confronti del diritto internazionale generale ai sensi dell'art. 10 Cost. Nella celebre sentenza del 22 ottobre 2014 n. 238, infatti, essa non ha affatto rimesso in discussione la sentenza relativa all'immunità dalla giurisdizione degli Stati stranieri pronunciata dalla Corte internazionale di giustizia il 3 febbraio 2012 e la sua interpretazione "particolarmente qualificata, che non consente un sindacato da parte di amministrazioni e/o giudici nazionali, ivi compresa questa Corte" (al massimo se ne è preoccupata); ma

<sup>6</sup> Su di essa vi è una bibliografia vastissima, per la quale rinviamo agli scritti citati in U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2020, VI ed., p. 524 ss.

<sup>7</sup> Al contrario, nelle conclusioni presentate il 18 luglio 2017, l'Avvocato generale Yves Bot aveva negato che la sentenza della Corte dell'8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco* e *altri*, violasse l'identità costituzionale dell'Italia (cfr. punti 169 ss.).

ha affermato che il diritto alla tutela giudiziaria di fronte a un crimine internazionale rappresentava un ostacolo insormontabile all'ingresso della norma internazionale, così come interpretata nella citata sentenza della Corte internazionale di giustizia, nell'ordinamento italiano.

Con specifico riguardo al diritto dell'Unione, nel ricordato caso *Taricco*, nel quale pure è stato sfiorato il conflitto tra le due Corti, quella costituzionale ha espressamente dichiarato: “Non spetta certamente a questa Corte attribuire all'art. 325 del TFUE un significato differente da quello che gli conferisce la Corte di giustizia; è invece suo dovere prendere atto di quel significato e decidere se esso fosse percepibile dalla persona che ha realizzato la condotta avente rilievo penale”<sup>8</sup>. Quindi, muovendo dalla premessa che i principi supremi degli ordinamenti degli Stati membri trovino un riconoscimento, al livello europeo, nel rispetto della loro identità nazionale prescritto dal ricordato art. 4, par. 2, TUE, essa ha così delineato la distribuzione dei compiti tra se stessa e la Corte di Lussemburgo: “Naturalmente, la Corte di giustizia non è sollevata dal compito di definire il campo di applicazione del diritto dell'Unione, né può essere ulteriormente gravata dall'onere di valutare nel dettaglio se esso sia compatibile con l'identità costituzionale di ciascuno Stato membro. È perciò ragionevole attendersi che, nei casi in cui tale valutazione sia di non immediata evidenza, il giudice europeo provveda a stabilire il significato della normativa dell'Unione, rimettendo alle autorità nazionali la verifica ultima circa l'osservanza dei principi supremi dell'ordinamento nazionale”. Com'è noto, nell'ordinanza in parola la Corte costituzionale ha demandato alla Corte di giustizia l'interpretazione della propria sentenza dell'8 settembre 2015, il che ha consentito di risolvere “amichevolutamente” il dissidio tra le due Corti<sup>9</sup>.

In conclusione, nella logica dei controlimiti, può dirsi che ciascuna “Corte suprema”, quella costituzionale nazionale e quella di giustizia, abbiano “l'ultima parola” sull'interpretazione del proprio ordinamento giuridico. Ciò può condurre bensì a pronunce confliggenti, ma non implica in alcun modo che il giudice nazionale possa arrogarsi il potere di interpretare con efficacia obbligatoria il diritto dell'Unione, né, di conseguenza, di sindacare la legittimità europea degli atti dell'Unione o delle sentenze della sua Corte.

**5. Rispetto all'impiego dei controlimiti nei termini sopra delineati, risultanti dalla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana – che ci sembra conforme a un corretto modello di equilibrio tra l'ordinamento nazionale e quello dell'Unione e alla ripartizione dei compiti tra le loro Corti supreme – la sentenza del 5 maggio 2020 della Corte costituzionale tedesca appare un'applicazione anomala della teoria dei controlimiti, risolvendosi in una competenza “esorbitante” della stessa Corte costituzionale.**

È vero, infatti, che, in prima battuta, essa riconosce (com'è ovvio) la competenza della Corte di giustizia nell'interpretare il diritto dell'Unione e giudicare della legittimità dei suoi atti. Ma nel prosieguo del suo ragionamento, in realtà, il *BVerfG* effettua un proprio sindacato sull'esercizio della competenza della Corte di

---

<sup>8</sup> Così l'ordinanza del 26 gennaio 2017 n. 24.

<sup>9</sup> Si vedano la citata sentenza della Corte di giustizia del 5 dicembre 2017, causa C-42/17, e quella della Corte costituzionale del 31 maggio 2018 n. 115.

giustizia, alla luce del diritto dell'Unione, pervenendo alla conclusione che la citata sentenza dell'11 dicembre 2018 è *ultra vires* rispetto all'art. 19, par. 1, TUE.

Operando in questa maniera la Corte costituzionale tedesca non si limita, quindi, a definire l'interpretazione delle disposizioni e dei principi del proprio *Grundgesetz*, come sarebbe pienamente corretto; essa, invece, compie per vari aspetti una "invasione di campo" nel diritto dell'Unione. Anzitutto, con la propria sentenza, in definitiva stabilisce l'interpretazione del citato art. 19, par. 1, TUE, allo scopo di affermare che la Corte di giustizia, nell'emanare la sua sentenza pregiudiziale, ha oltrepassato i limiti della propria competenza. Di conseguenza essa giudica anche tale sentenza definendola viziata (*ultra vires*) e, pertanto, priva di effetti (almeno nei confronti della Germania e dei suoi organi e giudici).

Di fatto, inoltre, il *BVerfG* si sovrappone alla Corte di giustizia nella valutazione della legittimità della decisione contestata della BCE, anche qui in base al diritto dell'Unione, in particolare l'art. 123, par. 1, TFUE, compiendo una puntigliosa ed elaborata indagine sul rispetto del principio di proporzionalità. Sembra emergere, nella visione del giudice tedesco, una sorta di proprio potere sostitutivo nei confronti della Corte di giustizia quando – a giudizio dello stesso *BVerfG* – questa non eserciti in maniera corretta e adeguata il proprio controllo giudiziario.

Tale "potere sostitutivo" appare anche più intenso di quello che i Trattati europei conferiscono alla Corte di giustizia. Anzitutto, è lecito dubitare che questa avrebbe il potere di intimare alla BCE di fornire una motivazione suppletiva della sua decisione. In secondo luogo, il sindacato, così dettagliato e capzioso, che la Corte costituzionale tedesca effettua riguardo alla proporzionalità della decisione, finisce per risolversi in un giudizio di merito, non più di mera legittimità, che sarebbe precluso alla Corte di giustizia; e tale giudizio comporta non solo un'invasione del diritto dell'Unione, ma un'irruzione nelle competenze normative e amministrative di un'istituzione indipendente quale la BCE e nel suo ambito di discrezionalità.

6. La sentenza in esame presenta aspetti problematici anche di forma, che rivelano, in realtà, profili di sostanza. Il giudice tedesco, nell'"arrogarsi" poteri interpretativi invasivi del diritto e delle competenze dell'Unione, assume spesso un tono saccente e, appunto, "arrogante"<sup>10</sup>, con il quale esamina, critica, giudica e, infine, bocchia il giudice europeo. Siamo ben lontani dal garbo con il quale la nostra Corte costituzionale, proprio nelle pronunce nelle quali ha rivendicato il necessario rispetto dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili della persona garantiti dalla Costituzione, si è rapportata con la Corte di giustizia. Anche nella sentenza del 21 aprile 1989 n. 232, *Fragd*, nella quale la Corte costituzionale, in sostanza, contestava la giurisprudenza della Corte di giustizia sulla efficacia temporale delle proprie sentenze pregiudiziali sulla validità degli atti comunitari, così come nella citata ordinanza di rimessione alla Corte di giustizia del 26 gennaio 2017 n. 24, relativa alla vicenda *Taricco*, le espressioni della Corte costituzionale sono sempre rispettose, dialoganti, volte non già a esacerbare, ma, se possibile, ad appianare il contrasto, come, in definitiva, è avvenuto rispetto alle questioni che si presentavano in entrambe le citate pronunce<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Così R. PERISSICH, *op. cit.*, p. 1.

<sup>11</sup> Si è già visto come il contrasto tra le due Corti nella vicenda *Taricco* si sia risolto a seguito di un dialogo "diretto", instaurato dalla Corte costituzionale con il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia

Eloquente di un ben differente approccio ai controlimiti, tra la Corte costituzionale italiana e quella tedesca, è il ricorso, nelle rispettive argomentazioni, ai principi costituzionali comuni, evocati dall'art. 6, par. 3, TUE e dall'art. 340, par. 2, TFUE. Essi sono richiamati dal giudice tedesco per sostenere, in definitiva, che la Corte di giustizia, astenendosi da una reale verifica sul rispetto del principio di proporzionalità, li ha violati e, dunque, per esasperare e condurre alle estreme conseguenze il proprio conflitto con la stessa Corte. Tutt'altro significato ha il riferimento, alquanto frequente, a tali principi nella giurisprudenza costituzionale italiana. Essi sono invocati dalla nostra Corte costituzionale (come, più in generale, le disposizioni dei Trattati europei) anche al fine di rafforzare le proprie posizioni, ma ricercando un fondamento non solo negli specifici principi supremi della Costituzione, ma pure nel diritto dell'Unione, nel quale i principi comuni sono vigenti<sup>12</sup>. Questo impiego dei suddetti principi mostra una propensione a smussare gli angoli di un possibile contrasto, a ritrovare le ragioni della condivisione, piuttosto che del dissenso, con la Corte di giustizia, con un dialogo aperto e leale e in uno spirito costruttivo<sup>13</sup>.

---

effettuato con l'ordinanza del 26 gennaio 2017 n. 24. Anche rispetto alla sentenza della Corte costituzionale del 21 aprile 1989 n. 232 si instaurò con la Corte di giustizia un dialogo, sia pure "a distanza" e non esplicito, come dimostra il fatto che la Corte di Lussemburgo accettò l'impostazione della Corte costituzionale e affermò che l'attore nella causa principale, così come le altre persone che abbiano presentato un analogo ricorso, possono legittimamente invocare la declaratoria di invalidità dell'atto in questione (sentenza del 26 aprile 1994, causa C-228/92, *Roquette Frères*). Persino nella sentenza del 22 ottobre 2014 n. 238, la quale, con riferimento alla norma di diritto internazionale generale sulla immunità dalla giurisdizione degli Stati stranieri, ha effettivamente applicato i controlimiti, la Corte costituzionale non si è arroccata in un atteggiamento di chiusura verso l'ordinamento internazionale, ma si è augurata che la propria pronuncia possa incidere su di esso, "con l'effetto di produrre un ulteriore ridimensionamento della portata della predetta norma, limitato al diritto interno ma tale da concorrere, altresì, ad un'auspicabile e da più parti auspicata evoluzione dello stesso diritto internazionale".

<sup>12</sup> Così, nell'ordinanza del 26 gennaio 2017 n. 24 relativa alla vicenda *Taricco*, la Corte costituzionale ha sottolineato che "la legittimazione (art. 11 della Costituzione italiana) e la forza stessa dell'unità in seno ad un ordinamento caratterizzato dal pluralismo (art. 2 del TUE) nascono dalla sua capacità di includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro (art. 4, paragrafo 2, del TUE) (...). Queste considerazioni sono sempre state alla base dell'azione, sia di questa Corte, quando ha rinvenuto nell'art. 11 Cost. la chiave di volta dell'ordinamento europeo, sia della Corte di giustizia, quando, precorrendo l'art. 6, paragrafo 3, del TUE, ha incorporato nel diritto dell'Unione le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri". Significativa è anche l'affermazione (per quanto discutibile) che la Corte costituzionale deve giudicare delle violazioni dei diritti della persona alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (ex articoli 11 e 117 Cost.), "anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti [fondamentali dell'Unione europea] siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e dall'art. 52, comma 4, della CDFUE come fonti rilevanti in tale ambito" (sentenza del 14 dicembre 2017 n. 269 e, in senso analogo, sentenza del 21 febbraio 2019 n. 20).

<sup>13</sup> Tale spirito è espresso in maniera eloquente nella recente ordinanza della Corte costituzionale del 30 luglio 2020 n. 182 di rinvio alla Corte di giustizia. In essa la Corte costituzionale "ravvisa, infatti, una connessione tra i principi e i diritti costituzionali (...) e quelli riconosciuti dalla Carta, arricchiti dal diritto secondario, tra loro complementari e armonici. Spetta dunque a questa Corte salvaguardarli in una prospettiva di massima espansione"; aggiungendo che "in un campo segnato dall'incidenza crescente del diritto dell'Unione, non si può non privilegiare il dialogo con la Corte di giustizia, in quanto depositaria del 'rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati' (art. 19, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea). Il divieto di discriminazioni arbitrarie e la tutela della maternità e dell'infanzia, salvaguardati dalla Costituzione italiana (art. 3, primo comma, e 31 Cost.), devono, difatti, essere interpretati anche alla luce delle indicazioni vincolanti offerte dal diritto dell'Unione europea (ex artt. 11 e 117, primo

7. La Corte costituzionale tedesca, in definitiva, dà prova di un uso anomalo e arbitrario dei controlimiti, che non trova alcuna giustificazione neppure alla luce di un rapporto “dualista” – se correttamente inteso – tra il diritto nazionale e quello dell’Unione europea. La sua sentenza, infatti, invade l’ordinamento dell’Unione, ne stravolge i capisaldi, a cominciare dall’essenziale ruolo della Corte di giustizia, alla quale la stessa Corte costituzionale finisce per sostituirsi quale giudice ultimo di tale diritto; e quest’ultimo sembra quasi degradare a un diritto pubblico esterno, riecheggiando la lontana concezione di Georg Jellinek<sup>14</sup>.

Preoccupa particolarmente, nella sentenza in esame, l’attacco al prestigio e alla autorità della Corte di giustizia, proprio nel momento in cui questa, grazie anche a una “alleanza” con i giudizi nazionali, svolge un’azione decisa a tutela dello Stato di diritto, rivendicando l’indipendenza dei giudici sulla base dell’art. 19, par. 1, co. 2, TUE, secondo il quale gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell’Unione<sup>15</sup>. Resterebbe ben poco della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia se, in nome di un malinteso concetto di identità nazionale, per un effetto domino, anche le sue sentenze relative alla Polonia fossero considerate *ultra vires* e prive di valore in tale Stato perché contrarie a presunti principi democratici, i quali si esprimono, nel quadro di una “democrazia illiberale”, con riforme giudiziarie limitative della indipendenza dei giudici.

## Abstract

### Brief Notes on the Anomalous Use of Counter-limits in the Judgment of 5 May 2020 of the *Bundesverfassungsgericht*

In its judgment of 5 May 2020, the German Federal Constitutional Court (*BVerfG*) declared that the decision of the European Central Bank concerning the Public Sector Purchase Programme lacked a sufficient assessment on the proportionality of the measures therein envisaged. Moreover, the *BVerfG* found that the judgment of the Court of Justice of 11 December 2018, according to which the decision of the ECB did not infringe the principle of proportionality, was to be considered as *ultra vires*; thus the German Federal Constitutional Court considered itself not bound by such a judgment. The decision of the German judge represents an application of the doctrine of counter-limits which does not seem correct, especially in comparison with the jurisprudence of the Italian Constitutional Court concerning that doctrine.

comma, Cost.). Sulla portata e sulla latitudine di tali garanzie, che si riverberano sul costante evolvere dei precetti costituzionali, in un rapporto di mutua implicazione e di feconda integrazione, si concentrano le questioni pregiudiziali che in questa sede si ritiene di sottoporre al vaglio della Corte di giustizia”.

<sup>14</sup> Per un cenno al rischio di tornare alla concezione Jellinekiana vedi già G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *op. cit.*, p. 10.

<sup>15</sup> In proposito, anche per ulteriori riferimenti, cfr., di recente, M. CARTA, *Unione europea e tutela dello Stato di diritto negli Stati membri*, Bari, 2020, p. 157 ss.; G. CAGGIANO, *La Corte di giustizia sulla tutela dell’indipendenza della magistratura nei confronti di sanzioni disciplinari lesive dello Stato di diritto*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2020, p. 249 ss.; U. VILLANI, *Sul controllo dello Stato di diritto nell’Unione europea*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2020, p. 10 ss.

Andrea Cannone\*

# L'automatismo della confisca per lottizzazione abusiva alla prova della Corte costituzionale

SOMMARIO: 1. L'ordinanza della Corte d'appello di Bari. – 2. Aspetti rilevanti della giurisprudenza della Corte di cassazione e della Corte costituzionale. – 3. Alcune soluzioni ipotizzabili del giudizio di costituzionalità.

1. La Corte d'appello di Bari ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, co. 2, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, per contrasto con l'art. 117, co. 1, Cost. “nella parte in cui, qualora la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite risulti sproporzionata alla luce delle indicazioni della giurisprudenza della CEDU espressa dalla Grande Camera nella sentenza del 28 giugno 2018, *G.I.E.M. s.r.l. e a. c. Italia*, non consente l'applicazione in via principale di una sanzione meno grave, come quella dell'obbligo di procedere all'adeguamento parziale delle opere eseguite per renderle integralmente conformi alle legittime prescrizioni della pianificazione urbanistica generale, nei confronti dei soggetti rimproverabili per aver tenuto solo una lieve condotta colposa con riguardo alla lottizzazione abusiva”<sup>1</sup>.

Il giudice *a quo* trae spunto dai rilievi contenuti nella predetta sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nella parte della decisione relativa alla violazione del diritto al godimento pacifico dei propri beni di cui all'art. 1 Prot. add., raggiunta all'unanimità (punto 6 del dispositivo)<sup>2</sup>.

\* Ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro.

<sup>1</sup> Il testo dell'ordinanza della Corte d'appello di Bari del 18 maggio 2020 è reperibile quale allegato al commento di S. FINOCCHIARO, *Principio di proporzionalità e confisca urbanistica: alla Consulta una nuova questione di costituzionalità dell'art. 44 t.u. edilizia*, in *Sistema penale*, 22 giugno 2020, reperibile *online*.

<sup>2</sup> Sulla sentenza della Corte europea vedi, tra gli altri, C. RENGHINI, *La sentenza G.I.E.M e il confronto tra la Corte europea dei diritti umani e le corti nazionali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 702 ss.; A. CANNONE, *La sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'affare GIEM s.r.l. e altri c. Italia del 28 giugno 2018: brevi osservazioni*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, p. 155 ss.; I. MOTOC, M. VOLIKAS, *The Dialogue between the ECHR and the Italian Constitutional Court: The Saga of 'Giem and Others v Italy'*, 2019, papers.ssrn.com e di imminente pubblicazione in L.A. SICILIANOS, I. MOTOC, R. SPANO, R. CHENAL (eds.), *Intersecting Views on National and International Human Rights Protection - Essays in Honour of Guido Raimondi*;

La Corte europea, in ordine alla valutazione della proporzionalità della confisca in presenza di una lottizzazione abusiva, indica alcuni elementi suscettibili di essere presi in considerazione quali, per esempio, la demolizione delle opere non conformi o l'annullamento del piano di lottizzazione, il carattere illimitato della sanzione, stante la possibile inclusione di zone edificate e di zone non edificate e persino appartenenti a terzi, il grado di colpa o di imprudenza dei ricorrenti o quanto meno il rapporto tra la loro condotta e l'infrazione contestata (par. 301) e conclude affermando che l'applicazione automatica della confisca in caso di lottizzazione abusiva, come prevista nella legislazione italiana (tranne che rispetto ai terzi di buona fede), non ha carattere di proporzionalità in quanto non consente ai giudici una scelta circa gli strumenti più appropriati rispetto alla singola fattispecie o, più in generale, il bilanciamento tra lo scopo legittimo perseguito e i diritti dei destinatari della sanzione della confisca (paragrafi 303-304).

La fattispecie di cui era stata investita la Corte d'appello riguardava la costruzione di villette a schiera ad uso esclusivo o prevalente di tipo abitativo in una zona qualificata come artigianale nel piano regolatore generale, negli atti di pianificazione esecutiva e persino negli atti preliminari o di compravendita; il giudice territoriale sgombra immediatamente il campo dalle eccezioni dei difensori degli acquirenti ravvisando in capo a questi ultimi la presenza dell'elemento psicologico soggettivo nel reato di lottizzazione abusiva. I difensori, invero, invocavano l'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale da parte degli imputati trattandosi di "soggetti dotati di una scarsa scolarizzazione e privi di qualsiasi competenza in materia di urbanistica ed edilizia, i quali si sono affidati a persone dotate di esperienza e professionalità, quali organi comunali, tecnici progettisti, ingegneri e notai". A tale eccezione è replicato, tra l'altro, che i predetti limiti personali non erano tali da far venir meno un onere di diligenza e prudenza circa la loro partecipazione ad un progetto la cui liceità era da escludere, trattandosi di "una plateale trasformazione dell'originaria destinazione d'uso artigianale imposta a quella zona dal principale piano urbanistico".

Insomma si era in presenza di "una grande operazione speculativa, e con l'assenso del dirigente dell'Ufficio tecnico del Comune di Giovinazzo e la copertura amministrativa del Consiglio comunale, si realizzavano villette a schiera, con costi più bassi che in una zona residenziale per le imprese di costruzioni, quindi con guadagni più elevati" rispetto alla quale gli imputati interessati a partecipare alla lottizzazione per edificare a costi più vantaggiosi o acquistare una villetta a schiera a esclusivi o prevalenti scopi abitativi "nonostante la vocazione artigianale della zona comunale" avevano manifestato in ogni caso una mancanza di diligenza, a differenza di alcune persone che, pur nella medesima condizione, avevano tenuto un comportamento diverso "sottraendosi all'acquisto per l'evidente contrasto tra il dichiarato e il realizzato" con la prospettata inevitabile applicazione nei loro confronti della confisca *ex art. 44, co. 2, d.P.R. n. 380/2001*.

L'applicazione della confisca era dovuta poi, secondo la Corte d'appello, nonostante l'intervenuta prescrizione dopo la sentenza di primo grado, in quanto essa riteneva, sul punto, di procedere a una interpretazione convenzionalmente conforme

---

L. NULLO, *Confisca urbanistica senza condanna e prescrizione: la Grande Camera si pronuncia sul caso GIEM e altri c. Italia*, 10 aprile 2019, [diritti-cedu.unipg.it](http://diritti-cedu.unipg.it), anche per ulteriori scritti di commento riportati alla nota 1.

rispetto alla statuizione contenuta nella sentenza *G.I.E.M.* – e ancor prima nella sentenza della Corte costituzionale, 26 marzo 2015, n. 49 – alla stregua della quale non vi è violazione dell'art. 7 CEDU in caso di confisca disposta in presenza di intervenuta prescrizione, laddove sussistano tutti gli elementi del reato di lottizzazione abusiva<sup>3</sup>.

Il punto critico, secondo la Corte d'appello, riguarda invece l'asserita incompatibilità dell'applicazione incondizionata della sanzione della confisca prevista dalla legislazione italiana con la statuizione contenuta nella sentenza *G.I.E.M.* secondo cui una valutazione della proporzionalità implica una “prospettata possibilità di applicare misure meno restrittive e di ponderare il ‘grado di colpa o di imprudenza’ (non l'assenza di colpa o prudenza) ed il rapporto tra la condotta ed il reato”<sup>4</sup>.

Ad avviso della corte remittente una serie di elementi inducono a ritenere che nella fattispecie sottoposta ad essa i proprietari, pur essendo quanto meno in colpa, a differenza delle “figure pubbliche e professionisti privati, tutti dolosamente impegnati a raggiungere il risultato vietato”, non meritino la sanzione della confisca in quanto “anello debole e finale del meccanismo”; essi “per una negligenza non scusabile sul piano giuridico ma comunque limitata, subirebbero un danno enorme dalla perdita della proprietà acquistata con grandi sacrifici familiari e vedrebbero destinata la proprietà lottizzata, per giunta, proprio al Comune, i cui principali espo-

---

<sup>3</sup> Vedi il par. 6.2 della sentenza della Corte costituzionale: “La questione da risolvere, secondo i criteri appena enunciati dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme, consiste allora nel decidere se il giudice europeo, quando ragiona espressamente in termini di ‘condanna’, abbia a mente la forma del pronunciamento del giudice, ovvero la sostanza che necessariamente si accompagna a tale pronuncia, laddove essa infligga una sanzione criminale ai sensi dell'art. 7 della CEDU, vale a dire l'accertamento della responsabilità (...). Come si è già ricordato, nell'ordinamento giuridico italiano la sentenza che accerta la prescrizione di un reato non denuncia alcuna incompatibilità logica o giuridica con un pieno accertamento di responsabilità. Quest'ultimo, anzi, è doveroso qualora si tratti di disporre una confisca urbanistica. Decidere se l'accertamento vi sia stato, oppure no, è questione di fatto, dalla cui risoluzione dipende la conformità della confisca rispetto alla CEDU (oltre che al diritto nazionale). Ed è appunto questo compito, che istituzionalmente le spetta in ultima istanza, che la Corte di Strasburgo ha assolto nel caso di specie, concludendo per la violazione del diritto, dato che era mancato un congruo accertamento di responsabilità (...). Si tratta quindi non della forma della pronuncia, ma della sostanza dell'accertamento”. Vedi pure i paragrafi 258-262 della predetta sentenza *G.I.E.M.*, in cui si statuisce che la dichiarazione di responsabilità penale che giustifichi la sanzione della confisca in una lottizzazione abusiva può essere ravvisata anche nella sostanza nonostante la prescrizione del reato, purché vi sia stato il rispetto dell'art. 6 CEDU: il relativo par. 5 del dispositivo è stato deciso a maggioranza di dieci contro sette, i quali ultimi sul punto hanno annesso alla sentenza una opinione parzialmente dissidente (giudici Sajó, Karakaş, Pinto de Albuquerque, Keller, Vehabović, Kūris e Grozev).

<sup>4</sup> Vedi i relativi passaggi contenuti nella sentenza *G.I.E.M.* ai paragrafi 301 e 303: “The following factors may be taken into account in order to assess whether the confiscation was proportionate: the possibility of less restrictive alternative measures such as the demolition of structures that were incompatible with the relevant regulations or the annulment of the development plan; the unlimited nature of the sanction, as it affected both developed and undeveloped land, and even areas belonging to third parties; and the degree of culpability or negligence on the part of the applicants or, at the very least, the relationship between their conduct and the offence in question”; “The automatic application of confiscation in cases of unlawful site development, as provided for – save in respect of *bona fide* third parties – by Italian legislation is clearly ill-suited to these principles since it does not allow the courts to ascertain which instruments are the most appropriate in relation to the specific circumstances of the case or, more generally, to weigh up the legitimate aim against the rights of those affected by the sanction (...)”.

nenti sono stati i protagonisti negativi della creazione della situazione fondatamente riscontrata dagli inquirenti”<sup>5</sup>.

A conferma del carattere sproporzionato si adduce anche la circostanza per cui il parametro fissato dal Piano regolatore generale rispetto all’area qualificata come artigianale consente una destinazione d’uso residenziale “solo nella misura massima del 25%, ed in stretta connessione operativa con l’attività artigianale” da cui consegue che “la lottizzazione abusiva concerne astrattamente solo la quota immobiliare restante non destinata ad uso artigianale” per cui in tale situazione l’esecuzione della confisca, secondo l’ordinanza, sarebbe sicuramente problematica.

Da quanto precede il giudice *a quo* perviene alla conclusione che un corretto equilibrio tra la ingerenza nel diritto del singolo e la tutela dell’interesse generale richiede che gli imputati e i terzi che debbano rispondere solo per colpa dovrebbero poter adeguare la destinazione d’uso con apposite opere, sì da realizzare la conformità al piano regolatore generale.

Il giudice territoriale ritiene di non poter pervenire in via interpretativa a tale soluzione stante la inequivoca formulazione letterale dell’art. 44 d.P.R. n. 380/2001 che prevede unicamente in via obbligatoria la confisca; in particolare, non è possibile interpretare l’art. 44 d.P.R. n. 380/2001 in maniera convenzionalmente orientata rispetto alla specifica statuizione contenuta nella sentenza *G.I.E.M.* della Grande Camera del 2018 secondo cui, come si è visto all’inizio, tra gli elementi utili a valutare la proporzionalità della confisca in presenza di una lottizzazione abusiva occorre considerare “il grado di colpa o di imprudenza dei ricorrenti o quanto meno il rapporto tra la loro condotta e l’infrazione contestata” (par. 301).

Pertanto, la Corte d’appello di Bari ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell’art. 44 d.P.R. n. 380/2001 nella parte in cui non consente per i casi di lieve condotta colposa nella lottizzazione abusiva una sanzione meno grave della confisca consistente nell’obbligo di adeguare le opere eseguite per renderle integralmente conformi alle prescrizioni urbanistiche generali.

2. Sinora la giurisprudenza della Corte di cassazione e della Corte costituzionale in tema di confisca per lottizzazione abusiva nei confronti degli acquirenti ha preso in considerazione, in ordine al profilo psicologico, esclusivamente la situazione della buona fede o della malafede sancendo la legittimità della confisca solo in quest’ultimo caso. In tal senso vedi l’*obiter dictum* contenuto nella sentenza della

<sup>5</sup> Nell’ordinanza si evidenzia che “i proprietari che hanno partecipato alla lottizzazione o hanno acquistato dai lottizzanti sono certamente quantomeno in colpa, dato che, facendo leva su una dovuta minima diligenza, si sarebbero dovuti astenere dal partecipare alla lottizzazione o dall’addivenire all’acquisto immobiliare alla luce dell’impresa destinazione prevalentemente artigianale della zona (...) anche se la colpa di quei soggetti appare contenuta e circoscritta e concorre infatti con profili marcatamente dolosi di altri, visto che l’attività di lottizzazione svolta è deliberatamente nata dall’iniziativa e dal sostegno di numerosi operatori del settore edilizio, tecnici, diversi professionisti e plurimi soggetti incardinati anche nell’operatività dell’ente comunale chiamato al controllo, tutti con specifiche competenze e ampie conoscenze della materia urbanistica”. E di seguito “l’amministrazione, nonostante le nettamente diverse linee programmatiche tracciate dal piano regolatore, ha contribuito grandemente a creare quel risultato lottizzatorio, omettendo di dar corso alla procedura imposta per i comparti in relazione al piano di lottizzazione approvato nel 2000, approvando la variante illegittima nel 2006 e la possibilità di vendita frazionata della proprietà nel 2008, nonché rilasciando permessi di costruire palesemente illegittimi in quanto in contrasto con quello strumento urbanistico primario ed in diversi casi addirittura diretti ad anticipare modifiche di piano solo in seguito introdotte dal consiglio comunale” (p. 34).

Corte costituzionale del 14 gennaio 2015 n. 49 e la sentenza della Corte di cassazione, III sez. pen., del 26 febbraio 2019 n. 8350<sup>6</sup>.

La peculiare posizione degli acquirenti emerge anche nella recente sentenza della Corte di cassazione resa a Sezioni unite (30 aprile 2020 n. 13539) in quanto, sebbene tra i motivi di ricorso dell'imputato riguardante proprio la confisca fosse stata indicata la mancata considerazione della buona fede dei soggetti terzi proprietari, la Corte in proposito ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso per manifesta mancanza di interesse riguardando soggetti diversi (par. 2.4) e ha ribadito che la questione della buona fede dei soggetti terzi proprietari dell'area e dei beni lottizzati era "del tutto estranea alla propria posizione" (cioè, del ricorrente), (par. 9)<sup>7</sup>.

La decisione contiene il principio di diritto relativo alla necessaria anteriorità dell'accertamento della responsabilità rispetto alla maturazione della prescrizione e al potere del giudice dell'impugnazione (Corte d'appello e Corte di cassazione) di disporre in ordine alla confisca in caso di estinzione del reato di lottizzazione abusiva per prescrizione; in tal modo la Corte di cassazione, nel caso di specie, ha annullato senza rinvio dichiarando la intervenuta prescrizione e ha confermato al contempo la confisca disposta nei due precedenti gradi del giudizio. In tale parte della decisione la Suprema Corte ha ritenuto di poter procedere anche alla valutazione relativa alla proporzionalità e ha concluso circa il rispetto del principio in quanto l'oggetto della confisca non aveva ecceduto rispetto ad "aree ed immobili estranei alla condotta lottizzatoria" (par. 9); tuttavia, non senza una qualche contraddizione, ha ammesso la possibilità di invocare il mancato rispetto del principio di proporzionalità in sede esecutiva statuendo che il giudice dell'esecuzione, mediante incidente di esecuzione, possa disporre, ove richiesta, la revoca della confisca rispetto ad aree o immobili considerati "estranei alla condotta illecita" (par. 10).

È di particolare interesse il riferimento che la Corte di cassazione fa nel medesimo paragrafo in ordine alla possibile pronuncia di misure meno afflittive rispetto alla confisca, possibilità prospettata dalla sentenza *G.I.E.M.*, pur affrettandosi

---

<sup>6</sup> Nella predetta decisione della Corte di cassazione in ordine alla posizione degli acquirenti il giudice di legittimità ha annullato con rinvio al fine di un accertamento sul merito della definizione della loro buona fede o malafede (par. 14, in specie par. 14.2); in tale vicenda processuale i terzi acquirenti si erano costituiti parte civile nel procedimento penale che aveva statuito la confisca per lottizzazione abusiva. Nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale – scaturito sempre nella medesima vicenda a seguito della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia* – e culminato nella sentenza n. 49 del 2015, la Corte costituzionale aveva affermato: "Sia che la misura colpisca l'imputato, sia che essa raggiunga il terzo acquirente di mala fede estraneo al reato, si rende perciò necessario che il giudice penale accerti la responsabilità delle persone che la subiscono, attenendosi ad adeguati standard probatori e rifuggendo da clausole di stile che non siano capaci di dare conto dell'effettivo apprezzamento compiuto. Ora, tali considerazioni chiariscono che il terzo acquirente di buona fede, che ha a buon titolo confidato nella conformità del bene alla normativa urbanistica, non può in nessun caso subire la confisca. Va poi da sé che l'onere di dimostrare la mala fede del terzo grava, nel processo penale, sulla pubblica accusa, posto che una 'pena', ai sensi dell'art. 7 della CEDU, può essere inflitta solo vincendo la presunzione di non colpevolezza formulata dall'art. 6, comma 2, della CEDU (*ex plurimis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 1° marzo 2007, *Geerings c. Paesi Bassi*)".

<sup>7</sup> Sulla sentenza vedi il commento di A. BASSI, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato: le sezioni unite aggiungono un nuovo tassello alla disciplina processuale della materia*, in *Sistema penale*, 2020, n. 5, p. 285 ss., reperibile *online*.

ad affermare che al riguardo “va valutata la compatibilità con l’attuale assetto normativo”<sup>8</sup>.

Il che ci riconduce alla questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d’appello di Bari.

Una ulteriore sentenza della Corte di cassazione sempre del 2020 merita di essere segnalata in quanto, in una fattispecie di confisca disposta in un procedimento penale di lottizzazione abusiva dichiarata estinta per prescrizione, prendendo espressamente in considerazione la parte della sentenza *G.I.E.M.* della Corte europea dei diritti dell’uomo in tema di proporzionalità (in particolare del parametro relativo alla “demolizione di opere non conformi alle disposizioni pertinenti o l’annullamento del piano di lottizzazione”), afferma che va esclusa la confisca in quanto misura sproporzionata laddove vi sia stato, in presenza di alcuni requisiti, il ripristino dello *status quo ante*: tale ripristino deve essere reale, totale (non essendo tale quello reso impossibile da trasformazioni aventi carattere permanente), deve intervenire prima del passaggio in giudicato della sentenza e deve essere oggetto di un rigoroso ed effettivo accertamento da parte del giudice. È stato pertanto pronunciato dalla Suprema Corte l’annullamento con rinvio limitatamente alla confisca precedentemente disposta per un nuovo giudizio di verifica sul punto<sup>9</sup>.

Ambedue le decisioni della Corte di cassazione che sono state riportate vanno dunque nella direzione dell’ammissibilità di un giudizio di proporzionalità della confisca in base ai parametri desumibili dalla sentenza *G.I.E.M.* della Corte europea dei diritti dell’uomo.

La prima esclude la proporzionalità in presenza di una confisca che includa “aree ed immobili estranei alla condotta lottizzatoria” (come del resto statuito già nella sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo del 20 gennaio 2009, *Sud Fondi S.r.l. e a. c. Italia*, e ribadito nella sentenza *G.I.E.M.*); la seconda decisione esclude anch’essa il carattere proporzionato di una confisca disposta in un procedimento con prescrizione del reato a fronte di un ripristino integrale della situazione

<sup>8</sup> Cassazione, SS.UU., 30 aprile 2020 n. 13539, che al par. 10 di cui al testo reca: “(...) l’ampio impiego, da parte dei giudici di merito, della formula di legge relativa alla confisca urbanistica a consentire all’interessato di proporre ogni doglianza sul punto in sede esecutiva (*anche, ove ne ricorrano i presupposti, nella prospettiva segnalata dalla sentenza GIEM s.r.l. contro Italia, e di cui va valutata la compatibilità con l’attuale assetto normativo, del mancato utilizzo di misure diverse, e di invasività inferiore, rispetto a quella della confisca*) e di chiedere, conseguentemente, anche la revoca della confisca limitatamente alle aree e agli immobili che dovessero essere ritenuti estranei alla condotta illecita, secondo una modalità di impiego dello strumento dell’incidente di esecuzione nel quale il giudice gode di ampi poteri istruttori ai sensi dell’art. 666, 5° comma, cod. proc. pen., del tutto consueta anche nell’applicazione giurisprudenziale (...)” (corsivo nostro).

<sup>9</sup> Cassazione, III sez. pen., 12 aprile 2020 n. 12640, in cui il principio di diritto risulta così formulato: “[I]n tema di lottizzazione abusiva, la effettiva ed integrale eliminazione di tutte le opere eseguite in attuazione dell’intento lottizzatorio, nonché dei pregressi frazionamenti, con conseguente ricomposizione fondiaria e catastale nello stato preesistente ed in assenza di definitive trasformazioni, se dimostrata in giudizio ed accertata in fatto dal giudice del merito con congrua motivazione, rende superflua la confisca perché misura sproporzionata secondo i parametri di valutazione indicati dalla giurisprudenza della Corte EDU”. Dinanzi al giudice del rinvio, secondo la Suprema Corte, dovrà essere valutato quello che è definito il “dato fattuale” relativo alla validità degli atti di “mutuo consenso” compiuti dal ricorrente al fine di realizzare il ripristino della situazione pre-lottizzatoria, ricorrente in ipotesi non più proprietario per effetto della ordinanza comunale con cui era stata ordinata la sospensione dei lavori e il divieto di atti di disposizione *inter vivos* dei suoli e delle opere; ordinanza quest’ultima oggetto di richiesta di revoca con procedimento pendente dinanzi al Consiglio di Stato.

giuridica e fattuale anteriore all'attività lottizzatoria<sup>10</sup>, affermando decisamente che “una lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata della vigente disciplina” in materia di confisca per lottizzazione abusiva implica che il ripristino della situazione precedente “rappresenti[no] una valida alternativa alla confisca” e “risponda[no] ai criteri di proporzionalità indicati dalla Corte EDU”<sup>11</sup>.

Per una più completa comprensione del contesto in cui si pone la questione di legittimità costituzionale sollevata dai giudici pugliesi ci si può riferire anche alla recente giurisprudenza della Corte costituzionale che, sia pure in un particolare settore, ha dichiarato la incostituzionalità di alcune ipotesi di applicazione automatica di sanzioni penali.

Si tratta di decisioni che hanno caducato l'applicazione automatica della sanzione accessoria della decadenza o della sospensione della responsabilità genitoriale in caso di condanna per alcuni reati coinvolgenti le persone di minore età (nell'ordine delle relative decisioni della Corte costituzionale: alterazione di stato, soppressione di stato e sottrazione o trattenimento di minore all'estero). Sebbene i parametri costituzionali di riferimento utilizzati siano stati di volta in volta diversi, il giudice delle leggi ha ritenuto l'automatismo dell'applicazione della sanzione in conflitto con il rispetto del principio dell'interesse del minore nel caso concreto e ha attribuito al giudice comune il potere di operare egli stesso un bilanciamento tra lo *jus puniendi* dello Stato e l'obbligo derivante dal diritto internazionale pattizio della tutela dell'interesse del minore<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Sia pure con i *caveat* contenuti in tale decisione e riportati sopra nel testo. La decisione prospetta, come riportato nella nota precedente, un profilo problematico riguardante l'ammissibilità di atti di “mutuo consenso” di retrocessione della proprietà del bene tra il lottizzatore e gli acquirenti in quanto gli atti di alienazione intervenuti sarebbero stati in carenza di titolarità stante la disposta confisca in primo grado. Ma sul punto è sufficiente rilevare che la sentenza che disponeva la confisca non era divenuta definitiva...

<sup>11</sup> Più precisamente nella sentenza n. 12640/2020 della Corte di cassazione al par. 7 si statuisce che una lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata della disciplina vigente consente una risposta affermativa al quesito se “la integrale demolizione di tutte le opere eseguite in attuazione di un'attività di illecita lottizzazione, unitamente alla eliminazione dei pregressi frazionamenti e delle loro conseguenze, rispondano ai criteri di proporzionalità indicati dalla Corte EDU e rappresentino una valida alternativa alla confisca”.

<sup>12</sup> Vedi le sentenze 23 febbraio 2012, n. 31; 23 gennaio 2013, n. 7; e 29 maggio 2020, n. 102. Nella prima decisione il parametro di costituzionalità era costituito dal principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.) in quanto veniva preclusa al giudice ogni possibilità di bilanciamento nel caso concreto tra la necessità dell'applicazione della sanzione accessoria e l'interesse stesso. La seconda decisione utilizza quale *ratio decidendi* sia l'art. 3 Cost. nel medesimo ordine di idee della precedente decisione e sia l'art. 117, co. 1, Cost., utilizzando come parametro interposto l'art. 3, co. 1, della Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo (nonché l'art. 6 della Convenzione europea del 1996 sull'esercizio dei diritti del fanciullo); disposizioni pattizie che nella precedente decisione erano semplicemente richiamate a testimonianza del riconoscimento e della tutela dell'interesse del minore nell'ordinamento internazionale. L'ultima decisione che si segnala per ampiezza della motivazione sebbene utilizzi quale parametro costituzionale gli articoli 2, 30 e 31 Cost. si premura di richiamare le predette disposizioni pattizie (aggiungendo la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) quali strumenti interpretativi degli articoli della Costituzione utilizzati, atteso che il giudice *a quo* (la Corte di cassazione) aveva indicato quale parametro di costituzionalità in relazione alla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989 l'art. 10, co. 1, Cost. (e non l'art. 117, co. 1, Cost.) si da far ribadire alla Corte costituzionale la pacifica e inveterata regola che esclude dall'ambito di applicazione dell'art. 10, co. 1, Cost., il diritto internazionale pattizio.

3. Alla luce di quanto precede, tra le soluzioni ipotizzabili è ragionevole prospettare innanzitutto la possibilità che la Corte costituzionale dichiari l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, valorizzando la indicata giurisprudenza della Corte di cassazione in tema di proporzionalità della confisca, così rimettendo al giudice il potere di valutarne in linea di fatto il carattere sproporzionato o meno in presenza di un adeguamento sostanziale alla originaria destinazione d'uso artigianale, mediante apposite opere, a quelle che il giudice *a quo* definisce "prescrizioni allo stato ineludibili del piano regolatore generale". Del resto, già in passato la Corte costituzionale, proprio in tema di confisca per lottizzazione abusiva disposta in presenza di prescrizione del reato, aveva dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, sollevata anche in quel caso dalla Corte d'appello di Bari, prospettando una già intervenuta interpretazione convenzionalmente conforme da parte della Corte di cassazione<sup>13</sup>.

Tale precedente non sembra tuttavia perfettamente riconducibile in quanto in questo caso (confisca per lottizzazione abusiva disposta in presenza di colpa lieve degli acquirenti) non risulta intervenuta alcuna interpretazione convenzionalmente conforme ad opera della Corte di cassazione.

Nella direzione di una interpretazione convenzionalmente conforme pare orientata la riferita sentenza della Corte di cassazione che ha annullato con rinvio al fine di valutare la proporzionalità della confisca in presenza di un ripristino dello *status quo ante*.

Merita di essere segnalata tuttavia la differenza tra le due fattispecie poiché mentre nel caso esaminato dalla Corte di cassazione il giudizio di proporzionalità della confisca riguarda l'eventuale ripristino della situazione giuridica e di fatto antecedente rispetto all'attività lottizzatoria, nel caso sottoposto alla Corte d'appello di Bari il giudizio di proporzionalità riguarda l'adeguamento successivo delle opere realizzate alle prescrizioni urbanistiche da parte di soggetti rimproverabili a titolo di colpa lieve nella lottizzazione abusiva.

Una seconda soluzione, anche essa ragionevolmente prospettabile, potrebbe essere, sulla scia dell'orientamento sfavorevole della Corte costituzionale all'applicazione automatica di sanzioni accessorie, quella della dichiarazione di incostituzionalità dell'applicazione automatica della confisca – vera e propria pena nell'ottica della CEDU – avente carattere sostanzialmente accessorio, così come richiesto dalla Corte d'appello di Bari.

Tuttavia mentre nei casi riportati della Corte costituzionale l'applicazione automatica della sanzione accessoria incide anche su una persona diversa dal colpevole (il minore), nel caso della confisca per lottizzazione abusiva disposta a seguito di prescrizione del reato, la sanzione investe soggetti che hanno comunque fornito un apporto causale alla realizzazione della lottizzazione abusiva, ancorché diverso, se

<sup>13</sup> Vedi la sentenza 24 luglio 2009 n. 239, in cui la Corte costituzionale dinanzi alla questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'appello di Bari a seguito della decisione di ricevibilità adottata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nell'affare *Sud Fondi* nel dichiarare l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale statui che "spetta (...) agli organi giurisdizionali comuni l'eventuale opera interpretativa dell'art. 44, 2° co., d.P.R. n. 380 del 2001 che sia resa effettivamente necessaria dalle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo; a tale compito, infatti, ha già atteso la giurisprudenza di legittimità, con esiti la cui valutazione non è ora rimessa a questa Corte": per il relativo riferimento vedi A. CANNONE, *Le grandi decisioni della Corte costituzionale in materia internazionale ed europea*, Napoli, 2011, II ed., p. 75.

non minore, rispetto a quello dei pubblici amministratori e dei professionisti privati<sup>14</sup>.

La Corte costituzionale, inoltre, potrebbe affermare la necessità dell'intervento del legislatore circa l'eventuale previsione, nei confronti dei soggetti rimproverabili per aver tenuto solo una lieve condotta colposa con riguardo alla lottizzazione abusiva i cui termini di prescrizione siano scaduti, del sostanziale adeguamento successivo delle opere eseguite alle prescrizioni della pianificazione urbanistica generale, quale misura alternativa alla confisca<sup>15</sup>.

È vero che la Corte costituzionale non è aliena dalla valutazione della proporzionalità e irragionevolezza di sanzioni penali, senza dover attendere l'intervento del legislatore: vedi in tal senso la sentenza 8 marzo 2019 n. 40 che in tema di stupefacenti accoglie il principio della proporzionalità della pena quale limite alla discrezionalità delle scelte legislative e giunge essa stessa a determinare una nuova misura della pena<sup>16</sup>.

Ma anche tale opzione non pare attagliarsi al caso in esame in quanto quella decisione ha implicato una riduzione quantitativa della pena sulla base di una previsione sanzionatoria già rinvenibile nell'ordinamento ed era stata preceduta da un precedente monito al legislatore<sup>17</sup>. Nel caso che ci occupa della confisca si tratta della richiesta di una misura differente (e non di una mera riduzione quantitativa della pena)<sup>18</sup>, che non è dato rinvenire nell'ordinamento<sup>19</sup> e risulta anche assente un chiaro invito al legislatore.

Indipendentemente dalla decisione che la Corte costituzionale riterrà di adottare, è da valutare positivamente la circostanza che la Corte d'appello di Bari, in presenza di una questione avente indubbio carattere di novità, si è posta alla ricerca di una soluzione di giustizia sostanziale sulla base di un elemento fornito dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Per l'esito di tale ricerca non resta che attendere la sentenza della Corte costituzionale rispetto alla quale si è tentato di prefigurare alcune possibili soluzioni.

---

<sup>14</sup> Vedi il brano dell'ordinanza riportato alla nota 5.

<sup>15</sup> In tal senso vedi pure S. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 12 s., il quale evidenzia che la prescrizione dell'obbligo di adeguamento dell'area abusivamente lottizzata, invocato dinanzi alla Corte costituzionale quale rimedio alternativo meno affittivo della confisca implicherebbe la "residualità" di quest'ultima e soggiunge che in tal caso si tratterebbe verosimilmente di un intervento spettante "almeno in via preferenziale al legislatore".

<sup>16</sup> Per una sintetica ma interessante ricostruzione della evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di valutazione della proporzionalità del trattamento sanzionatorio penale culminato appunto nella sentenza n. 40 del 2019, vedi S. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 9.

<sup>17</sup> Vedi Corte costituzionale, sentenza 13 luglio 2017 n. 179, che reca "un pressante auspicio affinché il legislatore proceda rapidamente a soddisfare il principio di necessaria proporzionalità del trattamento sanzionatorio (...)" (par. 8, parte finale).

<sup>18</sup> Cfr. S. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 13, sulla differenza strutturale tra confisca e pene principali e accessorie.

<sup>19</sup> L'A. citato alla nota precedente, riprendendo il riferimento contenuto nell'ordinanza della Corte d'appello all'art. 98, co. 3, d.P.R. n. 380/2001 che in caso di violazione della normativa antisismica prevede in alternativa all'ordine di demolizione la possibilità di impartire un ordine di adeguamento alle prescrizioni normative entro un determinato termine, afferma che esso possa costituire un punto di riferimento presente nell'ordinamento interno.

## Abstract

### The Automatism of Confiscation in Cases of Unlawful Site Development under the Scrutiny of the Constitutional Court

The Court of Appeals of Bari doubts of the constitutionality of the legal provision excluding, when the confiscation in cases of unlawful site development is not proportionate to the terms indicated in the *G.I.E.M. s.r.l.* ECHR judgment, a less restrictive alternative measure for those accused with a low degree of culpability or negligence in proceedings statutory barred like the duty of a substantial successive adaptation of the works to the planning regulations. Given that the different envisageable solutions (decision of inadmissibility demanding to the judges the power to evaluate if the confiscation is proportionate or not in case of a substantial adaptation to the original artisan use; declaration of incostitutionality of the automatic application of confiscation; necessity of the legislature to introduce the aforesaid duty of a substantial successive adaptation of the works) present some shortcomings, the decision of the Constitutional Court is crucial. However, the approach of the judges *a quo* is welcomed because they search for a substantial justice solution based on the ECHR judgment.

Alice Riccardi\*

# Alla ricerca di una via legale di fuga. Note a margine di *M.N. e al. c. Belgio* di fronte alla Corte europea dei diritti umani

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La vicenda oggetto della decisione e suo contenuto. – 3. Sulla giurisdizione extraterritoriale in materia di visti umanitari: il criterio della nazionalità... – 4. *Segue*: ...e il criterio del controllo. – 5. Sugli obblighi positivi in materia di visti umanitari: un raffronto con la sentenza in *N.D. e N.T. c. Spagna*. – 6. Osservazioni conclusive.

1. Il 5 maggio 2020 è stata pubblicata la decisione di inammissibilità resa dalla Corte europea dei diritti umani (d'ora in avanti Corte EDU o Corte) nel caso *M.N. e al. c. Belgio*<sup>1</sup>, in cui la Corte si è per la prima volta confrontata con la questione se dalla Convenzione europea dei diritti umani (d'ora in avanti CEDU o Convenzione) discendano obblighi in relazione alle domande di visto supportate da ragioni umanitarie presentate presso il servizio consolare di uno Stato parte all'estero, con particolare riguardo all'art. 3 CEDU. Come noto, tale norma assume rilievo nell'ambito della protezione internazionale, in quanto da essa deriva l'obbligo di non respingere una persona quando sussistano fondati motivi per ritenere che, se respinta, correrebbe un reale rischio di essere sottoposta a tortura, pene o trattamenti inumani e degradanti<sup>2</sup>.

Il rispetto di tale principio è pure affermato nell'art. 78 TFUE, in forza del quale l'Unione deve sviluppare una politica comune in materia di protezione internazionale che garantisca il principio del non respingimento, e trova ulteriore fondamento nell'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali (“[n]essuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani e degradanti”)<sup>3</sup>. A tal proposito, basti qui specificare come l'art. 52, par. 3, della Carta dispone che

\* Ricercatrice di Diritto internazionale nell'Università degli studi Roma Tre.

<sup>1</sup> Corte EDU, decisione del 5 maggio 2020, ricorso n. 3599/18, *M.N. e al. c. Belgio*.

<sup>2</sup> Cfr. Corte EDU, sentenza del 15 novembre 1996, ricorso n. 22414/93, *Chahal c. Regno Unito*, par. 74.

<sup>3</sup> Il principio di *non-refoulement* è inoltre oggetto di forme avanzate di protezione nel diritto derivato. V. *inter alia* art. 21 della 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 per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione), per cui “[g]li Stati membri rispettano il principio di non refoulement in conformità dei propri obblighi internazionali”.

“laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione”. Tale disposizione di coordinamento tra la Carta e la CEDU afferma, secondo le spiegazioni relative alla Carta, la regola per cui i diritti previsti in entrambi gli strumenti devono intendersi come identici quanto a loro significato e portata, questi ultimi intesi come “determinati (...) anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo”. Conformemente a ciò, la spiegazione relativa all’art. 19 della Carta afferma che questa norma “incorpora la pertinente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo relativa all’articolo 3 della CEDU”<sup>4</sup>.

La decisione in *M.N. e al.* assume dunque rilievo anche rispetto all’ordinamento dell’Unione e anzi si aggiunge e completa quanto già stabilito dalla Grande sezione della Corte di giustizia dell’Unione europea (d’ora in avanti CGUE) nel caso *X. e X. c. Belgio* del 2017, in cui la CGUE ha affermato che il codice comunitario dei visti non impone agli Stati membri dell’Unione di accordare l’ingresso per motivi umanitari di persone in bisogno di protezione internazionale<sup>5</sup>. Come rilevato in dottrina, tale sentenza non aveva messo l’ultima parola sulla presunta esistenza di un obbligo in capo agli Stati di prevedere l’ingresso per motivi umanitari, perché un tale dovere, se non derivante dalla normativa dell’Unione, poteva comunque discendere dagli obblighi internazionali gravanti sugli Stati, inclusa la CEDU<sup>6</sup>. La decisione in commento ha però per ora escluso questa possibilità, come si vedrà più in dettaglio nel prosieguo.

Su queste basi, il presente contributo sarà diviso in cinque paragrafi. Innanzitutto, si richiamerà la vicenda oggetto del procedimento e si descriverà brevemente il contenuto della decisione (par. 2). Successivamente ci si concentrerà su due questioni in particolare da essa scaturenti. Primo, si rifletterà sul *test* elaborato dalla Grande Camera per verificare la sussistenza della giurisdizione extraterritoriale degli Stati parte della Convenzione quanto alle richieste di visto umanitario presentate presso le rappresentanze consolari all’estero (paragrafi 3 e 4). Secondo, si tenterà un raffronto con la di poco precedente sentenza nel caso *N.D. e N.T. c. Spagna*<sup>7</sup>, quanto all’esistenza di obblighi positivi in capo agli Stati contraenti in materia di visti umanitari (par. 5). L’ultimo paragrafo concluderà.

2. Il 22 agosto 2016 una coppia siriana, accompagnata da uno dei due figli, partiva da Aleppo, per giungere presso il servizio consolare dell’ambasciata belga a Beirut, in Libano, dove depositava richiesta di visto con validità territoriale limitata

<sup>4</sup> Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, reperibili *online*. In giurisprudenza, v. *inter alia* le conclusioni dell’Avvocato generale Wathelet del 21 giugno 2018, cause riunite C-391/16, 77 e 78/17, *M. c. Ministerstvo vnitra e X., X. c. Commissaire général aux réfugiés e aux apatrides*, punti 57-59. In dottrina, su tutti G. GAJA, *Lo Statuto della Convenzione europea dei diritti dell’uomo nel diritto dell’Unione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, p. 677 ss., anche per i rilievi critici circa la compatibilità della politica comune di asilo con le indicazioni della Corte EDU.

<sup>5</sup> *Ex multis* G. CELLAMARE, *Sul rilascio di visti di breve durata (VTL) per ragioni umanitarie*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2017, p. 527 ss.

<sup>6</sup> C. FAVILLI, *Visti umanitari e protezione internazionale: così vicini così lontani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, p. 558 ss. Cfr. U. JENSEN, *Humanitarian Visas: Option or Obligation? Study for the LIBE Committee*, 2014, reperibile *online*.

<sup>7</sup> Corte EDU, sentenza del 13 febbraio 2020, ricorsi n. 8675/15 e 8697/15, *N.D. e N.T. c. Spagna*.

*ex art. 25, co. 1, lett. a)*, del codice dei visti per l'intera famiglia<sup>8</sup>. Tale disposizione prevede il rilascio di un tale visto in via eccezionale quando “per motivi umanitari (...) lo Stato membro [lo] ritiene necessario”<sup>9</sup>. La famiglia, senza far mistero di voler presentare domanda di protezione internazionale una volta in Belgio, sostanzialmente presentava la propria richiesta con appropriata documentazione, descrivendo la situazione di assoluta emergenza individuale causata dalle conseguenze della campagna di intensi bombardamenti che colpiva Aleppo sin dalla metà di aprile 2016, mentre il Libano aveva interrotto la registrazione dei profughi siriani e la Turchia aveva chiuso i propri confini. La famiglia sottolineava, inoltre, come la quasi totalità dei profughi siriani giunti in Belgio dall'inizio del conflitto armato avesse ottenuto protezione internazionale in tale Stato e come una famiglia belga fosse disposta ad ospitarli. Il 13 settembre 2016 l'Office des étrangers belga rifiutava il visto. Iniziava così un'intricata *navette* tra autorità amministrative e giudiziarie competenti, costellata di accoglimenti (dei giudici) e dinieghi (dell'amministrazione)<sup>10</sup>: per ben quattro volte un giudice ordinava all'Office des étrangers di modificare la propria decisione per ottemperare all'art. 3 CEDU. Il 10 gennaio 2018 la famiglia riteneva di aver esaurito le vie effettive di ricorso interno e si rivolgeva alla Corte di Strasburgo. Il 26 aprile dello stesso anno la seconda sezione della Corte, a cui il ricorso era stato inizialmente assegnato, declinava la propria competenza a favore della Grande Camera, così investita dei due motivi di doglianza avanzati dai ricorrenti: primo, il rifiuto del visto da parte del Belgio esponeva i membri della famiglia a una situazione incompatibile con l'art. 3 CEDU, in assenza di rimedio effettivo (art. 13 CEDU); secondo, l'impossibilità di ottenere l'esecuzione di un provvedimento della Corte d'appello di Bruxelles che ordinava alle autorità competenti di rilasciare il visto violava gli articoli 6 (diritto a un giusto processo) e 13 CEDU.

Come anticipato, il 5 maggio 2020, con una decisione adottata a maggioranza, la Grande Camera della Corte EDU ha dichiarato il ricorso della famiglia siriana inammissibile.

Quanto al primo motivo, la Corte ha ritenuto che nel caso di specie il Belgio non avesse giurisdizione *ex art. 1 CEDU*, attraverso un ragionamento articolato su tre passaggi.

Primo, la natura principalmente territoriale della giurisdizione comporta che l'esercizio di pubblici poteri da parte delle autorità di uno Stato contraente all'interno di tale Stato non è condizione di per sé sufficiente ad attrarre individui residenti all'estero nella sfera della giurisdizione territoriale, nonostante l'esercizio di pubblici poteri abbia un impatto su detti individui<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, che istituisce un codice comunitario dei visti (codice dei visti).

<sup>9</sup> Sul punto, si noti come la CGUE abbia affermato, quanto all'interpretazione dell'art. 25, par. 1, lett. a), del codice dei visti in sentenza della CGUE del 7 marzo 2017, causa C-638/16 PPU, X. e X. c. *Belgio*, punti 42-43, successiva alla presentazione della domanda da parte dei ricorrenti nel caso in commento, che le “domande di visti per motivi umanitari, basate sull'articolo 25 del codice dei visti, con l'intenzione di chiedere asilo (...) e, pertanto, ottenere il rilascio di un permesso di soggiorno la cui validità non sia limitata a 90 giorni (...) non rientrano nell'ambito di applicazione del suddetto codice, in particolare del suo articolo 25, paragrafo 1, lettera a)”.

<sup>10</sup> Per una ricostruzione puntuale, v. Corte EDU, comunicato del 26 aprile 2018, ricorso n. 3599/18, *M.N. e al. c. Belgio, Object de l'affaire*.

<sup>11</sup> Decisione *M.N.*, par. 112.

Secondo, quanto agli atti degli agenti consolari all'estero, perché possa ritenersi sussistente in via eccezionale la giurisdizione extraterritoriale dello Stato contraente, deve esistere un elemento capace di connettere l'individuo con lo Stato, quale la nazionalità o l'esercizio di un controllo di fatto sull'individuo da parte degli agenti statali<sup>12</sup>.

Terzo, non è sufficiente che tale elemento di connessione sia di tipo giurisdizionale, quando il procedimento è autonomamente introdotto dall'individuo e non sussiste un obbligo di diritto internazionale in capo allo Stato di attivarsi in sede giurisdizionale<sup>13</sup>. Se si ritenesse altrimenti, secondo la Corte, ciò determinerebbe una “near-universal application of the Convention on the basis of the unilateral choices of any individual (...) hav[ing] the effect of negating the well-established principle of public international law (...) according to which the States Parties (...) have the right to control the entry, residence and expulsions of aliens”<sup>14</sup>.

Quanto al secondo motivo di ricorso, la Corte ha ritenuto l'art. 6 CEDU inapplicabile, posto che il procedimento teso a ottenere l'esecuzione del provvedimento giudiziario che ordinava alle autorità competenti di rilasciare il visto non riguardava un diritto soggettivo<sup>15</sup>.

**3.** La decisione in commento insiste su questioni attinenti al tema dell'esercizio extraterritoriale della giurisdizione in ambito CEDU<sup>16</sup> e più in particolare sull'estensione della giurisdizione degli Stati contraenti agli atti di organi statali che esercitano funzioni pubblicistiche tradizionali all'estero, inclusa l'attività consolare dell'emissione di visti.

Secondo un orientamento consolidato, la giurisdizione extraterritoriale sussisterebbe in tali casi in forza di un rinvio operato dall'art. 1 CEDU al diritto internazionale generale. In altre parole, la giurisdizione dello Stato parte deriverebbe *de iure* a partire da certe categorie proprie del diritto internazionale, individuate da alcuni nella sovranità statale<sup>17</sup> e da altri più specificamente nella competenza amministrativa in materia di servizi pubblici all'estero<sup>18</sup>. Su tali basi, in materia di visti, sussisterebbe un controllo personale sul richiedente derivante dal potere normativo dello Stato discendente appunto dal diritto internazionale, in particolare dall'art. 5, lett. d),

<sup>12</sup> *Ivi*, par. 118.

<sup>13</sup> *Ivi*, par. 122.

<sup>14</sup> *Ivi*, paragrafi 123-124.

<sup>15</sup> *Ivi*, par. 137. Cfr. Corte EDU, decisione del 13 ottobre 2009, ricorso n. 11230/07, *Panjeighalehei c. Danimarca*, per cui “decisions regarding the entry, stay and deportation of aliens do not concern the determination of an applicant’s civil rights or obligations (...) within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention”.

<sup>16</sup> In generale, v. G. GAJA, *Art. 1. Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001; P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, 2002; M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford, 2011; R. SAPIENZA, *Art. 1. Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012.

<sup>17</sup> Così V. MORENO-LAX, *(LTV) Asylum Visas as an Obligation under EU Law*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 16 febbraio 2016, p. 9, reperibile online.

<sup>18</sup> Così V. NOLL, *Seeking Asylum at Embassies: A Right to Entry under International Law?*, in *International Journal of Refugee Law*, 2005, p. 567.

della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari del 1963<sup>19</sup> o, secondo alcuni, dal diritto consuetudinario<sup>20</sup>. La giurisprudenza di Strasburgo sembrava – fino alla pubblicazione della decisione in commento – avallare il ragionamento di fondo che accomuna le opinioni riportate.

Come noto, per la Corte EDU la nozione di giurisdizione ha un carattere essenzialmente territoriale<sup>21</sup>. Ciononostante, si ammette che nella situazione eccezionale in cui agenti statali esercitano all'estero un potere o un controllo sulla vittima della violazione, la giurisdizione dello Stato si estende oltre i suoi confini (c.d. modello personale)<sup>22</sup>. Tale modello è stato nel corso del tempo declinato dalla giurisprudenza in una serie di ipotesi.

Secondo una prima ipotesi, la giurisdizione si estende agli atti che producono effetti extraterritoriali, quando posti in essere da agenti statali che esercitano un controllo effettivo su un individuo (c.d. controllo *de facto*). Se inizialmente limitato ai casi di privazione della libertà personale, oggi il controllo *de facto* si ritiene sussistere anche quando un individuo si trovi ad esempio in un edificio su cui organi statali esercitano un controllo temporaneo o nell'ambito spaziale di un'azione coercitiva condotta da organi statali<sup>23</sup>.

Tra le ipotesi ulteriori, la Corte ha ammesso che in certi casi lo Stato esercita extra-territorialmente la giurisdizione in forza di norme del diritto internazionale pattizio o consuetudinario che gli assegnano dei poteri normativi o coercitivi (c.d. controllo *de iure*). Nel caso *Hirsi Jamaa*, ad esempio, la Corte ha stabilito che in alto mare uno Stato esercita la giurisdizione *ex art. 1 CEDU* sugli individui a bordo di una nave battente bandiera di quello Stato, poiché questi sono sotto il controllo dei suoi organi per il tramite di quelle norme del diritto internazionale del mare che dispongono che in alto mare una nave è soggetta alla giurisdizione esclusiva dello Stato di bandiera<sup>24</sup>. Lo stesso ragionamento sembrava potersi applicare rispetto agli atti degli agenti consolari e diplomatici all'estero, nel senso per cui l'autorità/il controllo *de iure* esercitato dagli agenti consolari fosse idoneo a fondare autonomamente la giurisdizione. Per quanto esigua, la giurisprudenza appariva chiara, tanto che la dottrina, negli anni passati, era pressoché unanime nel ritenere radicata la giurisdizione in tale eventualità<sup>25</sup>.

---

<sup>19</sup> Secondo cui tra le funzioni consolari rientrano le attività di “issuing passports and travel documents to nationals of the sending State, and visas or appropriate documents to persons wishing to travel to the sending State”. V. NOLL, *op. cit.*; V. MORENO-LAX, *op. cit.*

<sup>20</sup> Per W.A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford, 2015, p. 102, “[e]xtraterritorial exercise of jurisdiction by a State undertaken by diplomatic or consular agents is recognized by customary international law”.

<sup>21</sup> Su tutte Corte EDU, decisione del 12 dicembre 2001, ricorso n. 52207/99, *Banković e al. c. Belgio e al.*, paragrafi 61 e 67; sentenza dell'8 luglio 2004, ricorso n. 48787/99, *Ilaşcu e al. c. Moldavia e Russia*, par. 312.

<sup>22</sup> Su tutte Corte EDU, sentenza del 7 luglio 2011, ricorso n. 55721/07, *Al-Skeini e al. c. Regno Unito*, par. 137.

<sup>23</sup> *Ivi*, paragrafi 136 e 149.

<sup>24</sup> Corte EDU, decisione del 23 febbraio 2012, ricorso n. 27765/09, *Hirsi Jamaa e al. c. Italia*, paragrafi 75 e 77. *Contra* M. MILANOVIC, *op. cit.*, p. 160 ss., per cui anche in questi casi l'elemento decisivo sarebbe quello del controllo effettivo sulla nave.

<sup>25</sup> *Ex multis* S. BESSON, *The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to*, in *Leiden Journal of International Law*, 2012, p. 869. Oggi, invece, la dottrina appare non stupirsi della decisione di inammissibilità della Grande Camera. V. gli autori citati più avanti, alla nota 36.

Ciò risultava in particolare confermato nel noto passaggio della decisione di inammissibilità nel caso *Banković*, in cui la Corte aveva stabilito che “other recognised instances of extra-territorial exercise of jurisdiction by a State include cases involving the activities of its diplomatic or consular agents abroad and on board craft and vessels registered in, or flying the flag of, that State. In this specific situations, customary international law and treaty provisions have recognised the extra-territorial exercise of jurisdiction by the relevant State”<sup>26</sup>. La Corte non aveva mai dovuto né interpretare né applicare in concreto questo passaggio, nella parte in cui si riferisce agli atti degli agenti diplomatici e consolari all'estero, largamente citato dai ricorrenti nel caso odierno per fondare le proprie pretese sulla giurisdizione<sup>27</sup>. Successivamente, in *Al-Skeini*, nel descrivere generalmente il modello personale di esercizio extraterritoriale della giurisdizione, la Corte si era limitata a specificare che gli atti degli agenti diplomatici e consolari costituiscono esercizio di giurisdizione “when these agents exert authority and control over others”<sup>28</sup>. Tale ragionamento non stupisce, in particolare alla luce dell'accento generalmente posto in *Al-Skeini* sugli elementi fattuali dell'esercizio extraterritoriale della giurisdizione rispetto a *Banković*. Secondo un'autrice, tale specificazione non avrebbe comunque destato problemi quanto al caso dell'emissione dei visti, posto che nell'espletare tale attività gli agenti consolari detengono “complete authority and control to interfere with regular admission”<sup>29</sup> degli stranieri. A ulteriore conforto, la giurisprudenza successiva ad *Al-Skeini*, definita da alcuni “espansiva” e in parte recettiva delle pronunce di altri meccanismi di monitoraggio dei diritti umani, rassicurava sul fatto che il modello personale non potesse essere arbitrariamente limitato<sup>30</sup>.

Nonostante tali premesse, nel caso in commento la Grande Camera ha invece interpretato con una certa rigidità la propria giurisprudenza, introducendo un *test* di difficile inquadramento. In via generale, i giudici hanno riconosciuto come i precedenti della Corte confermano che l'esempio della funzione consolare è in genere calzante ai fini del modello personale di esercizio extraterritoriale della giurisdizione. Le attività degli agenti consolari sono però, secondo la Grande Camera, da sole insufficienti a radicare la giurisdizione in ambito CEDU in assenza di un elemento di “collegamento” ulteriore tra lo Stato e il ricorrente<sup>31</sup>. Due elementi di

<sup>26</sup> Decisione *Banković*, par. 73.

<sup>27</sup> Decisione *M.N.*, par. 112; v. anche par. 1 s. della Written submissions on behalf of the AIRE Centre, the Dutch Refugee Council, the European Council on Refugees and Exiles, and the International Commission of Jurists del 27 settembre 2018 presentata in relazione al caso *M.N.* Per una critica sul ragionamento della Corte in *Banković*, v. M. MILANOVIC, *op. cit.*, p. 154 ss.

<sup>28</sup> Sentenza *Al-Skeini*, par. 134.

<sup>29</sup> V. MORENO-LAX, *Must EU Borders Have Doors for Refugees? On the Compatibility of Schengen Visas and Carriers' Sanctions with EU Member States' Obligations to Provide International Protection to Refugees*, in *European Journal of Migration and Law*, 2008, p. 315.

<sup>30</sup> M. MILANOVIC, *Jurisdiction and Responsibility. Trend in the Jurisprudence of the Strasbourg Court*, in A. VAN AAKEN, I. MOTOC (eds.), *The European Convention on Human Rights and General International Law*, Oxford, 2018, p. 101 s.; L. RAIBLE, *The Extraterritoriality of the ECHR: Why Jaloud and Pisari Should Be Read as Game Changers*, in *European Human Rights Law Review*, 2016, p. 161 ss., che riconosce come i casi *Jaloud c. Paesi Bassi* e *Pisari c. Moldova* avanzino “a model of jurisdiction based on power understood as a potential for control and the application of rules to the concerned individuals”.

<sup>31</sup> Decisione *M.N.*, par. 113.

collegamento sono stati in particolare individuati, tra loro alternativi: la nazionalità del ricorrente o il controllo esercitato su questi dagli agenti consolari all'estero.

Quanto al primo criterio, richiamando il caso *X. c. Regno Unito*, in cui la giurisdizione era stata fondata sull'autorità esercitata dagli agenti consolari sulla ricorrente in forza della sua nazionalità britannica<sup>32</sup>, i giudici hanno stabilito che gli atti degli agenti consolari costituiscono esercizio di giurisdizione nella misura in cui la vittima della violazione sia cittadina dello Stato di cui essi sono organi. Nel caso in commento, posta la nazionalità siriana dei ricorrenti e considerata l'assenza di tale elemento di connessione, la Corte ha scartato la giurisdizione extraterritoriale del Belgio<sup>33</sup>.

Quanto al criterio di collegamento offerto dal controllo sulla vittima, riferendosi al caso *M. c. Danimarca*, in cui la giurisdizione era stata affermata in forza del controllo fisico esercitato dagli agenti consolari danesi sul ricorrente, cittadino tedesco<sup>34</sup>, la Grande Camera ha previsto che, in assenza del criterio giuridico della nazionalità, la giurisdizione può radicarsi sulla base del noto criterio del controllo effettivo esercitato dagli agenti statali sulla vittima della violazione. Nel caso in commento, non avendo gli agenti consolari belgi esercitato un controllo di tipo fisico sulla famiglia siriana, poiché essa poteva liberamente entrare e uscire dall'ambasciata, la Corte ha escluso la giurisdizione<sup>35</sup>.

Una tale posizione, che ha sorpreso pochi in dottrina<sup>36</sup> e che rifiuta in parte – cioè quanto ai non cittadini – che gli atti degli agenti consolari possano considerarsi esercizio di giurisdizione *de iure*, risulta problematica quanto al *test* elaborato sotto almeno due profili.

Il primo riguarda la scelta di utilizzare il criterio della nazionalità ai fini della definizione della giurisdizione *de iure*, decisione che determina una distinzione tra cittadini degli Stati contraenti e non. A tal proposito, e in via generale, non ci si può non chiedere come tale criterio possa essere rilevante rispetto al caso di specie e alla luce del sistema convenzionale, che certo non parcellizza il diritto individuale a non essere sottoposti a tortura o trattamenti inumani e degradanti alla luce della nazionalità della vittima della violazione<sup>37</sup>. Posto che la base di una tale scelta non può essere la Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari, che all'art. 5 si riferisce sia a funzioni consolari dovute nei confronti di cittadini che di non cittadini, una possibile lettura è che la Grande Camera abbia utilizzato la nozione di giurisdizione propria del diritto internazionale generale<sup>38</sup>. In altre parole, i giudici potrebbero aver importato nel sistema della Convenzione uno dei criteri classici in forza dei quali la giurisdizione statale può eccezionalmente estendersi oltre i confini dello

---

<sup>32</sup> Commissione EDU, decisione del 15 dicembre 1977, ricorso n. 7547/76, *X. c. Regno Unito*, p. 74.

<sup>33</sup> Decisione *M.N.*, par. 118.

<sup>34</sup> Commissione EDU, decisione del 14 ottobre 1992, ricorso n. 17392/90, *M. c. Danimarca*, par. 1.

<sup>35</sup> Decisione *M.N.*, par. 118.

<sup>36</sup> Cfr. M. BAUMGÄRTEL, *Reaching the Dead-End: M.N. and Others and the Question of Humanitarian Visas*, in *Strasbourg Observers*, 7 maggio 2020, reperibile online; V. STOYANOVA, *M.N. and Others v Belgium: No ECHR Protection from Refoulement by Issuing Visas*, in *EJIL:Talk!*, 12 maggio 2020, reperibile online.

<sup>37</sup> Nello stesso senso nell'ambito del Patto sui diritti civili e politici cfr. Consiglio dei diritti umani, *General Comment no. 31. The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 maggio 2004, par. 10.

<sup>38</sup> Che può definirsi come la competenza di uno Stato di regolare la condotta delle persone fisiche o giuridiche a livello legislativo, esecutivo e giudiziario. Cfr. J. CRAWFORD, *State Jurisdiction*, in J. CRAWFORD (ed.), *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford, 2019, IX ed., p. 440.

Stato (principi di nazionalità, personalità passiva, giurisdizione universale), ossia il principio di nazionalità<sup>39</sup>. Ciò potrebbe in particolare evincersi da un passaggio della decisione, in cui i giudici ricordano come “international law does not exclude a State’s extraterritorial exercise of its jurisdiction (...) base[d on] nationality and flag”<sup>40</sup>. Il rimando da parte della Corte di Strasburgo alla nozione di giurisdizione nel diritto internazionale generale non è nuovo<sup>41</sup>. Come risaputo, però, ciò è di norma servito alla Corte per confermare l’interpretazione della nozione di giurisdizione *ex art. 1 CEDU* come primariamente territoriale – e non per importare i principi di radicamento della giurisdizione sopra richiamati<sup>42</sup>. A parte i noti rilievi circa l’equazione tra la nozione di giurisdizione secondo il diritto internazionale generale e nell’ambito della CEDU su cui qui non si intende insistere<sup>43</sup>, il ricorso al criterio della nazionalità non convince rispetto al caso in commento per almeno tre motivi.

Primo, si ritiene che il paradigma proprio del diritto internazionale generale, che utilizza la nazionalità come criterio per estendere l’applicabilità delle norme dell’ordinamento giuridico di un certo Stato ai propri cittadini all’estero, mal si adatti alla nozione di giurisdizione propria dei trattati sui diritti umani, che hanno un obiettivo ben diverso<sup>44</sup>.

Secondo, la Corte sembrerebbe confondere i due diversi piani dell’obbligo di assistenza consolare che gli Stati hanno nei confronti dei propri cittadini all’estero come diritto umano<sup>45</sup>, con la funzione consolare dell’emissione dei visti (che riguarda come ovvio solo stranieri): si tratta di attività molto diverse, tanto che non è escluso che entrambe possano radicare la giurisdizione nel senso proprio del diritto internazionale generale<sup>46</sup>. In particolare, si consideri che il principio fondante l’*enforcement jurisdiction*, ossia la competenza di uno Stato a far rispettare le proprie leggi sul territorio di un altro Stato, è il consenso di quest’ultimo<sup>47</sup>: consenso certamente presente nel caso di specie per il tramite della ratifica da parte sia del

<sup>39</sup> In generale sulla nozione di giurisdizione nel diritto internazionale v. A. ORAKHELASHVILI, *State Jurisdiction in International Law: Complexities of a Basic Concept*, in A. ORAKHELASHVILI (ed.), *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law*, Cheltenham, 2015, p. 1 ss.; C. RYNGAERT, *Jurisdiction in International Law*, Oxford, 2015, II ed., p. 29 ss.

<sup>40</sup> Decisione *M.N.*, par. 99.

<sup>41</sup> V. decisione *Banković*, par. 59; sentenza del 16 novembre 2004, ricorso n. 31821/96, *Issa e al. c. Turchia*, par. 67; sentenza del 30 giugno 2005, ricorso n. 45036/98, *Bosphorus c. Irlanda*, par. 136.

<sup>42</sup> Salvo nell’aspramente criticato passaggio in decisione *Banković*, par. 59, in cui appare un riferimento ai principi di personalità attiva, passiva e universalità.

<sup>43</sup> *Ex multis* S. MILLER, *Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention*, in *European Journal of International Law*, 2010, p. 1230 ss.; M. MILANOVIC, *From Compromise to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties*, in *Human Rights Law Review*, 2008, p. 411 ss.

<sup>44</sup> Cfr. W. VANDENHOLE, *The ‘J’ Word. Driver or Spoiler of Change in Human Rights Law?*, in S. ALLEN, D. COSTELLOE, M. FITZMAURICE, P. GRAGL, E. GUNTRIP (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisdiction in International Law*, Oxford, 2019, p. 415, per cui “[i]n public international law, jurisdiction determines the legality of action. In human rights law, jurisdiction is not about the legality of action, but rather the question of whether an obligation to observe human rights applies towards certain individuals”; M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application*, cit., p. 81; S. BESSON, *op. cit.*, pp. 863, 869.

<sup>45</sup> V. recentemente *Report of the Special Rapporteur of the Human Rights Council on extrajudicial, summary or arbitrary execution, Application of the death penalty to foreign nationals and the provision of consular assistance by the home State*, UN Doc. A/74/318, 20 agosto 2019, par. 20 ss.

<sup>46</sup> In senso parzialmente simile v. M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application*, cit., p. 156 ss.

<sup>47</sup> Cfr. Corte permanente di giustizia internazionale, sentenza del 7 settembre 1927, *The case of the S.S. “Lotus”*, PCIJ Ser. A No. 10, p. 18 s.

Belgio che del Libano della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari e del gradimento e accreditamento da parte del Libano della delegazione belga. Pertanto, se la Grande Camera avesse correttamente qualificato il tipo di giurisdizione esercitata dal Belgio nel caso di specie – questione su cui i giudici non si sono per nulla soffermati – essa si sarebbe trovata, forse, a dover concludere che la giurisdizione di tale Stato, secondo il diritto internazionale generale, si estendeva proprio ai ricorrenti. Con ciò, si badi bene, non si vuole dire che la Corte avrebbe dovuto così pronunciarsi. Piuttosto, si vuole rimarcare che i giudici, avendo ritenuto di potersi rifare al diritto consuetudinario, avrebbero dovuto accettarne tutte le conseguenze.

Terzo, non convince neppure la ricostruzione operata dalla Grande Camera della giurisprudenza della Corte dalla quale, secondo i giudici, emergerebbe come consolidato il criterio della nazionalità. Si noti in proposito come i giudici abbiano citato *Al-Skeini*, nonché *X. c. Regno Unito* (ricorso n. 7547/76), *X. c. Germania* (ricorso n. 1611/62) e *S. c. Germania* (ricorso n. 10686/83). Quanto ai primi due casi, la Grande Camera ne stravolge il comune passaggio centrale: là dove entrambi avevano stabilito che gli atti degli agenti diplomatici e consolari possono determinare l'estensione della giurisdizione statale quando tali agenti esercitino autorità e controllo, generalmente, “over others”<sup>48</sup>, *M.N.* invece ha affermato che “[a]s the Court reiterated in the *Al-Skeini and Others* judgment (cited above, § 134), a State Party’s jurisdiction may arise from the actions or omissions of their diplomatic or consular officials when, in their official capacity, they exercise abroad their authority *in respect of that State’s nationals or their property*”<sup>49</sup>. Il criterio della nazionalità, però, non risultava menzionato né in *Al-Skeini*, né in *X. c. Regno Unito*, che generalmente si riferivano al controllo “over others”. Quanto poi ai casi *X. c. Germania* e *S. c. Germania*, in essi i giudici non hanno proprio affermato il principio espresso in *M.N.* Piuttosto, si sono occupati del diverso tema del presunto obbligo di assistenza consolare/protezione diplomatica di uno Stato nei confronti dei propri cittadini all'estero, per cui è ovvio che rilevi la nazionalità del ricorrente, senza che ciò dica nulla rispetto alla questione dei visti umanitari richiesti da stranieri, come sopra già rilevato<sup>50</sup>.

In conclusione, deve ritenersi che la scelta della Grande Camera di ancorare la sussistenza della giurisdizione *de iure* quanto agli atti degli agenti consolari al solo criterio della nazionalità sia sostenuta da ragioni ideologiche e che così facendo essa abbia “fashioning doctrines (...) [to] accommodate the facts”<sup>51</sup>.

**4.** Una seconda questione riguarda l'ulteriore criterio di collegamento identificato dalla Corte, quello del controllo sul ricorrente. Rilevano in particolare due considerazioni.

Primo, come anticipato nel paragrafo precedente, il criterio del controllo si è con il tempo emancipato dalla sua lettura iniziale, che lo voleva soddisfatto solo in situazioni di privazione della libertà personale, ossia di coercizione fisica<sup>52</sup>. A tale riguardo, si sostiene da più parti che il criterio in forza del quale la CEDU si applica

<sup>48</sup> Sentenza *Al-Skeini*, par. 134; Corte EDU, *X. c. Regno Unito*, p. 74.

<sup>49</sup> Decisione *M.N.*, par. 106, corsivo aggiunto.

<sup>50</sup> Cfr.: Commissione EDU, decisione del 25 settembre 1965, ricorso n. 1611/62, *X. c. Germania*, p. 168; decisione del 5 ottobre 1984, ricorso n. 10686/83, *S. c. Germania*, p. 293, in cui addirittura la Commissione esclude l'esistenza di un tale diritto.

<sup>51</sup> Sentenza *Al-Skeini*, opinione concorrente del giudice Bonello, par. 8.

<sup>52</sup> Cfr. sentenza *Al-Skeini*, paragrafi 136 e 149.

al caso concreto sia funzionale piuttosto che di natura materiale<sup>53</sup> o, secondo altre interpretazioni accomunate alla precedente da una *ratio* simile, derivante dall'esercizio di forme di potere statale tali da incidere sul godimento dei diritti la cui violazione viene fatta valere<sup>54</sup> o dal "potere attuale", ossia dalla possibilità di imporre il volere statale sul ricorrente<sup>55</sup>. Da ciò deriverebbe che il tipo di autorità richiesta ai fini dell'estensione della giurisdizione statale nel modello c.d. "personale" possa anche essere di tipo normativo<sup>56</sup> o amministrativo<sup>57</sup>. In particolare, come rilevato nel paragrafo precedente, ciò varrebbe in quei casi in cui la giurisdizione derivi *de iure* dal diritto internazionale pattizio o consuetudinario. Per un'autrice, da ciò discenderebbe che nel caso degli agenti consolari opererebbe una presunzione circa il controllo da loro esercitato sulla vittima della violazione<sup>58</sup>.

La giurisprudenza sembrava andare in questa direzione sin dagli anni '70, quando in *Cipro c. Turchia* la Commissione EDU, dopo aver introdotto la nozione di "controllo attuale", aveva affermato che "authorised agents of a State, including diplomatic and consular agents and armed forces, not only remain under [the State] jurisdiction when abroad but bring any other person or property 'within the jurisdiction' of that State, to the extent that they exercise authority over such person or property"<sup>59</sup>. Tale giurisprudenza si è poi evoluta nel senso per cui l'autorità esercitata dagli agenti consolari all'estero rappresenta uno degli esercizi tipici di giurisdizione extraterritoriale nell'ambito del modello c.d. personale<sup>60</sup>. Vi è di più: tale criterio di radicamento della giurisdizione è generalmente descritto in giurisprudenza come alternativo rispetto all'esercizio di controllo fisico sul ricorrente<sup>61</sup>. Consolidandosi nel tempo<sup>62</sup>, tale giurisprudenza ha fatto ritenere che nei casi relativi agli atti degli agenti consolari "the decisive criterion [i]s the exercise of authority as such"<sup>63</sup>. Inoltre, essa aveva trovato conferma nella prassi del Comitato dei diritti umani<sup>64</sup> e della Corte interamericana dei diritti umani. Quest'ultima ha recentemente

<sup>53</sup> Cfr. le diverse interpretazioni della nozione di giurisdizione funzionale in V. MORENO-LAX, *The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control – On Public Powers, S.S. and Others v. Italy, and the "Operational Model"*, in *German Law Journal*, 2020, p. 368 ss.; S. MILLER, *op. cit.*, p. 1236.

<sup>54</sup> Cfr. P. DE SENA, *op. cit.*, p. 231; E. ROXSTROM, M. GIBNEY, T. EINARSEN, *The NATO Bombing Case (Bankovic et al. v. Belgium et al.) and the Limits of Western Human Rights Protection*, in *Boston University International Law Journal*, 2005, p. 74.

<sup>55</sup> L. LOUCAIDES, *Determining the Extra-territorial Effect of the European Convention*, in *European Human Rights Law Review*, 2006, p. 399.

<sup>56</sup> Ad esempio S. BESSON, *op. cit.*, p. 877.

<sup>57</sup> V. NOLL, *op. cit.*, p. 567.

<sup>58</sup> S. BESSON, *op. cit.*, p. 877.

<sup>59</sup> Commissione EDU, decisione del 26 maggio 1975, ricorsi n. 6780/74 e n. 6950/75, *Cipro c. Turchia*, par. 8.

<sup>60</sup> V. ad esempio sentenza *Al-Skeini*, par. 134.

<sup>61</sup> *Ex multis iuri*, paragrafi 134-136, in cui la Corte EDU schematicamente identifica tre ipotesi di esercizio di autorità e controllo sul ricorrente da parte degli agenti statali all'estero: (i) atti degli agenti diplomatici e consolari (par. 134); (ii) esercizio di pubblici poteri autorizzato dal diritto internazionale (par. 135); (iii) controllo fisico per il mezzo dell'uso della forza (par. 136).

<sup>62</sup> V. Commissione EDU, *X. c. Regno Unito*; decisione del 14 ottobre 1993, ricorso n. 17392/90, *W.M. c. Danimarca*; decisione dell'11 aprile 1996, ricorso n. 24001/94, *Gill e Malone c. Regno Unito*.

<sup>63</sup> M. DUTTWILER, *Authority, Control and Jurisdiction in the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2012, p. 142.

<sup>64</sup> Comitato dei diritti umani, comunicazione n. 77/1980, *Samuel Lichtensztejn c. Uruguay*, UN Doc. CCPR/C/OP/2, par. 6.1.

tenuto distinte le due ipotesi della giurisdizione fondata sull'autorità esercitata dagli agenti diplomatici e consolari su un individuo all'estero da quella discendente dal potere fisico esercitato da un organo statale sul ricorrente<sup>65</sup>.

Nel caso di specie la Grande Camera ha invece scartato con estrema rapidità che il controllo potesse radicarsi in forza dell'autorità amministrativa/normativa esercitata sui ricorrenti<sup>66</sup>, senza spiegare bene perché – se non per il brevissimo accenno ai precedenti che andrebbero, secondo i giudici, nell'opposta direzione<sup>67</sup> –, ma limitandosi a far propria un'interpretazione esclusivamente *fisica* del criterio dell'“autorità e controllo”, ovviamente assente nel caso di specie, avendo i ricorrenti eletto di presentarsi presso il servizio consolare dell'ambasciata belga e, come già ricordato, potendo essi liberamente entrare e uscire dal l'ambasciata stessa<sup>68</sup>.

Si noti come, anche qui, debbano sollevarsi dei dubbi circa il principale precedente citato dai giudici a sostegno della lettura data al criterio del controllo, ossia il caso *Abdul Wahab Khan c. Regno Unito*<sup>69</sup>. La Grande Camera ne ha riportato in particolare il par. 27, che però non si occupa del tema della giurisdizione: diversamente, esso discute della possibilità – negandola – che dall'art. 3 CEDU discenda l'obbligo positivo di garantire a chiunque, che si trovi ovunque nel mondo, di entrare sul territorio degli Stati contraenti, quando tale persona rischi di essere sottoposta a tortura, pene o trattamenti inumani e degradanti. Ma questo è un profilo di merito, di cui la decisione in commento non si poteva occupare, avendo dichiarato l'inammissibilità del caso per mancanza di giurisdizione. Si noti invece come sempre in *Abdul Wahab Khan*, al par. 25 – in tema, questa volta sì, di giurisdizione – la Corte aveva specificato come, se il ricorrente avesse lamentato violazioni commesse da agenti diplomatici e consolari dello Stato convenuto all'estero (cosa che egli non fece), allora una questione di “autorità e controllo” si sarebbe posta.

Secondo, stupisce il modo in cui la Grande Camera ha pure scartato la sussistenza della giurisdizione alla luce del principio, ormai consolidato in giurisprudenza, dei “pubblici poteri”<sup>70</sup>. In forza di tale principio, che trova conforto *inter alia* in un noto passaggio in *Al-Skeini*<sup>71</sup>, quando uno Stato ha titolo in conformità a una regola permissiva del diritto internazionale a esercitare pubblici poteri all'estero e la condotta in violazione della CEDU è ad esso attribuibile, allora tale Stato esercita la propria giurisdizione, anche in assenza di un controllo effettivo sul territorio o sull'individuo. Tale principio è stato di recente invocato in relazione alle procedure di controllo delle migrazioni realizzate extra-territorialmente da parte degli Stati di destinazione dei flussi migratori<sup>72</sup>, materia in cui la funzione consolare dell'emissione dei visti rientra a pieno diritto. Secondo i ricorrenti nel caso odierno, difatti, il Belgio aveva esercitato

---

<sup>65</sup> Corte interamericana dei diritti umani, parere consultivo del 30 maggio 2018, *The institution of asylum and its recognition as a human right in the inter-american system of protection*, OC-25/18, par. 176. Per un confronto tra tale parere e la decisione in commento v. A. DE LEO, J. RUIZ RAMOS, *Comparing the Inter-American Court Opinion on Diplomatic Asylum Applications with M.N. and Others v. Belgium before the ECtHR*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 13 maggio 2020, reperibile *online*.

<sup>66</sup> Decisione *M.N.*, par. 119.

<sup>67</sup> *Ivi*, paragrafi 119 e 105.

<sup>68</sup> *Ivi*, par. 118.

<sup>69</sup> Corte EDU, decisione del 28 gennaio 2014, ricorso n. 11987/11.

<sup>70</sup> Della stessa opinione V. STOYANOVA, *op. cit.*

<sup>71</sup> Sentenza *Al-Skeini*, par. 135.

<sup>72</sup> *Ex multis* J.C. HATHAWAY, T. GAMMELTOFT-HANSEN, *Non-refoulement in a World of Cooperative Deterrence*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2014, p. 267 ss.

la propria giurisdizione assumendo decisioni (amministrative e giudiziarie) circa le domande di visto, ossia relative alle condizioni di ingresso sul territorio dello Stato<sup>73</sup>.

Nella decisione, però, i giudici hanno escluso l'applicazione del principio in parola<sup>74</sup>, di nuovo senza particolare elaborazione. La Grande Camera, pur riconoscendo l'esercizio di pubblici poteri da parte delle autorità amministrative e giudiziarie del Belgio nel decidere sull'ingresso dei ricorrenti sul territorio statale, ha affermato che: (i) tale esercizio non è sufficiente ad attrarre i ricorrenti nella sfera di giurisdizione "territoriale" dello Stato convenuto (virgolettato in originale); (ii) neppure il fatto che tale esercizio abbia avuto un impatto sui ricorrenti può dirsi sufficiente a radicare la giurisdizione; (iii) l'esercizio di pubblici poteri, per poter radicare la giurisdizione, deve essere accompagnato da un ulteriore elemento di connessione con lo Stato, come ad esempio un controllo *de facto* sull'individuo, che però manca nel caso di specie<sup>75</sup>. La decisione in commento appare in contrapposizione con il sopra citato *test* elaborato in *Al-Skeini*<sup>76</sup> – che a un primo sguardo parrebbe invece rispettato nel caso di specie: il Belgio aveva titolo a esercitare pubblici poteri in Libano in forza della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari di cui entrambi gli Stati sono parte e del gradimento e accreditamento della delegazione belga in Libano<sup>77</sup>; i pubblici poteri esercitati erano sia di tipo esecutivo che giudiziario<sup>78</sup>; e il rifiuto del visto, che i ricorrenti hanno lamentato essere contrario all'art. 3 CEDU, è condotta attribuibile al Belgio, perché posta in essere da organi di quello Stato. Purtroppo, il par. 135 di *Al-Skeini*, in cui il suddetto *test* viene elaborato, non è mai citato dalla Grande Camera nella decisione in commento, nonostante fosse stato espressamente invocato da alcuni terzi intervenienti<sup>79</sup>.

Uno spiraglio i giudici potrebbero pure averlo lasciato, nella misura in cui la decisione ha espressamente ammesso che la giurisdizione può sussistere quando l'esercizio di pubblici poteri si renda necessario in forza di obblighi procedurali discendenti dalla Convenzione<sup>80</sup>. Di conseguenza però, la decisione ha pure rifiutato l'idea che il rilascio dei visti umanitari possa essere, a certe condizioni, un obbligo positivo insito nell'art. 3 CEDU<sup>81</sup>, di cui più approfonditamente al paragrafo che segue.

<sup>73</sup> Decisione *M.N.*, par. 111.

<sup>74</sup> Si noti come in *Al-Skeini* (par. 135) la Grande Camera per fondare il principio avesse proprio citato un caso in cui uno Stato contraente aveva negato l'ingresso sul territorio al ricorrente (caso *X. e Y. c. Svizzera*).

<sup>75</sup> Decisione *M.N.*, par. 112 ss.

<sup>76</sup> Per un altro verso, rifiutando di considerare il principio dell'esercizio di pubblici poteri all'estero nel caso di specie, la Grande Camera continua a restare disallineata rispetto alla crescente prassi di altri meccanismi di monitoraggio dei diritti umani che riconoscono, a certe condizioni, la "teoria degli effetti" nel contesto dei diritti umani. V. in prassi su tutti Comitato dei diritti umani, *General Comment no. 36*, UN Doc. CCPR/C/GC/36, 30 ottobre 2018, par. 22; e in dottrina *ex multis* P.V. KESSING, *Transnational Operations Carried Out from a State's Own Territory: Armed Drones and the Extraterritorial Effect of International Human Rights Conventions*, in T. GAMMELTOFT-HANSEN, J. VEDSTED-HANSEN (eds.), *Human Rights and the Dark Side of Globalization. Transnational Law Enforcement and Migration Control*, Londra, 2017, p. 90 ss.

<sup>77</sup> La sentenza *Al-Skeini*, par. 135, si riferisce espressamente al consenso (espresso attraverso trattato o discendente da una norma di diritto consuetudinario), all'invito o all'acquiescenza dello Stato territoriale.

<sup>78</sup> *Ibidem*, ove sono nominate entrambe le funzioni.

<sup>79</sup> Decisione *M.N.*, par. 92 s.

<sup>80</sup> *Ivi*, par. 122.

<sup>81</sup> Cfr. C. DANISI, A "Formalistic" Approach to Jurisdiction in the European Court of Human Rights' Decision on Humanitarian Visas: Was Another Interpretation Possible?, in *SIDIBlog*, 27 maggio 2020,

5. Come anticipato nelle premesse, la decisione in commento suscita alcuni dubbi se raffrontata alla sentenza di poco precedente nel caso *N.D. e N.T. c. Spagna* in tema di espulsioni collettive<sup>82</sup>, sempre adottata dalla Grande Camera, ma in una composizione diversa<sup>83</sup>. Sono in particolare due le statuizioni su cui ci si vuole qui soffermare.

La prima è l'affermazione fatta al par. 126 di *M.N.*: secondo i giudici, l'assenza della giurisdizione nel caso di specie non pregiudicherebbe “the endeavours made by States Parties to facilitate the access to asylum procedures through their embassies and/or consular representations”. La ragione per cui il par. 126 esiste è presto detta: qualche mese prima, in *N.D. e N.T.*, la Grande Camera, – si sottolinea di nuovo, in diversa composizione –, aveva stabilito che lo Stato convenuto non fosse responsabile per l'espulsione collettiva dei due ricorrenti che, assieme a un'ottantina di altri migranti, erano riusciti a superare le barriere che separano l'*enclave* spagnola di Melilla dal Regno del Marocco, entrando così illegalmente in territorio spagnolo. Per quanto qui rileva, la Grande Camera non aveva ritenuto la Spagna responsabile poiché tale Stato aveva reso disponibili ai ricorrenti dei mezzi genuini ed effettivi di accesso legale al territorio statale, così rispettando l'obbligo di non rendere inoperanti gli articoli 3 CEDU e 4 del Protocollo n. 4 alla CEDU (divieto di espulsioni collettive)<sup>84</sup>. In particolare, secondo la Grande Camera, i ricorrenti avrebbero avuto accesso alle rappresentanze consolari spagnole nei Paesi di origine e transito, dove “anyone could submit a claim for international protection”<sup>85</sup>. In altre parole, la Grande Camera in *N.D. e N.T.* ha stabilito che dagli articoli 3 CEDU e 4 del Protocollo n. 4 alla CEDU discende l'obbligo procedurale di offrire vie di ingresso legali di cui i visti sono un'articolazione, pena essere “liable to render ineffective all the Convention provisions designed to protect individuals who face a genuine risk of persecution”<sup>86</sup>. Questa ricostruzione appare agli antipodi rispetto a *M.N.*, in cui i giudici hanno implicitamente escluso che – nel senso che non si sono neppure chiesti se – il Belgio avesse obblighi procedurali nei confronti dei ricorrenti<sup>87</sup>. Insomma,

---

reperibile *online*; Written submissions on behalf of the AIRE Centre, the Dutch Refugee Council, the European Council on Refugees and Exiles, and the International Commission of Jurists, par. 16.

<sup>82</sup> Corte EDU, sentenza del 13 febbraio 2020, ricorsi n. 8675/15 e n. 8697/15, *N.D. e N.T. c. Spagna*.

<sup>83</sup> In generale v. F. MUSSI, *La sentenza N.D. e N.T. della Corte europea dei diritti umani: uno “schiaffo” ai diritti dei migranti alle frontiere terrestri?*, in *SIDIBlog*, 19 marzo 2020, reperibile *online*. Quanto all'iniziale pronuncia della terza sezione della CEDU, rispetto alla quale il Governo spagnolo aveva richiesto l'intervento della Grande Camera, v. G. CELLAMARE, *Note in margine alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'affare N.D. e N.T. c. Spagna*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 153 ss.; L. SALVADEGO, *I respingimenti sommari di migranti alle frontiere terrestri dell'enclave di Melilla*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 199 ss.

<sup>84</sup> Sentenza *N.D. e N.T.*, paragrafi 171, 212, 221.

<sup>85</sup> *Ivi*, par. 222.

<sup>86</sup> *Ivi*, par. 209. Secondo quella che appare una diversa ricostruzione in dottrina, “[t]he availability of alternative legal means is nothing more than a condition to be assessed (...) when the ‘necessity’ situation described above has been objectively demonstrated: to put it differently, it is a prerequisite for the applicability of a narrowly defined exception (the bad behaviour one) to the general rule prohibiting collective expulsions”. M. DI FILIPPO, *Walking the (Barbed) Wire of the Prohibition of Collective Expulsion: An Assessment of the Strasbourg Case Law*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, p. 479 ss.

<sup>87</sup> Sentenza *M.N.*, par. 122.

l'obbligo positivo – sia esso desunto dal divieto di espulsioni collettive o dal divieto di tortura, trattamenti inumani e degradanti<sup>88</sup> – esiste o no<sup>89</sup>?

Un lettore attento potrebbe ritenere errati i rilievi appena mossi per una semplice ragione: mentre in *N.D.* e *N.T.* la Grande Camera ha ritenuto radicata la giurisdizione spagnola, ciò non è accaduto in *M.N.* – e la giurisprudenza della Corte in materia di obblighi positivi è costante sul punto: essi esistono solo laddove sussiste la giurisdizione e il ragionamento contrario costituirebbe un'illogica inversione argomentativa<sup>90</sup>. Vero. Veniamo così alla seconda statuizione che si intende qui commentare. In *N.D.* e *N.T.*, la Grande Camera non ha ritenuto di esprimersi sulla giurisdizione, specificando come non fosse necessario prendere posizione “on whether or to what extent such embassies and consulates would have brought the applicants within the jurisdiction of Spain”<sup>91</sup>. Ciò collide con l'appena richiamata giurisprudenza della Corte sugli obblighi positivi e getta un'ulteriore ombra sul “dialogo” tra le due diverse composizioni della Grande Camera: è come se in *N.D.* e *N.T.* si fosse deciso di non esprimersi sulla questione, lasciando alla futura Grande Camera la possibilità di discuterne nell'ambito di *M.N.*, caso già calendarizzato al tempo della pubblicazione della sentenza in *N.D.* e *N.T.* Ciò che non si capisce, è come possa la Corte aver deciso in *N.D.* e *N.T.* di non esprimersi sulla giurisdizione, affermando al contempo che la Spagna aveva garantito i diritti individuali previsti nella Convenzione, incluso l'art. 3 CEDU, *inter alia* adempiendo all'obbligo procedurale di offrire l'accesso all'emissione di un visto presso i propri consolati. L'accesso offerto non può essere un mezzo genuino ed effettivo da tenere in considerazione nel valutare l'adempimento dello Stato convenuto, se su tale mezzo lo Stato non esercita la giurisdizione. Di certo, non può accettarsi un sistema nel quale la giurisdizione sull'attività consolare dell'emissione dei visti “retroagisca” nel caso in cui il migrante riesca a raggiungere il territorio statale! Secondo la lettura qui proposta, dunque, la Corte in *M.N.* avrebbe compiuto un passo indietro rispetto all'apertura sugli obblighi positivi compiuta in *N.D.* e *N.T.*

In conclusione, si ritiene che il dialogo instaurato tra le due diverse composizioni della Grande Camera in *M.N.* e in *N.D.* e *N.T.* sia incongruente e, oltre a destare dubbi circa la buona fede nell'interpretazione della Convenzione, sveli un atteggiamento sempre più Stato-centrico della Corte, che pone i migranti di fronte a un bivio senza via di uscita (*rectius*, di ingresso): essere “colpevoli” di non aver perseguito tutte le vie legali di accesso al territorio dello Stato parte di destinazione<sup>92</sup>, con ciò giustificandosi l'espulsione operata al confine, o utilizzare tali vie legali, senza però poter invocare la responsabilità dello Stato in caso di violazione della Convenzione. Tale paradosso fa pensare allo stato di eccezione di Agamben<sup>93</sup>, già

<sup>88</sup> Si veda il collegamento tra le due norme operato nella sentenza *N.D.* e *N.T.*, paragrafi 171-188.

<sup>89</sup> In senso affermativo *Hirsi Jamaa*, opinione concorrente del giudice Pinto de Albuquerque, p. 70, per cui “if a person in danger of being tortured in his or her country asks for asylum in an embassy of a State bound by the European Convention on Human Rights, a visa to enter the territory of that State has to be granted (...) [since] a country's visa policy is subject to its obligations under international human rights law”.

<sup>90</sup> *Ex multis* Corte EDU, sentenza dell'8 luglio 2004, ricorso n. 48787/99, *Ilascu e al. c. Moldavia e Russia*, par. 320 s.

<sup>91</sup> Sentenza *N.D.* e *N.T.*, par. 222.

<sup>92</sup> *Ivi*, paragrafi 134 e 208.

<sup>93</sup> G. AGAMBEN, *State of Exception*, Chicago, 2005.

invocato in diritto internazionale per descrivere spazi extra-giuridici dove i diritti individuali, in particolare il diritto di accesso alla giustizia, risultano sospesi<sup>94</sup>.

6. Dall'analisi condotta nei paragrafi che precedono possono trarsi due conclusioni.

La prima, di tipo metagiuridico, deriva da una valutazione d'insieme della recente prassi della Corte di Strasburgo, efficacemente descritta come sostanzialmente indirizzata alla "difesa delle più rigide politiche di controllo alle frontiere"<sup>95</sup> condivise da molti Stati europei, la cui pressione sulla Corte non è di certo passata inosservata: basti pensare che in ben 11 hanno partecipato come terzi intervenienti in *M.N.* (Croazia, Danimarca, Francia, Germania, Lettonia, Norvegia, Paesi Bassi, Regno Unito, Repubblica Ceca, Slovacchia e Ungheria), tutti schierati in difesa del Belgio e a favore dell'argomento, già sollevato di fronte alla CGUE nel citato caso *X. e X. c. Belgio*, secondo cui una pronuncia positiva per i ricorrenti avrebbe determinato un "ingorgo (...) di fronte a un flusso incontrollabile di visti umanitari"<sup>96</sup>. Non a caso, un finanche più alto numero di Stati membri dell'Unione (12) erano intervenuti in *X. e X.*, sempre in favore del governo convenuto. In dottrina non c'è chi ha mancato di rilevare come in entrambi i casi non siano intervenute né l'Italia, né la Grecia, né la Spagna<sup>97</sup>. Quanto all'Italia, non devono sfuggire le importanti iniziative in tema di corridoi umanitari<sup>98</sup> (negli ultimi anni in particolare indirizzate a cittadini siriani) e, rispetto a tutti e tre i citati Paesi, forse la speranza di un maggiore equilibrio ispirato ai principi di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati in materia di immigrazione.

La seconda considerazione è che, per non scontentare gli Stati che invece sono intervenuti in *M.N.*, alla Grande Camera è bastato guardare vicino, alla propria giurisprudenza più conservatrice in tema di esercizio extraterritoriale della giurisdizione. Ne è un esempio chiaro il continuo riferimento a *Banković* – e in particolare al passaggio di quella decisione in cui la Corte aveva affermato che, sebbene il diritto internazionale non esclude che gli Stati possano esercitare extra-territorialmente la propria giurisdizione, i criteri in forza dei quali tale giurisdizione si può radicare "are, as a general rule, defined and limited by the sovereign territorial rights of the other relevant States"<sup>99</sup>. Come già rilevato da altri, questa potrebbe essere stata la prima volta in cui la Corte ha riproposto tale passaggio, che fa propria un'interpretazione particolarmente rigida della nozione di extraterritorialità nel contesto dei diritti umani<sup>100</sup>. *Banković* è così uno dei precedenti che la Grande Camera ha scelto

---

<sup>94</sup> Cfr. G. SULLIVAN, M. DE GOEDE, *Between the Law and the Exception: The UN 1267 Ombuds-person as a Hybrid Model of Legal Expertise*, in *Leiden Journal of International Law*, 2013, p. 833 ss.

<sup>95</sup> A. BUFALINI, *Tra visti umanitari e respingimenti alla frontiera: si può ancora cercare asilo in Europa?*, in *ADiM Blog*, maggio 2020, reperibile online.

<sup>96</sup> Queste le parole di utilizzate da Mengozzi per descrivere l'argomento – specioso – sollevato dagli Stati intervenienti. V. conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi del 7 febbraio 2017, causa C-638/16 PPU, *X. e X. c. Belgio*, punto 172.

<sup>97</sup> M. BAUMGÄRTEL, *op. cit.*

<sup>98</sup> Su tutti M. SOSSAI, *Canali di ingresso legale e sicuro dei migranti in Europa: il modello dei "corridoi umanitari"*, in U. CURI (a cura di), *Vergogna ed esclusione. L'Europa di fronte alla sfida dell'emigrazione*, Roma, 2017, p. 75 ss.

<sup>99</sup> Decisioni *Banković*, par. 59, e *M.N.*, par. 99.

<sup>100</sup> Cfr. T. GAMMELTOFT-HANSEN, N. FEITH TAN, *Adjudicating Old Questions in Refugee Law: MN and Others v Belgium and the Limits of Extraterritorial Refoulement*, in *EU Immigration and Asylum*

di utilizzare, assieme ad altri che sembrano accuratamente selezionati per dichiarare il ricorso inammissibile. Si pensi ai citati esempi relativi all'interpretazione del criterio della nazionalità e di quello dell'autorità e controllo, rispettivamente discussi *supra* nei paragrafi 3 e 4. La decisione appare così un *patchwork* disomogeneo e conservatore, che ferma quattro punti.

Primo, la funzione diplomatica e consolare costituisce la base giuridica che autorizza lo Stato ad esercitare la propria giurisdizione extra-territorialmente solo se la vittima della violazione è cittadina di tale Stato. A tal proposito, la Corte non ha però chiarito né quale sia il fondamento di tale autorizzazione (il consenso dello Stato territoriale? Una norma consuetudinaria?), né la ragione per cui solo il criterio della nazionalità debba essere rilevante.

Secondo, in ogni altro caso gli atti degli agenti diplomatici e consolari, in quanto organi dello Stato, possono fondare la giurisdizione quando tali agenti esercitino un controllo sulla vittima della violazione: tale controllo deve però intendersi in senso esclusivamente fisico, materiale, coercitivo.

Terzo, e di conseguenza, l'esercizio di pubblici poteri all'estero *à la Al-Skeini* non è di per sé sufficiente a radicare la giurisdizione nel contesto del modello c.d. "personale". Questi tre punti segnano un'inversione di tendenza rispetto alla giurisprudenza di poco precedente, che apriva nelle opposte direzioni.

Quarto, e di conseguenza, lo Stato non deve adeguare la propria politica in materia di visti agli obblighi discendenti dall'art. 3 CEDU.

Rispetto al futuro, *M.N. e al.* è una decisione negativa sotto almeno due profili.

Primo, quanto alla progressiva affermazione in ambito CEDU del diritto di *cer-care* asilo: secondo autorevole dottrina, al diritto umano di cercare asilo, in corso di cristallizzazione o già consolidato in una norma consuetudinaria, corrisponderebbe infatti l'obbligo in capo agli Stati di non pregiudicarne l'esercizio in un modo tale da rendere il titolare a rischio di persecuzione, tortura, trattamenti inumani e degradanti e altri gravi danni<sup>101</sup>. Secondo tale prospettiva, l'obbligo di *non-refoulement* sarebbe pertanto completato dal divieto di impedire a un richiedente asilo di lasciare il proprio Paese di origine e cercare una protezione effettiva all'estero. Come efficacemente affermato dal giudice Pinto de Albuquerque nella sua opinione concorrente in *Hirsi Jamaa*, "[a]lthough no State has a duty to grant diplomatic asylum, the need for international protection is even more pressing in the case of an asylum-seeker who is still in the country where his or her life, physical integrity and liberty are under threat". Ciò comporterebbe, secondo il giudice, che laddove una persona corra un reale rischio di essere sottoposta a tortura, pene o trattamenti inumani e degradanti, e questi "asks for asylum in an embassy of a State bound by the European Convention on Human Rights, a visa to enter the territory of that State has to be granted"<sup>102</sup>. La decisione odierna, negando che la giurisdizione extraterritoriale degli Stati si possa estendere alla funzione consolare dell'emissione dei visti, rende più lontano il riconoscimento del diritto suddetto nel contesto della CEDU.

Secondo, quanto all'opinione, espressa da alcuni, per cui la nozione di giurisdizione *ex art. 1* CEDU sarebbe sufficientemente flessibile da evolvere nel tempo ed

*Law and Policy*, 26 maggio 2020, reperibile *online*.

<sup>101</sup> G. GOODWIN-GILL, *The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, 2011, p. 445.

<sup>102</sup> *Hirsi Jamaa*, opinione concorrente del giudice Pinto de Albuquerque, p. 70.

estendersi o restringersi a seconda dell'espansione degli atti extraterritoriali posti in essere dagli Stati parte<sup>103</sup>. Si pensi in particolare al fenomeno della c.d. esternalizzazione delle frontiere, espressione oggi comunemente utilizzata in diritto internazionale per descrivere quei processi attraverso cui gli Stati di destinazione dei flussi migratori ne realizzano extra-territorialmente la gestione. L'obiettivo di tali processi è difatti proprio quello di allontanare fisicamente dal proprio territorio, e perciò dall'alveo della giurisdizione – come intesa nella decisione in commento – la gestione di tali flussi, intestando ad altri – gli enti “esternalizzati” – le violazioni dei diritti umani poste in essere al fine di impedire ai migranti di fare ingresso sul territorio. Ci si può in proposito chiedere se davvero la Corte sia disposta ad adattare la nozione di giurisdizione a tali derive, e quale impatto possa avere il caso *M.N.* su quei procedimenti attualmente pendenti in cui i ricorrenti invocano la responsabilità degli Stati di destinazione dei flussi migratori per le violazioni dei diritti umani commesse esternalizzando le proprie frontiere. Si pensi ad esempio al caso *S.S. e al. c. Italia*, in cui i ricorrenti pretendono radicata la giurisdizione extraterritoriale dell'Italia in relazione a un'operazione di intercettazione in alto mare ad opera della c.d. guardia costiera libica di un'imbarcazione di migranti partita dalla Libia. Secondo i ricorrenti, infatti, l'Italia avrebbe esercitato un controllo “funzionale” sull'operazione, derivante dall'esercizio di pubblici poteri “such as those ordinarily assumed by a territorial sovereign, taking the form of policy delivery and/or operational action translating into ‘situational control’”<sup>104</sup>. La tesi principale dei ricorrenti, dopo che in *M.N.* la Grande Camera ha rifiutato di riconoscere la giurisdizione extraterritoriale del Belgio fondata sull'esercizio di pubblici poteri, è evidentemente in pericolo<sup>105</sup>.

## Abstract

### In Search of a Legal Escape Route. Some Preliminary Thoughts on *M.N. et al. v. Belgium* before the European Court of Human Rights

On 5 May 2020, the ECtHR declared that States parties to the ECHR do not have jurisdiction on humanitarian visa applications lodged at consulates abroad and rejected – albeit implicitly – that States parties have positive obligations on such matter. This article critically assesses both aspects, specifically reflecting on the jurisdictional test elaborated by the Court and on the relationship between this decision and the previous judgment in *N.D. and N.T. v. Spain*. The article concludes that the Court is u-turning, compared to its previous case-law, in both respects.

<sup>103</sup> S. MILLER, *op. cit.*, p. 1245.

<sup>104</sup> M. BAUMGÄRTEL, *op. cit.*

<sup>105</sup> Si segnala, in subordine, che i giudici potrebbero decidere di intraprendere una strada diversa e ritenere l'Italia responsabile come assistente nelle condotte della c.d. guardia costiera libica ex art. 16 del Progetto di articoli della Commissione di diritto internazionale sulla responsabilità internazionale degli Stati. Inoltre, chi scrive ritiene che in *S.S. e al.*, oltre al “mero” esercizio di pubblici poteri – che, dice oggi la Corte, non è di per sé sufficiente a radicare la giurisdizione – esistono ulteriori elementi di connessione tra l'Italia e i ricorrenti che militano in favore del controllo. Cfr. V. MORENO-LAX, *The Architecture of Functional Jurisdiction*, cit., p. 405 ss. in cui l'autrice, *leading counsel* nel ricorso, classifica tali ulteriori elementi di connessione in: elementi relativi all'impatto sui diritti individuali delle condotte italiane; elementi relativi all'influenza decisiva delle autorità italiane sulla condotta della c.d. guardia costiera libica; ed elementi derivanti dal coinvolgimento operativo italiano nell'intercettazione.



Eugenio Zaniboni\*

# Contenimento dei flussi migratori e tutela dei diritti fondamentali tra effettività e mito: il divieto di espulsione collettiva di stranieri dopo il caso *N.T.* e *N.D.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La decisione della Corte europea dei diritti umani sul caso *N.D.* e *N.T.* c. *Spagna*. – 3. Obiettivi della ricerca, metodo e piano di lavoro. – 4. La “unlawful situation” dello straniero come motivo per escludere il beneficio della garanzia offerta dall’art. 4, Prot. 4, CEDU. – 5. La sentenza *N.D.* e *N.T.* nel quadro delle attuali dinamiche modificatrici del diritto internazionale delle migrazioni – 6. La progressiva attrazione del diritto delle migrazioni nell’area del diritto penale. – 7. Il divieto di espulsioni collettive nel contesto della gestione “militarizzata” dei flussi migratori. – 8. L’inedita funzione assunta dall’art. 4, Prot. 4, CEDU come norma all’intersezione tra le esigenze di controllo delle frontiere e quelle di tutela dei diritti procedurali dei migranti e le sue conseguenze. – 9. Il divieto di espulsioni collettive come espressione di una duplice matrice dell’ordine pubblico europeo. – 10. La costruzione delle minacce sociali (e giuridiche) come problema di linguaggio. – 11. Conclusioni.

1. L’attività svolta dai tribunali internazionali è sovente accompagnata da tensioni che, in una certa misura, possono essere considerate fisiologiche<sup>1</sup>. Se gli argomenti oggetto di decisione hanno una rilevanza che trascende il mero dato tecnico e può avere ripercussioni in ambiti extragiuridici, il carico di responsabilità che correlativamente si pone sulle spalle dei giudici tende ad aumentare considerevolmente<sup>2</sup>. Aumenta così il rischio che da tale stato di tensione possano derivare falle nell’argomentazione: come si è osservato, “[w]ith the public credibility of their courts at stake”, i giudici internazionali operano ““under a microscope”, so their mistakes

\* Ricercatore di Diritto internazionale nell’Università di Foggia.

<sup>1</sup> D. TERRIS, C.P.R. ROMANO, L. SWIGART, *The International Judge. An Introduction to the Men and Women Who Decide the World’s Cases*, Oxford, 2007, p. xx.

<sup>2</sup> “[I]nternational judges (...) work in fragile institutions. Judges cannot afford to ignore the larger circumstances in which their courts are situated, which subject them to pressures from competing loyalties, inadequate funding, public expectations, and the currents of politics. External circumstances have created subtle but significant threats to the cornerstone of an international judge’s work, his independence from outside influences. But judges themselves also play a large part in contributing to both the strength and the fragility of international judicial bodies”: *ibidem*.

are correspondingly magnified”<sup>3</sup>. Anche per le ragioni appena illustrate, particolari gruppi di sentenze rese dalle giurisdizioni internazionali si prestano ad essere interpretate su piani diversi, idonei allo sviluppo di considerazioni di carattere più generale. Queste sentenze assumono particolare rilievo allorché facciano emergere, anche attraverso una conflittualità tra le parti molto elevata, paradigmi innovativi rispetto a prassi giurisprudenziali precedenti, idonei ad espandere o comprimere in un dato momento storico i limiti imposti dal diritto internazionale alla libertà degli Stati. Il che può accadere, ad esempio, per effetto dell’attività di monitoraggio sul rispetto dei diritti umani ad opera delle giurisdizioni a ciò preposte.

2. Merita dunque particolare attenzione, anche alla luce delle brevi considerazioni che precedono, una decisione resa dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell’uomo<sup>4</sup>, la quale assomma in sé motivi di interesse offerti da inusitati passaggi tecnici con altri che, invece, si prestano ad interpretazioni più generali.

Chiamata a pronunciarsi sulle pratiche di *devoluciones en caliente* dei migranti operate dal Governo spagnolo alle frontiere esterne dell’area Schengen, con il caso *N.D. e N.T. contro Spagna* la Grande Camera è intervenuta modificando gli esiti di una sentenza in precedenza resa dalla Terza Sezione<sup>5</sup>. Il caso riguardava due cittadini, rispettivamente del Mali e della Costa d’Avorio, che il 13 agosto 2014 hanno tentato di entrare in territorio spagnolo in modo non autorizzato, scavalcando, anche con metodi violenti, le recinzioni – alte 6 metri e lunghe circa 13 – costruite al fine di impedire l’ingresso dei migranti in un territorio a tutti gli effetti considerato un varco di ingresso nell’area di Schengen.

I due hanno presentato un ricorso alla Corte europea sostenendo di essere stati sottoposti ad espulsione collettiva senza una valutazione individuale delle loro circostanze e in assenza di alcuna procedura o assistenza legale. Nella nuova (e diversa) deliberazione sul caso, la Grande Camera ha dichiarato la non violazione dell’art. 4 del Protocollo n. 4 addizionale alla Convenzione europea sui diritti umani (CEDU)<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> Del 13 febbraio 2020, *N.D. e N.T. c. Spagna*.

<sup>5</sup> Con sentenza resa all’unanimità il 3 ottobre 2017. Si vedano i commenti di L. SALVADEGO, *I respingimenti sommari di migranti alle frontiere terrestri dell’enclave di Melilla*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 199 ss.; G. CELLAMARE, *Note in margine alla sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo nell’affare N.D. e N.T. c. Spagna*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2018, p. 153 ss.

<sup>6</sup> L’art. 4 del Protocollo n. 4 addizionale alla Convenzione europea è stato adottato il 16 settembre 1963 ed è entrato in vigore il 2 maggio 1968 (in Italia la ratifica è avvenuta con il d.P.R. n. 217 del 14 aprile 1982). Per qualche riferimento bibliografico: J. M. HENCKAERTS, *Mass Expulsion in Modern International Law and Practice*, The Hague-Boston-London, 1995; D. LOCHAK, *Protocole 4, article 4*, in L. PETTITI, E. DECAUX, J. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l’homme*, Paris, 1999, pp. 1057-1059; B. NASCIBENE, *Divieto di espulsioni collettive di stranieri*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, pp. 866-871; ID., *La Convenzione, la condizione dello straniero e la giurisprudenza*, in B. NASCIBENE (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Milano, 2002, p. 153 ss.; J.Y. CARLIER, *La détention et l’expulsion collective des étrangers*, in *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2003, p. 198 ss.; V. KÄLIN, *Limits to the Expulsion under the International Covenant on Civil and Political Rights*, in F. SALERNO (a cura di), *Diritti dell’uomo, estradizione ed espulsione*, Padova, 2003, p. 143 ss.; E. ZANIBONI, *Il divieto di espulsioni collettive di stranieri nel diritto internazionale convenzionale, con particolare riguardo alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo*, in *Gli Stranieri*, 2004, p. 615 ss.; ID., *L’interpretazione del divieto di espulsioni collettive di stranieri posto dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo in una recente sentenza della Corte di Cassazione*, *ivi*, 2006, p. 35 ss.; A. DISPA, J.M. HAUSMAN, *La notion d’expulsion*

Nel caso di specie, la Corte si è preoccupata di delimitare alcune condizioni specifiche in forza delle quali gli Stati potrebbero essere esonerati dal trattamento individualizzato dei migranti che abbiano tentato di guadagnare l'accesso al territorio dell'UE compiendo atti violenti. Sono state, in tal modo, sostanzialmente accolte le tesi sostenute nel corso del giudizio da parte del Governo spagnolo, dal quale era pervenuta la richiesta di escludere la possibilità di riconoscere una violazione dell'art. 4, Prot. 4, stante la possibilità offerta allo straniero, e ritenuta conforme alla rigida regolamentazione della materia contenuta nella versione allora vigente del c.d. "Codice frontiere Schengen"<sup>7</sup>, di poter presentare una domanda di asilo in un posto di frontiera "ufficiale", in quanto precedentemente designato allo scopo dallo Stato di ingresso<sup>8</sup>.

Come è noto, la formula utilizzata nell'art. 4, Prot. 4, ha un tenore assai perentorio. La disposizione recita, infatti, semplicemente: "Le espulsioni collettive di stranieri sono vietate"<sup>9</sup>. Analoga formulazione è testualmente ripresa dall'art. 19, par. 1, della Carta di Nizza<sup>10</sup>. Fin dalla prassi più risalente, è prevalsa una inter-

*collective d'étrangers, prévue à l'article 4 du protocole n° 4 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales: c'est l'intention qui compte...*, in *Annales de Droit de Louvain*, 2005, nn. 1-2, p. 73 ss.; C. FAVILLI, *Art. 4, Protocollo 4*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, pp. 866-871; J. RAMJI-NOGALES, *Prohibiting Collective Expulsion of Aliens at the European Court of Human Rights*, in *ASIL Insight*, 4 gennaio 2016; D. RIETIKER, *Collective Expulsion of Aliens: the European Court of Human Rights (Strasbourg) as the Island of Hope in Stormy Times?*, in *Suffolk Transnational Law Review*, 2016, p. 651 ss.; F. L. GATTA, *The Problematic Management of Migratory Flows in Europe and Its Impact on Human Rights: The Prohibition of Collective Expulsion of Aliens in the Case Law of the European Court of Human Rights*, in G. C. BRUNO, F. M. PALOMBINO, A. DI STEFANO (eds.), *Migration issues before international Courts and Tribunals*, Roma, 2019, pp. 119-146.

<sup>7</sup> Regolamento (CE) n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone. In particolare, l'art. 4, par. 1, che recita: "Le frontiere esterne possono essere attraversate soltanto ai valichi di frontiera e durante gli orari di apertura stabiliti. Ai valichi di frontiera che non sono aperti 24 ore al giorno gli orari di apertura devono essere indicati chiaramente". Il regolamento in esame è stato poi sostituito dal Regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 (codice frontiere Schengen), il cui art. 5 ha una formulazione che in più punti è diversa dall'art. 4 applicabile nella specie *ratione temporis*.

<sup>8</sup> Cfr. i paragrafi 204 e 208 della sentenza *N.D. e N.T* in commento. Per la analoga posizione espressa dal Governo francese, cfr. il par. 234.

<sup>9</sup> Nelle "Spiegazioni" all'art. 19, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 12 dicembre 2007 (Carta di Nizza), redatte dal *praesidium* della Convenzione europea, reperibili *online*, nel ribadire la corrispondenza di significato tra le due norme, opera un riferimento alla discriminazione sulla base della nazionalità: "Paragraph 1 of this article has the same meaning and scope as Article 4 of Protocol No 4 to the ECHR concerning collective expulsion. Its purpose is to guarantee that every decision is based on a specific examination and that no single measure can be taken to expel all persons having the nationality of a particular State". Questa condizione non è corrispondente alla prassi della CEDU, che, al contrario, ne ha sancito l'irrelevanza anche di recente: "[L]a Cour n'a jamais jusqu'ici exigé que le caractère collectif d'une expulsion soit subordonné à l'appartenance à un groupe donné ni à un groupe défini par des caractéristiques spécifiques telles que l'origine, la nationalité, les croyances ou tout autre facteur pour que l'article 4 du Protocole no 4 entre en jeu": sentenza (GC) del 25 giugno 2020, *Moustahi c. Francia*, par. 129.

<sup>10</sup> È appena il caso di ricordare come la Carta si applichi agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 51 del TUE. Entra in rilievo dunque anche nel caso di specie, attraverso l'art. 52 (il cui par. 3, stabilisce che i diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali), vadano intesi alla luce di "quelli conferiti dalla suddetta Convenzione" richiedendo che il Codice Frontiere Schengen (CFS) sia interpretato e applicato in maniera ad essa conforme. D'altro canto, è lo stesso art. 3 del CFS

pretazione molto ampia del concetto di espulsione, secondo cui per “espulsione collettiva di stranieri” deve intendersi “ogni misura dell’autorità competente che costringa stranieri, in quanto gruppo, a lasciare un paese, salvo il caso in cui una tale misura sia presa al termine e sulla base di un esame ragionevole ed oggettivo della situazione particolare di ciascuno degli stranieri che costituiscono il gruppo”<sup>11</sup>. Come ribadito da un recente *statement* del Consiglio d’Europa, lo scopo della norma è quello “to prevent States from being able to remove a certain number of aliens without examining their personal circumstances and, consequently, without enabling them to put forward their arguments against the measure taken by the relevant authority”<sup>12</sup>. Questo nucleo interpretativo, che si è andato precisando per effetto della ormai copiosa giurisprudenza della Corte europea, sembra pienamente corrispondere alla *ratio* dell’articolo in parola, dal momento che l’intento dei membri della Commissione di esperti incaricata di redigere il testo dell’articolo fu quello di estendere il più possibile l’ambito di applicabilità della norma<sup>13</sup>.

Nel 2007 la Commissione di Diritto internazionale ha ritenuto che la proibizione abbia ormai travalicato il rango di fonte convenzionale e assunto quello di “general principle of international law”<sup>14</sup>. Nondimeno, il commento annesso alla versione più recente del rapporto sull’espulsione degli stranieri adotta una formulazione molto più cauta che comprende un mero riferimento alla diffusione di questa particolare limitazione della *uncontested* libertà statale in materia di espulsione<sup>15</sup> in molti trattati internazionali aventi ad oggetto la protezione dei diritti umani<sup>16</sup>.

(nella versione allora vigente: ora è l’art. 4) a stabilire che in “applicazione del presente regolamento, gli Stati membri agiscono nel pieno rispetto del pertinente diritto unionale, compresa la Carta dei diritti fondamentali”, e “del pertinente diritto internazionale”. Si tornerà sul punto nel par. 4.

<sup>11</sup> Commissione europea dei diritti dell’uomo, 3 ottobre 1975, *Henning Becker c. Danimarca*, ric. n. 7011/75.

<sup>12</sup> Consiglio d’Europa, *Guide on Article 4 of Protocol No. 4 – Prohibition of collective expulsion of alien*, Strasbourg, 29 febbraio 2020, par. I.2. Anche nel caso in esame, la Corte europea ha statuito che la norma “requires the State authorities to ensure that each of the aliens concerned has a genuine and effective possibility of submitting arguments against his or her expulsion”: cfr. *N.D. e N.T. c. Spagna*, par. 198.

<sup>13</sup> Ciò è dimostrato, tra l’altro, il fatto che una proposta avanzata in fase di stesura dell’articolo, tendente a limitare l’accesso degli stranieri alla fruizione di tutte le garanzie procedurali laddove l’espulsione fosse stata motivata da “(...) compelling reasons of national security”, fu respinta con decisione, anche per il rischio che tale disposizione avrebbe potuto minare l’esercizio di altri diritti previsti dalla Convenzione e che l’Autorità competente ad esaminare il ricorso non offrisse le necessarie garanzie di indipendenza (potendo, al limite, essere la medesima che aveva in precedenza intimato l’espulsione): cfr. Consiglio d’Europa, *Explanatory reports on the second to fifth protocols to the European Convention of Human Rights and fundamental freedoms*, Strasbourg, 1971, p. 40.

<sup>14</sup> International Law Commission, *Third report on the expulsion of Aliens/by Maurice Kamto*, *Special Rapporteur*, 19 aprile 2007, UN Doc. A/CN.4/581, par. 115, reperibile *online*. Per un commento: S.D. MURPHY, *The Expulsion of Aliens and Other Topics: The Sixty-Fourth Session of the International Law Commission*, in *American Journal of International Law*, 2013, p. 164 s.

<sup>15</sup> “The right to expel is not conferred on a State by some external rule; it is an inherent right of the State, flowing from its sovereignty”: così il commento all’art. 3, che codifica il principio generale del diritto statale all’espulsione degli stranieri, del *Draft articles on the expulsion of aliens, with commentaries*, sottoposto dalla International Law Commission nel 2014 all’Assemblea generale delle Nazioni Unite. V. per un commento: M. KAMTO, *L’expulsion des étrangers en droit international à la lumière de la codification par la Commission du droit international*, in *Revue belge de droit international*, 2016, p. 103 ss.

<sup>16</sup> *Ivi*, commento all’art. 9, par. 2. Invero, norme che contemplano questo divieto sono rinvenibili in diversi strumenti regionali: tra questi la Convenzione americana sui diritti umani del 1963 (art. 22,

3. Per motivi che meglio si cercherà di chiarire anche di seguito, la sentenza ha provocato commenti assai critici. Per alcuni, la decisione della Grande Camera ha costituito uno “shock for the effective protection of rights in Europe and at its external borders”<sup>17</sup>. Altri hanno riportato a commento del caso “the intuitive impression that the *N.D. & N.T.* judgment heralds an endpoint to 25 years of migrant-friendly human rights case law”<sup>18</sup>. Per altri Autori, il caso è rappresentativo della “Court’s gradual departure from a person-centric to a state-centric logic”, la quale, secondo questa visione, si configurerebbe come “incompatible with its own mandate”<sup>19</sup>.

Dati i presupposti enunciati in apertura, che come subito vedremo hanno anche implicazioni di carattere metodologico, non si intende qui procedere ad un commento analitico di questa lunghissima e a tratti contraddittoria sentenza<sup>20</sup>. Piuttosto, l’obiettivo del presente scritto è quello di metterne in luce alcuni passaggi, in questo senso assai significativi, per verificare se ed eventualmente in quale misura possano coadiuvare l’interprete nel delineare alcune delle tendenze in atto nelle legislazioni nazionali in materia di accesso alla frontiera esterna e i loro riflessi sugli assetti attuali del diritto dell’Unione europea e internazionale delle migrazioni<sup>21</sup>.

A nostro avviso, tali riflessi investono anche profili diversi da quelli già identificati nei primi commenti disponibili<sup>22</sup>, quali, ad esempio, la tendenza all’incor-

---

par. 9) e la Carta africana sui diritti umani e dei popoli del 1981 (art. 12, par. 5). Un discorso a parte merita la previsione contenuta nell’art. 13 del Patto internazionale delle Nazioni Unite sui Diritti Civili e Politici del 1966, la quale contiene un mero riferimento alle espulsioni di singoli individui. Da tempo tuttavia il Comitato sui diritti umani ha precisato che la disposizione va intesa come applicabile anche alle fattispecie di espulsioni collettive. Cfr.: Human Rights Committee, *The Position of Aliens under the Covenant*, General Comment No. 15, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 (1994).

<sup>17</sup> M. PICHL, D. SCHMALZ, “Unlawful” May Not Mean Rightless: The Shocking ECtHR Grand Chamber Judgment in case *N.D. and N.T.*, in *Verfassungsblog*, 14 febbraio 2020, reperibile online; D. THYM, *A Restrictionist Revolution? A Counter-Intuitive Reading of the ECtHR’s N.D. & N.T.-Judgment on ‘Hot Expulsions*, 20 febbraio 2020, reperibile online.

<sup>18</sup> *Op. ult. cit.*

<sup>19</sup> S. CARRERA, *The Strasbourg Court Judgement N.D. and N.T. v Spain A Carte Blanche to Push Backs at EU External Borders?*, EUI Working Paper RSCAS 2020/21, reperibile online, p. 22.

<sup>20</sup> Al riguardo si rinvia sul punto alla dettagliata analisi di S. CARRERA, *op. cit.*

<sup>21</sup> Tradotta dall’inglese *International Migration Law*, l’espressione “diritto internazionale delle migrazioni” designa, in prima approssimazione, “the international legal framework applicable to the movement of persons across borders” (così, da ultimo, V. CHETAİL, *International migration law*, Oxford, 2019) e offre qualche vantaggio in termini meramente pratici. Tenendo conto, infatti, della sempre maggiore frammentazione dei diversi complessi normativi (v. A. BUFALINI, *The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration: What is Its Contribution to International Migration Law?*, in *QIL Zoom-in*, 30 aprile 2019, p. 5 ss., reperibile online) nonché dell’espansione delle pretese regolative degli ordinamenti statali sull’intera materia delle migrazioni (v. E. ZANIBONI, *La tutela dei richiedenti asilo tra politiche restrittive e garanzie procedurali*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata*, Napoli, 2010, p. 207 ss.), raccoglie norme appartenenti a settori diversi del diritto internazionale, tra cui il diritto dei rifugiati, il diritto dei diritti umani, il diritto umanitario, il diritto del lavoro, il diritto del commercio, il diritto marittimo, il diritto penale e il diritto consolare. Norme che, come nel caso che andremo ad analizzare, possono costituire un parametro di legittimità delle condotte statali ovvero, a seconda del rango, dell’oggetto e dello scopo, devono essere declinate congiuntamente a queste ultime (cfr. ad. es. nell’ordinamento italiano i limiti imposti alla disciplina del trattamento giuridico dello straniero dall’art. 10 Cost.).

<sup>22</sup> M. PICHL, D. SCHMALZ, *op. cit.*; S. CARRERA, *op. cit.*; F. MUSSI, *La sentenza N.D. e N.T. della Corte europea dei diritti umani: uno “schiaccio” ai diritti dei migranti alle frontiere terrestri?*, in *SIDIBlog*, 19 marzo 2020, reperibile online; H. HAKIKI, *N.D. and N.T. v. Spain: defining Strasbourg’s position on push backs at land borders?*, in *Strasbourg Observers*, 26 marzo 2020, reperibile online; F. L. GATTA,

porazione nella prassi giurisprudenziale della Corte europea di istituti e procedure derivanti dal diritto penale e che, su impulso degli Stati, sembrano essere state assorbite dalla Corte senza un corrispondente ampliamento del corredo di garanzie che avrebbe potuto derivare nella tutela dei diritti degli stranieri (cfr. il par. 4). Effettueremo poi qualche valutazione su alcuni tentativi operati da numerosi Stati di ricezione dei flussi migratori di inasprire il linguaggio giuridico e di aumentare le misure restrittive nella gestione dei flussi migratori. Ma si rifletterà anche sulle crescenti tensioni tra i diversi *stakeholders*<sup>23</sup> che, a partire dal (conteso) ambito di applicazione della garanzia procedurale offerta dalla Convenzione agli stranieri in forza del divieto di espulsioni collettive sancito dalla CEDU e della sua particolare attitudine ad esprimere valori solidaristici in situazioni concernenti la tutela di diritti collettivi<sup>24</sup>, si riverberano, a nostro avviso, in vari ambiti del diritto di derivazione sovranazionale. L' idoneità di questa sentenza a fornire elementi interessanti su più piani interpretativi induce l' interprete a considerarla, sul piano teorico, alla stregua di un *international incident* (par. 4). Coniata da una influente scuola americana del diritto internazionale del periodo della guerra fredda, la c.d. New Heaven School, l' espressione è intesa a qualificare, e ancora oggi si presta a spiegare, una particolare classe di sentenze rese dalle giurisdizioni internazionali. In questa ristretta categoria di sentenze la divaricazione delle posizioni dei vari *stakeholders* internazionali palesa una situazione conflittuale che, trascendendo le situazioni giuridiche decise nel caso di specie, rivelano un più generale “overt conflict between two or more actors in the international legal system”<sup>25</sup>. L' interesse sul piano giuridico dello studio di questi conflitti consiste nella sua attitudine a fornire elementi di primo piano nella comprensione degli assetti correnti di una determinata disciplina internazionale, in particolare attraverso l' analisi dei fatti con riguardo al contegno tenuto dalle “functional elites whose behavior determined the outcome”. Su questa base sarebbe consentito all' interprete costruire “inferences about international law”<sup>26</sup>.

4. Una delle principali novità del caso è costituita dalla circostanza che la Corte ha voluto subordinare il riconoscimento della garanzia espressa dall' art. 4, Prot. 4, e dal correlativo trattamento individualizzato dei migranti da espellere, ad una valutazione della (buona) condotta di questi ultimi in assenza della quale gli Stati possono ritenersi esonerati dall' adempimento delle garanzie di ordine procedurale connesse

---

*Recenti sviluppi nelle politiche di controllo migratorio in Europa*, in *Eurojus.it*, 2020, p. 123 ss.; M. DI FILIPPO, *Walking the (Barbed) Wire of the Prohibition of Collective Expulsion: An Assessment of the Strasbourg Case Law*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, p. 479 ss.

<sup>23</sup> È appena il caso di ricordare che nell' ambito dei procedimenti che si svolgono davanti alla Corte, il termine può assumere un utilizzo ampio, atto a ricomprendere “potential rights-holders, that is, individuals and legal persons, national decision-makers, whether of a judicial, executive or legislative nature, and civil society and non-governmental organisation”: R. SPANO, *The Future of the European Court of Human Rights: Subsidiarity, Process-Based Review and Rule of Law*, in *Human Rights Law Review*, 2018, p. 474.

<sup>24</sup> Sul punto J. M. LARRALDE, *La Convention européenne des droits de l' homme et la protection de groupes particuliers*, in *Revue trimestrielle des droits de l' homme*, 2003, p. 1247 ss.

<sup>25</sup> W. M. REISMAN, *International Incidents: Introduction to a New Genre in the Study of International Law*, in *Yale Journal of International Law*, 1984, pp. 1-20, riprodotto in W. M. REISMAN, A.R. WILLARD (eds.), *International Incidents. The Law that Counts in World Politics*, Princeton, 1988, p. 15.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

al divieto di espulsioni collettive di stranieri<sup>27</sup>. Facciamo dunque riferimento ad uno degli elementi centrali intorno al quale si è dipanato il ragionamento della Corte, foriero di elementi di novità rispetto alla precedente giurisprudenza: quello dell'uso della nozione di condotta colpevole (*conduct coupable*). Si tratta di una nozione che, come subito vedremo, è stata adottata raramente dalla Corte prima del caso in esame e per di più con una valenza diversa.

In termini generali, mutuandone il significato dalle espressioni che fanno parte del patrimonio concettuale del diritto penale, potremmo intendere l'espressione facendo riferimento alla circostanza che i ricorrenti possano essere tenuti a rispondere delle conseguenze dannose della loro condotta, precludendo così l'applicazione di uno o più benefici previsti dalla Convenzione. Secondo la Grande Camera, infatti, la condotta tenuta dai ricorrenti costituisce "a relevant factor in assessing the protection to be afforded under Article 4 of Protocol No. 4"<sup>28</sup>.

Prima di tentare di chiarire in che modo il comportamento individuale dei ricorrenti abbia influito sulla decisione, è interessante osservare come l'espressione "condotta colpevole" ricorra in soli quattro paragrafi della sentenza<sup>29</sup>. In nessuno di essi, peraltro, la Corte la assume a tutti gli effetti come propria. Si evince infatti dalla formulazione dei paragrafi in cui l'espressione è richiamata testualmente che la Corte preferisce attribuirne l'adozione ai Governi<sup>30</sup>. Se si guarda al modo in cui è stata redatta la parte motiva, si è autorizzati a ritenere che il mancato ricorso alla nozione non sia frutto di una casualità<sup>31</sup>.

La Corte adotta (e solo nel par. 242) la diversa espressione *unlawful situation*, ripresa a sua volta da una analoga richiamata dal Governo francese<sup>32</sup>. In particolare, la Grande Camera ha valutato che la circostanza che i ricorrenti si siano posti in una "*unlawful situation by deliberately attempting to enter Spain by crossing the Melilla border protection structures (...) as part of a large group and at an unauthorised location*"<sup>33</sup>, abbia legittimato, congiuntamente alla disponibilità di luoghi di ingresso regolari e a parere della Corte genuinamente accessibili – in mancanza di sufficienti prove contrarie –, la preclusione all'accesso dei ricorrenti ad una procedura di allontanamento individualizzata, in conformità ai canoni elaborati in merito dalla giurisprudenza in tema di applicazione dell'art. 4, Prot. 4. Come si deduce dalla formulazione complessiva del par. 210, ma anche dall'utilizzo dell'avverbio *especially*, il fatto che i ricorrenti si siano avvalsi dell'uso della forza, insieme ad un gruppo, è stato qualificato, pertanto, alla stregua di una sorta di circostanza "aggravante"<sup>34</sup>.

<sup>27</sup> V. *infra*, il testo che fa capo alle note 33, 34 e 35.

<sup>28</sup> Par. 200 della sentenza.

<sup>29</sup> Cfr. i paragrafi 134, 147, 204 e 208.

<sup>30</sup> V. ad es. il par. 208: "The Court notes the Government's argument that the applicants had engaged in "culpable conduct" by circumventing the legal procedures that existed for entry into Spain".

<sup>31</sup> "Consequently, in accordance with its settled case-law, the Court considers that the lack of individual removal decisions can be attributed to the fact that the applicants, if they indeed wished to assert rights under the Convention, did not make use of the official entry procedures existing for that purpose, and was thus a *consequence of their own conduct*" (par. 231, nostro corsivo).

<sup>32</sup> Al par. 148.

<sup>33</sup> *Ivi*, par. 242.

<sup>34</sup> "Consequently, they may refuse entry to their territory to aliens, including potential asylum-seekers, who have failed, without cogent reasons (...) to comply with these arrangements by seeking to cross the border at a different location, especially, as happened in this case, by taking advantage of their large numbers and using force" (par. 210).

Ci sono degli aspetti inediti di tale linea di pensiero che meglio possono essere colti effettuando un rapidissimo confronto con la giurisprudenza della Corte europea disponibile volta a mettere in luce la portata del divieto di espulsioni collettive e la tutela che esso offre agli stranieri colpiti in quanto gruppo. L'esame può essere condotto, in particolare, in relazione alle diverse tipologie di *unlawful situations* nelle quali, in casi precedenti a quello in esame, si sono posti i ricorrenti con la propria condotta.

In termini generali, un presupposto dal quale scaturisce la colpevolezza della condotta di un soggetto è l'aver scelto, tra due o più condotte alternative, quella antiggiuridica. Nella nozione in via di elaborazione da parte della Corte europea, essa è stata intesa come mancanza di un rapporto collaborativo con l'autorità pubblica. Ad esempio, se l'autorità preposta – nonostante ripetute intimazioni – non riceve i documenti per l'identificazione, non c'è violazione dell'art. 4, Prot. 4, atteso che l'autorità stessa deve essere messa in condizione di poter operare.

È interessante osservare, da questo punto di vista, come la verifica sull'esistenza di eventuali “condotte colpevoli” da parte dei ricorrenti era stata prospettata dalla Corte europea anche nel caso *Hirsi*<sup>35</sup>. Tale possibilità fu tuttavia esclusa, in considerazione del fatto che le autorità italiane che in quel caso avevano preso a bordo il gruppo di migranti riportato in Libia, non avevano espletato alcuna attività di identificazione dei componenti del gruppo<sup>36</sup>.

Nel caso *Dritsas*, la “colpevole” condotta dei ricorrenti (un gruppo di cittadini greci giunti al porto di Ancona ai quali era stato impedito dalla Polizia di raggiungere Genova per partecipare ad una manifestazione) aveva implicitamente contribuito a produrre una dichiarazione di manifesta infondatezza della doglianza presentata alla Corte dai soggetti colpiti dall'allontanamento. Quest'ultima, in ordine ad una asserita violazione dell'art. 4, Prot. 4, nell'occasione, da parte delle autorità italiane<sup>37</sup>. Il presupposto fattuale che aveva portato la Corte ad escludere la possibilità di prendere in considerazione la violazione del divieto di espulsioni collettive era stato, in quel caso, il rifiuto da parte degli espellendi di fornire i propri documenti alle forze dell'ordine. In altri termini, la Corte ha valutato che il mancato ottemperamento del (reiterato) invito ai ricorrenti di esibire i documenti non aveva consentito alla pubblica autorità di prendere in carico i manifestanti stranieri, di accertarne le condizioni e di redigere le misure di allontanamento su base individuale<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Sentenza (GC) del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e a. c. Italia*, paragrafi 184 e 185. G. CELLAMARE, *Brevi note sulla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'affare Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, in *Studi sull'integrazione europea* 2012, p. 491 ss.; M. GIUFFRÉ, *Watered-Down Rights on the High Seas: Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2012, p. 728; I. PAPANICOLOPULU, *Hirsi Jamaa v. Italy. Application No. 27765/09*, in *American Journal of International Law*, 2013, p. 417 ss.; M. DEN HEIJER, *Reflections on Refoulement and Collective Expulsion in the Hirsi Case*, in *International Journal of Refugee Law* 2013, p. 265; U. VILLANI, *Osservazioni sulla sentenza della Corte europea nell'affare Hirsi Jamaa e sui problemi relativi alla sua esecuzione*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 2012, n. 1, p. 5 ss.

<sup>36</sup> Sentenza *Hirsi*, par. 184. Nel medesimo paragrafo, tra l'altro, la Corte aveva censurato la materiale impreparazione del personale di bordo nel gestire le esigenze di accertamento della posizione individuale ex art. 4, Prot. 4, e la mancanza di addetti a fornire assistenza linguistica e legale.

<sup>37</sup> Sentenza del 1° febbraio 2011, *Dritsas e a. c. Italia*.

<sup>38</sup> Sicché, in buona sostanza, la mancata esibizione non aveva permesso alla garanzia prevista dall'art. 4, Prot. 4, di poter operare e “[i]n queste circostanze, è giocoforza constatare che l'assenza di provve-

Questa sintetica ricostruzione della prassi rilevante aiuta a comprendere come lo scenario che fa seguito al recente intervento dei giudici della Corte europea nel caso *N.D.* e *N.T.* sia piuttosto diverso. Anzitutto, l'alternativa consistente nella presenza di varchi di accesso è stata valutata come preconditione idonea ad innescare l'operatività della condotta ritenuta *unlawful*. La Grande Camera sembra così aver fatto operare una presunzione circa la materiale possibilità dei ricorrenti di raggiungere i varchi di ingresso ufficiali che probabilmente non è stata adeguatamente esplorata nei suoi presupposti<sup>39</sup>. Per corroborare questa impressione basti leggere i paragrafi 152-155 della sentenza, nei quali si dà conto della valutazione contraria dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR) circa la concreta disponibilità di accessi ufficiali, considerando che ai migranti era sistematicamente impedito finanche di raggiungerne le vicinanze.

Con la decisione *N.D.* e *N.T.*, la portata dell'art. 4, Prot. 4, pertanto, subisce una restrizione, in quanto il nesso tra la condotta che per i motivi sopra precisati preferiamo qui definire *unlawful* e, per così dire, la *messa in condizione* dell'Autorità di poter valutare la situazione degli stranieri espellendo individualmente e singolarmente, diviene oggettivamente più oneroso per questi ultimi. La medesima impressione è rafforzata, per altro verso, dai passaggi della sentenza sopra citati, alcuni dei quali, almeno rispetto alle circostanze del caso in esame, lasciano intravedere nell'assunto di partenza una certa coloritura penalistico-retributiva, approccio di cui, peraltro, possiamo trovare l'eco in un passo, in questo senso assai esplicito, della opinione parzialmente disseziante resa dal giudice russo Dedov in occasione della sentenza della Grande Camera nel caso *Khlaifia*<sup>40</sup>.

Qualche preoccupazione sulla tendenza in parola si ricava anche dall'analisi di un caso successivo alla sentenza *N.D.* e *N.T.*, in cui è stata dichiarata la non violazione dell'articolo in parola e la valutazione effettuata dalla Corte di Strasburgo non è stata indifferente alla circostanza che i ricorrenti, colpiti da ordini di espulsione redatti in termini uguali, avevano attraversato il confine statale in maniera irregolare<sup>41</sup>.

Anche alla luce della presa di distanza operata dalla Corte rispetto all'uso della nozione di "condotta colpevole", questione che non può essere relegata a mera sfu-

---

dimenti individuali di respingimento nei confronti dei ricorrenti non può in alcun caso essere imputata al governo convenuto" (sentenza *Dritsas*, par. 7).

<sup>39</sup> Sul punto cfr. anche R. WISSING, *Push Backs of "Badly Behaving" Migrants at Spanish Border Are Not Collective Expulsions (but Might Still Be Illegal Refoulements)*, in *Strasbourg Observers*, 25 febbraio 2020, reperibile *online*.

<sup>40</sup> Secondo il giudice Dedov, "(...) the applicants had put themselves in an unlawful situation, contrary to the presumption of the sovereign right of any State to control its borders. (...) Moreover, the authorities provided the applicants with all necessary assistance to save their lives. In spite of that, the applicants refused to cooperate with the authorities and created inconvenience for other lawful residents, participating in a riot which caused mass disorder". Sentenza (GC) del 15 dicembre 2016, *Khlaifia c. Italia*.

<sup>41</sup> "It is therefore not unreasonable for those orders to have been justified merely by the fact that the applicants were third-country nationals who had committed an administrative offence by unlawfully crossing the Slovak border": sentenza del 20 marzo 2020, *Asady e a. c. Slovacchia*. Va detto che in questo caso la non violazione dell'art. 4, Prot. 4, è stata decisa con una maggioranza di 4 giudici contro 3. Espressioni assai critiche nei confronti della posizione assunta dalla maggioranza in relazione alla valutazione di illiceità della condotta dei ricorrenti e alla loro materiale possibilità di entrare legalmente in territorio slovacco sono formulate nella opinione dissenziente comune dei giudici Lemmens, Keller e Schembri Orland (paragrafi 15-24).

matura linguistica, ma è suscettibile, come si è detto, di produrre conseguenze di rilievo sul piano concettuale<sup>42</sup>, è facile prevedere una serie di implicazioni di non poco momento nel caso i cui la giurisprudenza *N.D.* e *N.T.* dovesse essere confermata<sup>43</sup>.

In prospettiva, per valutare la potenziale applicabilità della disposizione dell'art. 4, Prot. 4, potrebbe essere necessario procedere a tutta una serie di operazioni preliminari di verifica, anche sul piano fattuale, che, inutile nasconderselo, lasceranno ampi margini di discrezionalità all'autorità giudiziaria<sup>44</sup>. Occorrerà, cioè, prestare molta attenzione sia ad elementi che incidono, per così dire, sul piano "spazio-temporale" della sequenza degli eventi, sia alla condotta tenuta dai ricorrenti. Sotto il primo profilo, tenuto conto che l'accettazione delle domande di protezione può ben essere limitata ai luoghi a ciò deputati e agli orari indicati dagli Stati<sup>45</sup>, occorrerà verificare se i ricorrenti abbiano dato prova di essersi sforzati di raggiungere i varchi a ciò preposti. Inoltre, come si è detto, gli obblighi statali di non procedere ad espulsioni collettive da oggi potrebbero non trovare applicazione *anche* nel caso in cui non sia possibile escludere che i richiedenti la protezione internazionale abbiano tratto vantaggio dall'aver fatto parte di gruppi che hanno tentato l'ingresso nello Stato facendo ricorso a modalità violente.

Ai fini dell'eventuale applicazione dell'art. 4, Prot. 4, potrebbe essere richiesto di procedere, dunque, anche alla valutazione di elementi inediti sul piano personale, come la (buona) condotta degli attori (che presumibilmente non dovrebbe assurgere a tale rilevanza quando, nel bilanciamento, è in gioco la tutela dei diritti umani)<sup>46</sup> e ad eventuali pericoli che siano derivati alla sicurezza pubblica dalle condotte illecite dei medesimi<sup>47</sup>.

Nel caso di specie, le suddette conclusioni sono state raggiunte dalla Corte europea senza che in capo ai ricorrenti fossero emersi elementi di prova in ordine al compimento di specifici reati (quali, ad esempio, i danneggiamenti)<sup>48</sup>. Si tratta,

<sup>42</sup> Questo aspetto sembra essere stato tralasciato da molti dei commenti pubblicati.

<sup>43</sup> La Corte ha più volte affermato, nell'esaminare i casi di violazioni dell'art. 4, Prot. 4, che bisogna tenere conto, nel quadro delle valutazioni che la Corte è chiamata ad effettuare, sia delle circostanze particolari che caratterizzano l'espulsione controversa che "del contesto generale all'epoca dei fatti": cfr. la sentenza (GC) del 3 luglio 2014, *Georgia c. Russia (I)*, par. 171. Nella sentenza del 15 gennaio 2002, *Čonka c. Belgio*, par. 59, per spiegare come il complesso delle circostanze nelle quali il provvedimento è maturato, è stato eseguito e portato a compimento non sia irrilevante, la Corte ha adottato l'espressione "les circonstances entourant la mise en oeuvre de décisions d'expulsion".

<sup>44</sup> Osservano M. PICHL, D. SCHMALZ, *op. cit.*, che "to invent a new criterion of "unlawfulness" to limit a clearly stated right, sets a very dangerous precedent". V. anche, per un esempio concreto, le argomentazioni presentate dal Governo convenuto nel citato caso *Asady*, par. 54-56.

<sup>45</sup> V. *supra*, la nota 7.

<sup>46</sup> Insiste sulla indisponibilità dei diritti convenzionali ad operazioni di bilanciamento, S. CARRERA, *op. cit.*

<sup>47</sup> Cfr. i paragrafi 201 e 210 della sentenza *N.D.* e *N.T.* Una diversa (e di più ampia portata) lettura dell'art. 4, Prot. 4, ci sembra desumibile dall'interessante decisione resa dal Tribunale di Roma, Sez. I civ., 28 novembre 2019, n. 22917, est. Velletti, nella quale si legge: "La *ratio* della norma [è] rinvenibile nella volontà di evitare che gli Stati possano allontanare un certo numero di stranieri senza esaminare la loro situazione personale (...) con la precisazione che la mancata richiesta di asilo non consente di ignorare che in taluni Paesi sia riscontrabile una situazione di sistematico mancato rispetto dei diritti umani".

<sup>48</sup> Basti in tal senso osservare che il governo spagnolo non ha neppure fornito prova certa della partecipazione dei ricorrenti al gruppo di stranieri oggetto di *devoluciones en caliente* a seguito degli scontri avvenuti la notte del 13 agosto 2014, sostenendo, peraltro, che tale onere di prova fosse a carico di

pertanto, di valutazioni che forse avrebbero richiesto maggiori approfondimenti volti a ricavare eventuali responsabilità dirette e personali dei due migranti, anche alla luce di quelle teorie secondo le quali l'art. 4 del Protocollo n. 4 avrebbe l'effetto di determinare una sorta, per così dire, di inversione dell'onere della prova a carico dello Stato espellente: a quest'ultimo spetterebbe cioè il compito di dimostrare di aver rispettato tutti gli obblighi imposti dall'articolo in commento, dal momento che lo Stato che provvedesse al *respingimento improvviso* di centinaia o anche di migliaia di persone giunte sul proprio territorio non potrebbe invocare eccezioni di alcuna sorta per giustificare la propria condotta<sup>49</sup>.

Oltretutto, in conseguenza della qualificazione della condotta dei ricorrenti come "unlawful" la Grande Camera ha dichiarato che il Governo spagnolo non può essere ritenuto responsabile per non aver offerto loro un rimedio efficace contro l'allontanamento, come previsto dall'art. 13 CEDU, sul diritto a un ricorso effettivo, letto in combinazione con l'art. 4, Prot. 4<sup>50</sup>.

Alla luce delle critiche sollevate nel corso del giudizio dalle organizzazioni umanitarie nei confronti delle modalità applicative della legge spagnola, questa soluzione suscita qualche perplessità. Come è stato osservato, infatti, poiché l'art. 4, Prot. 4, rileva come una norma di carattere meramente procedurale, "l'art. 13 viene in gioco quale disposizione che consente di verificare l'effettività di quelle garanzie"<sup>51</sup>. Si induce così il rischio di incorrere in una sorta di "circolo vizioso", atteso che la (legittimata) mancanza di rimedi efficaci ha (almeno finora) impedito alle giurisdizioni nazionali di stabilirne la compatibilità sia con le norme del diritto spagnolo sia con quelle di derivazione sovranazionale, in particolare del diritto dell'Unione, in virtù del suo primato sui diritti nazionali<sup>52</sup>. Oltretutto, nella medesima sede potrebbe essere richiesto l'intervento della Corte di giustizia dell'Unione europea in sede di rinvio pregiudiziale di validità o di interpretazione, anche al fine di verificare la compatibilità di tali pratiche, come si è detto, applicative del Codice frontiere Schengen, con il già menzionato art. 19, par. 1, della Carta

---

questi ultimi (par. 80). Ma, secondo i ricorrenti, siffatto (presunto) inadempimento "was the result of the Spanish Government's failure to comply with the procedures for identifying persons and assessing their individual circumstances as required by Article 4 of Protocol No. 4" (par. 82).

<sup>49</sup> J. M. HENCKAERTS, *Mass Expulsion*, cit.: "No country possesses an adequate administrative infrastructure to properly process so many expulsions in such a short period. Therefore, a government that expels aliens en masse is presumed guilty of mass expulsion until it can prove due process for each and every case" (p. 14). Secondo alcuni AA. considerazioni di ispirazione non dissimile sembrano aver guidato la Corte nella tecnica utilizzata per decidere in merito alle responsabilità del Belgio nel citato caso *Čonka*, uno dei *leading cases* in materia di divieto di espulsioni collettive. V. A. DISPA, J.M. HAUSMAN, *La notion d'expulsion collective d'étrangers*, cit.; E. ZANIBONI, *Il divieto di espulsioni collettive di stranieri*, cit.

<sup>50</sup> Cfr. i paragrafi 240-243.

<sup>51</sup> G. CELLAMARE, *Note in margine*, cit., p. 163 (in nota).

<sup>52</sup> Per una ricostruzione dello strumentario tecnico a disposizione dei giudici comuni per la protezione dei diritti umani, da ultimo, R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *European Papers*, 2020, spec. p. 3 ss.; G. CAGGIANO, *Il richiedente la protezione internazionale davanti al giudice tra tutela, giurisdizione effettiva e autonomia processuale degli Stati membri*, in A. ZANOBETTI, G. CONTALDI, F. MARONGIU BUONAIUTI, M.I. PAPA (a cura di), *Liber Amicorum Angelo Davì. La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, I, Napoli, 2019, pp. 451-472.

dei diritti fondamentali<sup>53</sup>. Invero, come si è detto in apertura, la Corte europea ha valutato presenza di luoghi di accesso “ufficiali” in astratto abilitati a ricevere le domande di protezione internazionale sufficiente a soddisfare la condizione posta dalla Convenzione. Si tratta però di un principio che va “integrato” caso per caso dalla dimostrazione della materiale possibilità dei ricorrenti di poter raggiungere siffatti presidi. L’assenza di una, adeguata e genuina, possibilità alternativa offerta dallo Stato di accedere alla frontiera in modo legale è suscettibile di determinare l’inapplicabilità di questo criterio.

Nel caso di specie la Corte mostra, sotto il primo dei due profili, di ritenersi soddisfatta dall’esistenza di un accesso alternativo alla frontiera spagnola costituito dal posto di frontiera di Beni Enzar<sup>54</sup>, la cui entrata in funzione ufficiale, tuttavia, è successiva ai fatti di causa, essendo avvenuta il 1° settembre 2014. Vale la pena di osservare in proposito che l’UNCHR aveva dichiarato che prima di novembre 2014 non era stato possibile chiedere asilo al valico di frontiera di Beni Enzar a Melilla o in qualsiasi altro luogo, contestando dunque apertamente l’esistenza di qualsivoglia modalità per identificare le persone bisognose di protezione internazionale<sup>55</sup>. È singolare, pertanto, che i giudici della Corte europea non abbiano ritenuto di dover tenere conto di questi dati, preferendo conferire, come si è detto, particolare attenzione non solo al luogo, ma anche alle modalità con le quali è stato effettuato il tentativo di ingresso.

**5.** A torto o a ragione, cause di giustificazione dell’inasprimento dei controlli e delle procedure alle proprie frontiere evocanti la necessità di difendere i confini nazionali da quello che viene considerato un vero e proprio assedio da parte dei migranti sono spesso invocate dai Paesi occidentali di fronte alle giurisdizioni sovranazionali<sup>56</sup>.

Le Nazioni Unite, attraverso la voce di diversi organismi incaricati di studiare le modalità di gestione dei flussi migratori nelle zone di confine hanno più volte stigmatizzato l’approccio degli Stati “based on deterrence, militarization and extraterritoriality”<sup>57</sup>. L’intensificazione della normazione in questo delicato set-

<sup>53</sup> Dati recenti dimostrano, peraltro, che le Corti nazionali non fanno applicazione delle norme della Carta solo ed esclusivamente in riferimento a cause strettamente rientranti nel campo di applicazione del diritto dell’Unione. Cfr. la comunicazione del 5 giugno 2019, Relazione annuale della Commissione Europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni 2018 sull’applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell’UE, COM(2019)257 final: “Nella maggior parte delle decisioni giudiziarie che fanno riferimento alla Carta non si pone la questione dell’applicabilità o meno della Carta né del motivo per cui si applica. Solo raramente l’articolo 51 della Carta e il suo campo di applicazione vengono analizzati dai giudici”.

<sup>54</sup> V. il par. 213.

<sup>55</sup> Si veda il par. 152.

<sup>56</sup> Cfr. la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 12 settembre 2018, Ampliare l’offerta di percorsi legali verso l’Europa, componente indispensabile di una politica migratoria equilibrata e globale, COM(2018)635 final, p. 6.

<sup>57</sup> U.N.G.A., *Report of the Special Rapporteur of the Human Rights Council on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Unlawful death of refugees and migrants*, A/72/335, 15 agosto 2017, in part. i par. 10 ss.; in senso analogo, U.N.G.A., *Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau - Regional study: management of the external borders of the European Union and its impact on the human rights of migrants*, A/HRC/23/46, 24 aprile 2013.

tore<sup>58</sup>, lungi dal porsi quale obiettivo prioritario la ricerca delle più efficaci tecniche di positivizzazione dei diritti dei soggetti che necessitano, a vario titolo, di ricevere protezione internazionale<sup>59</sup>, influenza, secondo alcuni autori, la formazione di nuovi paradigmi del diritto sovranazionale, orientati verso pratiche dissuasive e di contenimento dei flussi migratori<sup>60</sup>. Tra questi paradigmi possiamo annoverare, ad esempio, il ricorso ad un concetto di frontiera e di sovranità territoriale la cui difesa assurge a “bene primario” per gli interessi della collettività e quindi, in quanto tali, idonei a prevalere rispetto agli interessi solidaristici positivizzati dalle fonti convenzionali in materia di diritti umani<sup>61</sup>.

Nel caso di specie una nozione *sui generis* invocata dal Governo spagnolo per giustificare l’arretramento necessario al fine di costruire le menzionate barriere difensive sul proprio territorio e la militarizzazione delle corrispondenti aree limitrofe, evitando altresì (o tentando di evitare) il radicamento della giurisdizione<sup>62</sup> al fine di ridurre al minimo le procedure di allontanamento di chi riesce a raggiungerle<sup>63</sup>. Non distanti da queste tesi ci sembrano anche le argomentazioni sostenute

<sup>58</sup> Sulla “increasing obesity of refugee law”, T. SPIJKERBOER, *Minimalist Reflections on Europe, Refugees and Law*, in *European Papers*, 2016, p. 535.

<sup>59</sup> In armonia con i canoni normativi consolidatisi a partire dagli anni ‘50 del secolo scorso che hanno posto al centro della cooperazione giuridica internazionale la tutela della persona umana: v. C. FOCCARELLI, *La persona umana nel diritto internazionale*, Bologna, 2013.

<sup>60</sup> Sull’approccio “militarista a un problema umanitario”: I. TANI, *Le forme di contrasto al fenomeno dell’immigrazione irregolare attraverso il Mediterraneo nell’ambito dell’Unione europea*, in A. ANTONUCCI, I. PAPANICOLOPULU, T. SCOVAZZI (a cura di), *L’immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell’esperienza europea*, Torino, 2016, spec. p. 235 ss. V. anche S. DEHM, *Accusing ‘Europe’: Articulations of Migrant Justice and a Popular International Law*, in A. BYRNES, G. SIMM (eds.), *Peoples’ Tribunals And International Law*, Cambridge, 2018, pp. 157-181; ID., *International Law at the Border: Refugee Deaths, the Necropolitical State and Sovereign Accountability*, in S. CHALMERS, S. PAHUJA (eds.), *Routledge Handbook of International Law and the Humanities*, 2020, reperibile online; M. GIUFFRÉ, V. MORENO-LAX, *The Rise of Consensual Containment: From “Contactless Control” to “Contactless Responsibility” for Forced Migration Flows*, in S. JUSS (ed.), *Research Handbook on International Refugee Law*, 2019, p. 82 ss.; da ultimo, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, C. COSTELLO, I. MANN, *Border Justice: Migration and Accountability for Human Rights Violations*, in *German Law Journal*, 2020, p. 311 ss.

<sup>61</sup> Nel valutare la conformità alla Costituzione della procedura di espulsione imposta agli stranieri dalla legge 28 febbraio 1990, n. 39 (c.d. “Legge Martelli”) la Corte costituzionale ha avuto modo di affermare: “Le ragioni della solidarietà umana non possono essere affermate al di fuori di un corretto bilanciamento dei valori in gioco, di cui si è fatto carico il legislatore. Lo Stato non può infatti abdicare al compito, ineludibile, di presidiare le proprie frontiere: le regole stabilite in funzione d’un ordinato flusso migratorio e di un’adeguata accoglienza vanno dunque rispettate, e non eluse, o anche soltanto derogate di volta in volta con valutazioni di carattere sostanzialmente discrezionale, essendo poste a difesa della collettività nazionale e, insieme, a tutela di coloro che le hanno osservate e che potrebbero ricevere danno dalla tolleranza di situazioni illegali” (sentenza del 21 novembre 1997, n. 353, par. 2). Un commento all’impostazione di quella procedura, più orientata a soddisfare “l’esigenza di garantire l’esecuzione dell’ordine impartito dall’autorità competente rispetto a quella di tutelare i diritti riconosciuti agli stranieri”, è in C. FAVILLI, *La nuova disciplina dell’espulsione amministrativa*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1998, p. 770.

<sup>62</sup> Una ricostruzione delle norme applicabili nelle diverse aree marittime in T. SCOVAZZI, *Human Rights and Immigration at Sea*, in R. RUBIO-MARIN (ed.), *Human Rights and Immigration*, Oxford, 2014, p. 212 ss.; Per alcune delle più comuni tecniche statali adottate al fine di “sganciare” le condotte rilevanti dalla giurisdizione evitando in tal modo l’insorgere di responsabilità internazionale, F.L. GATTA, *Recenti sviluppi*, cit., p. 124.

<sup>63</sup> Queste anomalie sono state denunciate in una relazione sottoscritta da un gruppo di docenti universitari spagnoli di materie giuridiche: “[L]a particular forma de argumentar del Ministerio del Interior

nel corso del giudizio *N.D.* e *N.T.* dal Governo italiano<sup>64</sup>, prive di pregio in relazione ai fatti oggetto di causa se non indirettamente e alla luce del più ampio contesto che meglio si cercherà di delineare di seguito<sup>65</sup>.

6. È lecito chiedersi se la legittimazione da parte della Corte delle pratiche di *devoluciones en caliente* disciplinate dal diritto spagnolo possa essere stata condizionata, ancorché indirettamente, da alcune recenti irrigidimenti degli assetti legislativi nazionali nella gestione delle zone di confine, come porti<sup>66</sup> e aeroporti<sup>67</sup>.

La Corte europea ha sempre ribadito, e lo ha ripetuto anche nel caso *N.D.* e *N.T.*, che gli Stati parte della CEDU hanno l'innegabile diritto sovrano di controllare l'ingresso e il soggiorno degli stranieri sul loro territorio. Tuttavia, sempre secondo la Corte, tale diritto deve essere esercitato nel pieno rispetto delle norme della Convenzione<sup>68</sup>. Ma è proprio nella soluzione adottata nel caso di specie per bilanciare queste due contrapposte esigenze che i giudici della Corte europea hanno suscitato le critiche più pungenti<sup>69</sup>.

Originariamente scaturita dalla necessità di prevenire la commissione di atti di terrorismo internazionale, questo tipo di normazione si caratterizza per una convergenza tra norme di diritto penale, legislazione finalizzata alla prevenzione del terrorismo e attività di polizia volta alla repressione dei fenomeni di *smuggling* e *traf-*

---

respecto del concepto de frontera tiene unas potenciales consecuencias muy serias en el ámbito del Derecho Internacional, habida cuenta de que tiene efectos directos sobre el concepto de territorio de soberanía española ... los conceptos de frontera y zona territorial de soberanía son de carácter estrictamente jurídico y están regulados en la normativa correspondiente, careciendo de cualquier cobertura legal la ficción en que se basa este concepto "operativo" de frontera". *Expulsiones "en caliente": cuando el Estado actúa al margen de la ley*, 27 giugno 2014, reperibile online.

<sup>64</sup> Cfr. il par. 151: "States had to comply with their obligations to monitor and control the European Union's external borders, in the interests of all its member States and of efforts to combat human trafficking and illegal immigration".

<sup>65</sup> In generale, sulle modifiche recenti alla legislazione italiana: G. CAGGIANO, *Le recenti modifiche della legge "Salvini" su immigrazione e asilo nella prospettiva del diritto dell'Unione europea e della CEDU*, in *I Post di AISDUE*, 20 febbraio 2019, p. 1 ss., reperibile online; I. PAPANICOLOPULU, *Tutela della sicurezza o violazione del diritto del mare?*, in *SIDIBlog*, 26 giugno 2019, reperibile online; e, se si vuole, E. ZANIBONI, *Quello che le norme non dicono. Le ambiguità del decreto sicurezza-bis, la gestione dei flussi migratori e l'Europa che verrà*, *ivi*.

<sup>66</sup> Cfr. il Symposium "Search and Rescue: Balancing Humanitarian and Security Reasons", in *Italian Yearbook of International Law*, 2018, p. 3 ss. (con scritti di G. CATALDI; G. BEVILACQUA; P. TURRINI; K. NERI; M. FANTINATO; F. DE VITTOR, M. STARITA; V. SCHATZ, F. ENDEMANN); P. DE SENA, M. STARITA, *Navigare fra istanze "Stato-centriche" e "cosmopolitiche": il caso "Sea Watch" in una prospettiva conflittuale*, in *SIDIBlog*, 14 luglio 2019, reperibile online; G. CATALDI, *Búsqueda y Rescate: La necesidad de equilibrar el control de fronteras con las obligaciones en materia de derecho del mar y de los derechos humanos*, in *Revista española de derecho internacional*, 2020, p. 197 ss.

<sup>67</sup> E. ZANIBONI, *Sviluppi recenti nella gestione e nel contrasto dell'immigrazione irregolare nell'Unione europea. Problematiche connesse all'esecuzione dei rimpatri e degli allontanamenti*, in E. FOLLIERI (a cura di), *Diritti fondamentali e politiche migratorie. Recenti prospettive*, Roma, 2017, p. 53 ss.

<sup>68</sup> Tra i primi casi della giurisprudenza della Corte europea ad adottare questa formula, v. ad esempio le sentenze del 25 giugno 1996, *Amuur c. Francia*, e dell'11 luglio 2000, *Jabari c. Turchia*.

<sup>69</sup> "The *N.D. and N.T. v Spain* judgement misplaces the individual at the periphery of the ECHR system, and gives priority to states' sovereignty and insecurity claims to manage their borders in ways that contravene both human rights and the rule of law". S. CARRERA, *op. cit.*, p. 22.

*ficking*<sup>70</sup>. Nell'ambito del diritto dell'Unione si può fare riferimento al regolamento (EU) 2019/1896 nel quale si estende la nozione di gestione europea integrata delle frontiere<sup>71</sup>, che prevede l'adozione di “misure connesse alla prevenzione e all'individuazione della criminalità transfrontaliera alle frontiere esterne, in particolare il traffico di migranti, la tratta di esseri umani e il terrorismo” (art. 3, lett. a), nonché, tra l'altro, “misure tecniche e operative nello spazio Schengen che sono connesse al controllo di frontiera e destinate ad affrontare l'immigrazione illegale e a combattere la criminalità transfrontaliera” (art. 3, lett. h). L'ampia gamma di compiti attribuiti, con il medesimo strumento, all'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera è finalizzata ad assicurare il conseguimento di tali obiettivi (art. 10).

Queste tendenze possono meglio essere sostanziate, seppure in estrema sintesi, con esempi di prassi legislative tratte dagli ordinamenti nazionali di alcuni Stati di ricezione<sup>72</sup>. Basti pensare al *pacchetto* di norme antiterrorismo consolidatosi nel Regno Unito – peraltro ulteriormente inasprita di recente – che criminalizza la “condotta ostile” (*hostile activity*) dei soggetti “concerned in the commission, preparation, or instigation of a hostile act that is or may be carried out for, or otherwise in the interests of, another state”<sup>73</sup>. L'atto è denominato *hostile* nel caso in cui “threatens national security” ovvero “the economic well-being of the United Kingdom in a way relevant to the interests of national security”, oppure se è qualificabile come “serious crime”. Il riferimento aggiuntivo alla minaccia alla sicurezza nazionale è stato introdotto solo nella riforma del 2019 a seguito delle critiche che la vaghezza della formulazione originaria aveva attirato<sup>74</sup>.

L'esempio forse più significativo di incorporazione nella prassi giurisprudenziale di procedure di gestione dei confini statali imperniata sulla repressione dei flussi migratori con strumenti penalistici, ma privi del corrispondente ampliamento del corredo di garanzie che da tale assorbimento di materiali avrebbe potuto derivare nella tutela dei diritti degli stranieri<sup>75</sup>, è certamente quello del diritto statunitense<sup>76</sup>. In quell'ordinamento è stato ampliato nel tempo il novero delle fattispecie che puni-

<sup>70</sup> Tra gli AA. che per primi hanno rilevato queste tendenze, F. CREPEAU, *The Fight Against Migrant Smuggling: Migration Containment Over Refugee Protection*, in AA.VV., *The Refugee Convention at Fifty: A View from Forced Migration Studies*, Lexington, 2003, p. 173 ss.

<sup>71</sup> La nozione è già contenuta nelle conclusioni del Consiglio affari interni del 4 e 5 dicembre 2006, nelle quali si fa riferimento quale “corpus legislativo comune”, al Codice frontiere Schengen, nonché alla necessità di implementare la cooperazione interstatale alle frontiere esterne dietro il coordinamento dall'Agenzia europea Frontex.

<sup>72</sup> Seguendo il noto insegnamento della Corte internazionale di giustizia, secondo il quale l'analisi della prassi deve includere specialmente gli Stati “whose interests were specifically affected”. Corte internazionale di giustizia, sentenza del 20 febbraio 1969, *Piattaforma continentale del mare del Nord*, (Repubblica Federale Tedesca/Danimarca; Repubblica Federale Tedesca/Paesi Bassi), par. 73.

<sup>73</sup> *Counter-Terrorism and Border Security Act*, 2019, Schedule 3.

<sup>74</sup> L. ZEDNER, *The Hostile Border: Crimmigration, Counter-Terrorism, or Crossing the Line On Rights?*, in *New Criminal Law Review*, 2020, pp. 318-345, p. 320.

<sup>75</sup> La riflessione “that immigration law has been absorbing the theories, methods, perceptions, and priorities of the criminal enforcement model”, è di S. H. LEGOMSKY, *The New Path of Immigration Law: Asymmetric Incorporation of Criminal Justice Norms*, in *Washington & Lee Law Review*, 2007, p. 472 (corsivo originale).

<sup>76</sup> “Procedurally, the combination of harsh penalties borrowed from the criminal enforcement model and rejection of the procedural safeguards embodied in the criminal adjudication model leaves a disturbing imbalance. When the personal stakes are high, the risk of error should be kept correspondingly low. Asymmetric incorporation has given immigration law precisely the opposite”: *ivi*, p. 524.

scono il tentativo di ingresso irregolare in sé. Si è assistito inoltre ad una progressiva criminalizzazione di condotte che seppure poste in essere prima o al momento di entrare in contatto con la giurisdizione statunitense, ricomprendono *anche* le modalità con le quali i migranti cercano di accedere al territorio<sup>77</sup>. In entrambi i casi si ha per conseguenza un irrigidimento degli *standard* di trattamento, che tende ad accomunare sia coloro che hanno commesso illeciti successivamente al loro ingresso sul territorio (c.d. *post-entry criminal conduct*) sia coloro che sono stati fermati al confine<sup>78</sup>.

Interessa comunque sottolineare in questa sede come, pur avendo una matrice penalistica, in molti casi queste fattispecie sono talvolta emanate con atti di natura regolamentare. In tal modo tendono ad essere sottratte alla conoscenza dei parlamenti nazionali e scarsamente soggette al controllo giurisdizionale, nonostante le forti ripercussioni sulla sfera dei diritti azionabili dai soggetti che hanno tentato l'ingresso irregolare sul territorio<sup>79</sup>.

<sup>77</sup> *Ivi*, spec. p. 477.

<sup>78</sup> *Ibidem*. Per motivi di spazio, ci permettiamo di rinviare a questo scritto per tutti gli ulteriori riferimenti alla prassi giurisprudenziale. In letteratura: D. KANSTROOM, *Criminalizing the Undocumented: Ironic Boundaries of the Post-September 11th "Pale of Law"*, in *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 2004, pp. 639-670; A. M. McLEOD, *THE U.S. CRIMINAL IMMIGRATION CONVERGENCE AND ITS POSSIBLE Undoing*, in *American Criminal Law Review*, 2012, p. 105; A. ALIVERTI, *Crimes of Mobility: Criminal Law and the Regulation of Immigration*, Abingdon, 2013, reperibile *online*; FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY (FRA), *Criminalisation of Migrants in an Irregular Situations and of Persons Engaging with Them*, Vienna, 2014, reperibile *online*; D. GHEZELBASH, *Refuge Lost: Asylum Law in an Interdependent World*, Cambridge, 2018 (nel quale è verificata la compatibilità con il diritto internazionale delle *policy* di contenimento messe in atto da Stati Uniti e Australia); I. MANN, *The New Impunity: Border Violence as Crime*, in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2020, reperibile *online*, spec. pp. 24-32. Per la legislazioni in difesa dei confini approvata da Israele: T. KRITZMAN-AMIR, T. P. SPIJKERBOER, *On the Morality and Legality of Borders: Border Policies and Asylum Seekers*, in *Harvard Human Rights Journal*, 2013, pp. 1-38; L. MARIN, A. SPENA, *Introduction: The Criminalization of Migration and European (Dis)Integration*, in *European Journal of Migration and Law*, 2016, p. 147 ss.

<sup>79</sup> "The border becomes, if not exactly a black hole, at least a grey zone in which the exercise of state power by police and immigration officials is not subject to the same critical scrutiny nor held to the same procedural standards as ordinarily apply": L. ZEDNER, *The Hostile Border*, *op. cit.*, p. 320. Emblematiche al riguardo le espressioni adottate dal relatore Lord Hughes nella sentenza della Corte suprema del Regno Unito del 22 luglio 2015, *Beghal v. Director of Public Prosecutions* [2015] UKSC 49 § 51, sulla compatibilità di alcuni poteri di polizia con l'art. 5, l'art. 6 e l'art. 8, par. 1, della CEDU. La sentenza è reperibile *online*. Secondo il Giudice della Corte suprema inglese: "The potential importance of intercepting, detecting and deterring terrorists at border points is generally recognised". Nella stessa sentenza, inoltre, Lord Hughes osserva: "Public expectations are different at borders and that the intrusion represented by checks, questioning and searches is less than it is elsewhere" (paragrafi 38-40). V. anche sul medesimo tema: L. ZEDNER, *Seeking Security by Eroding Rights: The Side-stepping of Due Process*, in B.J. GOOLD, L. LAZARUS (eds.), *Security and Human Rights*, Oxford, 2007, II ed.; J. BROUWER, M. VAN DER WOUDE, J. VAN DER LEUN, *Border Policing, Procedural Justice and Belonging: The Legitimacy of (cr)immigration Controls in Border Areas*, in *British Journal of Criminology*, 2018, pp. 624-643; G.M. GLONINGER, *From Humanitarian Rescue to Border Security: Managing Migration in the Central Mediterranean*, in *European Journal of Migration and Law*, 2019, p. 459 ss.; C. COSTELLO, I. MANN, *Border Justice*, *cit.*

7. Al di là delle espressioni di comprensione delle difficoltà incontrate dagli Stati nella gestione dei flussi migratori<sup>80</sup>, da qualcuno definiti “retorica della crisi”<sup>81</sup>, la sentenza *N.D. e N.T.*, come si è osservato, non censura le prassi (assai criticate) di allontanamento del Governo spagnolo, prassi che, a loro volta possono essere considerate in linea con quelle provenienti dagli ordinamenti interni alle quali si è sinteticamente fatto cenno e che invocano a loro giustificazione profili di difesa della sovranità statale che attengono alla sicurezza nazionale, alla protezione dei confini e all’integrità territoriale.

Evocato nelle memorie difensive del Governo spagnolo, ma poco o nulla battuto dai commenti fin qui pubblicati, c’è un punto della sentenza che attiene alla richiesta del Governo spagnolo di considerare la reazione agli attacchi dei migranti alla frontiera di Ceuta e Melilla con il Marocco come legittima applicazione del diritto di legittima difesa individuale, previsto dall’art. 51 della Carta delle Nazioni Unite in caso di attacco armato subito da uno Stato (par. 60)<sup>82</sup>. Senza entrare nel merito di questa richiesta, la Grande Camera si è limitata ad osservare che non era stata integrata da successive comunicazioni in ordine all’avvenuto deferimento della questione al Consiglio di sicurezza.

Il passaggio è di un certo rilievo per un duplice ordine di motivi. Da un lato, infatti, lascia evincere chiaramente come il Governo spagnolo (al pari del resto di quanto avviene in molti Paesi occidentali) abbia impostato la sua difesa trattando la questione della disciplina delle migrazioni in ingresso come sempre più condizionata (ed intrecciata) al tema dell’asserita minaccia apportata al “bene” della sicurezza e della protezione delle frontiere dai flussi migratori. Nello stesso tempo, offre qualche indicazione in ordine alle dinamiche giuridiche nell’ambito delle quali si atteggiavano ormai i rapporti tra le organizzazioni internazionali e i Governi che a tali flussi sono maggiormente esposti. La giustificazione della propria condotta da parte del Governo spagnolo come reazione necessaria e mirata alla difesa di beni ritenuti di rilevanza primaria per il diritto internazionale pubblico<sup>83</sup>, quali l’integrità territoriale e la protezione dei confini<sup>84</sup>, è ancora una volta, sintomatica dei forti attriti dai quali l’intera sentenza è percorsa. Torna così alla mente il pensiero di

<sup>80</sup> Anche nel caso qui esaminato, la Corte “emphasised the challenges facing European States in terms of immigration control as a result of the economic crisis and recent social and political changes which have had a particular impact on certain regions of Africa and the Middle East”. *N.D. e N.T. c. Spagna*, par. 169.

<sup>81</sup> C. COSTELLO, I. MANN, *Border Justice*, p. 320.

<sup>82</sup> “Although the Government referred to States’ inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurred against a member State of the United Nations, the Court notes that Spain has not indicated that it has referred the matter to the Security Council of the United Nations, as anticipated by Article 51 of the UN Charter (see paragraph 60 above) in this regard. In the circumstances of the case, the Court sees no need to pursue this argument further” (par. 166).

<sup>83</sup> L’art. 21 (Legittima difesa) del Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato della Commissione del diritto internazionale prevede che l’illiceità di un atto di uno Stato è esclusa se l’atto costituisce una misura lecita di legittima difesa presa in conformità alla Carta delle Nazioni Unite. Inoltre, ai sensi dell’art. 25, quando un atto non conforme ad uno dei suoi obblighi internazionali costituisca per lo Stato l’unico mezzo per proteggere un interesse essenziale contro un pericolo grave ed imminente, può invocarsi lo stato di necessità come causa di esclusione dell’illiceità.

<sup>84</sup> A proposito del “legitimate need for States Parties to prevent and refuse, in particular, the entry into their jurisdiction of aliens aiming to cross their external borders with known hostile intentions or posing known threats to national security” si veda l’opinione parzialmente dissenziente del giudice finlandese Koskela, spec. paragrafi 25 e 26.

un autorevole internazionalista, a proposito delle tecniche di interpretazione delle norme internazionali e ai divergenti risultati alle quali spesso possono condurre l'interprete: "People will continue to disagree about their meaning and application not because the expressions are unclear but because their experience of reality is different, incompatible"<sup>85</sup>.

Uno dei precipitati sul piano giuridico di questo tipo di inquadramento del fenomeno dei massicci spostamenti di persone transfontalieri è la rimodulazione ed estensione delle competenze decisionali in materia da parte delle Nazioni Unite<sup>86</sup> per effetto del quale si registra una robusta tendenza ad ampliare la nozione di "minaccia alla pace"<sup>87</sup>. Da tempo le condizioni di instabilità prodotte dai movimenti incontrollati di persone in fuga a seguito di disastri causati da guerre civili o internazionali hanno contribuito a determinare il transito della materia degli esodi di massa dal novero delle competenze di tradizionale appannaggio dell'Assemblea generale in quanto connesse alla tutela dei diritti umani, e dunque prevalentemente oggetto di norme di *soft law*, a quelle riservate dalla Carta al Consiglio di sicurezza in quanto concernenti il mantenimento dell'ordine mondiale e dunque oggetto di deliberazione attraverso atti di *hard law*<sup>88</sup>.

Non è questa evidentemente l'occasione per una disamina completa delle fattispecie affrontate nell'una e nell'altra sede in forza di questo nuovo approccio, né per verificare se, di volta in volta, le minacce addotte siano state meramente percepite o reali<sup>89</sup>. Fa una certa impressione però ricordare – *mutatis mutandis* – che il Governo

<sup>85</sup> M. KOSKENNIEMI, *Regarding "Méthode d'analyse du droit international" by Charles Chaumont (1975-I): Dialectics and International Law*, in *Revue belge de droit international*, 2015, p. 272.

<sup>86</sup> In generale, sulla "redistribution of functions between States on one side and international and supranational institutions on the other side": G. ARANGIO-RUIZ, *The Concept of International and the Theory of International Organisation (Appendix)*, in G. ARANGIO-RUIZ, *The United Nations Declaration on Friendly Relations And The System Of The Sources of International Law*, 1979, reperibile online, p. 151. V. anche, con accenti diversi, A. MALINTOPPI, *Su la "gestione" delle funzioni nell'ordinamento internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1975, pp. 749-753; H.G. SCHERMERS, N.M. BLOKKER, *International Institutional Law: Unity within Diversity*, V ed., Leiden, 2011; P. DE SENA, M.C. VITUCCI, *The European Courts and the Security Council: Between Dédoublement Fonctionnel and Balancing of Values*, in *European Journal of International Law*, 2009, pp. 193-228; C. FOCARELLI, *International Law as Social Construct, The Struggle for Global Justice*, Oxford, 2012, p. 117 ss.

<sup>87</sup> V., ad es., per l'incremento e l'estensione delle missioni di polizia civile sotto l'egida ONU, anche con compiti di contrasto al crimine organizzato che può svilupparsi in alcune fasi del processo di *peacebuilding*, E. ZANIBONI, *La cooperazione interstatale nell'esecuzione di misure per la prevenzione dei reati transnazionali*, in A. ZANOBETTI, G. CONTALDI, F. MARONGIU BUONAIUTI, M.I. PAPA (a cura di), *op. cit.*, pp. 1735-1767. Più in generale, M. ARCARI, *Il mantenimento della pace e l'uso della forza*, in T. SCOVAZZI (a cura di), *Corso di diritto internazionale*, II ed., Milano 2014, pp. 185-318; B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, XII ed., Milano, 2020, pp. 240-268.

<sup>88</sup> Una riflessione più ampia su questo tema in E. ZANIBONI, *Verso l'erosione dell'elemento territoriale dell'istituto dell'asilo nel diritto internazionale?*, in U. LEANZA (a cura di), *Le migrazioni, una sfida per il diritto internazionale, comunitario ed interno*, Napoli, 2005, p. 291 ss.

<sup>89</sup> Il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite ha in diverse occasioni messo in relazione in rapporto di causa ed effetto situazioni di disordine interno con l'ingenerarsi di un massiccio flusso di sfollati. La prassi è molto estesa e non può essere ripresa in dettaglio in questa sede. Si pensi, solo a titolo di esempio, alla guerra del Golfo con la risoluzione 688/1991, alla crisi nella ex Jugoslavia, con la risoluzione 715/1991 (adottata "en raison notamment des afflux de réfugiés dans les Etats voisins" (P.M. DUPUY, *Après la guerre du Golfe...*, in *Revue général de droit international public*, 1991, p. 621 ss.); alla Somalia con la risoluzione 733/1992 e, soprattutto, con la risoluzione 954/1994 (nella quale il Consiglio di sicurezza riconobbe "the impact that the situation in Somalia has had on neighbouring countries including, in particular, flows of refugees" accertando che "the situation in Somalia continues

indiano invocò nel 1971 l'intervento dell'Assemblea generale prima e del Consiglio di sicurezza poi quando aveva già accolto in via di fatto sul proprio territorio circa dieci milioni di pakistani in fuga<sup>90</sup>. La reazione attuale del Governo spagnolo appare *prima facie* significativa in termini di sproporzione almeno rispetto a quell'esempio<sup>91</sup>.

8. L'approccio orientato alla dissuasione e al contenimento è stato molto criticato, sia con riguardo alla situazione di Ceuta e Melilla, sia nei suoi riflessi giuridici più complessivi, anche dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, che, nelle osservazioni scritte presentate ai sensi dell'art. 36, par. 3, della Convenzione, aveva chiesto tra l'altro modifiche della legislazione spagnola in grado di riconciliare le esigenze di controllo dei confini con quelle del rispetto dei diritti umani<sup>92</sup>.

to threaten peace and security"); alla risoluzione 929/1994 sulla crisi ruandese "aimed at contributing, in an impartial way, to the security and protection of displaced persons, refugees and civilians at risk in Rwanda" (v. G. CATALDI, *Il Consiglio di sicurezza delle Nazioni unite e la questione del Ruanda*, in P. PICONE (a cura di), *Interventi delle Nazioni Unite e diritto internazionale*, Padova, 1995, p. 445 ss.). Più recentemente, al conflitto siriano con la risoluzione 2332/2016, nella quale il Consiglio "riconosce" che "the continued deterioration of the humanitarian situation in Syria is further contributing to the movement of refugees and poses risks to regional stability".

<sup>90</sup> Il delegato indiano in seno alla Sesta commissione dell'Assemblea generale: "For example, there could be a unique type of bloodless aggression from a vast and incessant flow of millions of human beings forced to flee into another State. If this invasion of unarmed men in totally unmanageable proportion were to not only impair the economic and political well-being of the receiving victim State but to threaten its very existence (...) it could have to be categorized as aggression. In such a case, there may not be use of armed force across the frontier since the use of force may be totally confined within one's territorial boundary, but if this results in inundating the neighbouring State by millions of citizens of the offending State, there could be an aggression of the worst order". Lo *statement* del delegato indiano Nagendra Singh pronunciato innanzi alla Sesta Commissione dell'Assemblea generale il 3 novembre 1971 è riprodotto in *Indian Journal of International Law*, 1971, pp. 724-728. Nel dibattito che si svolse al Consiglio l'India dichiarò: "(...) 10 millions people came to India as refugees. Now was that not a kind of aggression? If aggression against another foreign country means that it strains its social structure, that it ruins its finances, that it has to give up its territory for sheltering the refugees, if it means that all its school have to be closed, that its hospital have to be closed, that its administration is to be denuded, what is the difference between that kind of aggression and the other type, the more classical type, when someone declares war or something of that sort?" U.N. SCOR, 26<sup>TH</sup> Year, 1606<sup>th</sup> mtg., pp. 15-16, paragrafi 160-164. Argomentazioni analoghe furono avanzate dal medesimo Stato. Per un ulteriore tentativo di ampliare la portata della nozione in parola in questo senso: V.S. MANI, *War on the Indian Sub-Continent and International Law*, in *Indian Journal of International Law*, 1972, p. 83 ss.

<sup>91</sup> Cfr. il par. 24 della sentenza *N.D. e N.T.*, in cui si specifica che del gruppo inizialmente coinvolto nei tentativi di ingresso con la forza solo 75 persone erano riuscite a raggiungere la sommità delle barriere. In una recente risoluzione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa dedicata alle politiche di *pushback* messe in atto da alcuni Stati membri (risoluzione n. 2299(2019), *Pushback policies and practice in Council of Europe Member States*), si osserva come "recent evidence of pushbacks shows that they also take place where numbers of arrivals are low, but where national policies are hostile towards migration in general". Che il termine *pushback* adoperato nel documento non sia inteso in senso tecnico, e cioè come rivolto solo ad evitare i respingimenti dei potenziali richiedenti asilo, lo si comprende dal successivo par. 4: "In the face of the gravity of human rights violations involved, the Assembly urges member States to provide adequate protection to asylum seekers, refugees and migrants arriving at their borders, and thus refrain from any pushbacks, to allow for independent monitoring and to fully investigate all allegations of pushbacks" (nostro corsivo).

<sup>92</sup> Si legge nel rapporto: "[T]he Commissioner urged the Spanish authorities to reconsider these amendments and ensure that any future legislation fully abides by Spain's international obligations, which include ensuring full access to an effective asylum procedure, providing protection against *refoulement* and refraining from collective expulsions. Having received consistent information on pushbacks, in some cases accompanied by excessive use of force, carried out by the Spanish border police

Il quadro può essere esteso all'intero spazio giuridico europeo. Da ultimo, la *Relazione sui diritti fondamentali dell'Agenzia dell'Unione europea*, ha manifestato “profonda preoccupazione in merito alle continue segnalazioni di respingimenti violenti da parte dei funzionari delle autorità di contrasto di numerosi Stati membri” e ha invitato “la Commissione e gli Stati membri a indagare sulla questione e ad adottare misure efficaci onde garantire l'abbandono di tali politiche e pratiche, anche sospendendo i fondi per la sorveglianza delle frontiere e garantendo il monitoraggio indipendente delle attività di controllo delle frontiere”<sup>93</sup>.

La Corte stessa si mostra perfettamente consapevole del problema. Nella sentenza *N.D. e N.T.* denuncia senza giri di parole gli effetti negativi dell'irrisolta tensione, tra “la souveraineté des États en matière de politique d'immigration et l'interdiction de recourir à des pratiques incompatibles avec la Convention ou ses Protocoles dans la gestion des flux migratoires”<sup>94</sup>.

La difficoltà di contemperare due ordini di esigenze spesso artatamente poste come inconciliabili<sup>95</sup>, stante la limitatissima possibilità di far ricorso a canali legali di accesso<sup>96</sup>, è amplificata altresì dalla caratteristica assunta negli ultimi anni dai flussi migratori. Si tratta, terminologia adottata dall'Alto Commissariato per i rifugiati, di flussi “misti” (*mixed flows*) che si presentano come “striscianti”, non privi cioè di una certa regolarità e non sempre riconducibili a situazioni di conflitto e/o

---

(*Guardia Civil*), the Commissioner indicated that push-backs must stop and should be replaced by a practice which reconciles border control and human rights”: Consiglio d'Europa, *Third party intervention by the Council of Europe Commissioner for Human Rights under Article 36, paragraph 3, of the European Convention on Human Rights*, Applications No. 8675/15 and No. 8697/15, *N.D. v. Spain and N.T. v. Spain*, Strasburgo, 22 marzo 2018, CommDH(2018)11, par. 12.

<sup>93</sup> *Relazione sui diritti fondamentali dell'Agenzia dell'Unione europea per il 2019 - FRA Fundamental Rights Report*, 2019, punto 13. Sulla stessa linea, la citata risoluzione 2299(2019) del Consiglio d'Europa, che invita la Commissione europea a “establish a systematic, independent and transparent mechanism to monitor compliance of border management policies and practice with the relevant provisions in the European Union asylum acquis, articles 18 and 19 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the Schengen Borders Code and the Directive 2008/115/EC” (par. 18.2) e a definire specifiche “guidelines on how to reconcile border control with safeguarding access to protection, and assist member States in implementing these guidelines” (par. 18.3). La Commissione, dopo aver ricevuto “mounting evidence of abuse by both Croatia and Greece” sul trattamento dei migranti nel mare Egeo, ha deciso di prendere in considerazione la proposta, che è ora in fase di studio: *EU mulls new system to check illegal pushbacks of migrants*, in *Euobservers*, 8 luglio 2020, reperibile online.

<sup>94</sup> Par. 101.

<sup>95</sup> V. CHETAİL, *Migration, Droits de l'Homme et Souveraineté: le Droit International dans tous ses états*, in V. CHETAİL (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme: le droit international en question*, II, Brussels, 2007, p. 13 ss.; B. NASCIMBENE, *Le migrazioni tra sovranità dello Stato e tutela dei diritti della persona*, in M. CARTA (a cura di), *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani: profili internazionali, europei e interni*, Roma, 2009, p. 29 ss. Cfr. anche D. BIGO, *Criminalisation of “Migrants”: The Side Effect of the Will to Control the Frontiers and the Sovereign Illusion*, in B. BOGUSZ, R. CHOLEWINSKI, A. CYGAN, E. SZYSZCZAK (eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Leiden, 2004, pp. 61-91; R. CHOLEWINSKI, *The Criminalisation of Migration in EU Law and Policy*, in A. BALDACCINI, E. GUILD, H. TONER (eds.), *Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy*, Portland, 2007, pp. 301-336; G. VERMEULEN, *Mutual Instrumentalization of Criminal and Migration Law from an EU Perspective*, in *European Journal of Migration and Law*, 2007, pp. 347-361; M. SAVINO, *La crisi dei confini in Europa*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2016, p. 739 ss.; I. PAPANICOLOPULU, G. BAJ, *Controllo delle frontiere statali e respingimenti nel diritto internazionale e nel diritto del mare*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2020, n. 1.

<sup>96</sup> COM(2018)635 final.

violenza generalizzata ovvero a disastri naturali. Tali circostanze non eliminano *a priori* la possibilità che al loro interno si trovino persone in una condizione che li abilita a ricevere protezione<sup>97</sup>. La disposizione contenuta nell'art. 4, Prot. 4, finisce, dunque, con l'intersecare due distinte esigenze provenienti da soggetti portatori di interessi diversi e non facilmente componibili. Queste (ricorrenti) condizioni di partenza richiedono all'interprete il non semplice compito di garantire nei giudizi la tutela dei diritti fondamentali, nel caso di specie volti a rendere più eque le procedure di allontanamento, in ambiti di operatività della sovranità statale che mal sopportano ridimensionamenti<sup>98</sup>.

Ma i limiti al generale principio della libertà statale<sup>99</sup> di cui ci si occupa nel caso di specie, è bene ribadirlo, valgono sul piano meramente procedurale<sup>100</sup>. Il controllo delle frontiere statali si attua, dal punto di vista del diritto delle migrazioni, sostanzialmente in due modi: allontanando gli stranieri che non hanno (più) titolo alla permanenza ed esercitando il controllo sui nuovi ingressi. Entrambe le modalità possono ordinariamente essere esercitate con strumenti compatibili con gli impegni convenzionalmente assunti dagli Stati in materia di diritti umani. L'allontanamento dovrebbe seguire delle regole procedurali – anche minime e semplificate, che, per riprendere un'espressione della Corte nel (primo) caso *Khlaifia*<sup>101</sup>, anch'esso poi oggetto di *revirement* da parte della Grande Camera<sup>102</sup> e di (conseguenti) critiche assai serrate<sup>103</sup> – che diano materiale testimonianza di una “presa in carico reale e differenziata della situazione individuale di ciascuna delle persone interessate”<sup>104</sup>, e che includano almeno l'identificazione e la registrazione delle dichiarazioni degli espellendi rese di fronte a personale addestrato a riceverle. Su questo punto specifico, la Corte europea ha assunto nel caso di specie una posizione discutibile, e probabilmente contraddittoria, allorché afferma che le dovute garanzie di effettività del diritto convenzionale, in termini generali, non

<sup>97</sup> Cfr. Ministerial Meeting of States Parties to the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, *Chairperson's Report on Roundtable 3 “Upholding Refugee Protection in the Face of Contemporary Challenges involving Mixed Flows (inter alia asylum systems)”*, 13 dicembre 2001, reperibile *online*.

<sup>98</sup> Alcuni AA., riprendendo studi precedenti di J. Habermas, ricollegano questi irrigidimenti a pulsioni “anti-illuministiche”, potenzialmente disgregatrici dell'intero disegno europeo: T.D. ZIEGLER, *EU Disintegration as Cultural Insurrection of the Anti-Enlightenment Tradition*, in *Journal of Contemporary European Studies*, 2020, pp. 1-15; ID., *EU Asylum Law: Disintegration and Negative Spillovers*, in B. MAJTÉNYI, G. TAMBURELLI (eds.), *Human Rights of Asylum Seekers in Italy and Hungary – Influence of International and EU Law on Domestic Actions*, Torino, 2019, pp. 21-42.

<sup>99</sup> V. *supra*, nota 15.

<sup>100</sup> V. *supra*, il testo che fa capo alla nota 51.

<sup>101</sup> Sentenza del 1° settembre 2015, *Khlaifia c. Italia*.

<sup>102</sup> Sentenza (GC) del 15 dicembre 2016, *Khlaifia c. Italia*.

<sup>103</sup> A. SACCUCCI, *I “ripensamenti” della Corte europea sul caso Khlaifia: il divieto di trattamenti inumani e degradanti e il divieto di espulsioni collettive “alla prova” delle situazioni di emergenza migratoria*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, pp. 552-565; M.R. MAURO, *A Step Back in the Protection of Migrants' Rights: The Grand Chamber's Judgment in Khlaifia v. Italy*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2017, p. 289; ID., *Il divieto di espulsione collettiva dei migranti irregolari: i casi Hirsi e Khlaifia*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, pp. 261-270; D. VENTURI, *The Grand Chamber's Ruling in Khlaifia and Others v Italy: One Step Forward, One Step Back?*, in *Strasbourg Observers*, 10 gennaio 2017, reperibile *online*.

<sup>104</sup> Sentenza del 1° settembre 2015, *Khlaifia c. Italia*, par. 157.

implicano un dovere degli Stati di accogliere entro la propria sfera di giurisdizione individui che si trovano nella giurisdizione di Stati terzi<sup>105</sup>.

Si è accennato in apertura alle fisiologiche tensioni che caratterizzano l'attività dei tribunali internazionali<sup>106</sup>, fenomeno che trascende, si badi, il circoscritto ambito del diritto delle migrazioni<sup>107</sup>. Non è difficile scorgere nelle pieghe della sentenza *N.D. e N.T.*, in particolare dalle ragioni esposte dal Governo spagnolo e da numerosi altri Governi intervenuti e dai relativi riferimenti normativi a corredo e, dall'altro, le argomentazioni giuridiche e fattuali esposte dai ricorrenti e dai rappresentanti delle organizzazioni umanitarie, i forti attriti tra le parti causati dalla contrapposta lettura dei fatti di causa. Queste tensioni hanno avuto con ogni probabilità qualche effetto anche nel caso di specie, atteso che, come si è detto, la Grande Camera ha modificato gli esiti di un precedente giudizio sul caso<sup>108</sup>.

La testimonianza diretta della “immense pressure the Court is facing when it comes to migration issues”<sup>109</sup> si può ricavare anche da documenti ufficiali, come dimostra una lettura attenta della *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights*<sup>110</sup>, nella parte in cui aveva previsto che, nei casi riguardanti la materia del diritto di asilo e delle migrazioni, laddove le procedure messe in atto dagli Stati membri fossero state considerate “to operate fairly and with respect for human rights”, la Corte europea sarebbe stata abilitata ad interferire con le decisioni delle giurisdizioni nazionali solo “in the most exceptional circumstances”. La medesima istanza, suscettibile di indurre la Corte, almeno in taluni casi più delicati, ad un indebito *self-restraint*, era stata riproposta anche nella bozza della Dichiarazione di Copenhagen del 2018<sup>111</sup>. Tuttavia, in forza delle critiche espresse

<sup>105</sup> Val la pena di riportare per intero il par. 221: “The Court stresses that the Convention is intended to guarantee to those within its jurisdiction not rights that are theoretical and illusory, but rights that are practical and effective... This does not, however, imply a general duty for a Contracting State under Article 4 Protocol No. 4 to bring persons who are under the jurisdiction of another State within its own jurisdiction. In the present case, even assuming that difficulties existed in physically approaching this border crossing point on the Moroccan side, no responsibility of the respondent Government for this situation has been established before the Court”. Come osservato da M. PICHL, D. SCHMALZ, *op. cit.*: “Actually, the applicants were under the Spanish jurisdiction at the time of the events, as it was acknowledged by the Court itself and the judgment produces precisely a situation in which rights become illusory at the European external borders”.

<sup>106</sup> *Supra*, par. 1.

<sup>107</sup> Sugli accresciuti atteggiamenti di ostilità da parte di numerosi Stati nei confronti delle giurisdizioni internazionali: J.L. DUNOFF, M.A. POLLACK, *The Judicial Trilemma*, in *American Journal of International Law*, 2017, pp. 225-276; J. CRAWFORD, *The Current Political Discourse Concerning International Law*, in *Modern Law Review*, 2018, pp. 1-22; M. MADSEN, P. CEBULAK, M. WIEBUSCH, *Backlash against International Courts: Explaining the Forms and Patterns of Resistance to International Courts*, in *International Journal of Law in Context*, 2018, p. 197; C.A. MCLACHLAN, *The Assault on International Adjudication and the Limits of Withdrawal*, KFG Working Paper Series, n. 28, febbraio 2019, reperibile online.

<sup>108</sup> Come si è detto, un caso di *revirement* altrettanto discusso per il suo impatto sull'interpretazione del divieto di espulsioni collettive è offerto dal citato caso *Khlaifia*, giusta la sentenza resa dalla Grande Camera il 15 dicembre 2016.

<sup>109</sup> L. RIEMER, *The ECtHR as a Drowning ‘Island of Hope’? Its Impending Reversal of the Interpretation of Collective Expulsion is a Warning Signal*, in *Verfassungsblog*, 19 febbraio 2020, reperibile online.

<sup>110</sup> Svoltasi ad Izmir, Turchia, il 26 e 27 aprile 2011; il testo del documento, con annesso *Follow-up Plan*, è reperibile online.

<sup>111</sup> *Draft Copenhagen Declaration*, 5 febbraio 2018, reperibile online.

da diverse organizzazioni non governative in un documento congiunto<sup>112</sup>, questa affermazione è stata espunta dalla versione finale dell'Atto<sup>113</sup>.

Un'idea ancor più circostanziata della pressione che si è scatenata sulla Corte europea negli ultimi anni si riceve dalla lettura dell'opinione concorrente del giudice Pinto de Albuquerque nel caso *M.A. c. Lituania* deciso nel 2018<sup>114</sup>, particolarmente interessante ai nostri fini proprio perché richiama la prima sentenza della Corte europea nel caso dei migranti al confine di Ceuta e Melilla. In quella decisione, che censurava la condotta del Governo spagnolo, si era tracciata una linea di demarcazione delle competenze statali il cui perimetro finale sembrava salvaguardare, nel pieno rispetto della giurisprudenza precedente, la *ratio* dell'art. 4, Prot. 4, e il suo ambito di applicazione. Ebbene, “[i]n view of the present adverse political climate in respect of asylum-seekers and migrants in general”, aveva affermato il Giudice Pinto de Albuquerque, “and towards African migrants arriving in Europe in particular, and of the *attendant mounting pressure on the Court on the part of some Governments*, the Court’s firmness in the Melilla case must be emphasised”<sup>115</sup>.

9. Le notazioni che precedono inducono a riflettere, ancora una volta, sul ruolo rivestito dalla CEDU quale “strumento costituzionale dell’ordine pubblico europeo”, nozione richiamata dalla Corte di Strasburgo anche nella sentenza *N.D. e N.T.* (par. 110)<sup>116</sup>. Nella prassi giurisprudenziale della Corte il concetto di ordine pubblico – la cui portata ed estensione in riferimento alla sottesa funzione di tutela delle regole fondamentali di un ordinamento varia nel tempo e nello spazio – ha radici molto profonde. Come si legge in uno dei primi ricorsi interstatali, il principale obiettivo per il quale gli Stati parte del Consiglio d’Europa hanno deciso di dare vita alla Convenzione non è certo quello di perseguire gli “individual national interests”, ma quello di realizzare gli ideali e gli interessi del Consiglio d’Europa. Tra questi, in particolare, “to establish a common public order of the free democracies of Europe with the object of safeguarding their common heritage of political traditions, freedom and the rule of law”<sup>117</sup>. La stessa nozione, se considerata dal punto di vista della realizzazione dello Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia<sup>118</sup>, assume un significato totalmente diverso: avverte l’art. 72 TFUE che le

<sup>112</sup> *Joint NGO Response to the Draft Copenhagen Declaration*, 13 febbraio 2018, reperibile online.

<sup>113</sup> Il documento finale della Dichiarazione di Copenaghen è del 12 e 13 aprile 2018 ed è reperibile online.

<sup>114</sup> Sentenza dell’11 dicembre 2018.

<sup>115</sup> *Ivi*, par. 16 (corsivo nostro).

<sup>116</sup> L’espressione è stata adottata per la prima volta dalla Commissione europea dei diritti umani nella decisione del 4 marzo 1991, *Loizidou e a. c. Turchia*, par. 22. In termini analoghi la sentenza della Corte europea del 23 marzo 1995, *Loizidou c. Turchia*, par. 75. In letteratura: C. FOCARELLI, *Sulle riserve all’accettazione della competenza della Corte europea: la sentenza Loizidou*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1995, p. 738, ss.

<sup>117</sup> Commissione europea per i diritti umani, *Austria c. Italia*, ric. 788/60, 11 gennaio 1961, in *Yearbook of the European Convention of Human Rights 1961*, The Hague, 1962, par. 138. Per ulteriori approfondimenti e riferimenti bibliografici sulla nozione di ordine pubblico europeo: A. DRZEMCZEWSKI, *The Sui Generis Nature of the European Convention on Human Rights*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1980, p. 54 ss.; M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Un elemento dell’ordine costituzionale dell’Europa*, in *Affari esteri*, 2001, n. 129, p. 24 ss.

<sup>118</sup> Sulla quale, da ultimo, G. CAGGIANO, *Recenti sviluppi del regime delle frontiere esterne nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in A. DI STASI, L.S. ROSSI (a cura di), *Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia a vent’anni dal Consiglio europeo di Tampere*, Napoli, 2020, p. 383 ss. V. anche R.

politiche dell'Unione non devono arrecare pregiudizio (secondo il testo francese del Trattato “ne portent pas atteinte”) all'esercizio delle responsabilità incombenti sugli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna (art. 73). In effetti, la (presunta) idoneità di questa disposizione a far prevalere le prerogative degli Stati membri sugli obblighi che su di loro incombono in forza del diritto derivato è stata invocata per giustificare l'inadempimento da parte di uno Stato di alcuni obblighi in tema di ricollocamento dei richiedenti la protezione internazionale<sup>119</sup>, derivanti dalle misure temporanee adottate nel 2015 a beneficio di Italia e Grecia<sup>120</sup>, ai sensi dell'art. 78, par. 3, TFUE<sup>121</sup>.

Nel caso *N.D.* e *N.T.*, come si è detto, il Governo spagnolo ha qualificato alla stregua di aggressioni armate le pressioni nelle zone di confine dovute agli assembramenti di soggetti stranieri, esposti in territorio marocchino ad abusi di vario genere e ai quali non erano state lasciate concrete possibilità di ingresso (almeno secondo quanto si afferma nel richiamato parere dell'UNHCR, riportato ai paragrafi 152-155 della sentenza) che in molti casi (compreso quello in esame) si sono tradotte in tentativi di accedere al territorio con metodi violenti. Se ne può inferire che i frequenti attriti tra *stakeholders* derivano dalla irrisolta necessità di bilanciare le diverse implicazioni di questa “duplice” matrice della nozione di ordine pubblico. L'una incardina a proprio fondamento la protezione dei diritti umani garantiti nelle disposizioni convenzionali; l'altra si attiva ogni qualvolta i fatti di causa vengono *percepiti*<sup>122</sup> come suscettibili di apportare minacce alla stabilità e alla sicurezza internazionale. È chiaro che, dato l'assunto di base, procedere alla rimozione della minaccia in tale seconda impostazione diviene imperativo.

A questo approccio la Corte aveva cercato di mettere dei paletti ben precisi, fissati in uno *statement* che, contraddittoriamente, è stato ribadito anche nella sen-

---

MAVROULI, *The Challenge of Today's Area of Freedom, Security and Justice: A Re-Appropriation of the Balance between Claims of National Security and Fundamental Rights*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2019, n. 2, p. 90 ss., reperibile *online*.

<sup>119</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 2 aprile 2020, cause riunite C-715, 718 e 719/17, *Commissione c. Repubblica di Polonia e a.*

<sup>120</sup> Si trattava, in particolare, dell'obbligo di indicare a intervalli regolari, e almeno ogni tre mesi, il numero di richiedenti da poter ricollocare rapidamente nel loro territorio imposto dall'art. 5, par. 2, della decisione 2015/1523 e dell'art. 5, par. 2, della decisione 2015/1601.

<sup>121</sup> Il Governo convenuto ha sostenuto che uno Stato membro potrebbe invocare l'art. 72 TFUE “per non attuare un atto adottato nell'ambito del titolo V del trattato ogniqualevolta esso ritenga che esista un rischio anche potenziale per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna di cui esso è responsabile” (punto 137). Nel rigettare tali argomentazioni, la Corte di giustizia ha innanzitutto replicato che i casi di applicazione della disposizione in parola “riguardano ipotesi eccezionali chiaramente delimitate”. Ha poi aggiunto che non è lecito dedurre da tale disposizione “una riserva generale, inerente al trattato, che escluda dall'ambito d'applicazione del diritto dell'Unione qualsiasi provvedimento per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza. Ammettere l'esistenza di una riserva del genere, prescindendo dai presupposti specifici stabiliti dal trattato, rischierebbe di compromettere la forza cogente e l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione”. Peraltro, sempre secondo la Corte di giustizia, “per applicare le disposizioni in materia di esclusione stabilite agli articoli 12 e 17 della direttiva 2011/95, i fondati motivi per ritenere che un richiedente protezione internazionale costituisca un pericolo per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico” possono essere eventualmente invocati solo “in presenza di elementi concordanti, oggettivi e precisi” e “dopo che tali autorità abbiano proceduto, per ciascun richiedente di cui viene proposta la ricollocazione (...) un esame globale di tutte le circostanze proprie del singolo caso di cui trattasi” (par. 159).

<sup>122</sup> N. BAERWALDT, *The European Refugee Crisis: Crisis for Whom?*, in *Border Criminologies Blog*, 20 marzo 2018, reperibile *online*. V. anche *infra*, gli AA. citati alla nota 126.

tenza in esame<sup>123</sup>: “Senza rimettere in discussione”, si afferma, “né il diritto di cui dispongono gli Stati di stabilire sovranamente la loro politica in materia di immigrazione, eventualmente nell’ambito della cooperazione bilaterale, né gli obblighi derivanti dalla loro appartenenza all’Unione europea, la Corte intende sottolineare che le difficoltà che essi possono incontrare nella gestione dei flussi migratori o nell’accoglienza dei richiedenti asilo non possono giustificare il ricorso a pratiche incompatibili con la Convenzione o i suoi Protocolli”<sup>124</sup>.

La portata e gli effetti di questo importante principio che aveva ispirato la precedente giurisprudenza sull’art. 4, Prot. 4, pur dalla Corte di Strasburgo nel caso fin qui esaminato sembrano attenuarsi. In futuro, per mantenere saldi questi assunti, la Corte dovrà tentare di garantire l’applicazione della Convenzione restando il più possibile impermeabile agli inevitabili condizionamenti di cui si è detto. In fondo, ricordando la tesi principale dell’*Enchiridion* di Epitteto, “gli uomini sono agitati e turbati non dalle cose, ma dalle opinioni che essi hanno delle cose”. Le minacce sociali hanno sovente una costruzione sociale<sup>125</sup>.

Viceversa, conferendo pari dignità all’indicata diversità di visioni, la CEDU è riportata al rango di uno tra i molteplici parametri disponibili tra le pertinenti norme statali, del diritto internazionale e del diritto dell’Unione europea e perde il carattere, per così dire, di *higher law* ai fini della qualificazione e della valutazione degli effetti delle condotte statali, qualificabili come conformi alla Convenzione pur nell’esercizio di (legittimi) margini di apprezzamento<sup>126</sup>. Margini che nelle giurisdizioni nazionali in realtà vanno considerati ristretti, e non ampliati<sup>127</sup>, anche

<sup>123</sup> Cfr. il par. 170.

<sup>124</sup> Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 21 ottobre 2014, *Sharifi e a. c. Italia e Grecia*, par. 223. Analogamente la sentenza *Hirsi Jamaa*, par. 179.

<sup>125</sup> Interessanti spunti in questa direzione in F. IPPOLITO, *La ‘tragedia’ delle frontiere europee*, in *European Papers*, 2016, p. 653 ss.; G. CATALDI, “*Economic Migrants and Refugees: Emergencies (real and alleged) and the Law of the Sea*”, in G. CATALDI (a cura di), *A Mediterranean perspective on migrants’ flows in the European union. Protection of rights, intercultural encounters and integration policies*, Napoli, 2017, p. 9 ss.; T. GAMMELTOFT-HANSEN, N.F. TAN, *The End of the Deterrence Paradigm? Future Directions for Global Refugee Policy*, in *Journal on Migration and Human Security*, 2017, p. 28 ss.; V. MORENO-LAX, M. LEMBERG-PEDERSEN, *Border-Induced Displacement: The Ethical and Legal Implications of Distance-Creation through Externalization*, in *QIL Zoom-in*, 2019, p. 5 ss.

<sup>126</sup> Sulla nozione di margine di apprezzamento statale: S. GREER, *The Interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle or Margin of Appreciation?*, in *UCL Human Rights Review*, 2010, p. 1 ss.; D. SPIELMANN, *Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2011-2012, p. 381 ss.; M. LUGATO, *Riflessioni sulla base giuridica del margine di apprezzamento statale nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2012, p. 359 ss.

<sup>127</sup> Cfr. al riguardo l’opinione parzialmente dissenziente resa dal giudice Serghides nella sentenza (GC) *Khlaifia*, al par. 19, nella quale riprende una riflessione testuale dell’ex presidente della Corte europea Bernhardt contenuta in articolo di quest’ultimo a proposito dei canoni interpretativi offerti dagli articoli 31-33 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 (R. BERNHARDT, *Evolutionary Treaty Interpretation, Especially of the European Convention on Human Rights*, in *German Yearbook of International Law*, 1999, p. 11 ss., p. 14), e afferma: “In primo luogo, uno dei principi dell’interpretazione dei trattati spesso invocato nei manuali più vecchi, vale a dire il principio secondo cui i trattati dovrebbero essere interpretati in modo restrittivo e a favore della sovranità degli Stati, *in dubio mitius*, non è neanche menzionato. Tale principio non è più pertinente, non appare né nella Convenzione di Vienna né nella recente giurisprudenza dei tribunali internazionali. Pertanto, tali obblighi derivanti dai trattati non devono, in caso di dubbio e in linea di principio, essere interpretati a favore della sovranità degli Stati. È evidente che questa conclusione può avere notevoli conseguenze per i trattati in materia

in forza degli effetti del già menzionato art. 19, par. 1, della Carta europea dei diritti fondamentali. In termini più generali, sia consentito osservare come eventuali arretramenti nella sfera di applicazione dei diritti sanciti dalla CEDU, lungi dal comportare un miglioramento della prassi giuridica della comunità<sup>128</sup>, finiscano per avere implicazioni che si riflettono sulla stessa realizzazione del concetto di giustizia. E ciò avviene, a nostro avviso, sia quando la nozione venga accolta dal punto di vista procedurale sia, in ultima analisi, quando la si intenda in senso sostanziale<sup>129</sup>. Sotto il primo profilo, perché si rischia di intaccare il “principale pregio” della idea stessa di giustizia procedurale, ovvero “la sua compatibilità con concezioni sostanziali differenti”. È stato osservato come tale caratteristica sia particolarmente preziosa “nelle società multiculturali e pluraliste”<sup>130</sup>, come lo sono quelle degli Stati membri del Consiglio d’Europa, i cui ordinamenti giuridici si rispecchiano, come si è avuto modo di sottolineare, nei principi difesi dalla CEDU. In fondo, il portato della Convenzione europea nella materia *de qua* si contraddistingue proprio per l’erosione dell’autonomia procedurale degli Stati<sup>131</sup>. Come amano ripetere i giuristi francesi, la procedura è sorella della libertà.

Sotto il secondo profilo vi è il pericolo che le oscillazioni nella giurisprudenza in materia di applicazione dell’art. 4, Prot. 4, producano una perdita di prevedibilità (o di calcolabilità) del diritto. In termini generali, si può osservare come il depotenziamento del principio di certezza<sup>132</sup>, porti alla luce il processo dialettico attraverso cui le modificazioni delle norme internazionali si affermano come risultato dei rapporti di forza che si stabiliscono tra i diversi attori internazionali, nel quadro di un confronto dialettico continuo, talora assai acceso, fatto “di pretese e proteste, di azioni e reazioni”<sup>133</sup>.

**10.** Si è dato conto in apertura dell’opinione secondo la quale la decisione della Corte di Strasburgo si configurerebbe come “incompatible with its own mandate”<sup>134</sup>. In particolare, essa renderebbe (ulteriore) testimonianza di una progressiva deviazione (“gradual departure”) da una giurisprudenza più incentrata sul rispetto dei diritti della persona ad un approccio che mette al centro le esigenze statali (“person-centric to a state-centric logic”). Sebbene si tratti di una considerazione che, anche sulla scorta delle argomentazioni che si è cercato di svolgere fin qui, possa cogliere *prima facie*, alcune parti di verità, in realtà va presa, a nostro avviso, con una certa cautela. Può infatti lasciar intendere che il problema della caduta del rispetto dei

di diritti umani. Un’effettiva tutela delle libertà individuali limita la sovranità degli Stati, e quest’ultima non è mai prioritaria in caso di dubbio”.

<sup>128</sup> R. DWORKIN, *La giustizia in Toga*, trad. it., Roma-Bari, 2010.

<sup>129</sup> Una esaustiva panoramica delle varie accezioni che può assumere il concetto di giustizia nel diritto internazionale in C. FOCARELLI, *Costruttivismo giuridico e giurisdizioni internazionali*, Milano, 2019, pp. 25-42.

<sup>130</sup> I. TRUJILLO PÈREZ, *Ragioni, diritti, giustizia (non solo) procedurale*, in *Annali dell’Università di Ferrara - Scienze giuridiche*, Nuova serie, XIV, 2000, p. 183 ss.

<sup>131</sup> J.F. FLAUSS, *Les nouvelles frontières du procès équitable*, in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la convention européenne des droits de l’homme*, Bruxelles, 1996, p. 81; S. SAROLEA, *Les droits procéduraux du demandeur d’asile au sens des articles 6 et 13 de la convention européenne des droits de l’homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 1999, p. 143.

<sup>132</sup> Talvolta imputato ai giudici della Corte europea anche in relazione alla nozione di “diritto vivente”: G. LETSAS, *The Truth in Autonomous Concept: How to Interpret the ECHR*, in *European Journal of International Law*, 2004, pp. 279-305.

<sup>133</sup> A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, Milano, 2016, p. 4.

<sup>134</sup> S. CARRERA, *op. cit.*, p. 22.

diritti fondamentali, nell'ambito e nei termini indicati, sia attribuibile all'entità-Stato considerata in sé ed alle sue indefettibili logiche intrinseche di funzionamento. Sappiamo tuttavia che lo Stato non è un male assoluto in sé<sup>135</sup>, piuttosto è un mezzo di organizzazione sociale per il raggiungimento, attraverso lo strumento giuridico, di determinate finalità<sup>136</sup>. La vera contrapposizione, allora, come si è cercato di mostrare, è tra diversi modelli di organizzazione statale, che, a seconda dell'indirizzo politico prevalente, si riverberano in via diretta sulle modalità di gestione dei flussi migratori<sup>137</sup> e indirettamente sui tentativi di condizionamento dei Governi sull'attività delle giurisdizioni internazionali<sup>138</sup>.

Ma il caso *N.D.* e *N.T.* offre spunti anche per considerazioni di altra natura. Come si è visto, all'irrigidimento delle prassi e delle discipline nazionali (ed ai suoi costi umani ed economici)<sup>139</sup> si accompagna infatti anche una progressiva radicalizzazione del linguaggio adottato dagli *stakeholders*<sup>140</sup>. Non occorre scomodare gli studi sul linguaggio di Lyotard, e prima di lui di Wittgenstein, per comprendere come lo scontro linguistico, che tende a sganciare i concetti giuridici dalla realtà materiale dei fenomeni che dovrebbero qualificare, ha come primo obiettivo quello di portare la controparte su un terreno giuridico favorevole alle proprie ragioni, indebolendo, nello stesso tempo, quelle altrui. Nel caso di specie, l'inasprimento in

<sup>135</sup> V. sul punto la convincente riflessione di G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013.

<sup>136</sup> Secondo J. HABERMAS, *Fatti e norme*, trad. it., Roma, 2012, pp. 112-137, e spec. p. 116, il rispetto dei diritti umani e la sovranità popolare sono gli unici possibili e duraturi fondamenti del diritto moderno.

<sup>137</sup> Per una prima descrizione di queste dinamiche e dell'articolazione materiale dei relativi modelli amministrativi nella gestione dei flussi migratori (aspetto che qui, evidentemente, non può essere oggetto di approfondimento): B. S. CHIMNI, *Aid, Relief and Containment: The First Asylum Country and Beyond*, in N. VAN HEARAND, N. NYBERG SØRENSEN (eds.), *The Migration-Development Nexus*, Geneva, 2002, pp. 51-71.

<sup>138</sup> È forse opportuno ricordare in proposito, come, *mutatis mutandis*, il Tribunale dell'Unione europea, nell'ordinanza del 28 febbraio 2017, causa T-192/16, *NF c. Consiglio europeo*, abbia preferito non pronunciarsi sulla questione della natura del c.d. "accordo" concluso tra l'Unione e la Turchia. Sul tema: N. IDRIZ, *Taking the EU-Turkey Deal to Court?*, in *Verfassungsblog*, 20 dicembre 2017, reperibile online; ID., *The EU-Turkey Statement or the "Refugee Deal": The Extra-legal Deal of Extraordinary Times?*, T.M.C. Asser Institute for International & European Law Research Paper n. 2017-06, reperibile online; C. TOVO, *Il Consiglio europeo in tempo di crisi: dall' involuzione istituzionale all'unità nella frammentazione*, in *SIDIBlog*, 8 maggio 2017, reperibile online.

<sup>139</sup> Da ultimo: D. SCOTT FITZGERALD, *Refuge Beyond Reach: How Rich Countries Repel Asylum Seekers*, Oxford, 2019, nonché in generale il numero speciale del *German Law Journal*, aprile 2020, Special Issue 3, intitolato *Border Justice: Migration and Accountability for Human Rights Violations*, tra cui i contributi di C. COSTELLO, *Overcoming Refugee Containment and Crisis*, pp. 17-22; N. FEITH TAN, T. GAMMELTOFT-HANSEN, *A Topographical Approach to Accountability for Human Rights Violations in Migration Control*, pp. 335-354.

<sup>140</sup> Il che sembra rendere condivisibile, peraltro, l'osservazione secondo la quale oggi è accresciuto e reso più esplicito lo scontro tra i diversi gruppi di attori internazionali, ciascuno portatore di un proprio nucleo di interessi e pretese, "rispetto a ciò che deve essere *creduto* (dalla gente, dai governanti, dai giuristi, dai giudici, ecc.) come il diritto vigente": C. FOCARELLI, *Costruttivismo giuridico*, cit., p. 21 (corsivo originale); ID., *Diritto internazionale*, Milano, 2019, p. 217, nel quale si rileva come, nell'assetto odierno del diritto internazionale, "lo scontro sulle fonti" tenda ad occultarne, in realtà, un altro, ben più insidioso, il cui obiettivo è il controllo delle fonti stesse. Cfr. anche, per una declinazione della contesa sul significato che sta assumendo la nozione di confine, seppure espressa con categorie non strettamente giuridiche, la riflessione di P. NOVAK, *The Flexible Territoriality of Borders*, in *Geopolitics*, 2011, p. 741 ss.

questione sarebbe parte di una strategia che avrebbe l'obiettivo di evitare l'insorgere di meccanismi di *accountability* per violazione di diritti umani fondamentali<sup>141</sup>.

Sarà interessante poter sviluppare in ricerche future il fondamento e le relative implicazioni giuridiche di questo (non rassicurante) punto di vista<sup>142</sup>. Per il momento, avviandoci alla conclusione, possiamo qui aggiungere alcune notazioni alle considerazioni svolte in apertura che prendono le mosse, come si è anticipato, dagli studi della c.d. New Heaven School, nel cui approccio al diritto internazionale si adotta la distinzione tra “myth system” e “operational code”. Entrambi si configurano come “functional creations of the observer for describing the actual flow of official behavior or the official picture”<sup>143</sup>. La caratteristica principale del “myth system” è quella di essere “readily retrievable through conventional research in the formal repositories of law”. Il codice operativo, al contrario, “must be sought in elite behavior”<sup>144</sup>. La necessità di comprendere questo codice, secondo gli A., nasce dall'osservazione della realtà del diritto internazionale, nella quale è dato abitualmente rinvenire “enough discrepancies between this myth system and the way things are actually done by key official or effective actors”<sup>145</sup>.

Se si assume come “mito” o, se si vuole, come “the norm system of the official picture”, la previsione contenuta nel più volte menzionato art. 4, Prot. 4, con i sostanziali valori solidaristici che intende esprimere<sup>146</sup>, la sentenza *N.D.* e *N.T.* si può leggere come un tentativo dei giudici della Grande Camera di risolvere la delicata controversia che le è stata sottoposta riducendo la distanza attuale tra il sistema-mito e un (nuovo) codice operativo di cui si stanno rendendo espressione alcune delle forze sociali al momento prevalenti nell'ordinamento internazionale.

**11.** La cooperazione europea ed internazionale in materia di gestione degli afflussi di stranieri si sta focalizzando su diverse forme e modalità di contenimento delle migrazioni massicce<sup>147</sup>, alcune delle quali, come emerge anche dalla sentenza *N.D.* e *N.T.* della Grande Camera, poggiano sulla qualificazione dei rischi che ad esse sono sottesi come attinenti alla protezione dell'integrità territoriale e, in alcuni

<sup>141</sup> I. MANN, *op. cit.*; I. KALPOUZOS, *International Criminal Law and the Violence against Migrants*, in *German Law Journal*, 2020, p. 571 ss.; P. MÜLLER, P. SLOMINSKI, *Breaking the Legal Link but not the Law? The Externalization of EU Migration Control through Orchestration in the Central Mediterranean*, in *Journal of European Public Policies*, 2020, p. 1 ss.

<sup>142</sup> Ricordiamo che nel giugno 2019 è stata presentata al Tribunale penale internazionale una comunicazione, ai sensi dell'art. 15 del suo Statuto, con la quale i promotori intendono fornire alla Corte “evidence implicating Member States’ officials and agents in Crimes Against Humanity, committed as part of a premeditated policy to stem migration flows from Africa via the Central Mediterranean route, from 2014 to date”. La comunicazione include la richiesta alla Corte di aprire una investigazione sul caso: *EU migration policies in the Central Mediterranean and Libya (2014–2019)*. *Communication of the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court Pursuant to Article 15 of the Rome Statute*. Il documento è reperibile *online*. Su una precedente comunicazione presentata nel 2017 al Procuratore della Corte penale internazionale, per condotte poste in essere dal Governo australiano, F.L. GATTA, *Recenti sviluppi*, cit., p. 124.

<sup>143</sup> Cfr. W.M. REISMAN, *Folded Lies: Bribery, Crusades and Reforms*, New York, 1979, pp. 15-16; ID., *International Incidents*, cit., p. 12.

<sup>144</sup> *Op. ult. cit.*, p. 12.

<sup>145</sup> *Ibidem*.

<sup>146</sup> *V. supra*, par. 2.

<sup>147</sup> Approccio che in Europa ha ricevuto un forte impulso a partire dagli anni '90 e in seguito all'approvazione del già citato Codice frontiere Schengen (*supra*, nota 7).

casi, come suscettibili di minacciare la sicurezza nazionale. In questo delicato scenario, che segue un irrigidimento delle discipline interne e un correlativo ampliamento delle (pretese) sfere di discrezionalità degli Stati nell'osservanza degli obblighi assunti convenzionalmente, l'art. 4, Prot. 4, CEDU sta assumendo uno scomodo e inedito ruolo: quello di norma-cerniera tra esigenze sociali oggi (talvolta strumentalmente) divaricate come non mai. Si tratta, a nostro avviso, di funzione malintesa, suscettibile di ingenerare pressioni che in momenti storici di crisi, istituzionale ed economica, possono scaricarsi sulla giurisprudenza della Corte europea (rendendone oscillanti e poco prevedibili nel tempo gli orientamenti) e consentendo di avallare prassi statali incentrate sulla deterrenza e il contenimento. Eventuali posizioni di deferenza verso queste ultime rischiano di incidere in senso restrittivo sulla portata di paradigmi normativi la cui garanzia è stata fino a ieri considerata parte integrante delle finalità stesse degli Stati<sup>148</sup>, nonché, è forse utile ricordarlo, dello stesso progetto di integrazione europea<sup>149</sup>.

## Abstract

### Containment of Migration Flows and Protection of Fundamental Rights between Effectiveness and Myth: The Prohibition of Collective Expulsion of Aliens after the Case *N.T. and N.D.*

Inter-state cooperation on the management of migrants flows and irregular borders crossings at external borders is focusing on different forms of containment, on a tightening of domestic disciplines and on a related expansion of (pretended) spheres of discretion of States in relation to the respect of the conventional obligations assumed in human rights treaties. In this complicated scenario, the procedural rule prohibiting the collective expulsions of aliens – embodied in Art. 4, Prot. 4, of the ECHR and in Art. 19 of the European Charter

<sup>148</sup> Cfr. la citata opinione disseziante comune dei giudici Lemmens, Keller e Schembri Orland nel caso *Asady*: “It is vital that the limited scope of the Grand Chamber’s judgment in *N.D. and N.T. v. Spain* be respected. An overly broad interpretation of the judgment would damage the “broad consensus within the international community” concerning compliance with “the Convention guarantees, and in particular (...) the obligation of *non-refoulement*” (par. 25).

<sup>149</sup> Cfr. E. CANNIZZARO, *Disintegration Through Law?*, in *European Papers*, 2016, p. 3 ss.; D. HEIJER, J.J. RIJPMAN, T. P. SPIJKERBOER, *Coercion, Prohibition, and Great Expectations. The continuing failure of the Common European Asylum System*, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 607 ss.; L. MARIN, A. SPENA, *op. cit.*, p. 147; T.P. SPIJKERBOER, *Minimalist Reflections on Europe*, *cit.*; R. CAFARI PANICO, *I diritti nell'Europa che vorremmo*, in *Eurojus.it*, 14 maggio 2017; S. LAVENEX ‘*Failing Forward*’ *Towards Which Europe? Organized Hypocrisy in the Common European Asylum System*, in *Journal of Common Market Studies*, 2018, p. 1195 ss.; C. MORSUT, B.I. KRUIKE, *Crisis Governance of the Refugee and Migrant influx into Europe in 2015: A Tale of Disintegration*, in *Journal of European Integration*, 2018, p. 145 ss.; E. NIEMANN, N. ZAUN, *EU Refugee Policies and Politics in Times of Crisis: Theoretical and Empirical Perspectives*, in *Journal of Common Market Studies*, 2018, p. 3 ss.; E. ZANIBONI, *Money for Nothing, Push-back ‘for Free’: On the (Missed) Implementation of the CEAS and the New Italian Agenda for Asylum Seekers Reception*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2019, p. 257 ss.; I. GOLDNER LANG, *No Solidarity without Loyalty: Why Do Member States Violate EU Migration and Asylum Law and What Can Be Done?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2020, p. 39 ss.

of Fundamental Rights – acquires an uncomfortable and uneasy role: a ‘hinge-rule’, intersecting social needs today more divergent than ever before. According to the Author, this unprecedented issue, which is leading to increased conflicts between legal stakeholders with different social exigencies and expectations, emerges from the *revirement* of the European Court of Human Rights in the judgment *N.T. and N.D. v. Spain*, a controversial decision in which the Grand Chamber declared the non-violation of Art. 4, Prot. 4.

Miriam Postiglione\*

# Nomina dell'ex Alto rappresentante Federica Mogherini a Rettore del Collège d'Europe: note in margine ai doveri di “onestà e delicatezza”

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La decisione della Commissione europea sulla conformità ai doveri di onestà e delicatezza dell'attività professionale degli ex commissari. – 3. Luci e ombre della vicenda Mogherini. – 4. La Commissione giudice di se stessa è anche il miglior giudice di se stessa? Brevi osservazioni conclusive.

1. “Le copinage n'est pas le moindre défaut des institutions communautaires. Ainsi, l'Italienne Federica Mogherini, ancienne ministre des Affaires étrangères de l'Union européenne et vice-présidente de la Commission (2014-2019), qui n'aura pas laissé un souvenir impérissable de son passage à Bruxelles, va être parachutée rectrice du Collège de Bruges, en violation de toutes les procédures internes de l'institution”<sup>1</sup>. Così inizia l'articolo di Jean Quatremer su *Liberation* che per primo annuncia la nomina di Federica Mogherini a Rettore del prestigioso Collège d'Europe o “l'ENA de l'UE”, la fucina dell'élite di politici e funzionari delle istituzioni europee. L'aperta critica sollevata da Quatremer (e non è il solo)<sup>2</sup> concerne la vicenda della

\* Dottoranda in Diritto dell'Unione europea dell'Università degli studi di Milano.

<sup>1</sup> V. J. QUATREMER, *L'Union européenne soigne ses anciens dirigeants*, in *Libération*, 26 aprile 2020, reperibile *online*.

<sup>2</sup> V. altresì il commento di Jon Worth, *visiting professor* di Negotiation Simulation e Online Communication in EU Policy-Making al College of Europe di Bruges, indirizzo Politics Department, J. WORTH, *Why Federica Mogherini Should Not Be Appointed Rector of the College of Europe and If She Is Appointed Herman van Rompuy Has Questions to Answer*, 27 aprile 2020, reperibile *online*. Jon Worth è anche l'A. di un'open letter al Presidente del Consiglio di amministrazione del College of Europe, che vede attualmente più di quaranta firmatari. Il testo della lettera è disponibile al sito internet [www.openletter.digital-diplomacy.eu](http://www.openletter.digital-diplomacy.eu). Inoltre, l'europarlamentare della Lega On. Borchia ha prospettato di investire il Mediatore europeo della vicenda, *Mogherini rettore del College d'Europe, Borchia: “Sovietizzazione dell'istruzione, si pronuncii il Mediatore europeo”*, in [www.veronaeconomia.it](http://www.veronaeconomia.it), 30 aprile 2020. Tali critiche riguardano non solo la conduzione della selezione da parte del Selection Committee (costituito da membri dell'Accademic Council e dell'Administrative Council) e del suo Presidente, Herman van Rompuy, ma anche l'inidoneità del curriculum della candidata a ricoprire la carica di Rettore per la quale vengono richieste dall'appello alle candidature “substantial academic qualities in the field of European studies, a proven experience of the administration and management of an academic structure of some complexity, and should be able to combine the pursuit of academic excellence at in-

candidatura dell'ex Alto rappresentante per la politica estera ed ex vice-Presidente della Commissione europea Federica Mogherini al ruolo di Rettore del Collège d'Europe (di seguito anche College of Europe)<sup>3</sup>, la cui nomina da parte dell'Academic Council è stata confermata in data 14 maggio 2020<sup>4</sup> e, in via definitiva, il 26 maggio 2020 anche dall'Administrative Council<sup>5</sup>. La vicenda è assolutamente peculiare e consente di riflettere sull'efficienza e l'efficacia del procedimento previsto dal codice di condotta dei membri della Commissione e volto a preservare un alto standard di condotta di quei soggetti che hanno rappresentato l'Unione europea in seno alla Commissione, vagliando le attività, professionali e non, che essi intendono svolgere nei due anni successivi alla cessazione della carica e la loro compatibilità con i doveri di onestà e delicatezza. Sebbene si tratti di un procedimento considerato di *routine* e che non attrae di regola l'attenzione di molti, lo svolgimento di tale valutazione nei confronti della posizione di Rettrice a cui aspira la ex commissaria italiana solleva perplessità quanto alla appropriatezza dello strumento rispetto alla *ratio* sottesa all'art. 245 TFUE (paragrafi 2 e 3). Inoltre, la vicenda permette qualche riflessione sugli strumenti di controllo sull'operato dell'istituzione, sia di tipo giurisdizionale che non, quale il ricorso al Mediatore europeo (par. 4).

2. Se vasta è l'attenzione che – legittimamente – viene prestata ai requisiti di indipendenza e onorabilità dei futuri commissari durante il processo di selezione e nomina<sup>6</sup>, non altrettanta attenzione viene posta all'obbligo di rispettare anche dopo la cessazione delle funzioni di commissario gli “obblighi derivanti dalla loro carica, ed in particolare i doveri di onestà e delicatezza per quanto riguarda l'accettare,

---

ternational level with sound budgetary management”. Da ultimo, v. M. DE LA BAUME, C. GONZALEZ, *Mogherini's College Application Prompts Cries of Cronyism*, in [www.politico.eu](http://www.politico.eu), 13 maggio 2020.

<sup>3</sup> La *call for application* è reperibile al sito internet del College d'Europe, [www.coleurope.eu](http://www.coleurope.eu).

<sup>4</sup> Ne danno notizia M. DE LA BAUME, C. GONZALEZ, *Mogherini Gets Nod To Be College Boss Despite Cronyism Complaints*, in [www.politico.eu](http://www.politico.eu), 15 maggio 2020; Comunicato stampa del Collège d'Europe del 15 maggio 2020, *The State of Progress of the Selection Procedure of a New Rector of the College of Europe*, in [www.coleurope.eu](http://www.coleurope.eu). V. altresì, l'articolo comparso sul *Il Post – Konrad*, *C'è un piccolo caso intorno a Federica Mogherini*, in [www.ilpost.it](http://www.ilpost.it), 15 maggio 2020.

<sup>5</sup> Comunicato stampa del College of Europe, 26 maggio 2020, *Federica Mogherini Is Appointed Rector of the College of Europe from 1 September 2020*, in [www.coleurope.eu](http://www.coleurope.eu); v. altresì C. GONZALEZ, M. DE LA BAUME, *Mogherini Approved as College of Europe Rector*, in [www.politico.eu](http://www.politico.eu), 26 maggio 2020.

<sup>6</sup> Sul punto, senza pretesa di completezza, cfr. L. SICO, *La Commissione europea dopo Nizza*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2001, p. 815 ss.; F. CHATIEL, *La Commission européenne face au Parlement européen – 27 octobre 2004, acte I de la démocratie européenne*, in *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 2004, p. 629 ss.; Id., *La première commission sous le régime du traité de Lisbonne*, in *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 2010, p. 73 ss.; M. LEFÈVRE, *La Commission Barroso et le consensus européen*, in *Revue du marché commun de l'Union européenne*, 2004, p. 634 ss.; P. PONZANO, *La Commissione europea: composizione e ruolo nel sistema istituzionale dell'Unione*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2004, p. 501 ss.; V. ADAM, *La mise en place de la nouvelle Commission*, in *Annuaire de droit de l'Union européenne*, 2015, p. 368 ss.; J.P. JACQUÉ, *La Commission européenne après Lisbonne. Déclin ou changement de paradigme*, in *Europe(s), droit(s) européen(s): une passion d'universitaire, Liber amicorum en l'honneur du Professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, 2015, p. 241 ss.; J.M. GOMEZ, W. WESSELS, *The Spitzenkandidaten Procedure: Reflecting on the Future of an Electoral Experiment*, IAI Working Papers, 2016; D. CENSI, *La difficile formazione della Commissione von der Leyen fra Stati membri e Parlamento europeo: un futuro ancora più ostico?*, in [www.diritti.comparati.it](http://www.diritti.comparati.it), 2019.

dopo tale cessazione, determinate funzioni o vantaggi”<sup>7</sup>, che possano porsi in conflitto con le funzioni e le responsabilità assolute nel ruolo di commissario<sup>8</sup>. La violazione di tali doveri può essere sanzionata dalla Corte di giustizia, su istanza della Commissione o del Consiglio, con la decadenza del diritto alla pensione o di altri benefici sostitutivi<sup>9</sup>. Si tratta dunque di un vincolo aggiuntivo al generale divieto di divulgazione d'informazioni soggette al segreto professionale che è previsto dal Trattato per tutti i membri delle istituzioni, i membri dei comitati, i funzionari e gli agenti dell'Unione<sup>10</sup> e che consente la lettura del dovere di indipendenza dei commissari dagli Stati membri di cui all'art. 17, par. 3, TUE in senso più ampio possibile e dunque anche rispetto ad ogni altro ente o centro di interessi<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> V. l'art. 245, par. 2, TFUE, secondo cui “[i] membri della Commissione non possono, per la durata delle loro funzioni, esercitare alcun'altra attività professionale, remunerata o meno. Fin dal loro insediamento, essi assumono l'impegno solenne di rispettare, per la durata delle loro funzioni e dopo la cessazione di queste, gli obblighi derivanti dalla loro carica, ed in particolare i doveri di onestà e delicatezza per quanto riguarda l'accettare, dopo tale cessazione, determinate funzioni o vantaggi. In caso di violazione degli obblighi stessi, la Corte di giustizia, su istanza del Consiglio, che delibera a maggioranza semplice, o della Commissione, può a seconda dei casi, pronunciare le dimissioni d'ufficio alle condizioni previste dall'articolo 247 ovvero la decadenza dal diritto a pensione dell'interessato o da altri vantaggi sostitutivi”. Si tratta peraltro di una disposizione non nuova nel quadro dei Trattati essendo contenuta una previsione simile all'art. 9 TCECA, in commento v. A. TIZZANO, *Commento all'art. 9 TCECA*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI (a cura di), *Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio. Commentario*, Milano, 1970, p. 158 ss., spec. p. 172. Più precisamente la formulazione della disposizione in senso ampio e comprensivo del richiamo ai doveri di onestà e delicatezza, così come la previsione della possibilità di sanzionare comportamenti in violazione di detti doveri, la si rinviene per la prima volta all'art. 157, par. 2, co. 3, TCEE (successivamente, art. 213, par. 2, TCE) a cui l'attuale art. 245, par. 2, TFUE fa eco riprendendone le esatte parole. Per un commento alla disposizione cfr. M. PANEBIANCO, *Commento all'art. 157 TCEE*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI (a cura di), *Trattato istitutivo della Comunità economica europea. Commentario*, Milano, 1965, p. 1145 ss.

<sup>8</sup> Con riguardo agli incarichi svolti dagli ex commissari, cfr. tra la letteratura – in larga parte politica – che si è occupata del tema, R. VAUBEL, B. KLINGEN, D. MÜLLER, *There is Life After the Commission: An Empirical Analysis of Private Interest Representation by Former EU-Commissioners, 1981-2009*, in *The Review of International Organizations*, 2012, p. 59 ss.; A. WILLE, *The Normalization of the European Commission: Politics and Bureaucracy in the EU Executive*, Oxford, 2013, spec. p. 75 ss.; C. CAMPOS, C. KLEBEL, *Life After EC? The Influence of the Commission Experience on the Next Career Path of the Commissioners*, ECPR General Conference, Montreal, 2015; S. LUECHINGER, C. MOSER, *The European Commission and the Revolving Door*, in *European Economic Review*, 2020, reperibile online

<sup>9</sup> In particolare nel solo caso in cui alla Corte è stato chiesto di pronunciarsi sulla violazione dei doveri di onestà e delicatezza ai sensi dell'allora art. 213, par. 2, TCE, in conseguenza dell'assunzione di due assistenti di gabinetto della commissaria francese Edith Cresson durante il suo mandato, la Corte non si è spinta sino alla pronuncia del decadimento dal diritto alla pensione ritenendo che la constatazione della violazione della disposizione costituisse una sanzione sufficiente per il caso di specie (v. sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 2006, causa C-432/04, *Commissione c. Cresson*, ECLI:EU:C:2006:455, punto 150). Nella medesima occasione la Corte ha tuttavia precisato, al punto 73 della sua sentenza, l'applicabilità delle due tipologie di sanzioni a seconda del perdurare o meno del mandato del commissario nei termini che seguono: “dimissioni potranno essere applicate solo in caso di violazione commessa e continuata quando il membro della Commissione interessato è ancora in carica. La decadenza dal diritto a pensione o da altri vantaggi sostitutivi si applicherà invece se la violazione è stata commessa durante il mandato o dopo la sua scadenza”.

<sup>10</sup> Cfr. art. 339 TFUE. In commento, cfr. M. KELLERBAUER, *Comment on Article 339 TFUE*, in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (eds.), *Commentary on the EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2019, p. 2026 ss.

<sup>11</sup> Ai sensi dell'art. 17, par. 3, TUE “[l]a Commissione esercita le sue responsabilità in piena indipendenza. Fatto salvo l'articolo 18, paragrafo 2, i membri della Commissione non sollecitano né accettano

Pertanto, anche dopo la cessazione della funzione di commissario tali soggetti sono chiamati ad un dovere di integrità e lealtà che li porti ad astenersi “da commistioni tra l’interesse generale, di cui sono [stati] portatori, e interessi privati e particolari”<sup>12</sup>. L’art. 245, par. 2, TFUE afferma così la prevalenza dell’interesse generale di cui la carica è espressione rispetto a qualsivoglia interesse, anche personale, di colui che, in un determinato arco temporale, riveste detta carica<sup>13</sup>. Pare dunque un dovere che occupa tanto la sfera della legalità e quindi dell’integrità intesa come assenza di conflitto d’interessi, quanto la sfera della morale, che si estende oltre il periodo di esercizio delle funzioni di commissario<sup>14</sup>.

La dottrina antecedente all’adozione del codice di condotta aveva peraltro evidenziato l’incertezza dei termini di “onestà e delicatezza” impiegati dal Trattato quali parametri rispetto ai quali deve essere svolto il giudizio di compatibilità delle attività professionali *post*-mandato, giungendo a una definizione degli stessi nei termini di riservatezza “cioè rettitudine nella scelta, con il dovuto riguardo alle antiche funzioni”<sup>15</sup>.

---

istruzioni da alcun governo, istituzione, organo o organismo. Essi si astengono da ogni atto incompatibile con le loro funzioni o con l’esecuzione dei loro compiti”. La Corte di giustizia ha precisato che l’espressione “obblighi derivanti dalla loro carica” deve essere intesa come ricomprendente “oltre gli obblighi di onestà e delicatezza espressamente menzionati all’art. 213, n. 2, terzo comma, CE [ora art. 245, par. 2, TFUE], il complesso dei doveri derivanti dalla carica di membro della Commissione, tra i quali figura l’obbligo, sancito dall’art. 213, n. 2, primo comma, CE [ora art. 17, par. 3, TUE], di agire in piena indipendenza e nell’interesse generale della comunità”, v. sentenza *Commissione c. Cresson*, punto 70. Cfr. R. ADAM, *Commento all’art. 245 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell’Unione europea*, Milano, 2014, II ed., p. 1919 ss.; P. J. LOEWENTHAL, *Comment on Article 245*, in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (eds.), *Commentary on the EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2019, p. 1741; M. BORRACCETTI, *La sentenza Cresson e i doveri dei commissari europei*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2007, p. 275 ss.; F. CHERUBINI, *La Corte di giustizia per la prima volta condanna un ex commissario, ma la signora Cresson conserva la pensione*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2007, p. 145 ss.; R. MASTROIANNI, A. ARENA, *Case C-432/04, Commission of the European Communities v. Edith Cresson*, in *Common Market Law Review*, 2008, p. 1207 ss., spec. p. 1230.

<sup>12</sup> Sul punto v. R. ADAM, *op. cit.*, spec. p. 1920; A. TIZZANO, *op. cit.*, spec. p. 167, nonché M. PANEBIANCO, *op. cit.*, spec. p. 1152 ove l’A. precisa che “la formula dell’‘interesse generale’, che non si identifica con l’indipendenza, riflette l’obbligo che incombe sui commissari di essere pienamente partecipi dell’esercizio delle loro funzioni, trovando in esso il senso delle funzioni e l’impulso a renderle stabili, efficienti e complete in tutte le circostanze. Trattasi d’altro canto di una formula che, essendo quanto mai generica non è idonea a determinare, in maniera diretta e concreta, i comportamenti dei commissari. Essa si risolve in un criterio di massima che assume valore e significato giuridico solo in rapporto alle norme contenute nel par. 2, co. 3, che lo sviluppano e lo precisano, in particolare alle norme che si riferiscono agli ‘obblighi derivanti dalla carica’”.

<sup>13</sup> V. P. J. LOEWENTHAL, *op. cit.*, p. 1741.

<sup>14</sup> Sul carattere ultrattivo degli obblighi professionali v. M. PANEBIANCO, *op. cit.*, spec. p. 1158, il quale definisce l’incompatibilità professionale prevista dopo la cessazione delle funzioni come “incompatibilità relativa” dal momento che riguarda solo “determinate funzioni o vantaggi”, al contrario dell’incompatibilità assoluta e generale prevista per il periodo di durata del mandato. Sul punto cfr. altresì A. TIZZANO, *op. cit.*, spec. p. 172, ove si evidenzia come il divieto di accettare, dopo la cessazione del mandato, funzioni in contrasto con i doveri di onestà e delicatezza sia meno rigido del divieto previsto per il perdurare della durata del mandato “in quanto non preclude l’esercizio di nuove attività, ma impone solo che rettitudine e riservatezza caratterizzino il comportamento dell’ex membro, onde evitare ogni sospetto sulla sua precedente attività e per tutelare il decoro dell’istituzione nel suo complesso”.

<sup>15</sup> V. M. PANEBIANCO, *op. cit.*, spec. 1159, il quale precisa altresì che “è da escludersi per gli ex membri della Commissione ogni attività direttamente legata alle antiche competenze ovvero strettamente

Il codice di condotta, adottato dall'istituzione stessa<sup>16</sup>, precisa ora nel dettaglio i doveri di integrità e delicatezza<sup>17</sup> e individua altresì quelle che sono le attività esterne all'ufficio di commissario che possono ritenersi permesse e lecite. Così l'art. 8, par. 2, del codice di condotta presenta un elenco delle attività esterne esercitabili durante il perdurare del mandato quali, ad esempio, lo svolgimento occasionale di corsi, non retribuiti, nell'interesse dell'integrazione europea, la stesura di articoli, la partecipazione a conferenze e l'assunzione di posizioni onorarie in fondazioni o organizzazioni, sempre che non vi siano rischi di conflitti di interesse, specie per le organizzazioni che ricevono finanziamenti dal bilancio dell'Unione.

L'art. 11 del codice di condotta, invece, è dedicato alle *post term of office activities* e disciplina la procedura cui sono chiamati ad attenersi gli ex commissari prima di accettare qualsivoglia incarico o attività professionale. Si prevede, in particolare, per un lasso temporale di due anni successivi alla cessazione dell'ufficio (tre anni per l'ex Presidente), un termine di preavviso minimo di due mesi per la comunicazione da parte dell'ex commissario circa la propria intenzione di intraprendere un'attività professionale. La nozione di "attività professionale" assume peraltro una portata piuttosto ampia, coprendo "any professional activity, whether gainful or not, other than any unpaid activity which has no link with the activities of the European Union and which does not give rise to lobbying or advocacy vis-à-vis the Commission and its services"<sup>18</sup>. Segue poi un elenco di quelle attività da ritenersi escluse dalla definizione di attività professionali: attività caritatevoli o umanitarie, attività legate a convinzioni politiche, sindacali, religiose o filosofiche, attività culturali, la mera gestione di affari personali o possedimenti familiari o altre attività simili.

Ogni qualvolta pervenga la comunicazione di un ex commissario dell'intenzione di intraprendere un incarico, la Commissione è tenuta ad esaminare l'informazione ricevuta e a stabilirne la compatibilità con l'art. 245, par. 2, TFUE. Inoltre, qualora l'attività professionale prospettata attenga ad ambiti connessi al portafoglio dell'ex commissario, il codice di condotta richiede la previa consultazione dell'Independent Ethical Committee<sup>19</sup>. Tale Comitato non deve essere consultato invece qualora si tratti, *inter alia*, di attività accademica<sup>20</sup> e di svolgimento di incarichi nell'amministrazione di uno Stato membro o in un'altra istituzione dell'Unione. L'esame della Commissione sulla compatibilità della futura attività professionale con l'art. 245,

---

interessata, per il tempo o per le circostanze, agli indirizzi della Commissione, vigenti al momento dell'accettazione delle nuove funzioni".

<sup>16</sup> Il codice di condotta viene periodicamente aggiornato dall'istituzione, la versione da ultimo adottata e vigente è del 31 gennaio 2018, C(2018)700 final, in *GUUE* C 65 del 21 febbraio 2018. Per una ricostruzione delle vicende che hanno condotto all'adozione di un codice di condotta per i membri della Commissione europea v. S. RODRIGUES, *Quelques réflexions juridiques à propos de la démission de la Commission européenne. De la responsabilité des institutions communautaires comme «manifestation ultime de la démocratie»?*, in *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1999, p. 472 ss., spec. p. 475, nonché C. BLUMANN, L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Parigi, 2019, p. 336.

<sup>17</sup> V. art. 2 del codice di condotta.

<sup>18</sup> V. art. 11, par. 2, del codice di condotta.

<sup>19</sup> V. art. 12 del codice di condotta che istituisce l'Independent Ethical Committee.

<sup>20</sup> Come risulta, *ex multis*, anche per la decisione di compatibilità con il Trattato dell'incarico di *visiting professor* della ex vice-Presidente Federica Mogherini, C(2019)9005 final, decision of the European Commission of 17 December 2019, on former High Representative / Vice-President Federica Mogherini's post term of office professional activity at the College of Europe (Bruges).

par. 2, TFUE viene reso noto a mezzo di una decisione, se del caso preceduta dal parere del menzionato Comitato etico indipendente, che viene resa pubblica nel rispetto delle previsioni in materia di tutela dei dati personali.

Un'analisi delle decisioni *ex art.* 245, par. 2, TFUE permette di delineare elementi di prassi che hanno fornito consistenza al procedimento tratteggiato dal codice di condotta<sup>21</sup>.

Si rileva, in primo luogo, che la pubblicità della decisione viene assicurata solo per il caso di compatibilità della prospettata attività professionale dell'ex commissario e non nei casi in cui la decisione è, invece, di incompatibilità. In secondo luogo, la decisione presenta una struttura ricorrente in cui, richiamate le disposizioni rilevanti, si procede a un'analisi della posizione e dei compiti a essa attribuiti in esito alla quale si ha una pronuncia sulla compatibilità piena<sup>22</sup> o condizionata all'assunzione della posizione. La condizionalità può attenersi al divieto di determinati comportamenti o funzioni proprie della posizione che il soggetto dovrebbe andare a ricoprire e che potrebbero minare gli obblighi di integrità e riservatezza delle decisioni assunte dal collegio dei commissari durante il mandato dell'ex commissario, come accaduto, ad esempio, nella decisione assunta con riguardo all'assunzione della carica di Presidente del Finnish Innovation Fund SITRA da parte dell'ex vice-Presidente Katainen<sup>23</sup>. O, ancora, la condizionalità può essere formulata a mezzo di un divieto di *non disclosure*, quale quello contenuto nella decisione sull'attività di *visiting professor* dell'ex commissario Stylianides<sup>24</sup> o a mezzo di un richiamo al dovere di attenersi alle disposizioni del codice di condotta in materia di conflitto di interessi, come previsto dalla decisione sull'attività di membro del Conseil d'Administration dell'Institut Jacques Delors del sig. Moedas<sup>25</sup>. Ancor più esplicita è la decisione sulla compatibilità dell'incarico a High Commissioner Responsible for

<sup>21</sup> Un elenco di tutte le decisioni assunte dalla Commissione sull'attività professionale di ex membri è reperibile *online*, al sito della Commissione europea, alla pagina dedicata a *Former European Commissioners Authorised Occupations*.

<sup>22</sup> V. *inter alia*, C(2019)9001 final, Decision of the European Commission of 13 November 2019 on Commissioner Tibor Navracsics' post term of office professional activity at the Eötvös Loránd University; C(2019)9002 final, decision of the European Commission of 13 November 2019 on Commissioner Carlos Moedas' post term of office professional activity as member of the Advisory Board of the UNESCO "Futures of Education" initiative.

<sup>23</sup> C(2019)7540 final, decision of the European Commission of 30 October 2019, on Vice-President Jyrki Katainen's post term of office professional activity as President of the Finnish Innovation Fund SITRA.

<sup>24</sup> C(2019)9000 final, decision of the European Commission of 13 November 2019 on Commissioner Christos Stylianides' post term of office professional activity at the London School of Economics and Political Science.

<sup>25</sup> C(2019)9003 final, decision of the European Commission of 26 November 2019 on Commissioner Carlos Moedas' post term of office professional activity as member of the Board of Directors of "Notre Europe / Institut Jacques Delors". Sempre con riguardo all'ex commissario Moedas ed esemplificativa della condizionalità che può essere imposta dalla decisione emerge nella decisione di compatibilità sulla sua prospettata nomina a *executive member* del Board of Trustees della Gulbenkian Foundation ove la Commissione, su parere dell'Independent Ethical Committee elenca tutte le attività decisionali e di *lobbying* da cui è tenuto ad astenersi al fine della compatibilità con l'art. 245, par. 2, TFUE (v. C(2019)9004 final, decision of the European Commission of 11 December 2019 on Commissioner Carlos Moedas' post term of office professional activity as member of the Board of Trustees of the Gulbenkian Foundation). Cfr. altresì C(2019)9008 final, decision of the European Commission of 17 December 2019 on former Commissioner Carlos Moedas' post term of office professional activity at the University College London.

Veszprém-Balaton European Capital of Culture 2023 dell'ex commissario Tibor Navracsics' la quale prevede l'autorizzazione allo svolgimento dell'attività "on the condition that Mr. Navracsics refrains from participating in any contacts with the Commission and Commission services in the context of the monitoring procedure set out in Decision No 445/2014/EU on the European Parliament and the Council"<sup>26</sup>.

Si rileva, infine, che caratteristica comune di tutte decisioni così assunte, indipendentemente dalla condizionalità della autorizzazione, è il richiamo all'art. 5 del Codice di condotta in materia di responsabilità collegiale e riservatezza della Commissione, ossia un obbligo di lealtà che deve perdurare anche per i due anni (tre per l'ex Presidente) successivi alla cessazione del mandato.

**3.** In data 22 aprile 2020 la Commissione ha assunto la decisione in merito alla candidatura e alla prospettata attività di Rettore del College of Europe della ex vice-Presidente della Commissione ed ex Alto rappresentante, Federica Mogherini<sup>27</sup>.

La decisione della Commissione, che statuisce la compatibilità della funzione di Rettore del College of Europe con l'art. 245, par. 2, TFUE<sup>28</sup>, presenta tratti del tutto peculiari che attengono alla motivazione su cui la medesima si fonda.

La peculiarità della motivazione della decisione rispetto alla compatibilità dell'attività professionale risulta nel fatto che si fonda (unicamente) su una Letter of Clarification and Intent, allegata dalla ex commissaria alla propria notifica e datata 19 febbraio 2020. La lettera, firmata da Herman Van Rompuy, ex Presidente del Consiglio europeo e attuale Presidente del Consiglio di amministrazione dell'istituto accademico, contiene chiarimenti e precisazioni in merito alla "potential candidacy" di Federica Mogherini.

La lettera del Presidente del Consiglio di amministrazione del College of Europe ha il pregio di evidenziare alla Commissione tutte le problematiche che si pongono rispetto a un parere circa la conformità dell'esercizio dell'attività di rettore da parte di un *ex* membro della Commissione europea. In particolare, viene richiamato il fatto che il Collège d'Europe è attualmente beneficiario di un finanziamento annuale da parte della Commissione europea nell'ambito del programma Jean Monnet (ricompreso a sua volta nel programma Erasmus +), nonché il fatto che sia stata formulata dalla Commissione una proposta per la continuazione della corresponsione di tale finanziamento annuale anche per il nuovo quadro finanziario pluriennale e, dunque, sino al 2027.

Consapevole dei doveri che incombono sugli *ex* membri della Commissione ai sensi dell'art. 245, par. 2, TFUE, viene altresì precisato dalla lettera sopra men-

---

<sup>26</sup> C(2020)9005 final, decision of the European Commission of 26 February 2020, on former Commissioner Tibor Navracsics' post term of office professional activity as High Commissioner responsible for Veszprém-Balaton European Capital of Culture 2023.

<sup>27</sup> C(2020)9013 final, decision of the European Commission of 22 April 2020, on former High Representative / Vice-President Federica Mogherini's application and envisaged post term of office professional activity as Rector of the College of Europe.

<sup>28</sup> *Ivi*, art. 1, che recita: "Former High Representative/Vice-President Federica Mogherini's application and envisaged activity as Rector of the College of Europe are compatible with Article 245(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union on the condition to respect the measures announced in the letter received from the President of the Administrative Council of the Council of the College of Europe of 19 February 2020 in relation to her potential appointment, and to abide by the obligations set out in Article 11(1) of the Code of Conduct for the Members of the Commission, in conjunction with its Article 5".

zionata<sup>29</sup> che la potenziale nomina a Rettore a partire dal 1° settembre 2020 non ne comporterebbe, nemmeno in potenza, la violazione in quanto: (i) le attività di *fund-raising* e *lobbying* relative ai finanziamenti percepiti e futuri dell'istituzione che attengono al bilancio dell'Unione vengono condotte dal tesoriere e sotto la sua sola responsabilità; (ii) le decisioni della Commissione aventi ad oggetto l'allocatione dei finanziamenti, presenti e futuri, sono state assunte dalla precedente Commissione (di cui peraltro Federica Mogherini era vice-Presidente, ma tale particolare rimane taciuto) e (iii) l'allocatione dei fondi del programma Erasmus+ non sono mai stati parte del portafoglio attribuito alla ex commissaria (omettendo però ogni valutazione in ordine alla responsabilità collegiale della Commissione<sup>30</sup>).

Su quest'ultimo aspetto relativo ai finanziamenti si rileva che, nonostante la Letter of Clarification and Intent asserisca la totale assenza di possibili e concrete incompatibilità tra il fatto che il College of Europe è e sarà beneficiario di finanziamenti provenienti dall'Unione europea e la nomina di Federica Mogherini a Rettore, viene comunque prospettato il trasferimento della competenza del Rettore alla firma dei documenti per la richiesta dei finanziamenti annuali e di documenti relativi a finanziamenti europei in capo al tesoriere: “[i]n order to keep the potential future Rector’s responsibilities entirely separate from the College’s position as a beneficiary of EU funding allocations, the College of Europe undertook to formally transfer the empowerment to sign the annual EU institutional grant application and any document relating to its expectation from the Rector to the Treasurer of the College, in case Ms Mogherini is appointed as Rector”<sup>31</sup>. L’affermazione, che implica l’impegno ad una non secondaria variazione nell’assetto organizzativo del College, nell’intento ultimo di evitare conflitti di interessi di ogni sorta, mostra chiara intenzione e predilezione del Consiglio di amministrazione dell’Istituto rispetto alla nomina della candidata Mogherini.

La Commissione per tutta risposta omette ogni altra considerazione di merito ulteriore alla e sulla lettera, limitandosi ad una motivazione *per relationem* alla lettera di Van Rompuy la quale fornirebbe rassicurazioni in ordine all’adozione di provvedimenti atti a evitare ogni tipo di rischio di “real or perceived influence on decisions of the Commission in relation to EU funding by the former High-Representative/Vice-President in case she is appointed as Rector”<sup>32</sup>. E questo basta alla Commissione per stabilire il rispetto dell’art. 245, par. 2, TFUE e del codice di condotta, in particolare dell’art. 11, par. 3, e basta altresì per individuare la condizionalità all’assunzione dell’incarico nelle forme (peculiari rispetto ai compiti tipici del Rettore del College) delineate dalla lettera di Van Rompuy. Ci si sarebbe attesi, al contrario, una riflessione autonoma della Commissione rispetto al fatto che, in qualità di vice-Presidente della Commissione, la candidata avesse partecipato alle decisioni in ordine all’allocatione dei finanziamenti attinenti al programma Erasmus + di cui il Collège d’Europe è beneficiario: ciò perché, la circostanza che

<sup>29</sup> V. C(2020)9013 final, 9° ‘considerando’.

<sup>30</sup> V. art. 234 TFUE; art. 5 del codice di condotta, rubricato “Collegiality and discretion”, nonché il suo art. 11, par. 1, il quale, al secondo cpv., afferma: “They [*i.e. former Members*] shall continue to be bound by the duties of collegiality and discretion, as laid down in Article 5, with respect to the Commission’s decisions and activities during their term of office”; nonché sentenza della Corte giustizia del 15 giugno 1994, causa C-137/92 P, *Commissione c. BASF e a.*, ECLI:EU:C:1994:247, punto 63.

<sup>31</sup> V. C(2020)9013 final, 10° ‘considerando’.

<sup>32</sup> *Ivi*, 11° ‘considerando’.

questo compito non rientrasse nell'ambito del suo portafoglio, ai sensi del codice di condotta, esclude la necessità di un interpellato del Comitato etico indipendente, ma non esime la Commissione da un esame nel merito volto all'esclusione della sussistenza di elementi di incompatibilità.

Gli aspetti critici della decisione qui evidenziati portano ad interrogarsi sull'idoneità della procedura delineata nel codice di condotta rispetto al fine della valutazione a cui è chiamata la Commissione ai sensi dell'art. 245, par. 2, TFUE e alla *ratio* della norma, nonché sull'assenza di controllo rispetto al corretto svolgimento del procedimento da parte della Commissione.

4. Se lo scopo della previsione pattizia in esame è quello di un'estensione dei doveri di onestà e delicatezza anche per il periodo successivo allo spirare del mandato, con l'ambizione ultima di servire a pieno l'interesse generale dell'Unione – gravando gli ex membri della Commissione di doveri ulteriori rispetto a quelli previsti per l'intero *corpus* dei funzionari dell'Unione europea<sup>33</sup> – il procedimento delineato all'art. 11 del codice di condotta (codice, lo si ricordi, elaborato dalla Commissione) prevede che esso sia “attuato” dalla stessa istituzione per una valutazione dei suoi ex membri.

Sembra emergere una certa contraddittorietà tra l'obiettivo di perseguire un interesse generale la cui garanzia di rispetto viene imposta anche in ultrattività rispetto al mandato e il fatto che tale aspetto sia accertato dall'istituzione che, lungi dal porsi come soggetto terzo e imparziale, è, per prima, tenuta ai medesimi doveri di onestà e delicatezza. Non si può del resto nascondere il rischio che ogni Commissione in carica (ma è abbastanza naturale che sia così) sia propensa a valutare con una certa flessibilità la compatibilità dei nuovi incarichi dei precedenti commissari, per poter far affidamento, in futuro, in giudizi auspicabilmente altrettanto “generosi” da parte dei futuri commissari. Tale rischio è sempre più concreto se si pensa che, nelle prime composizioni del collegio, esso era costituito da personalità all'apice della carriera politica, mentre ora la carica di commissario è divenuta per molti un passaggio verso altri ruoli, non necessariamente politici, ma egualmente prestigiosi<sup>34</sup>. Sarebbe, pertanto probabilmente più opportuno che la valutazione in questione venisse rimessa a un organo indipendente.

Si pone, infatti, in ultima istanza un tema di adeguatezza dello strumento previsto dall'art. 245, par. 2, TFUE quanto all'idoneità del soggetto valutatore – Commissione – rispetto alla valutazione da adottare – che ha ad oggetto un suo membro o ex membro –, nonché all'assenza di controllo effettivo ed efficace sul merito della decisione assunta e sulla correttezza della procedura a mezzo della quale la decisione è stata adottata. Nulla, infatti, viene previsto dal codice di condotta per il caso di eventuale irregolarità della procedura di valutazione sulla compatibilità o per l'assenza di una adeguata motivazione dell'atto. Sulla scorta di quanto contenuto nella decisione sulla ex vice-Presidente Mogherini si potrebbe pensare che i vizi del procedimento non abbiano alcuna ricaduta sul merito della decisione

<sup>33</sup> V. *supra*, nota 5.

<sup>34</sup> Sul punto v. A. WILLE, *op. cit.*, spec. p. 76, ove l'A. evidenzia come “[t]hese days, their prestige and experience in European politics, their national and international network contacts, and consequent political leverage and entrée to the EU executive, make them very interesting and highly valued after their term of office. In return, they also gain the opportunity to earn the large sums of money denied to them in their careers in government”.

e ciò in conseguenza della natura atipica dell'atto "codice di condotta", rispetto alla quale si pone, innanzitutto, una riflessione sulla sua obbligatorietà. Tuttavia, anche volendo argomentare nel senso dell'assenza di vincolatività del codice di condotta, ciò non impedisce un controllo sul mancato rispetto dei doveri di onestà e delicatezza, e dunque sulla decisione (e il suo contenuto), nonché sulla regolarità della procedura seguita per la sua adozione.

Per quanto attiene al controllo sulle irregolarità procedurali è possibile rinvenire nell'ordinamento dell'Unione una tutela di tipo non giurisdizionale: la *mala gestio* nella conduzione della procedura si traduce in un comportamento dell'amministrazione passibile di denuncia al Mediatore. Si tratta, infatti, di un comportamento che può essere ricompreso nella nozione di cattiva amministrazione, non essendo quella svolta dalla Commissione ai sensi dell'art. 245, par. 2, TFUE un'attività normativa bensì un'attività tipicamente amministrativa. Nel caso di specie, in particolare, la richiamata elusione del termine di due mesi di preavviso avente ad oggetto l'intenzione di candidarsi ad una attività *post* mandato si traduce in una illiceità procedurale nonché, di fatto, in una mancanza di trasparenza del procedimento che *ratione materiae* rientra nella nozione di cattiva amministrazione come delineata nella prassi dal Mediatore<sup>35</sup>. Nel caso di specie, data la sensibilità politica della vicenda che riguarda un ex vice-Presidente e rispetto alla quale si pone una questione di garanzia e tutela dell'interesse generale, l'apertura di un'indagine, dietro denuncia<sup>36</sup> o su iniziativa del Mediatore stesso, potrebbe essere di impatto considerevole. Qualora, infatti, venisse accertata la sussistenza di una cattiva amministrazione, la Commissione si troverebbe a dover presentare osservazioni sul punto, ed essa sarebbe esposta ad una visibilità che rischierebbe di minarne l'immagine di rappresentante dell'interesse generale.

A fianco di tale tutela è possibile individuare, nel ricorso di annullamento, un rimedio giurisdizionale che permette un controllo sulla legittimità dell'atto. Tale ricorso consente, infatti, di rilevare eventuali vizi della decisione assunta dalla Commissione, quale nel caso di specie un'eventuale violazione del dovere di motivazione dell'atto. Un ricorso siffatto potrebbe certamente essere promosso da uno Stato membro, dal Parlamento europeo o dal Consiglio in veste di ricorrenti privilegiati che agiscono quali effettivi garanti della tutela della legalità dell'ordinamento e dell'interesse generale, là ove la Commissione, nella procedura svolta ai sensi del codice di condotta, non ha saputo assicurare tale finalità<sup>37</sup>.

Ciò posto, l'assenza di precedenti unitamente alla prassi dell'assenza della pubblicazione della decisione che eventualmente dichiara incompatibile con i doveri di onestà e delicatezza l'accettazione di determinate funzioni, rende l'analisi circa l'opportunità e la possibilità di impugnazione e controllo della verifica operata

<sup>35</sup> V. C. BLUMANN, L. DUBOIS, *op. cit.*, spec. p. 373; Mediatore europeo, Relazione annuale 1997, in *GUCE* C 380 del 7 dicembre 1998 per una definizione della nozione di "cattiva amministrazione".

<sup>36</sup> V. *supra*, nota 2.

<sup>37</sup> Non pare ipotizzabile invece un ricorso ai sensi dell'art. 263 TFUE proposto da un soggetto privato quale, ad esempio, un individuo che ha concorso per la posizione di Rettore. La decisione assunta dalla Commissione, infatti, è circoscritta ad una valutazione sulla compatibilità in astratto della futura attività dell'ex commissario con i doveri di integrità e delicatezza mentre la valutazione sull'idoneità della candidata alle funzioni di Rettore è rimessa unicamente all'istituto accademico. Risulta pertanto arduo ipotizzare il configurarsi in capo ad un soggetto dei requisiti di legittimazione e interesse ad agire che il Trattato impone alle persone fisiche ai fini della ricevibilità dell'azione di annullamento.

dalla Commissione del tutto speculativa. La sussistenza di ipotesi di controllo sull'operato della Commissione quali quelle testé menzionate, di cui tuttavia, come detto, la prassi non conosce traccia, sollevano perplessità rispetto all'idoneità della Commissione a garantire, unicamente mediante valutazioni interne all'istituzione, il fine di interesse generale a cui tende la volontà di estendere il rispetto degli obblighi anche per i due anni successivi alla cessazione del mandato degli ex membri.

La vicenda che riguarda Federica Mogherini ha mostrato un evidente disagio e imbarazzo non solo di *alumni* del College of Europe, ma anche di esponenti delle istituzioni tra i quali figurano anche 15 europarlamentari dei Verdi che, secondo quanto riportato da fonti giornalistiche, hanno espresso alla Presidente della Commissione la loro preoccupazione in merito alla vicenda. Essi sottolineano, in particolare, la necessità che la Commissione garantisca ai cittadini europei che i responsabili di cariche di vertice dell'Unione, rappresentanti dell'interesse generale, non possano essere sospettati (collegialmente) di una mancanza di una condotta integerrima nell'esercizio del proprio mandato e di rispetto dei doveri loro imposti dal trattato anche per il periodo successivo al mandato. E pertanto chiedono alla Commissione di garantire ai cittadini e alle cittadine europee che l'istituzione e i suoi dirigenti abbiano a cuore solo e soltanto l'interesse generale<sup>38</sup>.

Sebbene, dunque, più voci si siano espresse circa l'inadeguatezza della candidata e della gestione della nomina da parte del Presidente del Consiglio di amministrazione van Rompuy, nessuno ha preso posizione sull'unico atto proveniente dall'istituzione, ovvero la decisione di conformità *ex art.* 245, par. 2, TFUE, che, come detto, presenta una motivazione del tutto lacunosa, limitandosi la Commissione a riportare le valutazioni espresse dalla Letter of Clarification and Intent, nonché una irregolarità procedurale passibile di essere riconducibile, quanto meno, alla nozione di cattiva amministrazione. La decisione in parola costituisce, in ultimo, l'unico atto che in potenza potrebbe essere evidenza di una cattiva gestione di una vicenda che potrebbe comportare danni politici e di immagine all'istituzione e anche l'unico atto che potrebbe essere fatto oggetto di impugnazione. Ciò che manca è, dunque, la volontà di assumersi la responsabilità politica da parte delle istituzioni – in particolare di Consiglio e Parlamento europeo – nonché degli Stati membri, di un'impugnazione a tutela dell'interesse generale dell'Unione che potrebbe avere pesanti implicazioni sulle modalità di valutazione della Commissione rispetto alle attività intraprese dai propri ex membri.

In ultima analisi, la circostanza che il prestigioso istituto belga di alta formazione in diritto dell'Unione europea, del cui finanziamento è largamente tributario alla Commissione<sup>39</sup>, sia guidato da un'ex vice-Presidente della Commissione, priva di ogni precedente esperienza accademica di rilievo, può far sorgere anche solo il dubbio della *captatio benevolentiae* per le future esigenze finanziarie del medesimo e ciò basta a gettare un'ombra sul rispetto dei doveri etici e giuridici degli ex commissari, rispetto ai quali i cittadini dell'Unione hanno diritto di pretendere l'assenza financo della sola possibilità di conflitto di interesse.

---

<sup>38</sup> M. DE LA BAUME, C. GONZALEZ, *Mogherini's College Application*, cit.

<sup>39</sup> V. quanto riportato dal sito del College of Europe, la Commissione figura tra i principali finanziatori, [www.coleurope.eu](http://www.coleurope.eu).

## Abstract

### The Appointment of Former High Representative Federica Mogherini as Rector of the College of Europe: A Few Remarks on the Duties ‘to Behave with Integrity and Discretion’

The aftermath of the appointment of Federica Mogherini as Rector of the College of Europe rose the opportunity to scrutinize such event under the light and scope of the European Law provisions involved. The present paper aims at reflecting on the duties the Treaty imposes on the former Commissioners to behave with integrity and discretion with regard to the acceptance of professional activity once the institutional mandate has expired. The procedure foreseen to this end in the Code of Conduct of the Members of the European Commission and the role of the Commission in the evaluation on the compatibility of the professional with such duties resort the question of the adequacy of the legal instrument to the scope of preserving the general interest of the European Union as a whole.

Anna Forina\*

# Le *anti-suit injunctions* dopo la Brexit: alcune considerazioni alla luce dell'Accordo di recesso

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La Brexit e il possibile ritorno a un utilizzo “sconfinato” delle *anti-suit injunctions*. – 3. La dimensione europea delle *anti-suit injunctions* e i suoi rapporti con la disciplina della giurisdizione nel “regime Bruxelles”. – 4. Le *anti-suit injunctions* e l'arbitrato. – 5. Le *anti-suit injunctions* nella giurisprudenza della CGUE. – 6. I possibili scenari post-Brexit: alcune ipotesi.

1. Il 27 dicembre 2019 la Court of Appeal for England and Wales ha depositato presso la Corte di giustizia dell'Unione europea una domanda di pronuncia pregiudiziale chiedendo se l'art. 4, par. 1, del regolamento (UE) n. 1215/2012 (“regolamento Bruxelles I bis”), il quale prevede che le persone domiciliate nel territorio di un determinato Stato membro sono convenute, a prescindere dalla loro cittadinanza, davanti alle autorità giurisdizionali di tale Stato membro, conferisca a un soggetto domiciliato in uno Stato membro, un diritto direttamente azionabile e, in caso di risposta affermativa: a) qualora tale diritto sia violato mediante l'instaurazione di un procedimento giudiziario contro tale soggetto in uno Stato terzo, se sussista un obbligo per lo Stato membro di fornire un rimedio giurisdizionale, anche mediante la concessione di un provvedimento inibitorio che vieti ad una parte di agire in giudizio dinanzi ai giudici di un altro Stato (“*anti-suit injunction*”); b) se un obbligo siffatto si estenda anche al caso in cui una *causa petendi* azionabile dinanzi ai giudici di uno Stato terzo non sia parimenti azionabile in base alla legge applicabile dinanzi ai giudici dello Stato membro<sup>1</sup>.

Nel caso di specie, una donna, di origine americana ma cittadina dell'Unione, e un uomo di origine neozelandese, anch'egli con cittadinanza europea, conviventi ed entrambi domiciliati nel Regno Unito, decidevano di porre fine alla loro relazione, nel corso della quale avevano acquistato vari beni mobili e immobili utilizzando denaro della donna, beni detenuti in parte dalla stessa. Il 25 marzo 2019 l'uomo proponeva ricorso (non notificato alla donna), presso la competente Family Court in Nuova Zelanda, per ottenere i provvedimenti necessari alla divisione dei sud-

\* Dottoressa magistrale in Giurisprudenza. L'A. desidera ringraziare i *referee* per le preziose osservazioni e i suggerimenti ricevuti.

<sup>1</sup> Corte di giustizia, causa C-946/19, *MG. c. HH*, pendente.

detti beni<sup>2</sup> e il 26 marzo 2019, un giorno più tardi, la donna ricorreva alla Court of England and Wales per ottenere provvedimenti di natura dichiarativa e cautelare nei confronti dell'uomo, affermando di essere stata vittima dei di lui abusi e di avergli intestato i beni acquistati solo sotto pressioni, e formulava, altresì, un'istanza volta ad ottenere un'*anti-suit injunction* che impedisse all'ex-compagno di proseguire il procedimento neozelandese. Il giudice inglese rigettava però quest'ultima richiesta e, il 29 luglio 2019, la donna impugnava il rigetto dinanzi alla Court of Appeal, la quale rimetteva la questione alla Corte di giustizia ritenendo che, benché il diritto dell'UE, e segnatamente il regolamento Bruxelles I *bis*, vieti ai giudici degli Stati membri di adottare *anti-suit injunctions* al fine di inibire l'azione dinanzi a un giudice di un altro Stato membro, nel caso di specie tale divieto avrebbe interessato un procedimento pendente in uno Stato terzo che, in quanto tale, non poteva quindi essere interessato dall'applicazione del regolamento.

La questione pregiudiziale ancora pendente dinanzi alla Corte di giustizia ripropone all'attenzione degli operatori giuridici le *anti-suit injunctions* (nel caso di specie nei loro rapporti con gli Stati terzi) e, in tale prospettiva, ne suggerisce un'analisi alla luce della Brexit: in seguito all'uscita dall'Unione, difatti, il Regno Unito è diventato anch'esso uno Stato terzo e le considerazioni della Corte nel caso di specie rileveranno quindi certamente nei rapporti tra UK e Stati membri superstiti.

Va pure detto che, nel periodo di appartenenza del Regno Unito all'UE, le *anti-suit injunctions* avevano attirato attenzione, ovviamente, nella differente prospettiva dei rapporti tra Paesi membri, ed è da quest'ultima che bisognerà muovere per un più completo inquadramento del fenomeno.

2. A seguito del *referendum* tenutosi il 23 giugno 2016<sup>3</sup>, come del tutto noto, il 29 marzo 2017 il Regno Unito ha notificato al Consiglio europeo l'intenzione di recedere dall'Unione europea (*ex art. 50 TUE*)<sup>4</sup>: dopo circa tre anni di negoziati volti a definire

<sup>2</sup> Ai sensi del *New Zealand's Property (Relationships) Act 1976*, applicabile alla separazione di coppie non sposate, i beni acquistati durante la relazione sono suddivisi in quote uguali; tale normativa si applica ai beni mobili situati in tutto il mondo e ai beni immobili situati in Nuova Zelanda, anche allorquando nessuna delle due parti vi abbia fissato il proprio domicilio.

<sup>3</sup> Per approfondimenti si vedano, in generale, gli scritti raccolti in M.C. BARUFFI, M. ORTINO (a cura di), *Dai Trattati di Roma a Brexit e oltre*, Bari, 2018; A. BIONDI, M. KENDRICK, P.J. BIRKINSHAW (eds.), *Brexit: The Legal Implications*, Alphen aan den Rijn, 2018; nonché, *ex multis*, G. ROSSOLILLO, *Patti chiari, amicizia lunga: l'accordo sullo status del Regno Unito nell'Unione Europea*, in *SIDIBlog*, 29 febbraio 2016; F. MUNARI, *You Can't Have Your Cake and Eat It too: Why the UK Has No Right to Revoke Its Prospected Notification on Brexit*, *ivi*, 9 dicembre 2016; P. BERTOLI, *La "Brexit" e il diritto internazionale privato e processuale*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2017, p.599 ss.; P. MANZINI, *Brexit: does notification mean forever?*, in *SIDIBlog*, 17 febbraio 2017; F. CASOLARI, *Il labirinto delle linee rosse, ovvero: chi giudicherà la Brexit?*, *ivi*, 27 aprile 2017; C. TOVO, *Il Consiglio europeo in tempo di crisi: dall'involuzione istituzionale all'unità nella frammentazione*, *ivi*, 8 maggio 2017; G.M. RUOTOLO, *Yesterday Everything Was Going too Fast: in merito agli effetti di Brexit sugli accordi internazionali dell'Unione Europea*, in *La Comunità Internazionale*, 2018, p. 235 ss.; A. TANCA, *Brexit: l'esito di una relazione problematica*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, p. 341 ss.; A. WALTERS, *The Impact of Brexit on Judicial Cooperation in Cross-Border Insolvency and Restructuring in the European Union*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2018; A. BRIGGS, *Brexit and Private International Law: An English Perspective*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2019, p. 261 ss.; P. DAVIES, *The Impact of Brexit on Company Law*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2019, pt. 1, p. 5 ss.

<sup>4</sup> Ricordiamo che il Trattato di Lisbona del 2009 ha introdotto, all'art. 50 TUE, un meccanismo di recesso volontario e unilaterale dall'Unione europea, senza prevedere alcun onere di motivazione, né passaggio dinanzi ai parlamenti nazionali degli Stati membri. I Trattati originari non contemplavano alcun

le modalità del recesso, il 30 gennaio 2020, il Consiglio europeo, previa approvazione del Parlamento europeo, ha approvato l'accordo di recesso; a partire dal 1° febbraio 2020 il Regno Unito, quindi, non è più membro dell'Unione europea. Resta ferma la previsione di un periodo di transizione, fino al 31 dicembre 2020, in cui sarà comunque garantita nel Regno Unito l'applicazione del diritto dell'Unione europea.

L'uscita del Regno Unito dall'Unione ha generato incertezze in merito al regime giuridico che ne regolerà in futuro i rapporti con i Paesi membri<sup>5</sup>; per quanto ci interessa qui, la Brexit, come detto, riaccende inevitabilmente i riflettori sul fenomeno delle *anti-suit injunctions* (nonché sui conflitti di giurisdizione tra i Paesi membri dell'Unione europea e l'ex-Membro).

Ricordiamo che con l'espressione *anti-suit injunctions* si fa riferimento ad una particolare tipologia di provvedimenti cautelari di carattere inibitorio previsti da taluni ordinamenti di *common law*, che hanno lo scopo di proibire a un individuo di intentare o proseguire dinanzi ad un giudice o a un arbitro straniero una determinata azione: le ragioni alla base della loro emissione sono da ricercare nell'interesse dell'ordinamento di origine di garantire le esigenze di giustizia e proteggere l'ambito della propria giurisdizione, inibendo lo svolgimento di procedimenti dinanzi a giudici stranieri che, sempre nella prospettiva di tale ordinamento, potrebbero risultare pretestuosi, vessatori, eccessivamente onerosi per una delle parti.

Va pure ricordato da subito come, prima della Brexit, le Corti del Regno Unito potessero emettere *anti-suit injunctions* per inibire l'avvio o il prosieguo di procedimenti dinanzi all'autorità giurisdizionale di Stati terzi, ma non di uno Stato membro dell'Unione europea, in conseguenza dell'incompatibilità di siffatti provvedimenti con il "regime Bruxelles" (ne diremo più in dettaglio *infra*, par. 3)<sup>6</sup>.

---

diritto di recesso e ritenevano, anzi, che il processo di integrazione europea fosse irreversibile. Sul punto si veda, per tutti, U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2020, VI ed., p. 72 ss.

<sup>5</sup> Con riguardo allo specifico tema oggetto di indagine, si vedano A. CANNON, V. NAISH, H. AMBROSE, *Anti-suit injunctions and arbitration post-Brexit*, 2016, [www.herbertsmithfreehills.com](http://www.herbertsmithfreehills.com); K. DAVIES, V. KIRSEY, *Anti-suit injunctions in support of London seated arbitrations post-Brexit: are all things new just well-forgotten past?*, in *Journal of International Arbitration*, Special Issue, 2016; B. HESS, M. REQUEJO-ISIDRO, *Brexit – Immediate Consequences on the London Judicial Market*, 2016, [conflictoflaws.net](http://conflictoflaws.net); J. ROGERS, S. GOODALL, *How will Brexit impact arbitration in England and Wales*, 2016, [www.nortonrosefulbright.com](http://www.nortonrosefulbright.com); M. AHMED, P. BEAUMONT, *Exclusive choice of court agreements: some issues on the Hague Convention on choice of court agreements and its relationship with the Brussels I recast especially anti-suit injunctions, concurrent proceedings and the implications of Brexit*, in *Journal of Private International Law*, 2017, p. 386 ss.; L. CLEGG, *Anti-suit injunctions within the EU – the past, present and post-Brexit future*, 2018, [www.freeths.co.uk](http://www.freeths.co.uk); P. HIRST, *Brexit: the return of the EU anti-suit injunction?*, 2018, [www.clydeco.com](http://www.clydeco.com); D. NDOLO, M. LIU, *Revisiting Anti-suit Injunctions post Brexit: Some Lessons from the US*, 2018, reperibile online; R. LOMBARDI, *Le anti-suit injunctions nell'era della Brexit: quali prospettive rispetto all'Unione Europea?*, [www.comparazione-diritto-civile.it](http://www.comparazione-diritto-civile.it); D. NDOLO, *The End of West Tankers in the UK? Anti-suit Injunctions post-Brexit: The Default 'No-deal' Scenario*, 2019, [www.efilablog.org](http://www.efilablog.org).

<sup>6</sup> Entrato in vigore il 10 gennaio 2015, il regolamento (UE) n. 1215/2012 ("Bruxelles I bis"), come noto, si occupa di disciplinare la competenza giurisdizionale, l'esecuzione e il riconoscimento delle decisioni in materia civile e commerciale, in sostituzione al precedente regolamento (UE) n. 44/2001. A tal proposito si vedano, in generale, A. LEANDRO, *Prime osservazioni sul regolamento (UE) n. 1215/2012 ("Bruxelles I bis")*, in *Il giusto processo civile*, 2013, p. 583 ss.; nonché, U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *European Commentaries on Private International Law. Volume I. Brussels I bis Regulation*, Köln, 2016, *passim*; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, I, *Parte generale e obbligazioni*, Milano, 2020, IX ed., p. 74 ss.; su aspetti specifici, P. FRANZINA, *Litispendenza e connessione tra Stati membri e Stati terzi nel regolamento Bruxelles I bis*, in *Diritto del commercio*

In seguito all'uscita del Regno Unito dall'Unione, quindi, si pone la necessità di rivalutare la legittimità di tali provvedimenti nel mutato contesto, regolato per ora dall'Accordo di recesso (Withdrawal Agreement)<sup>7</sup>, anche alla luce degli effetti che le sentenze già pronunciate dalla Corte di giustizia produrranno nei confronti del Regno Unito: dalla Brexit, stando al regime attualmente delineato, deriverà infatti, a partire dalla fine del periodo di transizione, la sottrazione del Regno Unito al “regime Bruxelles”<sup>8</sup> e ai criteri di riparto della giurisdizione che esso contempla, ispirati, come noto, ai principi di reciproca fiducia e cooperazione tra gli Stati membri<sup>9</sup>.

Parimenti dovrà valutarsi nuovamente il rapporto tra *anti-suit injunction* e il regime dell'arbitrato (su cui *infra*, par. 4).

Orbene, la soluzione a tali questioni è attualmente da individuare, appunto, alla luce delle norme contenute nell'Accordo con cui Regno Unito e UE hanno deciso di regolare i loro rapporti futuri, il cui art. 67 prevede che “1. In the United Kingdom, as well as in the Member States in situations involving the United Kingdom, in respect of legal proceedings instituted *before the end of the transition period* and in respect of proceedings or actions that are related to such legal proceedings pursuant to Articles 29, 30 and 31 of Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council (...), *the following acts or provisions shall apply*: (a) the provisions regarding jurisdiction of Regulation (EU) No 1215/2012; (...) 2. In the United Kingdom, as well as in the Member States in situations involving the United Kingdom, the following acts or provisions shall apply as follows in respect of the recognition and enforcement of judgments, decisions, authentic instruments, court settlements and agreements: (a) Regulation (EU) No 1215/2012 shall apply to the recognition and enforcement of judgments given in legal proceedings instituted before the end of the transition period, and to authentic instruments formally drawn up or registered and court settlements approved or concluded before the end of the transition period” (corsivi aggiunti).

Sul punto, appare altresì opportuno segnalare che il Ministry of Justice, utilizzando i poteri conferitigli dal Withdrawal Agreement, ha adottato una serie di atti legislativi ad integrazione dello stesso Accordo (le c.d. Regulations) al fine di incorporare nella legislazione interna l'*acquis* dell'Unione “(...) as applicable on the last day of the transition period”<sup>10</sup>; va pure detto che, al contempo, l'Accordo di recesso

---

*internazionale*, 2014, p. 621 ss.; E. GUALCO, G. RISSO, *Il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie nel regolamento 1 bis*, *ivi*, p. 637 ss.; M. BONA, *Giurisdizione e azione diretta tra Reg. (UE) n. 1215/2012 e convenzioni speciali: quali limiti alla deroga ex art. 71?*, nota a *ord. Cass. sez. un. civ. 9 marzo 2015, n. 4686*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2016, p. 235 ss.; L. PENASA, *Gli accordi sulla giurisdizione a favore di giudici di Stati terzi nel Regolamento Bruxelles I-bis*, in *Rivista di diritto processuale*, 2020, p. 46 ss.

<sup>7</sup> Il Withdrawal Agreement è reperibile all'indirizzo [ec.europa.eu](http://ec.europa.eu). In dottrina v. G. CARVALE, *L'approvazione dell'European union (withdrawal) Act 2018 e le incertezze dell'accordo di recesso*, in *Nomos*, 2018.

<sup>8</sup> È improbabile che ciò conduca alla reviviscenza della Convenzione di Bruxelles: cfr. J. ALBERTI, *La (discutibile) reviviscenza delle Convenzioni di Bruxelles e Roma nei rapporti con il Regno Unito in seguito alla Brexit*, in *Eurojus*, 2019, n. 4, p. 39 ss.

<sup>9</sup> In argomento, tra gli altri, v. R. AIKENS, A. DINSMORE, *Jurisdiction, Enforcement and the Conflict of Laws in Cross-border Commercial Disputes: What Are the Legal Consequences of Brexit?*, in *European Business Law Review*, 2016, p. 903 ss.; Y. BAATZ, *How Will Brexit Affect Exclusive English Jurisdiction Agreements?*, in *Shipping and Trade Law*, 2016, p. 1 ss.; R. LOMBARDI., *op. cit.*, p. 1 ss.

<sup>10</sup> V. [www.gov.uk/eu-withdrawal-act-2018-statutory-instruments](http://www.gov.uk/eu-withdrawal-act-2018-statutory-instruments).

ammette che potranno essere rimosse le norme già recepite che non siano più idonee ad operare, in quanto mal si prestino ad un'applicazione unilaterale<sup>11</sup>.

Il “sistema Bruxelles”, quindi, sarà applicabile solo alle cause avviate entro il 31 dicembre 2020: decorso il periodo di transizione, *rebus sic stantibus*, verranno a cadere le restrizioni al potere dei tribunali britannici di emettere *anti-suit injunctions* per impedire l'avvio o il prosieguo di un processo dinanzi agli organi giurisdizionali dei Paesi membri dell'Unione.

Sarebbe quindi opportuno che UE e Regno Unito chiarissero definitivamente il destino del sistema Bruxelles *per il periodo successivo* alla transizione: si tratta di una questione di non poco conto, se si considerano le conseguenze in termini applicativi che deriverebbero dall'utilizzo diffuso di uno strumento tanto discusso come quello delle *anti-suit injunctions*. Insomma, nell'interesse dei cittadini dell'Unione e del Regno Unito e al fine di garantire prevedibilità delle soluzioni e certezza del diritto, è evidente la necessità che il Governo britannico e la Commissione negozino compiutamente il quadro delle future relazioni (anche) per questo aspetto<sup>12</sup>: stante l'elevato livello d'integrazione ormai raggiunto da tutti i Paesi membri dell'Unione europea, ivi compreso il Regno Unito, è infatti quanto mai opportuno che anche le relazioni future tra organi giurisdizionali continuino a fondarsi sul rispetto di principi condivisi.

Peraltro, la Political declaration setting out the framework for the future relationship between the European Union and the United Kingdom, che accompagna l'Accordo di recesso, prevede che “the future relationship should incorporate the United Kingdom's continued commitment to respect the frame work of the European convention on human Rights”.

Considerata la permanenza del Regno Unito nella CEDU, le *anti-suit injunction* potrebbero finanche risultare incompatibili con il dettato di cui all'art. 6, par. 1 della Convenzione, qualora dovessero limitare il diritto del singolo ad un (equo) processo:

---

<sup>11</sup> Per approfondimenti, si vedano, per tutti, A. DAVÌ, A. ZANOBBETTI, *Brexit: lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale all'alba dell'exit day*, in *federalismi.it*, 19 febbraio 2020, reperibile online; D. NDOLO, *op. cit.*

<sup>12</sup> A tal proposito, nel preambolo dell'Accordi di recesso del 19 ottobre 2019, si legge che: “(...) considering that it is in the interest of both the Union and the United Kingdom to determine a transition or implementation period during which – notwithstanding all consequences of the United Kingdom's withdrawal from the Union as regards the United Kingdom's participation in the institutions, bodies, offices and agencies of the Union, in particular the end, on the date of entry into force of this Agreement, of the mandates of all members of institutions, bodies and agencies of the Union nominated, appointed or elected in relation to the United Kingdom's membership of the Union – Union law, including international agreements, should be applicable to and in the United Kingdom, and, as a general rule, with the same effect as regards the Member States, in order to avoid disruption in the period during which the agreement(s) on the future relationship will be negotiated, (...)”, nonché “(...) noting that in parallel with this Agreement, the Parties have made a Political Declaration setting out the framework for the future relationship between the European Union and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, considering that there is a need for both the United Kingdom and the Union to take all necessary steps to begin as soon as possible from the date of entry into force of this Agreement, the formal negotiations of one or several agreements governing their future relationship with a view to ensuring that, to the extent possible, those agreements apply from the end of the transition period, (...)”, per poi all'art. 184 specificare che “The Union and the United Kingdom shall use their best endeavours, in good faith and in full respect of their respective legal orders, to take the necessary steps to negotiate expeditiously the agreements governing their future relationship referred to in the Political Declaration of 17 October 2019 and to conduct the relevant procedures for the ratification or conclusion of those agreements, with a view to ensuring that those agreements apply, to the extent possible, as from the end of the transition period”.

il potere di emettere *anti-suit injunctions* potrebbe difatti limitare il diritto di accesso alla giustizia, tutelato dall'art. 6, par. 1, CEDU, il quale ha lo scopo di garantire a tutti i cittadini la possibilità di agire dinanzi ad un giudice terzo, imparziale ed indipendente, per far valere i propri diritti; ricordiamo che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato che il diritto individuale di accesso a "un" tribunale è ricompreso nell'art. 6 ("inherent")<sup>13</sup> e che tutti hanno diritto all'accesso *effettivo* a un giudice<sup>14</sup>, anche se tale diritto non è assoluto e può essere soggetto a limitazioni che, per essere compatibili con la Convenzione, devono perseguire un obiettivo legittimo ed essere rispettose del principio di proporzionalità<sup>15</sup>. Va parimenti detto che una parte della dottrina ha sostenuto che le *anti-suit injunctions* potrebbero comunque essere compatibili con l'art. 6: "if Article 6 does impose any pertinent constraints, it is likely to be at the margins of the remedy"<sup>16</sup>.

3. Fini di chiarezza suggeriscono ora di ripercorrere, seppur brevemente, storia e funzioni delle *anti-suit injunctions*. Esse, come già accennato, mirano a vietare a una parte, attraverso un provvedimento giurisdizionale, di compiere determinate attività in un processo già in corso (come, ad esempio, la produzione di determinati elementi di prova) o di instaurare o proseguire un procedimento nuovo dinanzi a un giudice straniero<sup>17</sup>.

Nate, come dicevamo, nella tradizione giuridica di *common law* con lo scopo di garantire un'efficace gestione dei rapporti processuali nel contesto internazionale, le *anti-suit injunctions* sono divenute oggetto di una prassi consolidata, in particolare dei giudici inglesi, in presenza di condizioni quali, ad esempio, i casi di c.d. *forum non conveniens*<sup>18</sup>, qualora un processo straniero appaia solo strumentalmente

<sup>13</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 21 febbraio 1975, *Golder c. Regno Unito*, paragrafi 35 e 36.

<sup>14</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 9 ottobre 1979, *Airey c. Irlanda*, paragrafi 24 e 28.

<sup>15</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 25 ottobre 2016, *Radunovic c. Montenegro*, paragrafi 62 e 63.

<sup>16</sup> Così T. RAPHAEL, *The Anti-Suit Injunction*, Oxford, 2019, II ed., p. 165, [olrl.oup.com](http://olrl.oup.com). Si vedano anche, per soluzioni e approcci differenti, N. TROCKER, *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'"azione" nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in V. COLESANTI, C. CONSOLO, G. GAJA (a cura di), *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Attardi*, Padova, 2009, p. 453 ss.; L. MACCARONI, *Equo processo, attuazione del contraddittorio e tutela del convenuto nel procedimento di "exequatur" secondo il Regolamento di Bruxelles I/I-bis*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2015, p. 301 ss.

<sup>17</sup> Si parla in tal caso di *anti-suit injunction* "preventiva"; v. A. ATTERITANO, *Anti-suit injunctions in ambito arbitrale: provvedimenti illeciti o semplicemente odiosi?*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2010, p. 442.

<sup>18</sup> La dottrina del *forum non conveniens*, come affermato nella classica sentenza della House of Lords britannica, *Spiliada Maritime Corp c. Cansulex Ltd* [1986] UKHL 10, [1987] AC 460, concede a un giudice nazionale la facoltà di declinare discrezionalmente la propria giurisdizione a favore di un foro alternativo parimenti dotato di giurisdizione, più adatto a decidere una data controversia, alla luce dei vari interessi in gioco tra le parti e per fini di giustizia. In generale si vedano E. JAIME, *Zur Übernahme der Lehre vom "forum non conveniens" in das deutsche internationale Verfahrensrecht*, in *Zeitschrift für das Ständesamtswesen*, 1975, p. 91 ss.; C. BLUM, *Forum non conveniens*, Zürich, 1979, *passim*; J.J. FAWCETT, *Trial in England or Abroad: The Underlying Policy Considerations*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1989, p. 205 ss.; H. GAUDEMONT-TALLON, "Forum non conveniens", *une menace pour la convention de Bruxelles? (A propose de trois arrêts anglais récents)*, in *Revue critique de droit international privé*, 1991, p. 491 ss.; P. HUBER, *Die englische forum-non-conveniens-Doktrin und ihre Anwendung im Rahmen des Europäischen Gerichtsstands und Vollstreckungsübereinkommens*, Berlin, 1994; W. KENNETT, *Forum Non Conveniens in Europe*, in *Cambridge Law Journal*, 1995, p. 552 ss.; P.

avviato o eccessivamente oneroso per una parte, o, ancora, qualora l'azione che una parte potrebbe intraprendere dinanzi a un giudice straniero sia intentata in violazione di una chiara volontà negoziale comune<sup>19</sup>.

Una parte della dottrina ha ritenuto che il potere giurisdizionale così esercitato ammetta l'intervento del giudice (anglosassone) solo qualora l'attivazione di un procedimento straniero integri una forma d'ingiustizia nei confronti di soggetti rispetto ai quali questi gode di piena giurisdizione<sup>20</sup>, e ha sostenuto che dall'utilizzo delle *anti-suit injunctions* non consegue, in realtà, alcuna indebita interferenza con la giurisdizione di altri Stati, dal momento che l'ordine inibitorio ivi contenuto sarebbe rivolto alla parte privata e non già al giudice straniero, al quale l'*injunction* non impone di declinare la giurisdizione, di dichiararsi incompetente, o di rigettare l'azione: "the order binds only that party, *in personam*, and is effective only insofar as that party is amenable to the jurisdiction of the english courts so that the order can be enforced against him"<sup>21</sup>.

È ad ogni modo evidente come l'utilizzo delle *anti-suit injunctions*, comunque, non agevoli la stabilità delle relazioni processuali transnazionali, che sarebbe meglio garantita da una regolamentazione uniforme della materia.

Proprio per cercare di raggiungere questo obiettivo è stato a volte applicato, nella prassi, il principio della *international comity*, nel rispetto del quale un dato giudice deve compiere valutazioni di opportunità circa l'utilizzo delle *anti-suit injunctions*,

---

PRINCE, *Bhopal, Bougainville and OK Tedi: why Australia's Forum non conveniens approach is better*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1998, p. 573 ss.; A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens*, Bruxelles, 2003, *passim*. Sul punto si veda anche la sentenza della Corte di giustizia del 1° marzo 2005, causa C-281/02, *Owus c. Jackson*, in cui si affronta la questione della compatibilità di tale dottrina con la Convenzione di Bruxelles del 1968 (oggi il regolamento Bruxelles I *bis*) e se ne conferma l'"estranietà" al regime della Convenzione perché, lasciando al giudice ampi margini di discrezionalità in merito alla giurisdizione, ostacola gli obiettivi della Convenzione stessa (prevedibilità ed uniformità delle norme sulla giurisdizione nei rapporti con gli altri ordinamenti comunitari). Per approfondimenti M.A. LUPOLI, *Del caso Owusu: l'ultima spiaggia del forum non conveniens in Europa*, in *Int'l Lis*, 2005/2006, p. 15 ss. Con riferimento specifico al *forum non conveniens* rispetto al fenomeno delle *anti-suit injunctions*, si veda poi Court of Appeal, sentenza del 22 aprile 1980, *Castanho c. Root & Brown*, (1981) A.C.557 (H.L.1980). In dottrina R. MARENGO, *Arbitrato e coordinamento fra dottrina del forum non conveniens, anti-suit injunctions e regole comunitarie in materia di giurisdizione*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2007, p. 462 ss. Va detto che, benché entrambe rilevanti al fine della individuazione del giudice competente, *anti-suit injunctions* e dottrina del *forum non conveniens* presentano comunque delle differenze di fondo: mentre quest'ultima, infatti, consente a una Corte di denegare la propria giurisdizione a favore di un'altra considerata più adatta a trattare la controversia (senza quindi "pregiudicare" l'altrui giurisdizione), l'emissione di un'*anti-suit injunction* inibisce, seppur con le caratteristiche di cui si è detto la giurisdizione straniera. Per ulteriori approfondimenti cfr. E. BANDERA, *La sentenza Owusu, il forum non conveniens e i conflitti di giurisdizione tra Stati membri e Stati terzi*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 1025 ss.; A. GRAY, *Forum non conveniens in Australia: A Comparative Analysis*, in *Common Law World Review*, 2009, p. 207 ss.

<sup>19</sup> Cfr. A. ATTERITANO, *op. cit.*, p. 444 ss.

<sup>20</sup> M. GIORGETTI, *L'anti-suit injunction inglese e l'Europa giudiziaria: la parola alla Corte di giustizia*, in *Int'l Lis*, 2002-2003, p. 26: "l'ordine vincola solo quella parte, *in personam*, ed è efficace solo nella misura in cui tale parte è sottoposta alla giurisdizione dei tribunali inglesi".

<sup>21</sup> Cfr. T. RAPHAEL, *The anti-suit injunction*, Oxford, 2008, pp. 2-3: "In the game of multi-dimensional chess that International litigation can become, the *anti-suit injunction* can be dramatic way of reducing the number of pieces on the board, and shaping the moves that can be taken". Si vedano, altresì, M.R. WILKEY, *Transnational Adjudication: A View from the Bench*, in *The International Lawyer*, 1984, p. 541 ss.; J. PHILIPS, *A Proposed Solution to the Puzzle of Anti-suit Injunctions*, in *University of Chicago Law Review*, 2007, p. 2007 ss.

circoscrivendone l'emissione a casi eccezionali. L'opinione prevalente ritiene che quello della *international comity* sia un principio generale che formalizza, nel contesto processuale, l'idea di rispetto reciproco fra (i diversi sistemi giuridici de) i vari Stati: esso, insomma, rappresenterebbe “the recognition a nation shows to the legislative, executive or judicial acts of another nation”, tenendo comunque sempre nella dovuta considerazione i diritti dei propri cittadini o di altre persone soggette alla protezione della legge<sup>22</sup>.

Ebbene, con specifico riguardo alla prassi relativa alle *anti-suit injunctions*, tale principio è spesso oggetto di un bilanciamento con altri valori in gioco, i quali contribuiscono a delimitare le situazioni in cui l'ingiunzione può essere concessa.

Dall'analisi della giurisprudenza inglese è possibile desumere, in tal senso, almeno tre criteri guida: 1) i tribunali di uno Stato non dovrebbero, senza buone ragioni per farlo, concedere rimedi che interferiscano, anche indirettamente, con la sovranità di uno Stato straniero, dal momento che alla luce del principio di non ingerenza, l'ordinamento di ogni Stato ha una propria sfera intangibile che deve essere il più possibile protetta dall'interferenza dei tribunali esteri; 2) all'indipendenza dei tribunali stranieri segue la tendenziale necessità di riconoscere effetti alle loro decisioni; 3) un tribunale straniero può legittimamente intervenire su una questione solo qualora questa rientri nella sua sfera di giurisdizione/competenza.

Ora, la “cortesia” (*comity*, appunto) dovuta agli organi giurisdizionali stranieri, letta alla luce di questi criteri, impone al giudice che voglia emettere un'*anti-suit injunction* di procedere con estrema cautela e, quindi, di provvedere in tal senso solo quando strettamente necessario, solo qualora, cioè, i procedimenti esteri siano attivati in violazione di un accordo di scelta del foro, siano vessatori, oppressivi<sup>23</sup> o integrino ipotesi di abuso del processo.

<sup>22</sup> Così, tradizionalmente, la Corte suprema statunitense nel caso *Hilton c. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895), considerato un *leading case* in materia. In letteratura v. K. CHNG, *Breach of Agreement versus Vexatious, Oppressive and Unconscionable Conduct: Clarifying Their Relationship in the Law of Anti-suit Injunctions*, in *Legal Studies Research Paper*, 2016, p. 340 ss. In una prospettiva europea potremmo parlare di quel *mutual trust*, tipico della relazione intercorrente tra i tribunali degli Stati membri dell'UE. Sul punto, la stessa CGUE (su cui *infra*, par. 5) ha più volte sostenuto che l'effettiva esistenza di una fiducia tra i tribunali dei vari Stati, escluderebbe l'utilità di un rimedio come quello delle *anti-suit injunctions*, optando piuttosto per una soluzione armonica dei conflitti di giurisdizione che eviti abusi ed eccessi di discrezionalità da parte delle varie corti nazionali; in letteratura cfr. G. MCALOON, *Double Standards in Comity and the Suppression of the Rights of the Plaintiff: The Future Use of Anti-suit Injunctions in Private International Law Examined*, in *The Student Journal of Law*, 2012, reperibile online; G. ZARRA, *Il ricorso alle anti-suit injunction per risolvere i conflitti internazionali di giurisdizione ed il ruolo dell'international comity*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 570 ss.

<sup>23</sup> Il significato da attribuire ai predetti presupposti è stato abbastanza dibattuto: vessatorietà ed oppressività possono derivare sia dalla natura del procedimento estero, sia dal modo in cui tale procedimento viene condotto. Alla luce di ciò appare chiaro che tali definizioni non possono essere delineate *a priori*, seppur sia comunque possibile identificarne delle forme tipiche, caratterizzate da figure sintomatiche. Per approfondimenti, si veda T. RAPHAEL, *op. cit.*, p. 124 ss., che distingue cause soggettive e oggettive di vessatorietà. Dal punto di vista soggettivo sarebbero oppressivi e vessatori tutti quei procedimenti attivati in malafede, e non già con l'intento di ottenere effettivamente giustizia all'estero. In tali casi, laddove non ci sia un'adeguata motivazione atta a giustificare il ricorso all'estero, l'*anti-suit injunction* è concessa. Sotto il profilo oggettivo, invece, l'A. qualifica come vessatori ed oppressivi, per natura o in ragione delle conseguenze che ne derivano, quei procedimenti all'estero in cui si applichino rimedi più onerosi rispetto a quelli previsti nel foro “naturale”, o quando l'obiettivo del procedimento estero è quello di prevenire il compimento di processi nei tribunali del foro naturale col tentativo di dirottare la decisione del giudice su questioni rientranti nella sua giurisdizione. Il semplice inconveniente derivante

Tutta questa costruzione, però, è palesemente incompatibile con le tradizioni giuridiche di *civil law* e, soprattutto, con la disciplina UE della litispendenza internazionale di cui all'art. 29 ss. del regolamento 1215/2012, la quale, come noto, vieta ad un giudice di auto-attribuirsi la giurisdizione *esclusiva* su una data controversia e, quindi, impedire o ostacolare l'esercizio del potere giurisdizionale altrui.

Va detto, però, che di recente sia i giudici tedeschi sia i giudici francesi si sono confrontati con la possibilità di adottare *anti-suit injunctions* nei confronti di Paesi non membri dell'Unione europea<sup>24</sup>.

Al di fuori del contesto UE, ovviamente, lo strumento dell'*anti-suit injunction* potrebbe trovare legittimazione internazionale sulla base del consenso (che potrebbe essere fornito con varie modalità, anche tacite) dello Stato il cui giudice ne risultasse inibito<sup>25</sup>; in assenza di un titolo di legittimazione siffatto si può invece dubitare della legittimità internazionale di tali misure (e questo indipendentemente da altre considerazioni, come quella secondo la quale l'*anti-suit injunction* è rivolta alla parte privata e non al giudice straniero, in quanto organo dello Stato), dal momento che le stesse paiono incompatibili con le norme di diritto internazionale generale che tutelano la sovranità degli Stati, alle quali facevamo cenno *supra*. Difatti, in linea di principio (cioè in assenza di specifici accordi), se è vero che la determinazione dell'ampiezza della giurisdizione nazionale è, come noto, riservata alla *domestic jurisdiction*, è altrettanto vero che ne consegue l'obbligo per gli Stati di astenersi dal compimento di atti e comportamenti che possano interferire con l'esercizio altrui di tale discrezionalità<sup>26</sup>.

E, quindi, la dottrina<sup>27</sup> e la giurisprudenza di *civil law*<sup>28</sup> hanno in più occasioni contestato non solo l'interferenza delle *anti-suit injunctions* con una corretta amministrazione della giustizia, ma finanche con la sovranità degli Stati coinvolti. Ciò è particolarmente vero, ovviamente e per i motivi di cui si è detto, con riguardo alle relazioni giudiziarie tra Paesi membri dell'UE, in considerazione dei peculiari rapporti creati dalla *membership* e soprattutto dal "regime Bruxelles".

**4.** Oltre che in ambito strettamente giurisdizionale le *anti-suit injunctions* possono essere adottate anche a tutela della scelta effettuata dalle parti, a mezzo di una clausola compromissoria, di devolvere una data controversia a un collegio arbitrale.

dal perseguimento di procedimenti stranieri paralleli non è, dunque, sufficiente a giustificare vessatorietà ed oppressività. Nel momento in cui la giurisdizione estera è il foro più appropriato per il contenzioso considerato, ovviamente, non potrà più dirsi vessatorio ed oppressivo il procedimento ivi instaurato.

<sup>24</sup> Al riguardo si vedano G. CUNIBERTI, *Paris Court Issues Anti Anti Suit Injunction*, in *The European Association of Private International Law Blog*, 25 marzo 2020, eapil.org; M. LEHMANN, *Anti-Anti-Suit Injunctions by German Courts – What Goes Around, Comes Around*, 30 marzo 2020, *ivi*.

<sup>25</sup> Cfr. A. ATTERITANO, *op. cit.*, p. 458 ss. Sul ruolo del consenso statale nei rapporti tra autorità giurisdizionali v. G.M. RUOTOLO, *Il ruolo del consenso del sovrano territoriale nel transborder data access tra obblighi internazionali e norme interne di adattamento*, in *La Comunità Internazionale*, 2016, p. 183 ss.

<sup>26</sup> Nel merito della compatibilità delle *anti-suit injunctions* con la sovranità dello Stato la cui giurisdizione inibiscono, cfr. M.V. BENEDETTI, *Le anti-suit injunctions nell'arbitrato internazionale: questioni di legittimità e opportunità*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2014, p. 707 ss., il quale ammette che uno strumento come quello dell'*anti-suit injunction* possa risultare lesivo in questo senso.

<sup>27</sup> V. F. CASTRICA, *Anti-suit injunctions ed arbitrato: l'esperienza inglese e le sue prospettive alla luce della recente giurisprudenza comunitaria*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2005, p. 403 ss.; M. FAUZZI, *L'anti-suit injunction nella giurisprudenza comunitaria*, 2010, [www.sudineruropa.net](http://www.sudineruropa.net).

<sup>28</sup> Sul punto, cfr. *infra*, par. 4.

Ora, le *anti-suit injunctions* a sostegno dell'arbitrato presentano caratteristiche peculiari, che le distinguono da quelle adottate in contesti puramente giurisdizionali: è necessario, infatti, che le parti del giudizio straniero nei cui confronti è emessa la misura inibitoria siano le medesime che hanno stipulato la convenzione arbitrale e che la controversia che ne sia oggetto possa *effettivamente* essere risolta ricorrendo all'arbitrato.

Sono state la dottrina<sup>29</sup> e la giurisprudenza statunitense a mostrare per prime un approccio aperto all'utilizzo di tale strumento: come noto, le parti di una clausola compromissoria si obbligano a rinunciare ad adire un giudice statale; tale rinuncia non pone, almeno in linea di principio, problemi di compatibilità con il diritto di accesso alla giustizia, fintanto che l'arbitrato possa *effettivamente* operare. Un problema siffatto, invece, sorge nel caso in cui la convenzione arbitrale dovesse risultare per qualsivoglia motivo inefficace, dal momento che l'obbligo ivi contenuto avrebbe l'effetto di negare l'accesso alla giustizia (ad *ogni* forma di giustizia).

Peraltro, quanto al contesto UE, il fatto che il regolamento Bruxelles I *bis* escluda dal suo ambito di operatività la materia dell'arbitrato, rende più difficile contestare le *anti-suit injunctions* "arbitrali" per incompatibilità con il relativo regime. La dottrina ha però, in più occasioni, affermato che, considerato il frequente ricorso all'arbitrato come strumento di risoluzione delle controversie transnazionali, specie in materia commerciale, sarebbe oltremodo opportuna una sua disciplina all'interno del "sistema Bruxelles"<sup>30</sup>: uno studio condotto nel 2007 dall'Università di Heidelberg ha evidenziato, peraltro, l'assenza di disciplina uniforme dell'attribuzione della competenza nei procedimenti arbitrali, con conseguenti incertezze anche relativamente al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni adottate in contesto giurisdizionale connesse a clausole compromissorie<sup>31</sup>.

Proprio alla luce di queste considerazioni, negli anni passati, già nella vigenza del regolamento Bruxelles I, sono state avanzate alcune proposte di modifica del "sistema Bruxelles" volte all'abolizione dell'*arbitration exclusion*<sup>32</sup>, nella speranza

<sup>29</sup> Sulle *anti-suit injunctions* a supporto dell'arbitrato statunitense si veda, F. PIETRANGELI, *Presupposti della personal jurisdiction e anti-suit injunction a sostegno dell'arbitrato in una recente sentenza di una corte federale dello Stato di New York*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2010, p. 937 ss. In merito alla sussistenza della *personal jurisdiction* delle corti federali statunitensi, esiste un complesso di regole risultanti dal diritto interno e dal diritto internazionale pattizio. Sul punto si vedano G. BERMAN, *Transnational litigation in a nutshell*, St. Paul (MN), 2003, p. 4; G.B. BORN, P.B. RUTLEDGE, *International Civil Litigation in United States Courts*, New York, 2018, VI ed., p. 75 ss.

<sup>30</sup> Cfr. M.V. BENEDETTELLI, *Ordinamento comunitario e arbitrato commerciale internazionale: favor, ostilità o indifferenza?*, in N. BOSCHIERO, P. BERTOLI (a cura di), *Verso un "ordine comunitario" del processo civile*, Napoli, 2008, p. 111 ss.; A. LEANDRO, *La proposta per la riforma del regolamento "Bruxelles I" e l'arbitrato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 177 ss.; L.G. RADICATI DI BROZOLO, *L'arbitrato e la proposta di revisione del Regolamento Bruxelles I*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2011, p. 187 ss.

<sup>31</sup> Trattasi di uno studio condotto in merito all'applicazione del regolamento (CE) n. 44/2001, reperibile all'indirizzo [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu).

<sup>32</sup> Sono coperti dall'*arbitration exclusion* tutti i procedimenti giudiziari aventi ad oggetto misure di supporto al procedimento arbitrale, quale la nomina di arbitri, nonché la procedura di controllo e di riconoscimento ed esecuzione dei lodi arbitrali. Cfr. A. MALATESTA, *Il nuovo regolamento Bruxelles I-bis e l'arbitrato: verso un ampliamento dell'"arbitration exclusion"*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 5 ss.

che siffatta dirompente novità avrebbe portato nel contesto UE una maggiore certezza, considerata l'assenza di regole uniformi in materia di arbitrato<sup>33</sup>.

La Commissione, in un documento del 2010, proponeva poi un'altra e diversa soluzione per colmare la lacuna in materia di arbitrato: adottare, quanto meno, norme di disciplina dei *parallel proceedings*. Alla fine, però, tutto si è risolto in un nulla di fatto<sup>34</sup>: il regolamento Bruxelles I bis, al 12° 'considerando'<sup>35</sup>, prevede che

<sup>33</sup> Cfr. M. DE SANTIS, *Il nuovo Regolamento Bruxelles I-bis e l'arbitrato: alcune riflessioni*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2013, p. 384 ss.

<sup>34</sup> Quello dell'"*arbitration exclusion*" è stato uno dei principali problemi oggetto di esame nel processo di revisione del regime Bruxelles che ha condotto al regolamento Bruxelles I bis. Ampio il dibattito dottrinale avutosi al riguardo (cfr. N. DOWERS, Z.S. TANG, *Arbitration in EU Jurisdiction Regulation: Brussels I Recast and a New Proposal*, in *Groningen Journal of International Law*, 2015, p. 125 ss.): l'assenza di una disciplina uniforme di attribuzione delle competenze nei procedimenti arbitrali genera inevitabili dubbi in merito al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni assunte dai giudici in violazione di clausole compromissorie. In generale, innumerevoli sono state le proposte di modifica susseguitesì nel processo di revisione che ha condotto al regolamento Bruxelles I bis: dalla semplice cancellazione dell'"*arbitration exclusion*" (assoggettando i procedimenti arbitrali, compresi quelli relativi alla validità degli accordi arbitrali, al regime Bruxelles), all'introduzione di regole *ad hoc* volte a disciplinare il problema dei *parallel proceedings* arbitrali e giudiziali.

Alla fine, il regolamento Bruxelles I bis ha di fatto mantenuto l'esclusione dell'arbitrato dal suo ambito di applicazione, fornendone un'esplicazione nel 12° 'considerando'. Se non fosse che, a causa dell'ambiguità della sua formulazione, tale disposizione non ha rimosso efficacemente tutti i problemi pratici derivanti dall'interazione tra giurisdizione e arbitrato, e si è prestata a interpretazioni contrapposte in dottrina (cfr. G. ZARRA, *Il nuovo regolamento Bruxelles I bis ed il problema dell'esclusione dell'arbitrato*, in *Giustizia civile*, 2014, p. 3 ss.). Di particolare rammarico è l'incapacità di limitare il fenomeno dei *parallel proceedings* arbitrali e giudiziali: difatti, nel co. 1 del 'considerando', nel ribadire l'esclusione dell'arbitrato dall'ambito di disciplina del regolamento, si precisa che nulla osta alle autorità giurisdizionali di uno Stato membro "investite di un'azione in una materia per la quale le parti hanno stipulato una convenzione arbitrale, di rinviare le parti all'arbitrato o di sospendere il procedimento o dichiarare irricevibile la domanda e di esaminare l'eventuale nullità, inoperatività o inapplicabilità della convenzione arbitrale, conformemente al proprio diritto nazionale". Ciò in netto contrasto con la Convenzione di New York del 1958 (alla quale il regolamento si impegna a conformarsi per la disciplina dell'arbitrato), alla stregua della quale la validità di un accordo arbitrale è censurabile secondo la legge designata dalle parti nell'accordo stesso.

<sup>35</sup> In cui si legge che "il presente regolamento non dovrebbe applicarsi all'arbitrato. Nessuna disposizione del presente regolamento dovrebbe impedire alle autorità giurisdizionali di uno Stato membro investite di un'azione in una materia per la quale le parti hanno stipulato una convenzione arbitrale, di rinviare le parti all'arbitrato o di sospendere il procedimento o dichiarare irricevibile la domanda e di esaminare l'eventuale nullità, inoperatività o inapplicabilità della convenzione arbitrale, conformemente al proprio diritto nazionale. La decisione dell'autorità giurisdizionale di uno Stato membro relativa alla nullità, inoperatività o inapplicabilità di una convenzione arbitrale non dovrebbe essere soggetta alle disposizioni del presente regolamento in materia di riconoscimento ed esecuzione, indipendentemente dal fatto che l'autorità giurisdizionale abbia adottato tale decisione in via principale o in via incidentale. Dall'altro lato, la decisione adottata da un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro che eserciti la competenza giurisdizionale in base al presente regolamento o in base al diritto nazionale, che dichiara nulla, inoperante o inapplicabile una convenzione arbitrale non dovrebbe impedire il riconoscimento e, se del caso, l'esecuzione, conformemente al presente regolamento, della decisione dell'autorità giurisdizionale nel merito della controversia. Ciò non dovrebbe pregiudicare la competenza delle autorità giurisdizionali degli Stati membri a decidere sul riconoscimento e sull'esecuzione dei lodi arbitrali conformemente alla convenzione per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, conclusa a New York il 10 giugno 1958 (la 'Convenzione di New York del 1958'), che prevale sul presente regolamento. Il presente regolamento non dovrebbe applicarsi alle cause o ai procedimenti accessori riguardanti, in particolare, la costituzione di un collegio arbitrale, i poteri degli arbitri, lo svolgimento di una procedura arbitrale o qualsiasi altro aspetto di tale procedura, né alle cause o alle decisioni riguardanti l'annullamento, il riesame, l'impugnazione, il riconoscimento o l'esecuzione di un

“nessuna disposizione del regolamento impedisce al foro competente per il merito di una controversia, rispetto alla quale sussiste un impegno arbitrale, di rinviare le parti all’arbitrato, di sospendere il procedimento, di dichiarare irricevibile la domanda, nonché di dichiarare inoperativa la convenzione arbitrale”<sup>36</sup>.

Come vedremo, però, l’esclusione dell’arbitrato dall’ambito di applicazione del “sistema Bruxelles” non ha impedito alla Corte di giustizia (nella sentenza *West Tankers*, di cui diremo subito appresso) di dichiarare comunque incompatibile con il “regime Bruxelles” l’emissione, da parte di un giudice di uno Stato membro, di un provvedimento inibitorio diretto a vietare ad una persona di avviare o proseguire un procedimento dinanzi ai giudici di un altro Stato membro, per il motivo che tale procedimento violerebbe un accordo arbitrale<sup>37</sup>.

5. Come accennato, la Corte di giustizia si è pronunciata in diverse occasioni sulla compatibilità dell’istituto dell’*anti-suit injunction* con il regime Bruxelles di cui abbiamo detto nei paragrafi precedenti.

Nel caso *Turner c. Grovit* la Corte, adita in via pregiudiziale dalla House of Lords, era chiamata a pronunciarsi in merito alla compatibilità dello strumento delle *anti-suit injunctions* con la disciplina contenuta nella Convenzione di Bruxelles del 1968<sup>38</sup>: la Court of Appeal for England and Wales, ritenendo appunto che un provvedimento inibitorio di questo tipo non implicasse alcuna incidenza sulla competenza del giudice straniero, in quanto volto a influenzare *solo* il comportamento della parte cui si rivolgeva, aveva adottato un’*anti-suit injunction*. Tuttavia, appariva evidente come tale provvedimento, anche solo indirettamente, generasse un’interferenza con la giurisdizione dei giudici stranieri. La Corte ritenne, quindi, che l’utilizzo di un simile strumento all’interno del contesto UE avrebbe senz’altro messo in pericolo il regime della Convenzione, basato sul principio della reciproca fiducia tra gli Stati contraenti, che esclude ogni forma di sindacato da parte del giudice di uno Stato membro sulla competenza del giudice di un *altro* Stato membro. Insomma, l’adesione alla Convenzione di Bruxelles (e, oggi, al “sistema Bruxelles”) impone(va) agli Stati membri di rispettare il regime di riparto di giurisdizione ivi contemplato e di rinunciare quindi ad applicare le norme interne, al fine di limitare i conflitti di giurisdizione.

La decisione in parola rappresenta un importante contributo alla costruzione di alcuni principi di diritto processuale europeo, e alla regolamentazione europea, seppure in via pretoria, dell’*anti-suit injunction*, anche a supporto dell’arbitrato<sup>39</sup>, e inaugura un filone giurisprudenziale.

---

lodo arbitrale”. Specificamente sul punto si veda S.P. CAMILLER, *Recital 12 of the Recast Regulation: A New Hope?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2013, p. 899 ss.

<sup>36</sup> A. LEANDRO, *Le anti-suit injunctions a supporto dell’arbitrato: da West Tankers a Gazprom*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 827 ss.

<sup>37</sup> In tal senso si veda anche L. PENASA, *Ancora sulla revisione del reg. Bruxelles I: la parola al Parlamento Europeo*, in *Int’l Lis*, 2011, p. 117 ss.

<sup>38</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 27 aprile 2004, causa C-159/02. In dottrina v. E. MERLIN, *Le anti-suit injunctions e la loro incompatibilità con il sistema processuale comunitario*, in *Int’l Lis*, 2004, p. 14 ss.

<sup>39</sup> In letteratura cfr. C. GAMBINO, *La legittimità delle azioni risarcitorie per violazione di clausole compromissorie dopo la giurisprudenza West Tankers*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2010, p. 949 ss. L’attenzione che la vicenda *West Tankers* ha sollevato circa i rapporti tra giurisdizione e arbitrato, costituisce altresì uno dei punti fondamentali della proposta di modifica del

Nel successivo caso *West Tankers*<sup>40</sup>, infatti, la Corte di giustizia viene chiamata ad esprimersi in merito alla compatibilità di un'*anti-suit injunction* a tutela di un arbitrato con il regime del regolamento (UE) n. 44/2001, il Bruxelles I<sup>41</sup>. La Corte, in continuità con la sua giurisprudenza pregressa (si vedano i casi *Turner*, di cui abbiamo detto, e *Gasser*<sup>42</sup>) ritenne di dover dichiarare nuovamente l'incompatibilità delle *anti-suit injunctions* col "sistema Bruxelles": nel caso di specie uno degli aspetti peculiari era relativo al fatto che il provvedimento inibitorio era stato richiesto a fronte della violazione di una clausola compromissoria con la quale le parti si erano impegnate a far risolvere la controversia ad un arbitro.

Ora, sebbene un'*anti-suit injunction* concessa per garantire il rispetto di una convenzione arbitrale mediante l'inibizione di procedimenti giurisdizionali con essa incompatibili potrebbe finanche rappresentare uno strumento di garanzia del principio di certezza dei rapporti giuridici e ridurre i rischi di conflitto tra lodo arbitrale e pronuncia del giudice nazionale, anche in questo caso la Corte dichiarò incompatibile con il "sistema Bruxelles" (rappresentato qui dal regolamento n. 44/2001) l'*anti-suit injunction*, anche se utilizzata a sostegno di un procedimento arbitrale<sup>43</sup>, facendo leva sul fatto che si trattava comunque di un provvedimento le cui conse-

---

regolamento Bruxelles I che la Commissione ha avanzato nel libro verde pubblicato nel 2009, reperibile *online*. La Commissione propone un maggiore coordinamento tra eventuali procedimenti giudiziari ed arbitrati che possono essere attivati in relazione alla valutazione della validità dell'accordo arbitrale. Attribuire priorità alle corti indicate nella clausola compromissoria, *nonché* individuare norme di diritto internazionale privato uniformi in materia, significherebbe innanzitutto evitare innumerevoli contrasti, ed in secondo luogo rinvenire rimedi alternativi alle *anti-suit injunctions* a tutela degli accordi arbitrati.

<sup>40</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 10 febbraio 2009, causa C-185/07, *Allianz S.p.A. e Assicurazioni Generali S.p.A. c. West Tankers Inc.*; per commenti si vedano M. WINKLER, *West Tankers: la Corte di Giustizia conferma l'inammissibilità delle anti-suit injunction anche in ambito escluso dall'applicazione del Regolamento Bruxelles I*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2008, p. 735 ss.; A. BOGLIONE, *Addio, senza rimpianti, alla "anti-suit injunction"*, *giubilata dalla Corte delle Comunità Europee, anche in relazione ai procedimenti arbitrati in ambito comunitario*, in *Assicurazioni*, 2009, p. 3 ss.; E. D'ALESSANDRO, *La Corte di giustizia dichiara le anti-suit injunctions a tutela dell'arbitrato inglese incompatibile con il sistema del reg. n.44/2001*, in *Rivista di diritto processuale*, 2009; F. FRADEANI, *Le anti-suit injunctions, anche a "protezione" dell'arbitrato internazionale, tra incompatibilità con il sistema processuale comunitario e riconoscimento quale legittimo rimedio a salvaguardia delle clausole di deroga alla giurisdizione*, in *Int'l Lis*, 2009, p. 123 ss.; E. MERLIN, *Proroghe pattizie e principio di "pari autorità" nell'accertamento della competenza internazionale nel reg. CE 44/2001*, *ivi*; L. PENASA, *Il giudice inglese statuisce che la sentenza West Tankers non pone ostacolo alla action for damages for breach of the obligation to arbitrate*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2013, p. 158 ss.

<sup>41</sup> Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, il c.d. regolamento Bruxelles I, che, come noto, rappresenta lo strumento di trasformazione della "vecchia" Convenzione di Bruxelles in diritto derivato vincolante.

<sup>42</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 9 dicembre 2003, causa C-116/02, *Erich Gasser GmbH c. MISAT S.r.l.*: in tale occasione la Corte aveva chiarito che la "Convenzione di Bruxelles si basa necessariamente sulla fiducia che gli Stati contraenti accordano reciprocamente ai loro sistemi giuridici e alle loro istituzioni giudiziarie" e tale fiducia "ha consentito la creazione di un sistema obbligatorio di competenza, che tutti i giudici che rientrano nel campo di applicazione della convenzione sono tenuti a rispettare".

<sup>43</sup> La decisione riporta la seguente motivazione: "tale strumento è contrario ai principi sottesi al regime contenuto nel regolamento, dal momento che ai giudici di uno Stato membro è vietato effettuare un controllo in merito alla competenza degli altri giudici, pertanto l'*anti-suit injunction* risulterebbe sotto questo profilo in collisione con l'esercizio della giurisdizione da parte dei giudici dei diversi Stati membri".

guenze avrebbero potuto pregiudicare l'*effetto utile* del regolamento. Secondo i giudici di Lussemburgo, infatti, un provvedimento siffatto rischierebbe comunque di "impedire la realizzazione degli obiettivi di unificazione delle norme sui conflitti di competenza in materia civile e commerciale e la libera circolazione delle decisioni in questa stessa materia. Ciò si verifica in particolare quando un tale procedimento impedisce ad un giudice di un altro Stato membro di esercitare le competenze che gli sono attribuite in forza del regolamento n. 44/2001"<sup>44</sup>.

Per quanto concerne, poi, la prassi interna, ricordiamo come la giurisprudenza inglese, prima della sentenza *West Tankers*, proprio sulla scorta dell'esclusione dell'arbitrato dall'ambito di applicazione dei regolamenti Bruxelles, abbia più volte confermato il potere dei giudici inglesi di concedere un'*anti-suit injunction* per inibire un procedimento straniero avente ad oggetto una controversia rispetto alla quale era stata precedentemente pattuita una clausola compromissoria a favore di un arbitrato inglese<sup>45</sup>: è proprio l'esclusione dell'arbitrato dal "regime Bruxelles" che i giudici inglesi ritengono legittimare il potere di emettere *anti-suit injunctions* in materia d'arbitrato, a patto che queste abbiano come oggetto *diretto* l'arbitrato e siano volte ad assicurarlo, garantendo efficacia alla convenzione arbitrale.

Ancora più di recente, nel caso *Gazprom*<sup>46</sup>, la Corte si è occupata poi di un'*anti-suit injunction* adottata (non già da un giudice nazionale ma) da un collegio arbitrale, giungendo, in questo caso a soluzioni parzialmente differenti: sulla scorta del fatto che, come abbiamo visto, la materia arbitrale esulava (ed esula) dall'ambito di applicazione del "sistema Bruxelles", la Corte ha ritenuto che tale sistema non osta a che il giudice di uno Stato membro riconosca ed esegua, né a che si rifiuti di riconoscere ed eseguire, un lodo arbitrale che vieti ad una parte di presentare talune domande dinanzi ad un giudice di tale Stato membro.

Insomma, a differenza di quanto avviene con quelle adottate nel contesto giurisdizionale, pare che, a giudizio della Corte, le *anti-suit injunctions* arbitrali non incidano in misura determinante sul principio di reciproca fiducia "giurisdizionale" tra Stati membri<sup>47</sup>. Ciò non esclude, ovviamente, che la stessa misura possa esser sottoposta a controlli ed eventuali censure da parte (dei giudici) dello Stato a cui si rivolge, proprio dal momento che neppure questo aspetto è disciplinato dal sistema Bruxelles.

Tuttavia, non possiamo non evidenziare come l'invocazione di una clausola compromissoria per escludere la giurisdizione di uno Stato membro incida comunque sull'operatività del "sistema Bruxelles", dal momento che ciò inibisce l'esercizio della giurisdizione: insomma, anche in questo caso, si ravvisa una sorta di "cortocircuito" tra *anti-suit injunction* e "sistema Bruxelles". Ed infatti una parte della dottrina ha criticato questo orientamento giurisprudenziale evidenziando come l'obiettivo di preservare, a livello *transnazionale*, l'efficacia di un patto di arbitrato

<sup>44</sup> Sentenza *West Tankers*, punto 24.

<sup>45</sup> Court of Appeal (Lord Woolf LCJ, Clarke and Rix LJJ), sentenza del 2 dicembre 2004, *The Hari Bhum*, in EWCA (Civ) 1598; LMNL 0658 del 7 febbraio 2005.

<sup>46</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 13 maggio 2015, causa C-536/13, *Gazprom OAO*. In letteratura, v. L. FERRUZZI, *Lituania "versus" Gazprom. Arbitro: la Corte di giustizia europea, la quale riconosce la non applicabilità del Regolamento Bruxelles I in materia di riconoscimento ed esecuzione di un lodo arbitrale straniero. Nota a CGUE Grande sezione 13 maggio 2015 (causa C-536/13)*, in *Il Diritto marittimo*, 2017, p. 440 ss.

<sup>47</sup> Sentenza *Gazprom*, punto 37.

evitando procedimenti paralleli mediante un'*anti-suit injunction* implichi comunque un'importante ingerenza nei confronti dell'esercizio della giurisdizione straniera<sup>48</sup>.

Insomma, le *anti-suit injunctions* contemplate dalla legge che regola l'arbitrato e adottate in quel contesto possono essere ritenute compatibili con il sistema di Bruxelles<sup>49</sup>, che pare considerarle ammissibili a difesa dell'impegno arbitrale<sup>50</sup>. Ricordiamo, pure, in conclusione, che la circolazione (cioè il riconoscimento) delle *anti-suit injunctions* arbitrali sfugge anch'esso alla disciplina Bruxelles.

6. Passiamo ora ad esaminare le conseguenze che la Brexit potrebbe produrre sul quadro giuridico che abbiamo brevemente delineato.

Alla luce di quanto detto e del fatto che, *rebus sic stantibus*, alla fine del periodo transitorio il Regno Unito sarà fuori dal "sistema Bruxelles", ci pare di poter ribadire l'opportunità che Regno Unito e Unione europea procedano speditamente nel negoziato per il futuro partenariato, avviato il 2 marzo 2020, sulla scorta del Draft text of the Agreement on the New Partnership with the United Kingdom, pubblicato dalla Commissione il 18 marzo 2020, in linea con le direttive di negoziato approvate dal Consiglio dell'UE il 25 febbraio 2020 e con la dichiarazione politica dell'ottobre 2019. Tuttavia, non possiamo ignorare come la già complessa trattativa tra Londra e Bruxelles abbia subito una battuta d'arresto a causa dell'emergenza sanitaria da COVID-19 e stia ora procedendo da remoto, ancor più a rilento.

Nel merito, proviamo ora a delineare, in una prospettiva *de jure condendo*, il ventaglio di possibilità che potrebbero essere utilizzate per regolare i rapporti tra l'ex-Membro e l'UE con riguardo agli strumenti di cui ci siamo occupati, nell'attesa della pronuncia della Corte di giustizia sulla questione pregiudiziale di cui abbiamo detto in apertura, che potrebbe fornirci alcuni ulteriori importanti suggerimenti.

Una prima ipotesi potrebbe vedere il Regno Unito rimanere "ancorato" al regime Bruxelles su base volontaria<sup>51</sup>: in tal caso i giudici inglesi rimarrebbero vincolati a quel quadro normativo e ai precedenti della Corte di giustizia, con la con-

---

<sup>48</sup> Cfr. L. FUMAGALLI., *Anti-suit injunction e arbitrato: una tutela troppo invasiva?*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2005, p. 583 ss. P. SCHLOSSER, *Anti-suit injunctions a sostegno dell'arbitrato internazionale*, in *Int'l Lis*, 2007, p. 96 ss., in particolare, distingue tra "*final anti-suit injunctions*" ed "*interlocutory anti-suit injunctions*". Mentre le prime hanno tutte le caratteristiche di un provvedimento cautelare d'urgenza, essendo concesse nella fase iniziale del giudizio, e servono a precludere alla parte di far valere il proprio diritto dinanzi ad un foro straniero, le seconde servono ad inibire la parte di azionare il proprio diritto davanti ad un foro straniero soltanto fino a che gli arbitri non abbiano deciso la controversia. Queste ultime sono tra l'altro divise in *perpetual* e *permanent*; potendo avere efficacia illimitata nel tempo, sono concesse solo dopo, e mirano ad evitare la proposizione di ulteriori azioni.

<sup>49</sup> In tal senso J.J. BARCELÒ III, *Anti-Foreign-Suit Injunction to Enforce Arbitration Agreements*, in *Cornell Law Faculty Publications*, 2007.

<sup>50</sup> La possibilità di adottare *anti-suit injunctions* arbitrali pare desumersi, altresì, dall'UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration del 1985 che, all'art. 17, par. 2, lett. b), prevede che il tribunale arbitrale possa ordinare alla parte di "take action that would prevent, or refrain from taking action that is likely to cause, current or imminent prejudice to the arbitral process itself".

<sup>51</sup> Si noti che allo stato attuale parrebbe l'orientamento più adatto a chiarire la questione, considerando le attitudini della recente giurisprudenza a non ammettere *anti-suit injunctions*: si veda, a tal proposito, il caso *Nori Holdings* del giugno 2018 in cui la High Court, aderendo pienamente ai principi dettati dalla CGUE con la sentenza *West Tankers*, ha negato la concessione di un'*anti-suit injunction*. Difatti, una pronuncia di questo tipo, all'indomani del *referendum* e nell'imminente uscita del Regno Unito dall'Unione europea, potrebbe essere letta come una sorta di impegno della giurisprudenza britannica a rimanere allineata alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea.

seguinte persistenza del divieto di adozione di *anti-suit injunctions* giurisdizionali per impedire ad una parte di iniziare o proseguire un processo dinanzi ad uno Stato membro dell'Unione europea, e la sola salvezza delle misure inibitorie adottate in contesto arbitrale; qualora, invece, il Regno Unito restasse estraneo al sistema Bruxelles, ciò, a nostro parere, non potrebbe condurre alla reviviscenza *automatica* della Convenzione di Bruxelles del 1968, con la conseguente ampia possibilità di adozione di *anti-suit injunctcions*<sup>52</sup>.

Il Regno Unito, ancora, potrebbe decidere di aderire alla Convenzione di Lugano del 2007<sup>53</sup>: ciò riproporrebbe, tra l'altro, l'annoso problema delle c.d. *torpedo actions*<sup>54</sup>, che era stato superato proprio con il regolamento Bruxelles I *bis* e le nuove norme sulla litispendenza<sup>55</sup>.

Il Regno Unito potrebbe, ancora, ratificare la Convenzione sugli accordi di scelta del foro della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, del 30 giugno 2005<sup>56</sup>, il cui art. 7 esclude però i provvedimenti cautelari dall'ambito di applicazione della stessa, ma al contempo prevede che essa "non impone né preclude la concessione, il diniego o la revoca di provvedimenti cautelari da parte di un giudice di uno Stato contraente e non osta alla facoltà di una parte di richiedere misure di questo tipo né alla facoltà del giudice di concederle, negarle o revocarle"; il fatto che la relazione esplicativa Hartley-Dogauchi che accompagna la Convenzione<sup>57</sup> non menzioni in alcun modo le *anti-suit injunctions* accresce l'incertezza, specie se si considera che l'interpretazione della Convenzione stessa non è attribuita ad un organo nomofilattico (a differenza del sistema Bruxelles)<sup>58</sup>.

<sup>52</sup> Per ulteriori approfondimenti sul tema della reviviscenza della Convenzione di Bruxelles si vedano S. MASTERS, B. MCRAE, *What Does Brexit Mean for the Brussels Regime?*, in *Journal of International Arbitration*, 2016, p. 483 ss.; J. ALBERTI, *op. cit.*

<sup>53</sup> Come noto, la Convenzione di Lugano, sottoscritta tra la Confederazione Svizzera, Comunità europea, Regno di Danimarca, Regno di Norvegia e Regno d'Islanda, subentrata alla Convenzione di Lugano del 1988, disciplina la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in parallelo con il regolamento 44/2001.

<sup>54</sup> Con tale espressione, come noto, si fa riferimento alle azioni giudiziarie proposte al fine di avvantaggiarsi della lentezza dei giudizi (in particolare italiani), con lo scopo di ritardare un procedimento già pendente dinanzi ai giudici di un altro Stato membro. In letteratura ha utilizzato per prima questa espressione M. FRANZOSI, *Worldwide Patent Litigation and the Italian Torpedo*, in *European Intellectual Property Review*, 1997, p. 382 ss. Sul punto si vedano anche V. JANDOLI, *Italian Torpedo*, in *Rivista di diritto industriale*, 2000, p. 240 ss.; G. BISELLO, C. COGNETTI, F. LO GERFO, *Deactivating the Italian Torpedo*, 2015, [www.ejtn.eu](http://www.ejtn.eu); D. CANEVA, *Italian Torpedo nuovamente bocciata dai giudici di Milano*, in *Rivista di diritto industriale*, 2017, p. 321 ss.; A. MALAVENDA, *Some Considerations on the so Called "Italian Torpedo" in the Light of the Reform of the Brussels I Regulation*, 17 ottobre 2010, [www.businessjus.com](http://www.businessjus.com). Per la posizione della Corte di giustizia si veda la sentenza *Gasser*.

<sup>55</sup> Cfr. K. DAVIES, V. KIRSEY, *Anti-suit Injunctions in Support of London Seated Arbitrations post-Brexit: Are All Things New Just Well-forgotten Past?*, in *Journal of International Arbitration*, 2016, p. 501 ss.

<sup>56</sup> La Convenzione dell'Aja del 2005 è stata predisposta dalla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato. Per quanto riguarda l'adesione dell'UE si veda la decisione 2009/397/CE del Consiglio, del 26 febbraio 2009, relativa alla firma a nome della Comunità europea della convenzione sugli accordi di scelta del foro.

<sup>57</sup> Il testo è reperibile all'indirizzo [op.europa.eu](http://op.europa.eu).

<sup>58</sup> Cfr. E. PIOVESANI, *Brexit ed accordi di giurisdizione in favore del giudice dell'Inghilterra e del Galles, della Scozia e del Nord Irlanda*, 2017, [mglobale.it](http://mglobale.it); M. AHMED, P. BEAUMONT, *op. cit.*, p. 386 ss.: la presenza di un accordo di scelta del foro ai sensi della Convenzione dell'Aja del 2005 a favore di un tribunale inglese presuppone che qualsiasi diverso tribunale dovrebbe declinare la propria giurisdizione. Ciò implica che un rimedio come quello delle *anti-suit injunctions* potrebbe risultare idoneo

Il Regno Unito e l'Unione europea potrebbero, infine, negoziare e concludere un trattato *ad hoc* relativo ai rapporti tra le loro giurisdizioni (il che, stando alle attuali prospettive, appare però piuttosto improbabile, almeno entro la scadenza del periodo di transizione).

Insomma, se non si dovessero trovare soluzioni normative esplicite, è molto probabile che la Brexit avrà (anche) la conseguenza di attribuire nuovamente alle corti inglesi il potere amplissimo di emettere *anti-suit injunctions*: ciò potrebbe non solo mettere a repentaglio il diritto alla tutela giurisdizionale e il diritto ad un ricorso effettivo, ma potrebbe finanche risultare incompatibile col principio di *international comity*, di cui abbiamo detto, nonché con la CEDU.

A ciò si deve aggiungere, in una prospettiva di effettività, che le *anti-suit injunctions* potrebbero non essere neppure adatte a perseguire appieno gli scopi per i quali sono state concepite: ben potrebbe accadere, infatti, che l'ordinamento sul quale gli effetti dell'ingiunzione ricadono, decida successivamente di non riconoscere alcun effetto alla decisione straniera adottata, con ulteriore nocumento anche del principio di certezza del diritto: tale situazione determinerebbe, pertanto, una situazione che potrebbe indurre le parti a preferire le autorità giurisdizionali europee a quelle inglesi.

Concludiamo ricordando che, con riguardo specifico all'Italia e ai suoi rapporti con il Regno Unito, una volta "caduto" il sistema Bruxelles, il riconoscimento di effetti alle *anti-suit injunctions* tornerebbe ad essere regolato dalla legge 218/1995 e, in particolare, dall'art. 64 il quale, come noto, contempla tra i limiti a tale riconoscimento la violazione dell'ordine pubblico, che potrebbe essere ravvisata, nel caso di specie, nell'incompatibilità delle *anti-suit injunctions* con il diritto alla tutela giurisdizionale di cui all'art. 25 Cost.

## Abstract

### The Anti-suit Injunctions after Brexit: Some Considerations in Light of the Withdrawal Agreement

The paper, after framing the anti-suit injunctions instrument, tries to investigate the effect of Brexit on its application in the EU context. As doubts of legitimacy of such an instrument have already been brought to the attention of the EU Court of Justice, which examined it in its relationships with the 'Brussels regime', the paper evaluates the multiple options that could, in the future, regulate the relationship between the United Kingdom and the European Union members in the context of the use and misuse of anti-suit injunctions in both civil and commercial jurisdictional and arbitral litigation.

---

a realizzare il risultato previsto dalla convenzione. Difatti, l'art. 7 della Convenzione dell'Aja stabilisce che la Convenzione non pregiudica la concessione di misure provvisorie di protezione: tuttavia, anche se le *anti-suit injunctions* potrebbero rientrare tra queste, non sono espressamente menzionate nella relazione esplicativa.





# Recensioni



Massimo Panebianco

# *Lo Stato globale. Funzioni, sistemi, trasformazioni*

Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. XII-278



Il libro è suddiviso in tre parti, ciascuna comprensiva di tre capitoli, precedute da una Introduzione dalla quale emerge subito l'approccio storico seguito dall'A., ponendo connessioni e raffronti tra passato e situazione attuale negli svolgimenti sulla nascita e trattazione dello Stato globale. Per comodità espositiva, vale la pena subito di riferire che questo, definito compiutamente dopo ampia analisi nella Parte seconda, è inteso quale attore più importante – quindi, come si vedrà tra breve, non il solo – della vita delle relazioni internazionali. La qual cosa, certo, non è una novità: peraltro, a differenza dello Stato da cui deriva, il suo operare nella realtà attuale è da ricollegare alla portata vieppiù globale assunta da economia, tecnica e scienze. In altri termini, delle elaborazioni di questi settori, di ciò che accade negli stessi, va tenuto conto continuamente per comprendere la trasformazione delle caratteristiche dello Stato e del diritto, intervenute successivamente alla fine del secolo scorso; nonché la nascita di altri attori, inseriti nella vita di relazioni internazionali, in quanto essi stessi soggetti (pubblici e privati) globali, la cui azione non potrebbe essere spiegata (legittimata) dall'ente nazione (sicché è utile, a quello scopo, il ricorso ad un approccio che utilizzi, come pure si vedrà, il geo-diritto). Ben inteso, giusta quanto ricorrentemente affermato nel libro, vale la pena di ribadire che, coerentemente con l'approccio storico, siffatta evoluzione non comporta affatto l'abbandono della centralità dello Stato: anzi, questo costituisce il mezzo principale dell'operare della globalizzazione.

Si è accennato all'incidenza degli svolgimenti dei settori prima richiamati sul diritto: anche con riguardo a tale aspetto, va subito ricordata la complicazione delle fonti giuridiche rilevata da Panebianco, posto altresì l'abbandono della dimensione prevalentemente nazionale del diritto. In proposito, appare inevitabile ricordare precedenti riflessioni dell'A., contenute in *Codice Euro-globale. Epoche, spazi, soggetti* (libro già recensito nel volume del 2019 di questa *Rivista*), con le quali viene a crearsi un collegamento ideale, anche in considerazione dello stesso approccio storico seguito nell'approfondita analisi condotta dall'A.

Le tre parti del libro sono dedicate alle componenti/manifestazioni dello Stato globale: funzioni, sistemi giuridici, trasformazioni istituzionali. Limitandomi agli aspetti, a me pare, salienti, del denso volume, nel primo capitolo ("Economia globale e nuovo diritto") Panebianco chiarisce, in particolare, la propria concezione del contenuto del nuovo diritto internazionale, effetto dei processi di globalizzazione, che ha inciso sul nostro ordinamento costituzionale, con l'introduzione dell'art. 117, norma, si osserva, più aperta rispetto agli articoli 10 e 11. Siffatta apertura, con una commistione di fonti, ben inteso, non intacca la centralità della costituzione e del suo valore fondante.

Altro carattere del nuovo diritto internazionale, profilo esaminato variamente negli svolgimenti di Panebianco, è costituito dalla presenza degli individui quali protagonisti della vita di relazioni internazionali, giacché operanti, in particolare, nelle relazioni commerciali e sociali; ciò è indicativo degli stretti collegamenti tra nuovo diritto internazionale e globalizzazione (espressione da non intendere con fissità, ma da coniugare in funzione degli ambiti di analisi: p. 82 ss.): il primo risponde all'operare della seconda.

L'ampliamento ad attori non statali ricade sull'apertura di quel diritto a settori disciplinari che funzionano a tutela dei valori e libertà fondamentali delle democrazie orientali e occidentali. Ne consegue la portata globale dei diritti individuali, data l'azione in materia, per l'appunto, di più operatori giuridici statali e internazionali: i diritti dell'uomo assumono valore *multilevel*. Essi non operano solo orizzontalmente, come classicamente accaduto finora, ma, quanto meno, si propongono di avere effetti verticali; nel senso che operano sovrapponendosi in sistemi di protezione differenziati, così dando luogo a un ordinamento verticale, con tali caratteristiche.

Dato lo sviluppo differenziato e progressivo del nuovo diritto, siffatto verticismo, nel significato attribuito dall'A. a tale espressione, non caratterizza tutto il diritto internazionale, essendosi manifestato finora solo attorno ad alcune organizzazioni (FMI, Banca mondiale e OMC), resistendo, dunque la dimensione prevalentemente orizzontale del diritto internazionale.

Il proposito/ideale segnalato e l'operare di più entità, così nel settore degli *human rights*, consentono di rilevare la complicazione del diritto internazionale, caratterizzato vieppiù da commistioni tra norme di *soft law* – quale aspirazione, per l'appunto, a comportamenti ritenuti ideali – e norme obbligatorie. Quell'aspirazione prospetta l'A. (idea “forse visionaria e poco realistica”: p. 30), pone le basi per uno Stato e per un ordine mondiale nuovi. Viene a proporsi un “Ordine globale” strettamente correlato al diritto del futuro, o meglio a una lettura globale del diritto futuro, che non si identifica necessariamente con un ordine unico, ma va bensì inteso come transizione dal passato al futuro. La quale cosa, di nuovo, è manifestazione coerente dell'approccio storico teso a ricercare punti di contatto tra passato e futuro e a proporre e delineare il secondo non dimenticando quanto accaduto (anticipato) in esperienze passate.

Dati alcuni recenti svolgimenti (penso al settore migratorio), viene spontaneo porre, dubitativamente, il quesito se la diffusione dei diritti individuali, data la loro insufficiente effettività, talvolta sia mera simulazione di garanzie individuali in date aree, in senso funzionale a talune manifestazioni della globalizzazione. A parte questa breve mia nota, non pare dubbio che l'impostazione storica denoti continuità più che fratture tra epoche storiche: così per i movimenti di espansione di alcuni valori, come già accaduto in altre epoche. In particolare, ciò accade per l'idea di democrazia, che tende ad essere esportata (è quindi occidentale) e protesa a porre le basi (a costituire uno dei cardini) del diritto futuro. Ne consegue, a me pare, che la democrazia (liberale) verrebbe a delinarsi come una sorta di ideologia globale. Su queste basi, si passa ad esaminare come la stessa sia presente, operi e trovi ostacoli espansivi nelle entità regionali, componenti dello spazio unico. In effetti, al regionalismo democratico sono riportati i codici (le Carte) presenti in alcune di dette entità.

Data la lettura del diritto internazionale fondata sulle categorie, dettate dalla *governance* (non governo) globale, della geo-economia e della geo-politica, l'A.

interpreta sulla base delle stesse i rapporti tra Stati nelle grandi aree nelle quali vi sia manifestazione di integrazione, nonché di aree (quella orientale in senso alto) in cui tale integrazione non è possibile per fratture fra più Stati. Si ha riguardo ad aree, nelle quali non sussiste un “sistema organizzativo consolidato”. Quindi, se non tradisco il pensiero dell’A., nonostante le segnalate aspirazioni e il *new deal* degli *human rights*, non è possibile seguire un approccio formale nella identificazione del nuovo diritto, in continua formazione e trasformazione; ancorché quest’ultima, si prospetta, porrebbe le basi per l’universalismo di alcune norme tendenti a regolare le posizioni giuridiche individuali.

Con riguardo alle entità spaziali di integrazione prima richiamate, nell’impostazione dell’A., il “diritto comune” del futuro presenta punti di collegamento con il diritto internazionale classico (p. 57), sebbene il primo sia caratterizzato da nuovi attori, con una prospettiva in cui assumono un ruolo fondamentale le situazioni di integrazione regionale, tra le quali riveste un ruolo emblematico l’UE. Questa è configurata come attore globale che agisce nell’ordine economico globale, in relazione con altri soggetti, caratterizzato da uno statuto giuridico composito. Ben inteso, riconosciuto quel valore all’UE, data la storicità dell’esame, coerentemente Panebianco, la descrive come sommatoria di altre unioni (monetaria, finanziaria, bancaria, sociale e commerciale).

Il quadro della *governance* internazionale attuale è completato prendendo in considerazione altre entità, nelle quali interagiscono Stati europei, americani e asiatici (G7, con i suoi sviluppi successivi; BRICS; nonché il G20). Tale quadro mostrebbe la tendenza degli Stati (e quindi, si potrebbe aggiungere, la loro centralità) a utilizzare le proprie organizzazioni e gruppi per gestire grandi mercati, confrontandosi con una realtà nella quale sono presenti altri attori privati. Ne consegue la tendenza a integrare o sostituire i settori disciplinari classici del diritto internazionale.

Vale la pena di richiamare l’attenzione sul rilievo centrale che nel libro (v. ad esempio p. 82 ss.) ha l’individuazione storica di aree (spazi) sede di azione delle comunità umane; aree e spazi ove risultano compattate le regioni “internazionali”. Si ha cioè una rappresentazione geo-politica dell’azione degli Stati per la disciplina o la gestione della pace, dello sviluppo economico, sociale e culturale dei popoli. Così si cerca di rappresentare la comunità internazionale come realtà sociale il cui carattere unitario non esclude la molteplicità di gruppi di Stati.

Invero, e ciò costituisce peculiarità metodologica, il riferimento alle entità spaziali (e lo stesso concetto di spazio unico in cui sono riunite le entità) denota (già in partenza: v. nell’Introduzione, testo e bibliografia richiamata) la presenza nel pensiero dell’A. dell’approccio di analisi del geo-diritto. A tale impostazione corrisponde infine la formalizzazione dello stesso come mezzo di analisi del diritto internazionale (capitolo quinto), del geo-diritto come teoria di analisi del diritto globale: e vale a dire degli sviluppi, *rectius* della diffusione complessiva (globale), di politica e scienza, in modo da spiegare la portata del diritto e delle sue trasformazioni nello spazio. Come precisato nell’Introduzione, non si tratta di un approccio nuovo, posto che lo stesso è presente nel pensiero di autorevoli studiosi, come Kelsen (citato da Panebianco). Questi, come è noto, approfondì l’analisi dello spazio in rapporto al diritto, caratterizzandolo come ambito di validità delle norme, così invertendo, l’approccio, qui sinteticamente richiamato, di Schmidt sulla scorta di Fichte.

Dunque, anche da questo punto di vista, emerge l'approccio storico volto a porre in luce come i problemi geo-giuridici non fossero estranei agli Stati nazione e alla letteratura del secolo scorso, anteriormente al fenomeno della globalizzazione. Certo l'A., svolgendo precedenti insegnamenti, costruisce il geo-diritto come sfera di competenza e di applicazione delle norme e della loro capacità di regolare organizzazioni territoriali statali e infra-statali. Cioè, si individua una nozione nella quale viene in rilievo un diritto comune agli Stati, di carattere stratificato a più livelli e articolato in settori connessi. Seguendo tale impostazione, si approfondiscono la formazione di due comunità internazionali a cavallo tra due continenti, nonché gli sviluppi delle organizzazioni internazionali, con un nuovo assetto del diritto nello spazio e nel tempo, svincolandosi le norme da territori di formazione; si approfondiscono altresì gli studi dei processi di globalizzazione attuali, con un riavvicinamento degli ordinamenti, in specie nell'arco europeo. Sotto quest'ultimo profilo, l'integrazione europea, come si è visto, emblematica della globalizzazione, è espressione dell'interazione collettiva degli Stati per la soluzione di conflitti di legge statali nel diritto pubblico e in altri settori, tra i quali quello (ampiamente esaminato) dei contratti.

Degna di nota è anche (p. 158 ss.) la presa in considerazione della disciplina delle mobilità delle persone, intesa come forma avanzata di regolazione di categorie giuridiche già esistenti (ad esempio quella dell'eguaglianza). In altri termini, l'integrazione (globale) tra gli ordinamenti statali giuridici autonomi non è una novità, ma è manifestazione avanzata di integrazione già manifestatasi rispetto ad alcuni settori e che ora si manifesta diversamente.

L'approccio storico, con analisi geo-giuridica, anima la retrospettiva riguardante l'esperienza italiana, a iniziare dagli Stati regionali preunitari, e, infine, la posizione del nostro Stato nel contesto europeo, comparata con l'esperienza di altri Stati nello stesso contesto.

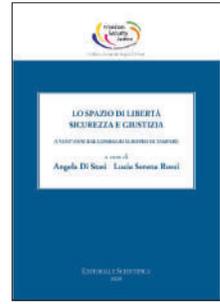
Il libro, impegnativo e fluido, denso di storia diplomatica nella ricostruzione dell'evoluzione italiana degli ultimi secoli – ricostruzione che, rifuggendo da un restauro meramente cronologico, concentra l'attenzione sullo spazio complessivo quale aggregazione di ordinamenti regionali o di gruppi di Stati – si caratterizza metodologicamente per l'approccio interdisciplinare di analisi. Il volume offre una lettura della vita di relazione internazionale attuale interpretata sulla base dell'esperienza passata e utilizzando, va notato, sia il normativismo che il realismo. L'A. non confronta tra loro le due grandi correnti di pensiero, ma si adopera per recuperare da ciascuna di esse i profili che Gli sono sembrati appropriati, utilizzando i due approcci in parola per la comprensione anzitutto della *governance* globale.

Il volume, frutto di studi e di riflessione sulle dinamiche degli attori della vita di relazioni internazionali, costituisce un utile richiamo all'utilizzazione del geo-diritto quale strumento di analisi delle norme di diritto internazionale (della molteplicità delle norme poste agli Stati e ad altre entità, quali determinazione spaziali di Stati o gruppi di Stati). Se ne ricava, mi sembra, un'indicazione contraria a metodi di analisi fondati su un approccio esclusivamente positivista o che facciano ricorso a categorie schematiche, mostrandosi gli stessi da soli insufficienti a spiegare la complessità delle commistioni attuali tra settori diversi; così tra economia e diritto.

Giovanni Cellamare

Angela Di Stasi, Lucia Serena Rossi (a cura di)

*Lo Spazio di Libertà,  
Sicurezza e Giustizia.  
A vent'anni dal Consiglio  
europeo di Tampere*



Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 7-472

Il volume qui recensito, curato da Angela Di Stasi e Lucia Serena Rossi, è il quarto apparso nella collana *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies* e raccoglie i lavori di eminenti giuristi, che hanno animato il Convegno ospitato nell'Università di Salerno il 18 e 19 ottobre 2019 per fare il punto sull'evoluzione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia (SLSG). Quel Convegno fu caratterizzato dalla vivacità del “dialogo” tra esperti di diversi rami del diritto e dal confronto di idee su tematiche complesse e attuali, che ruotano attorno alle diverse categorie giuridiche rientranti negli ampi e diversificati settori ricompresi in tale Spazio. Un “dialogo” proficuo e arricchito dalla diretta esperienza di alcuni relatori che svolgono, o hanno svolto, funzioni giurisdizionali a livello nazionale, internazionale e dell'Unione. Le relazioni che, già in occasione del Convegno, avevano suscitato molteplici riflessioni sull'evoluzione normativa e giurisprudenziale dello SLSG, sono state approfondite e aggiornate ai fini della pubblicazione.

I pregevoli contributi sono stati opportunamente sistematizzati in quattro sezioni, riconducibili ad aree tematiche tra loro coerenti: la prima si riferisce alla tutela multilivello e al dialogo tra Corti; la seconda alla cooperazione giudiziaria in materia civile; la terza alla cooperazione giudiziaria in materia penale; infine, la quarta alle problematiche connesse ai flussi migratori.

Il volume si apre con l'introduzione delle curatrici, Angela Di Stasi (che dirige la collana *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies* e l'omonima rivista) e Lucia Serena Rossi (attualmente giudice della Corte di giustizia dell'Unione europea). Sin da queste pagine si percepisce lo spessore dell'opera: le curatrici sottolineano, infatti, “la natura ‘ossimorica’ dello Spazio e la necessità di trovare un equilibrio tra le sue componenti e fra i diversi valori sottostanti che ne fanno il terreno privilegiato per sperimentare tecniche e principi di bilanciamento che potranno essere estesi anche ad altri settori”. Si coglie così un elemento comune ai diversi temi trattati nel volume, consistente nella ricerca di bilanciamento tra i contrapposti interessi in gioco, cui si accompagna la speciale rilevanza attribuita alla tutela dei diritti fondamentali attraverso il complesso sistema multilivello che comprende anche, ma non solo, l'ordinamento dell'Unione.

Nelle *osservazioni introduttive*, che si incentrano sulle conseguenze della *Brexit* rispetto alla tutela dei diritti fondamentali riconosciuti nello SLSG, Fausto Pocar, emerito di Diritto internazionale e Presidente della Società di diritto internazionale e dell'Unione europea, si sofferma sul complesso problema della posizione giuridica dei cittadini dell'UE nel Regno Unito e dei cittadini britannici all'interno degli Stati membri dell'Unione. L'A. prospetta l'interessante tesi della possibile continuità del godimento dei diritti fondamentali della persona, compreso quello dell'accesso alla giustizia, sulla base della consolidata regola formatasi in tema di successione degli Stati nei trattati sui diritti umani. Regola che, in considerazione delle specificità dell'ordinamento dell'Unione, potrebbe trovare applicazione analogica in caso di recesso, pertanto "il Regno Unito sarebbe tenuto ad assicurare la protezione dei diritti umani garantiti dallo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia in relazione alle persone sul suo territorio o sottoposte alla sua giurisdizione; dall'altra parte gli Stati membri dell'Unione sarebbero tenuti a continuare a garantire la protezione di tali diritti ai cittadini britannici (...)".

Come accennato, la prima sezione del volume si intitola *Spazio di libertà, sicurezza e giustizia e dialogo tra Corti* e, attraverso le acute riflessioni degli autori, affronta, sotto diversi profili, il tema della tutela dei diritti fondamentali riconosciuti all'interno dello SLSG e dell'imprescindibile ruolo del dialogo tra i giudici per la loro concreta affermazione. Nel primo contributo, dal titolo *Spazio di libertà, sicurezza e giustizia e tutela multilevel dei diritti fondamentali*, Guido Raimondi, Presidente di sezione della Cassazione e già Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo, mette in luce i momenti di ravvicinamento oltre che quelli di tensione nel dialogo "difficile e impervio" tra Corte di Strasburgo e Corte di Lussemburgo, attraverso l'esame della giurisprudenza, anche in materia di *ne bis in idem*. L'A. considera che le relazioni tra le due Corti e tra queste e le Corti costituzionali, nonostante le difficoltà riscontrate, siano improntate a una "leale collaborazione" per "conciliare le esigenze della tutela dei diritti fondamentali con quelle del buon funzionamento del diritto nazionale e del diritto dell'Unione, in particolare di quello dello SLSG". Nel lavoro intitolato *I diritti fondamentali nel dialogo tra la Corte Costituzionale e la Corte di Giustizia*, Ugo Villani, emerito di Diritto internazionale, approfondisce il tema del dialogo tra le due Corti soffermandosi sulla teoria dei controlimiti nell'evoluzione giurisprudenziale anche successiva al caso *Tarrico*. In considerazione dell'ampliamento delle competenze dell'Unione, che non è più caratterizzata da prevalenti aspetti economici, bensì da una "costruzione di più vasto ed elevato respiro", la tutela dei diritti della persona ha assunto un ruolo sempre più centrale, il che ha indotto la Consulta, nell'ambito di tale dialogo, a riassumere la sua funzione principale di garante dei diritti fondamentali. Come sottolinea l'A., "la Corte costituzionale ha avvertito la necessità di 'scendere in campo', dialogando, o confrontandosi, sia con il giudice comune che con la Corte di giustizia, in omaggio al suo compito istituzionale di custode di tali diritti". Nel suo contributo dal titolo *Diritti, Carte e politiche pubbliche*, Luisa Casseti, ordinaria di Istituzioni di Diritto pubblico, evidenzia le differenze nelle dinamiche "ordinamentali" rispetto alla tutela dei diritti fondamentali a seconda del sistema di riferimento e delle fonti da applicare, mettendo in luce i tratti distintivi che caratterizzano il dialogo della Corte costituzionale con la Corte di Strasburgo e con la Corte di Lussemburgo. In

particolare, rispetto a quest'ultima, la Corte costituzionale non rivendicherebbe alcuna "supremazia", ma intenderebbe usare il suo "armamentario", avendo una competenza esclusiva per annullare le leggi nell'ordinamento interno, "senza però precludere in alcuna forma ai giudici comuni di invocare in ogni fase del giudizio la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia". Secondo l'A., "si tratta di ragionare in termini di leale collaborazione nella interpretazione delle clausole della Carta DFUE in relazione alla tradizione interpretativa costituzionale che è di per sé in continua evoluzione grazie alla giurisprudenza costituzionale". Nel lavoro intitolato *Fra interpretazione e dialogo. Il ruolo del giudice nazionale*, Valeria Piccone, consigliere di Cassazione e referente della Rete tra le Corti Supreme europee, si sofferma sulla rilevante funzione del giudice comune all'interno di questo dialogo e nell'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. L'A. sottolinea la nuova rilevanza assunta dal principio dell'interpretazione conforme e l'opportunità di una nuova riflessione in tema di "obbligo" del giudice di sollevare la questione pregiudiziale, esaminando peraltro le novità giurisprudenziali della Corte EDU relative a tale obbligo. La prima sezione del volume termina con il contributo di Armando Lamberti, ordinario di Diritto costituzionale, intitolato *Libertà di informazione e democrazia: approccio multilevel e questioni attuali*. Nel saggio il tema del rapporto tra fonti e del dialogo tra Corti è affrontato facendosi riferimento in modo specifico alla libertà di informazione, come forma di manifestazione della democrazia nell'attuale epoca storica caratterizzata da innovazioni tecnologiche che si riflettono anche sulle modalità di espressione della libertà di informazione e sull'affermazione di "nuovi diritti" che necessitano di adeguate forme di garanzia.

La seconda sezione del volume affronta diversi temi inerenti alla cooperazione giudiziaria in materia civile. Il contributo di Alessandra Zanobetti, ordinaria di Diritto internazionale, intitolato *Qualche riflessione sul diritto internazionale privato italiano a vent'anni da Tampere*, si sofferma sull'essenziale funzione delle regole dell'Unione di diritto internazionale privato per garantire un'effettiva realizzazione dello SLSG, mettendo in luce però la frammentazione di tali regole. L'A. evidenzia altresì l'influenza delle regole di diritto internazionale privato di matrice europea sul sistema italiano. Alla luce della complessità della materia e delle difficoltà interpretative e applicative riscontrate in questi vent'anni si sottolinea, infine, la necessità di un riordino della materia. Il lavoro di Lina Panella, ordinaria di Diritto internazionale, intitolato *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia e la famiglia nella pluralità dei modelli culturali*, si concentra sull'impatto che il diritto UE ha avuto sul diritto di famiglia, nonostante si tratti di una materia di competenza interna. La libera circolazione delle persone, il diritto al ricongiungimento familiare, l'adozione hanno portato i giudici interni a confrontarsi anche con istituti giuridici precedentemente ignoti al nostro ordinamento nazionale, in ambiti in cui si è pertanto verificata una "erosione della sovranità". L'A. mette in luce la rilevanza del dialogo tra i diversi giudici coinvolti, trattandosi di applicare norme che affrontano diverse questioni che si intrecciano tra di loro e richiedono un'attenta ponderazione anche rispetto alla qualificazione giuridica di istituti nuovi come quello della *kafalah*. Istituti che, con le dovute cautele, diventa necessario riconoscere nel nostro ordinamento, qualora però non presentino profili di incompatibilità. Nel contributo intitolato *Il principio dei best interests of the child negli strumenti di cooperazione*

*giudiziaria civile europea*, Maria Caterina Baruffi, ordinaria di Diritto internazionale, analizza il ruolo del principio del superiore interesse del minore nel bilanciamento con gli altri principi affermatasi nell'interpretazione e applicazione delle regole dell'Unione in materia di cooperazione giudiziaria civile e in particolare nel regolamento Bruxelles II bis. L'A. analizza il ruolo cardine assunto da tale principio anche rispetto all'applicazione di istituti generali come l'ordine pubblico, nonché il significativo apporto della Corte di giustizia che "ha potuto riempire di contenuti le norme di più difficile applicazione" in modo da assicurare l'uniforme applicazione delle norme UE in questioni sensibili, concernenti la tutela dei diritti dei minori. Il principio del preminente interesse del minore è oggetto anche delle riflessioni di Francesco Buonomenna, ricercatore di Diritto dell'Unione europea, nel suo contributo dal titolo *Riflessioni sull'evoluzione degli status familiari tra la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo e quella della Corte di giustizia*, in cui si esamina l'evoluzione giurisprudenziale della Corte EDU e della Corte di giustizia in merito al diritto a formare una famiglia anche per le coppie dello stesso sesso e per quelle di fatto, considerando altresì la connessa questione del diritto alla procreazione. La seconda sezione del volume si chiude con il lavoro di Franco De Stefano, consigliere di Cassazione, intitolato *Lo stato dell'arte delle controversie transfrontaliere nello spazio europeo*. L'A. sottolinea la funzione del principio della fiducia reciproca nel superamento del meccanismo dell'*exequatur* per favorire la circolazione delle decisioni nelle controversie transfrontaliere ed esamina gli strumenti ideati per rafforzare la cooperazione giudiziaria e favorire la conoscenza tra gli operatori del diritto sia degli strumenti giuridici sia di quelli pratici (come le basi di dati); infine, evidenzia il valore aggiunto derivante dall'istituzione (nel 2015) della Rete tra le Corti Supreme europee (*Réseau des cours supérieures; Superior Courts Network*).

La terza sezione del volume raccoglie quattro contributi incentrati sulla cooperazione giudiziaria in materia penale. Nel primo, intitolato *Questioni problematiche in tema di Procura europea*, Luigi Kalb, ordinario di Procedura penale, analizza alcuni tra gli aspetti più complessi dell'istituzione della Procura europea (EPPO-European public prosecutor office). L'A. mette in luce come la sua istituzione si debba principalmente all'esigenza di tutelare gli interessi finanziari dell'UE, essendo insufficiente la cooperazione giudiziaria per perseguire detto obiettivo. In maniera approfondita si esaminano le caratteristiche e le modalità di funzionamento della EPPO e si sottolineano alcune criticità nell'attuazione della normativa dell'Unione, riflettendo altresì sull'opportunità di modifiche per un migliore adeguamento del nostro ordinamento interno. *Il principio del ne bis in idem nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia* è il titolo del contributo di Tommaso Rafaraci, ordinario di Procedura penale, che esamina sia la giurisprudenza della Corte di giustizia relativa all'applicazione di tale principio nell'ambito dello SLSP, sia quella della Corte EDU. L'A. si sofferma a valutare la compatibilità del principio con i c.d. doppi binari sanzionatori confrontando gli orientamenti delle due Corti. Nel lavoro intitolato *Note sulla tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Francesco Rotondo, sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Salerno e Formatore decentrato della Scuola superiore della magistratura, analizza le funzioni della Procura europea nella lotta delle condotte che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, intesi come

bene giuridico da tutelare. Prendendo spunto dal caso *Taricco*, l'A. analizza altresì la questione del bilanciamento tra tutela degli interessi finanziari dell'UE e salvaguardia dei principi fondamentali dell'ordinamento interno. La terza sezione del volume si conclude con il contributo di Giovanni Diotallevi, Presidente di sezione della Cassazione, che si intitola *Dalle rogatorie all'ordine di indagine europeo*. L'A. si sofferma sul principio di mutuo riconoscimento che gioca un ruolo essenziale nel sistema dell'Unione orientato a favorire la cooperazione giudiziaria anche in relazione alle attività istruttorie. Inoltre, approfondisce le problematiche sottese al concreto funzionamento dell'ordine di indagine europea e ai suoi limiti, evidenziando il "ruolo del giudice nella sua attività di interpretazione anche come fonte del diritto di matrice giurisprudenziale".

La quarta sezione del volume si intitola *Spazio di libertà, sicurezza e giustizia e flussi migratori* e comprende sei lavori, che esaminano sotto diversi profili le complesse questioni giuridiche in tema di migrazione. Giandonato Caggiano, ordinario di Diritto dell'Unione europea, nel suo scritto dal titolo *Recenti sviluppi del regime delle frontiere esterne nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, analizza le novità in materia di gestione delle frontiere dello "spazio Schengen", precisandone i confini ed evidenziando le criticità *derivanti* dall'intreccio di competenze statali e dell'Unione. Nel suo approfondito lavoro, l'A. si sofferma su diverse questioni che riguardano tale materia esaminando, tra l'altro, la recente riforma dell'Agenzia della guardia frontiera e costiera europea. Inoltre affronta, sotto molteplici aspetti, il problema del difficile bilanciamento tra sicurezza e tutela dei diritti fondamentali nei casi di attuazione di misure per il contenimento dell'immigrazione irregolare, richiamando altresì la pertinente giurisprudenza. Nel contributo dal titolo *Osservazioni sulla politica dell'UE in materia di rimpatri*, Giovanni Cellamare, ordinario di Diritto internazionale, esamina la politica in materia di rimpatri riferendosi a diversi aspetti ed evidenziando le criticità della direttiva 2008/115/CE. L'A., nella sua attenta analisi, si sofferma anche sulla giurisprudenza della Corte di giustizia UE e mette in luce il ruolo assegnato al riconoscimento dei diritti fondamentali ai migranti irregolari con lo scopo di tutelarne la "dignità umana". Infine, esamina la prassi in materia di accordi di riammissione anche "informali" che però, in base alla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo e di quella di Strasburgo, non dovrebbero essere applicati ledendo i diritti fondamentali dei migranti. Pablo Antonio Fernández Sánchez, nel saggio intitolato *Immigrazione irregolare e diritti umani: la prospettiva della Corte EDU e della Corte UE*, affronta il tema della tutela dei diritti umani del migrante irregolare alla luce del diritto internazionale consuetudinario, soffermandosi sui poteri degli Stati in relazione alla posizione giuridica degli stranieri che si trovano in situazione irregolare nel quadro di riferimento europeo; poteri che trovano un limite nei diritti inviolabili garantiti da una molteplicità di strumenti internazionali. Nell'analisi si evidenziano in modo dettagliato i diversi diritti, sia generali che specifici, riconosciuti a tali soggetti anche alla luce della giurisprudenza europea. Michele Messina, associato di Diritto dell'Unione europea, nel lavoro intitolato *Il fallimento della solidarietà nella gestione dei flussi migratori: la responsabilità degli Stati membri con la complicità delle Istituzioni europee?*, affronta la complessa questione della "equa ripartizione" di responsabilità tra Stati membri in merito alla situazione dei rifugiati, evidenziando le criticità dell'operare

del principio di solidarietà, che entra in gioco solo quando si attua la normativa UE e auspica una maggiore apertura della Corte di giustizia. Anna Pitrone, associata di Diritto dell'Unione europea, nel suo scritto dedicato a *Lo status giuridico del lungo soggiornante*, richiama la disciplina della direttiva sul soggiornante di lungo periodo e si sofferma sul ruolo della Corte di giustizia per assicurarne la corretta applicazione, favorendo l'integrazione dei cittadini stranieri negli Stati UE e attribuendo loro una posizione privilegiata grazie al principio di parità di trattamento. Nell'ultimo contributo di questa sezione, intitolato *Il visto umanitario nell'ambito dell'Unione europea*, la dottoranda Chiara Parisi evidenzia le problematiche connesse all'interpretazione restrittiva della Corte di giustizia in merito al visto umanitario, auspicando una soluzione diversa per il futuro, sia per effetto della giurisprudenza della Corte EDU, sia attraverso l'adozione di uno specifico strumento *ad hoc* nel diritto derivato.

Le *conclusioni* di Ruggiero Cafari Panico, ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, ripercorrono in modo analitico le questioni affrontate nel corso del Convegno e ulteriormente approfondite nel volume recensito e offrono ulteriori spunti di riflessioni utili al lettore per valutare i progressi oltre che le difficoltà nella realizzazione dello SLSG.

In questa sede non è stato possibile soffermarsi adeguatamente su ciascuno dei contributi presenti nel volume per evidenziarne la profondità di analisi; desidero però sottolineare il dato comune dell'accuratezza nell'esame delle problematiche trattate che insieme all'interesse delle distinte valutazioni non può che essere di stimolo alla riflessione sui molteplici problemi derivanti dall'attuazione dello SLSG. In definitiva, non si può che consigliare una lettura attenta di questa utile e pregevole opera; tanto più che il volume è facilmente reperibile in quanto, oltre alla versione cartacea, è disponibile *online* il pdf *open access*.

Valeria Di Comite

Angela Maria Romito

# *Ruolo e funzioni dell'European Competition Network. Dal regolamento (CE) n. 1/2003 alla direttiva ECN+*



Bari, Cacucci, 2020, pp. X-190

Il volume di Angela Maria Romito è un contributo prezioso ed originale allo studio di un argomento di “nicchia” nella vastissima bibliografia sulla politica della concorrenza dell’Unione europea: la concertazione tra autorità *antitrust* nazionali all’interno dell’European Competition Network (ECN). Concertazione che ha rappresentato, da un lato, un passo in avanti verso la convergenza procedurale tra le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri che, superando i confini della dimensione statale, hanno istituito una rete di cooperazione, in grado di assicurare l’attuazione costante ed uniforme della disciplina sulla concorrenza; dall’altro lato, la predisposizione di procedimenti di controllo (verticali ed orizzontali) delle decisioni alle quali gli organi competenti pervengono (Commissione UE e autorità nazionali).

È ben noto, infatti, che con l’adozione e l’entrata in vigore, ormai nel lontano 1° maggio 2004, del regolamento 1/2003 è stato completato il processo di decentramento dell’applicazione delle regole dell’Unione europea di concorrenza ed introdotto lo strumento attraverso il quale tale processo ha trovato concreta attuazione, ovvero l’ECN.

Più in particolare, la Rete di autorità di concorrenza europee è stata costituita, su iniziativa dell’Autorità italiana, per assicurare la buona gestione dei meccanismi di cooperazione previsti dal regolamento, per istituire un foro di discussione e di vigilanza sul rispetto della politica della concorrenza e per dare concretezza e operatività ai valori giuridici dei due ordinamenti. La discussione sul ruolo della Rete è, di recente, tornata ad essere di grande attualità, in quanto l’emanazione della direttiva 1/2019 ha posto in evidenza i suoi limiti e la necessità di attribuire alle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri più efficaci, per assicurare la corretta applicazione della normativa *antitrust* (c.d. direttiva ECN+).

Ricco di indicazioni normative, giurisprudenziali e bibliografiche, il volume della Romito è articolato in tre capitoli. Nel primo, l’A. dà conto delle fasi del processo di istituzione dell’ECN, per poi soffermarsi sui compiti (istruttori e decisori)

e sul relativo sistema di funzionamento. In particolare, attenzione è dedicata al confronto costruttivo che deve guidare l'allocazione dei casi. Difatti, qualora un'ANC riceva una denuncia, una domanda di trattamento favorevole o, per altre ragioni, si interessi ad un caso è tenuta a stabilire se la questione abbia rilevanza per la Rete e se debba adempiere agli obblighi di notifica previsti dal regolamento. È possibile, cioè, che la fattispecie sia già nota alla Rete (informata da altra autorità), oppure che sia del tutto nuova. Nella prima ipotesi, l'ANC può utilmente acquisire informazioni aggiuntive in possesso di altro Stato membro per continuare le sue indagini; oppure può manifestare il proprio interesse e chiedere una riallocazione della stessa; ovvero può decidere di archiviare il caso al suo esame, in quanto un'altra autorità sta trattando la medesima questione, riguardante lo stesso prodotto e lo stesso mercato geografico.

Nella seconda eventualità, cioè in presenza di un caso nuovo, l'ANC è tenuta a notificarlo alla Rete soltanto dopo aver deciso di voler svolgere indagini al riguardo e soltanto qualora la fattispecie possa esercitare, sulla base di una serie di fattori obiettivi, di fatto o di diritto, un'influenza diretta o indiretta, effettiva o potenziale sul commercio tra Stati membri. L'accertamento dell'incidenza sul commercio deve essere basato su indicazioni realistiche e gli effetti puramente ipotetici o speculativi non sono sufficienti a far ritenere soddisfatto il criterio in parola. Nondimeno, qualora vi fossero dei dubbi, la questione va trattata come di pertinenza della Rete, in modo da integrare le informazioni già disponibili e determinare l'ambito effettivo o potenziale dell'accordo, della pratica concordata o del comportamento in questione.

Allorché una fattispecie sia stata allocata alla Rete, il regolamento impone di informare la Commissione all'inizio del procedimento. In tale circostanza le informazioni devono essere trasmesse prima o immediatamente dopo l'avvio della prima misura formale di indagine. In altri termini, vengono in rilievo i poteri investigativi conferiti alle ANC dalla legislazione nazionale, ovvero i provvedimenti simili a quelli che può adottare la Commissione, sulla base degli articoli 18-21 dello stesso regolamento (domanda di informazioni inviata alle imprese, raccolta di dichiarazioni, accertamento presso le imprese o le associazioni di imprese).

Come viene ben evidenziato dall'A., il procedimento di attribuzione non è retto da criteri rigidi ma, al contrario, si fonda su parametri flessibili fondati sul dialogo costante tra le autorità preposte. L'efficienza della collaborazione ha importanza non solo ai fini dell'esercizio della raccolta delle prove, ma anche per garantire in modo stabile lo scambio delle informazioni. Infatti, le informazioni raccolte, dalle singole autorità di concorrenza, possono essere scambiate attraverso la Rete a vantaggio di indagini condotte non solo dalla Commissione, ma anche da altre Autorità nazionali. Entro certi limiti, le medesime informazioni possono essere utilizzate nell'ambito di procedimenti giudiziari nazionali. Si è passati cioè – come rileva l'A. – da un sistema incentrato su un rapporto duale (Commissioni-ANC) ad uno fondato su rapporti plurali, tessuto da relazioni pluridimensionali.

Il secondo capitolo è dedicato agli strumenti che hanno reso possibile la convergenza dei diritti nazionali su tematiche di carattere generale, in grado di sviluppare un nuovo approccio e di affrontare le numerose disfunzioni del sistema. In tale ottica, sono esaminati soprattutto i c.d. programmi di clemenza, che hanno facilitato

l'armonizzazione di taluni importanti aspetti procedurali dei diritti *antitrust* nazionali, in attuazione del principio di effettività del diritto dell'Unione europea.

Infine, nel terzo capitolo è contenuta l'analisi della direttiva ECN+, volta a migliorare l'attuale assetto normativo ed a limitarne le principali criticità. Soprattutto l'intento della nuova direttiva è, osserva l'A., quello di eliminare le principali differenze tra i poteri delle ANC che, da sempre, minacciano un'applicazione corretta del diritto *antitrust* UE, influenzando negativamente sul corretto funzionamento del mercato interno.

In realtà, la mancanza di strumenti di indagine e/o di *enforcement* inibisce una proficua collaborazione all'interno della Rete, indebolendo l'intero sistema di assistenza, fondamentale in caso di istruttorie riguardanti intese o abusi che coinvolgono imprese operanti in più Stati membri.

Le puntuali osservazioni (e critiche) dell'A. sui risultati raggiunti, ad oggi, in termini di convergenza, coerenza ed efficacia applicativa, rendono chiara e prevedibile l'incidenza che la nuova direttiva avrà sulla complessa disciplina *antitrust* e, specificatamente, sullo sviluppo della relativa normativa di attuazione. D'altronde, è di palmare evidenza che un approccio di *soft convergence*, come quello dell'ECN, proprio per la sua flessibilità, se utilizzato correttamente, potrebbe ricucire vistose smagliature tra economia, regolamentazione e politica in molti settori di rilievo per la disciplina della concorrenza.

La disamina svolta dalla Romito si fa apprezzare per il riuscito sforzo di approfondimento e di sistemazione della materia, per la rigorosa attenzione agli aspetti essenziali delle varie questioni e la profondità di analisi, arricchita da spunti originali, cui si accompagna una buona capacità di argomentazione.

Patrizia De Pasquale

Amedeo Arena

# *Le “situazioni puramente interne” nel diritto dell’Unione europea*



Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 1-297

Il titolo dell’opera di Amedeo Arena è oltremodo eloquente e lascia intendere chiaramente qual è il suo campo di indagine, che prenderà mirabilmente forma nel corpo del volume attraverso la trattazione, chiara e approfondita, di uno tra i temi più dibattuti e al contempo sfuggenti del diritto dell’Unione europea. Tale volume si inserisce in un più ampio filone di ricerca dell’A., inaugurato da una nota alla sentenza *Sbarigia* (causa C-393/08), pubblicata nel 2011 in *Il Diritto dell’Unione Europea*, e, più di recente, confluito in un saggio in lingua inglese, apparso nel 2019 nello *Yearbook of European Law*, citato peraltro nelle conclusioni degli Avvocati generali Bobek, nelle cause C-129/19 (*BV*) e C620/19 (*J & S Service*) e Szpunar, nella causa C311/19 (*BONVER WIN*).

Come precisa l’A., la nozione di “situazioni puramente interne” è stata elaborata, oltre quaranta anni fa, dalla Corte di giustizia, che, attraverso questa espressione, ha inteso designare quelle fattispecie che non presentano alcun fattore di collegamento a una qualunque delle situazioni contemplate dal diritto dell’UE e i cui elementi sono tutti confinati all’interno di un unico Stato membro, con la conseguenza che esse esulano dall’ambito di applicazione delle norme dell’UE a portata transfrontaliera. Se è vero che, in linea teorica, la “regola dell’internalità” (*purely internal rule*) non sembra destare particolari problemi applicativi, nella misura in cui prevede che, laddove una determinata fattispecie sia priva di elementi transfrontalieri e non vi sia alcun fattore di collegamento con una qualsiasi delle situazioni contemplate dal diritto dell’UE, le norme del Trattato in materia di libera circolazione e gli atti adottati in esecuzione delle stesse non si applicano, in realtà, da una parte, la giurisprudenza della Corte di giustizia ne ha dato, nel corso del tempo, una lettura non sempre coerente e, dall’altra, i tentativi di sistematizzazione della giurisprudenza effettuati dalla dottrina si sono rivelati parziali o quanto meno riduttivi. Questo tentativo è invece compiutamente riuscito all’A., il quale in un volume di 267 pagine, ricco di citazioni e contraddistinto dall’esercizio continuo e attento della definizione semantica, propone al lettore una ricostruzione esaustiva e una sistematizzazione, tanto originale quanto convincente, della giurisprudenza (ben 270 pronunce, tra ordinanze e sentenze) della Corte di giustizia riguardante l’applicazione di tale nozione nelle sue varie declinazioni, nell’intento dichiarato di “saggiare il reale grado di compenetrazione tra l’ordinamento dell’Unione e quello degli Stati membri”.

L'opera si articola in cinque densi capitoli completati da una sezione dedicata alle conclusioni. Nel primo capitolo, l'A. si avventura nella ricostruzione storica delle origini e degli sviluppi della nozione di "situazioni puramente interne", con particolare riguardo all'evoluzione del concetto di transfrontalierità, materiale e normativa, nell'ambito del diritto internazionale dell'economia, del processo federativo statunitense e del mercato comune europeo. La premessa da cui muove l'A. è che tale nozione affondi le proprie radici nel diritto internazionale dell'economia, inteso come l'insieme degli accordi commerciali internazionali diretti a regolare gli scambi tra gli Stati e le misure statali che incidono su tali scambi. In tale contesto, l'A. ricorda, in primo luogo, la distinzione tra due differenti approcci: quello del c.d. *discrimination model*, incentrato sul divieto o la limitazione delle *border measures* e sull'assoggettamento delle *internal measures* al principio del trattamento nazionale dei prodotti importati, e quello del c.d. *restrictions model*, che ritiene incompatibili con la libera circolazione delle merci anche le *internal measures* non discriminatorie, in ragione dei loro effetti restrittivi sugli scambi. In secondo luogo, l'A. spiega come questi due approcci, di cui si rinviene traccia anche nel processo federativo statunitense attraverso le diverse declinazioni della *dormant commerce clause*, abbiano di fatto influenzato il concetto di transfrontalierità nel processo di integrazione europea, in particolare a seguito della sentenza *Cassis de Dijon* (causa 120/78), gettando le basi per l'invenzione giurisprudenziale della nozione in esame.

Nella parte centrale del volume (i capitoli da II a IV), l'A. identifica una sorta di andamento sinusoidale della giurisprudenza e ne tratteggia tre differenti orientamenti, che solo in parte corrispondono a uno sviluppo diacronico della stessa. Più in particolare, nel secondo capitolo, l'A. presenta un'antologia giurisprudenziale, che spazia dalla libera circolazione dei lavoratori e dei servizi al diritto di stabilimento, di quello che definisce l'orientamento tradizionale, inaugurato nel 1979, che si contraddistingue per il rigetto, da parte della Corte di giustizia, delle domande di pronuncia pregiudiziale sorte nel contesto di vicende processuali relative a situazioni puramente interne. In virtù del carattere meramente interno della fattispecie oggetto del processo *a quo*, la Corte presume infatti che la misura nazionale che la disciplina sia priva di effetti transfrontalieri e che possa, di conseguenza, essere ritenuta compatibile con le norme dell'UE a portata transfrontaliera in quanto estranea al loro ambito applicativo.

L'A. evidenzia poi le criticità emerse nell'applicazione di tale orientamento. Da una parte, mette in risalto il rischio di imbattersi nei c.d. falsi negativi, ritenendo tali le situazioni in cui, sebbene gli elementi fattuali siano racchiusi all'interno dello stesso Stato membro, non sia possibile escludere che la misura nazionale controversa produca effetti transfrontalieri, e nei c.d. falsi positivi, vale a dire quelle fattispecie provviste di elementi di estraneità, pur essendo disciplinate da misure nazionali prive di incidenza transfrontaliera. D'altra parte, l'A. mette in luce, dapprima, il rischio che si possano verificare le c.d. discriminazioni alla rovescia, allorché una situazione puramente interna riceva un trattamento peggiore rispetto alla fattispecie transfrontaliera equivalente, il che può discendere sia dalla mancata estensione ai soggetti rientranti in situazioni puramente interne delle norme dell'UE più favorevoli che si applicano alle fattispecie transfrontaliere, sia dall'applicazione a dette situazioni di una misura nazionale sfavorevole che non trova invece applicazione

nei riguardi della fattispecie transfrontaliera. Poi, analizza i rimedi apprestati dalla Corte di giustizia e dagli Stati membri per neutralizzare il rischio del verificarsi di siffatte discriminazioni. In tale capitolo, l'A. si sofferma anche sulle diverse tipologie di pronunce che chiudono l'accertamento del carattere puramente interno di una data fattispecie, distinguendo tra quelle di merito, in cui la Corte di giustizia accerta l'inapplicabilità della norma dell'UE alla situazione puramente interna o la non preclusione della misura nazionale applicabile a tale fattispecie, e quelle di rito, che dichiarano l'irricevibilità (manifesta) del quesito pregiudiziale o l'incompetenza (manifesta) della Corte di giustizia a statuire.

Il terzo capitolo esamina l'orientamento giurisprudenziale definito espansivo, che si sviluppa a partire dalla metà degli anni ottanta, in cui la Corte di giustizia, sulla base di criteri da essa elaborati, decide di statuire nell'ambito di vicende a carattere meramente interno, a condizione però che la misura nazionale controversa sia suscettibile (anche in astratto) di produrre effetti transfrontalieri e che la pronuncia pregiudiziale possa risultare utile ai fini della soluzione della controversia principale. Tali criteri di matrice giurisprudenziale riguardano le diverse libertà di circolazione. Più specificatamente, si tratta, in materia di libera circolazione delle merci, del *criterio della transfrontalierità potenziale*, in virtù del quale la Corte estende il divieto di dazi doganali e di restrizioni quantitative anche a misure nazionali aventi ad oggetto gli scambi interni ad un singolo Stato membro idonei potenzialmente ad incidere sul commercio tra Stati. In materia di libera circolazione delle persone, la Corte fa invece leva sul concetto di cittadinanza europea per estendere alcuni diritti (come quello alla riunificazione familiare) a soggetti che non hanno mai esercitato tale libertà, ove siano destinatari di misure nazionali che comportano una sostanziale privazione dei diritti di cittadinanza (c.d. *criterio del godimento effettivo dei diritti di cittadinanza*). In materia di diritto di stabilimento e libera circolazione dei servizi, e segnatamente in relazione all'affidamento di concessioni e appalti pubblici, si attesta il *criterio dell'interesse transfrontaliero certo*, che consente alla Corte di giustizia di applicare le norme del Trattato a situazioni puramente interne nelle quali non si possa escludere l'interesse di imprese di altri Stati membri ad esercitare l'attività economica in questione. Sempre con riferimento al diritto di stabilimento e alla libera circolazione delle merci, l'A. rinviene altresì nella giurisprudenza il *criterio dell'annullamento di misure indistintamente applicabili*, che riguarda i casi in cui l'accertamento dell'incompatibilità con le disposizioni in materia di misure nazionali indistintamente applicabili è suscettibile di produrre effetti che trascendono la situazione puramente interna oggetto del processo principale e si ripercuotono anche in altri Stati membri. Un altro criterio, che estende la competenza pregiudiziale della Corte a questioni scaturenti da situazioni puramente interne, riguarda le ipotesi in cui a queste ultime è stata resa applicabile la disciplina sovranazionale mediante un *rinvio al diritto dell'Unione* contenuto nel diritto nazionale, e ciò nell'intento di garantire un'interpretazione uniforme di tutte le norme sovranazionali, a prescindere dalla questione se siano applicabili in virtù di forza propria o di un rinvio. Infine, un altro *criterio* che l'A. reperisce nella giurisprudenza è quello *della fattispecie transfrontaliera analoga*, che ricorre quando il diritto nazionale imponga al giudice remittente di equiparare le situazioni puramente interne a fattispecie analoghe, ma con portata transfrontaliera.

Nel quarto capitolo, l'A. illustra l'orientamento giurisprudenziale che definisce riflessivo, che si sviluppa a partire dalla metà degli anni novanta, in cui la Corte di giustizia tende a pronunciarsi non più sulla base di criteri formulati in astratto, ma di una previa verifica dell'applicabilità in concreto di detti criteri alla fattispecie all'origine del processo *a quo*. Tale orientamento, che, secondo l'A., matura in risposta alle sollecitazioni di alcuni avvocati generali e di parte della dottrina che avevano sollevato critiche riguardo all'applicazione dei criteri appena menzionati, introduce dei correttivi a questi ultimi, ancorandone sempre più l'applicazione a circostanze concrete, la cui allegazione spetta al giudice del rinvio, piuttosto che a ipotesi o congetture. Con riferimento al *criterio del godimento effettivo dei diritti di cittadinanza*, la Corte di giustizia precisa, infatti, che esso può trovare applicazione solo in circostanze eccezionali, come nel caso in cui la misura nazionale contestata induca il cittadino europeo ad abbandonare il territorio dell'UE. Quanto al *criterio dell'interesse transfrontaliero certo*, viene specificato in alcune pronunce che esso non può essere presunto, ma occorre che vi siano elementi oggettivi e concordanti che ne comprovino la sussistenza. Riguardo al *criterio dell'annullamento di misure indistintamente applicabili*, la Corte di giustizia ne subordina l'applicazione alla condizione che la pronuncia sulla validità della misura indistintamente applicabile, emessa dal giudice del rinvio all'esito del procedimento principale, abbia effetti *erga omnes* e non solo tra le parti del procedimento. Per quanto concerne invece il *criterio del rinvio al diritto dell'Unione*, la Corte ne condiziona l'applicazione alla circostanza che il rinvio sia "diretto e incondizionato", in modo da assicurare la rilevanza della pronuncia pregiudiziale ai fini della soluzione del giudizio *a quo*. Infine, per quanto riguarda il *criterio della fattispecie transfrontaliera analoga*, essa apporta dei correttivi, volti in sostanza ad assicurare che tale fattispecie possa risultare realmente utile nell'ambito di un successivo giudizio di uguaglianza a livello nazionale.

Da ultimo, nel quinto capitolo, l'A. affronta criticamente il tema della codificazione di tali orientamenti, operata, a fine 2016, dalla sentenza *Ullens de Schooten* (causa C-268/15), con l'intento di facilitare il compito del giudice nazionale nelle controversie aventi ad oggetto situazioni puramente interne, nonché la giurisprudenza più recente ad essa successiva, identificandone limiti, coni d'ombra e potenzialità. Come evidenziato dall'A., se tale sentenza ha, tra gli altri, il pregio di fornire ai giudici nazionali una sorta di "decalogo" ai fini della redazione dei quesiti pregiudiziali nell'ambito di controversie che originano da situazioni puramente interne, ciò nondimeno essa, da una parte, lascia aperti ancora diversi interrogativi e, dall'altra, come dimostra la giurisprudenza successiva, omette di prendere una posizione netta a favore di uno o dell'altro orientamento, cosicché l'opera di codificazione giurisprudenziale non può ancora dirsi conclusa.

Nella parte finale del volume, dopo aver ripercorso la trama dei diversi capitoli, l'A. esamina le potenziali conseguenze di un'eventuale abolizione della nozione di "situazioni puramente interne", auspicata da parte della dottrina, che ne avverte vuoi la sostanziale incompatibilità con il concetto di mercato interno, vuoi il carattere antitetico rispetto al concetto di cittadinanza europea, vuoi ancora un indicatore inaffidabile dell'ambito di applicazione delle norme dell'UE a vocazione transfrontaliera e della competenza pregiudiziale della Corte di giustizia. L'"applicazione

ubiquitaria” delle norme sul mercato interno che ne conseguirebbe si estenderebbe inevitabilmente, a parere dell’A., alle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali, introducendo così elementi di carattere federale nell’ordinamento dell’UE, per certi versi comparabili a quelli rinvenibili nel processo di evoluzione del diritto costituzionale degli Stati Uniti ad opera della Corte suprema. Ad oggi, questo scenario non sembra tuttavia realizzabile agli occhi dell’A., il quale ritiene, in definitiva, che la nozione in parola sia destinata ad avere ancora un ruolo importante nel processo d’integrazione europea, in quanto “costituisce la cifra del carattere *sui generis*” di tale integrazione, più intensa di quella che contraddistingue le organizzazioni internazionali, ma meno profonda di quella che caratterizza gli Stati federali.

Il libro di Amedeo Arena, per l’arguta e minuziosa analisi di una giurisprudenza copiosa che ha attraversato gli ultimi quaranta anni, è destinato non solo a facilitare il lavoro di tutti coloro che avranno il non agevole compito di dover interpretare e qualificare una situazione come puramente interna, ma anche a rappresentare un’indiscussa opera di riferimento per la dottrina europea.

Daniele P. Domenicucci

# Libri ricevuti



Luigi Alici, Giuseppina De Simone, Piergiorgio Grassi (a cura di), *La fede e il contagio. Nel tempo della pandemia*, Roma, Editrice AVE, 2020, pp.147.

Francesco Anghelone, Francesco Battaglia, Francesco Cherubini (a cura di), *Uniti si può. I valori dell'Unione Europea in tempo di crisi*, Roma, Bordeaux, 2019, pp. 154

Francesco Anghelone, Andrea Ungari (a cura di), *Atlante 2020 Geopolitico del Mediterraneo*, Roma, Bordeaux, 2020, pp. 429

Mario Carta, *Unione europea e tutela dello Stato di diritto negli Stati membri*, Bari, Cacucci, 2020, pp. XVIII-279

Enzo Catani, Gianluca Contaldi, Fabrizio Marongiu Buonaiuti (a cura di), *La tutela dei beni culturali nell'ordinamento internazionale e nell'Unione europea*, Macerata, EUM-Edizioni Università di Macerata, 2020, pp. 211

Claudia Cinelli, *La disciplina degli spazi internazionali e le sfide poste dal progresso tecnico-scientifico*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. XII-194

Benedetto Conforti, Carlo Focarelli, *Le Nazioni Unite*, Milano, Wolters Kluwer, 2020, XII ed., pp. L-573

Luigi Daniele, *Diritto dell'Unione europea. Sistema istituzionale – Ordinamento – Tutela giurisdizionale – Competenze*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, VII ed., pp. XXVIII-575

Pierre de Gioia Carabellese, *Crisi della Banca e diritti dei creditori*, Bari, Cacucci, 2020, pp. VIII-291

Angela Di Stasi (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento italiano (2016-2020)*, Milano, Wolters Kluwer-CEDAM, II ed., pp. XLI-941

Fabio Ferraro, Celestina Iannone (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. XXIII-438

Marina Mancini, *Statualità e non riconoscimento nel diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. XII-265

Loris Marotti, *Il doppio grado di giudizio nel processo internazionale*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. XII-285

Claudia Morini, *Dialogo e partecipazione nella governance dell'Unione europea*, Bari, Cacucci, 2020, pp. X-185

Franco Mosconi, Cristina Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. I, *Parte generale e obbligazioni*, Milano, Wolters Kluwer, 2020, IX ed., pp. XXIX-560

Giulio Peroni, *Stabilità economica e sostenibilità nel diritto internazionale*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, pp. XV-406

Rolf Petri, Maria Laura Picchio Forlati (a cura di), *L'Europa a cent'anni dalla prima guerra mondiale. Storia, politica, diritto*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. XX-233

Simona Pinton, *Post-Genocide Redress in Rwanda. An international-law perspective*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. XXI-400

Riccardo Pisillo Mazzeschi, *Diritto internazionale dei diritti umani. Teoria e prassi*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. XLVI-412

Angela Maria Romito, *Ruolo e funzioni dell'European Competition Network. Dal regolamento (CE) n. 1/2003 alla direttiva ECN+*, Bari, Cacucci, 2020, pp. 190

Edoardo Alberto Rossi, *La Sharing economy nel diritto internazionale privato europeo*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. XII-167

Edoardo Alberto Rossi, *Corpi intermedi e diritti "metaindividuali" nel sistema CEDU. Per una garanzia internazionale del pluralismo come cardine del sistema democratico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 439

Elena Sciso (a cura di), *I flussi migratori e le sfide all'Europa*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. XI-345

Mirko Sossai, *Sanzioni delle Nazioni Unite e organizzazioni regionali*, Roma, RomaTrE-Press, 2020, pp. 195

Giuseppe Tesauro, *Manuale di Diritto dell'Unione Europea*, a cura di Patrizia De Pasquale e Fabio Ferraro, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, II ed., pp. XXIV-467

Sara Tonolo, Giuseppe Pascale (a cura di), *La Dichiarazione universale dei diritti umani nel diritto internazionale contemporaneo*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. XIX-468

Roberto Virzo, *La confisca nell'azione internazionale di contrasto ad attività criminali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. XIII-248

Annamaria Viterbo, *Sovereign Debt Restructuring: The Role and Limits of Public International Law*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 288.

# Indice degli autori



Marta CARTABIA

Presidente emerito della Corte costituzionale. Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università Bocconi di Milano

Giandonato CAGGIANO

ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi Roma Tre

Gianluca CONTALDI

ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università di Macerata

Francesco MOLITERNI

ordinario di Diritto dell'economia nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Egeria NALIN

ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Sarah LATTANZI

assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea dell'Università degli studi di Teramo

Ugo VILLANI

emerito di Diritto internazionale dell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Andrea CANNONE

ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Alice RICCARDI

ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi Roma TRE

Eugenio ZANIBONI

ricercatore di Diritto internazionale nell'Università di Foggia

Miriam POSTIGLIONE

dottoranda in Diritto dell'Unione europea dell'Università degli studi di Milano

Anna FORINA

dottoranda magistrale in Giurisprudenza





# Indice del Volume XV (2020)

Marta CARTABIA	
Introduzione	535
Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019	537
<b>ARTICOLI</b>	
Giandonato CAGGIANO	
La Corte di giustizia sulla tutela dell'indipendenza della magistratura nei confronti di sanzioni disciplinari lesive dello Stato di diritto	249
Giandonato CAGGIANO	
Sul trasferimento internazionale dei dati personali degli utenti del Mercato unico digitale all'indomani della sentenza <i>Schrems II</i> della Corte di giustizia	563
Gabriella CARELLA	
Inapplicabilità del regolamento Dublino III a talune fattispecie di migrazioni irregolari nel Mediterraneo	37
Gianluca CONTALDI	
<i>Il Recovery Fund</i>	587
Pierre DE GIOIA CARABELLESE	
La BRRD (o direttiva <i>bail-in</i> ) "atto secondo"	89
Marco EVOLA	
L'art. 50 TUE tra autointegrazione ed eterointegrazione del diritto dell'Unione europea	113
Sarah LATTANZI	
La costituzionalizzazione della procedura di recesso alla luce della Brexit	649
Giovanni LUCHENA, Stefania CAVALIERE	
Le nuove frontiere in materia di aiuti di Stato	303
Simone MARINAI	
Considerazioni in merito all'introduzione, "a Trattati invariati", di nuovi meccanismi per il rispetto della <i>rule of law</i>	69
Paolo MENGOZZI	
Corte di giustizia, Corte costituzionale, principio di cooperazione e la saga <i>Taricco</i>	9
Pieralberto MENGOZZI	
Il parere 1/17 della Corte di giustizia UE sul Trattato CETA e il principio di autonomia del diritto UE	323

Francesco MOLITERNI Crisi pandemica economico-sanitaria, il fenomeno del “mondo piccolo” e il paradigma “ <i>common safety, common benefit</i> ” come modello giuridico euristico	613
Egeria NALIN COVID-19 e deroghe e restrizioni alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo	629
Bruno NASCIMBENE La dimensione interna ed esterna della politica di immigrazione e asilo. Principi e valori	267
Matteo ORTINO Il principio di proporzionalità dell’Unione europea e la ripartizione dei compiti normativi e di vigilanza in materia bancaria	281
Giuseppe TESAURO, Celeste PESCE Divieto di discriminazioni geografiche: interazioni e prospettive	23
<b>NOTE E COMMENTI</b>	
Andrea CANNONE L’automatismo della confisca per lottizzazione abusiva alla prova della Corte costituzionale	683
Lorenzo CECCHETTI Il principio di non discriminazione sulla base della religione o delle convinzioni personali in controversie orizzontali: il caso <i>IR</i>	473
Claudia CINNIRELLA Sul dialogo tra Corti in materia di doppio binario sanzionatorio: il <i>nuovo</i> principio del <i>ne bis in idem</i> , tra proporzionalità e (restituito) margine d’apprezzamento	181
Sara DE VIDO La direttiva UE sulla plastica monouso alla luce del diritto umano ad un ambiente salubre	133
Michele DE ZIO L’insostenibile leggerezza dei diritti sociali nell’Unione europea: alcune considerazioni alla luce delle sentenze <i>Florescu</i> e <i>Associação Sindical dos</i> <i>Juízes Portugueses</i>	203
Giacomo DI FEDERICO <i>Abogados</i> di seconda generazione, <i>avocats</i> della struttura Unbr Bota e “triangolati”. Il sistema IMI e il diritto a una tutela giurisdizionale piena ed effettiva	147

---

Micaela FALCONE Il <i>Green Deal europeo</i> per un continente a impatto climatico zero: la nuova strategia europea per la crescita tra sfide, responsabilità e opportunità	379
Federica FALCONI Alcune considerazioni sull'abuso della libertà di espressione nella giurisprudenza di Strasburgo	359
Anna FORINA Le <i>anti-suit injunctions</i> dopo la Brexit: alcune considerazioni alla luce dell'Accordo di recesso	753
Luca LIONELLO Il ruolo del Parlamento europeo nell'evoluzione dell'equilibrio istituzionale dell'Unione europea. Alcune riflessioni alla luce della prassi più recente	411
Francesco LUCIANÒ Riflessioni sull'efficacia delle sentenze interpretative della CGUE, a margine della sentenza sull'imponibilità IVA delle lezioni di guida	495
Emmanuel PAGANO L'incidenza dei diritti fondamentali sulla nozione di residenza abituale e sull'esercizio della giurisdizione in materia di responsabilità genitoriale alla luce della sentenza <i>UD</i> della Corte di giustizia	395
Anna PAU “ <i>Made in Settlements</i> ”! Il consumatore europeo deve sapere se i beni sono prodotti in un territorio palestinese occupato da Israele	431
Cinzia PERARO Lo scambio di informazioni tra le imprese nell'epoca di Internet: considerazioni sulle regole	451
Miriam POSTIGLIONE Nomina dell'ex Alto rappresentante Federica Mogherini a Rettore del Collège d'Europe: note in margine ai doveri di “onestà e delicatezza”	741
Alice RICCARDI Alla ricerca di una via legale di fuga. Note a margine di <i>M.N. e al. c. Belgio</i> di fronte alla Corte europea dei diritti umani	693
Angela Maria ROMITO La direttiva (UE) 1/2019: l'evoluzione del <i>public enforcement</i> del diritto europeo della concorrenza	341

Alessandro ROSANÒ

*Once Aranyosi, Always Aranyosi?* Considerazioni sulla riproponibilità del test *Aranyosi e Căldăraru* nell'ambito di alcuni strumenti di cooperazione giudiziaria in materia penale diversi dal mandato d'arresto europeo 163

Ugo VILLANI

Brevi note sull'uso anomalo dei controlimiti nella sentenza del 5 maggio 2020 del *Bundesverfassungsgericht* 673

Eugenio ZANIBONI

Contenimento dei flussi migratori e tutela dei diritti fondamentali tra effettività e mito: il divieto di espulsione collettiva di stranieri dopo il caso *N.T. e N.D.* 711

## RECENSIONI

Amedeo ARENA, *Le "situazioni puramente interne" nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019 (D.P. Domenicucci) 786

Angela DI STASI, Lucia Serena ROSSI (a cura di), *Lo Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia. A vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020 (V. Di Comite) 777

Diego J. LIÑÁN NOGUERAS, Pablo J. MARTÍN RODRÍGUEZ (dir.), *Estado de derecho y Unión europea*, Madrid, Tecnos, 2018 (S. Marinai) 229

Massimo PANEBIANCO, *Lo Stato globale. Funzioni, sistemi, trasformazioni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019 (G. Cellamare) 773

Angela Maria ROMITO, *Ruolo e funzioni dell'European Competition Network. Dal regolamento (CE) n. 1/2003 alla direttiva ECN+*, Bari, Cacucci, 2020 (P. De Pasquale) 783

Ugo VILLANI, *Diritto internazionale privato: profili generali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019 (M. Panebianco) 227

Ugo VILLANI, *Istituzione di Diritto dell'Unione europea*, Bari, Cacucci, 2020, VI ed. (B. Nascimbene) 513

Ramses A. WESSEL, Jed ODERMATT (eds.), *Research Handbook on the European Union and International Organizations*, Cheltenham, Edward Elgar, 2019 (I. Ingravallo) 515

Libri ricevuti, 233, 519, 791

Indice degli autori, 235, 521, 793





# Index of Volume XV (2020)

Marta CARTABIA	
Introduction	535
Report on the Activity of the Constitutional Court in 2019	537
<b>ARTICLES</b>	
Giandonato CAGGIANO	
The Court of Justice on the Protection of the Independence of the Judiciary against Disciplinary Sanctions Damaging the Rule of Law	249
Giandonato CAGGIANO	
On the International Transfer of Personal Data of Users of the Digital Single Market, Following the <i>Schrems II</i> Judgment of the Court of Justice	563
Gabriella CARELLA	
Inapplicability of the Dublin III Regulation to Specific Cases of Irregular Migratory Flows in the Mediterranean Sea	37
Gianluca CONTALDI	
The Recovery Fund	587
Pierre DE GIOIA CARABELLESE	
BRRD (or Bail-in Directive), ‘Second Act’	89
Marco EVOLA	
Art. 50 TEU between Self-integration and Hetero-integration of EU Law	113
Sarah LATTANZI	
The Constitutionalization of the Withdrawal Procedure in Light of Brexit	649
Giovanni LUCHENA, Stefania CAVALIERE	
New Issues Related to State Aid in EU Law	303
Simone MARINAI	
Reflections on New Legal Instruments to Respect the Rule of Law by EU Member States to Be Introduced without Changing the Treaties	69
Paolo MENGOZZI	
The <i>Taricco</i> Saga: The Court of Justice, the Italian Judges and the Principle of Cooperation	9
Pieralberto MENGOZZI	
The Court of Justice Opinion 1/17 on the CETA Agreement and the Autonomy of the European Union Law	323

Francesco MOLITERNI Pandemic Economic-health Crisis, the Phenomenon of the ‘Small World’ and the ‘Common Safety, Common Benefit’ Paradigm as a Heuristic Legal Model	613
Egeria NALIN COVID-19, Derogations and Limitations under the European Convention on Human Rights	629
Bruno NASCIMBENE The ‘Internal’ and ‘External’ Dimensions of Immigration and Asylum Policy. Principles and Values	267
Matteo ORTINO The EU Principle of Proportionality and the Allocation of Banking Regulatory and Supervisory Powers	281
Giuseppe TESAURO, Celeste PESCE Prohibition of Geographical Discrimination: Interactions and Prospects	23
<b>NOTES AND COMMENTS</b>	
Andrea CANNONE The Automatism of Confiscation in Cases of Unlawful Site Development under the Scrutiny of the Constitutional Court	683
Lorenzo CECCHETTI The Principle of Non-discrimination on the Basis of Religion or Belief in Horizontal Disputes: The <i>IR</i> Case	473
Claudia CINNIRELLA Some Thoughts about the Judicial Dialogue on the Double Track Sanctioning System: The <i>new ne bis in idem</i> Principle between Proportionality and the (Restored) Margin of Appreciation	181
Sara DE VIDO The EU Single-Use Plastics Directive in Light of the Right to a Healthy Environment	133
Michele DE ZIO The Unbearable Lightness of Social Rights in the European Union: Some Considerations in Light of <i>Florescu</i> and <i>Associação Sindical dos Juízes Portugueses</i> Cases	203
Giacomo DI FEDERICO Free Movement of Lawyers in the European Union with Particular Regard to Italy: The Use of the IMI System and the Right to a Full and Effective Judicial Protection	147

---

Micaela FALCONE The ‘ <i>European Green Deal</i> ’ for Climate Neutrality: The New European Strategy for Growth between Challenges, Responsibilities and Opportunities	379
Federica FALCONI Some Remarks on the Abuse of Freedom of Expression According to the Case-law of the Strasbourg Court	359
Anna FORINA The Anti-suit Injunctions after Brexit: Some Considerations in Light of the Withdrawal Agreement	753
Luca LIONELLO The Role of the European Parliament in the Development of the Institutional Balance of the European Union. Some Considerations in the Light of the most Recent Practice	411
Francesco LUCIANÒ Reflections on the Effects of the Interpretative Rulings of the ECJ, after the Judgement on the Taxability of Vehicle Driving Tuition for VAT Purposes	495
Emmanuel PAGANO The Incidence of Fundamental Rights on Habitual Residence Notion and on the Exercise of Jurisdiction in Matters of Parental Responsibility in the ECJ Ruling in the <i>UD</i> Case	395
Anna PAU ‘Made in Settlements’! The European Consumer Must Know if Goods are Produced in a Palestinian Territory Occupied by Israel	431
Cinzia PERARO The Exchange of Information between Companies in the Internet Era: Comments on the Existing Rules	451
Miriam POSTIGLIONE The Appointment of Former High Representative Federica Mogherini as Rector of the College of Europe: A Few Remarks on the Duties ‘to Behave with Integrity and Discretion’	741
Alice RICCARDI In Search of a Legal Escape Route. Some Preliminary Thoughts on <i>M.N. et al. v. Belgium</i> before the European Court of Human Rights	693
Angela Maria ROMITO Directive (EU) 2019/1: The Evolution of Public Enforcement in the EU Antitrust System	341

Alessandro ROSANÒ <i>Once Aranyosi, Always Aranyosi? Thoughts on the Application of the Aranyosi and Căldăraru Test in the Framework of Some Instruments of Judicial Cooperation in Criminal Matters Different from the European Arrest Warrant</i>	163
Ugo VILLANI Brief Notes on the Anomalous Use of Counter-limits in the Judgment of 5 May 2020 of the <i>Bundesverfassungsgericht</i>	673
Eugenio ZANIBONI Containment of Migration Flows and Protection of Fundamental Rights between Effectiveness and Myth: The Prohibition of Collective Expulsion of Aliens after the Case <i>N.T. and N.D.</i>	711
<b>BOOK REVIEWS</b>	
Amedeo ARENA, <i>Le “situazioni puramente interne” nel diritto dell’Unione europea</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2019 (D.P. Domenicucci)	786
Angela DI STASI, Lucia Serena ROSSI (a cura di), <i>Lo Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia. A vent’anni dal Consiglio europeo di Tampere</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2020 (V. Di Comite)	777
Diego J. LIÑÁN NOGUERAS, Pablo J. MARTÍN RODRÍGUEZ (dir.), <i>Estado de derecho y Unión europea</i> , Madrid, Tecnos, 2018 (S. Marinai)	229
Massimo PANEBIANCO, <i>Lo Stato globale. Funzioni, sistemi, trasformazioni</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2019 (G. Cellamare)	773
Angela Maria ROMITO, <i>Ruolo e funzioni dell’European Competition Network. Dal regolamento (CE) n. 1/2003 alla direttiva ECN+</i> , Bari, Cacucci, 2020 (P. De Pasquale)	783
Ugo VILLANI, <i>Diritto internazionale privato: profili generali</i> , Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019 (M. Panebianco)	227
Ugo VILLANI, <i>Istituzione di Diritto dell’Unione europea</i> , Bari, Cacucci, 2020, VI ed. (B. Nascimbene)	513
Ramses A. WESSEL, Jed ODERMATT (eds.), <i>Research Handbook on the European Union and International Organizations</i> , Cheltenham, Edward Elgar, 2019 (I. Ingravallo)	515
Books received	233, 519, 791
List of Contributors	235, 521, 793





## *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](mailto:biblioteca@consiglio.puglia.it)  
via Gentile 52 – 70126 Bari

Sito web: [www.consiglio.puglia.it](http://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](mailto:info@europedirectpuglia.eu)

[twitter.com/EuropeDirectPuglia](https://twitter.com/EuropeDirectPuglia)

[facebook.com/europedirectpuglia](https://facebook.com/europedirectpuglia)

[www.europedirectpuglia.eu](http://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	
	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2020	<input type="checkbox"/> abbonamento in formato PDF	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2020	<input type="checkbox"/> 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 2020).

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 Regolamento UE 2016/679, 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 degli art. 15-22 del citato Regolamento, Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i diritti previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA

FIRMA

COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

---

diretta da  
Ennio Triggiani Ugo Villani  
Giandonato Caggiano

1. Ugo VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*<sup>6</sup>, 2020.
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 e 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*<sup>2</sup>, 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. Riflessioni sul sistema delle fonti alla luce dell'art. 114 TFUE*, 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. Prospettive interne ed europee*, 2019.
33. Caterina FRATEA (a cura di), *Stato dell'arte e nuove sfide nel diritto europeo della concorrenza*, 2019.
34. Francesco BATTAGLIA, *Il Mediatore europeo*, 2020.
35. Pierre DE GIOIA CARABELLESE, *Crisi bancaria e diritti dei creditori*, 2020.
36. Mario CARTA, *Unione europea e tutela dello stato di diritto negli Stati membri*, 2020.
37. Claudia MORINI, *Dialogo e partecipazione nella governance dell'Unione europea*, 2020.
38. Angela Maria ROMITO, *Ruolo e funzioni dell'European Competition Network. Dal regolamento (CE) n. 1/2003 alla direttiva ECN+*, 2020.
39. Denise MILIZIA (a cura di), *The new European Union. Different perspectives from different Member States*, 2020.
40. Gianpaolo Maria RUOTOLO, *Scritti di diritto internazionale ed europeo dei dati*, 2021.
41. Ilaria OTTAVIANO, *Profili di tutela giurisdizionale nell'unione bancaria*, 2020.
42. Daniela VITIELLO, *Le frontiere esterne dell'unione europea*, 2020.
43. Alessandro NATO, *La cittadinanza sociale europea al tempo della crisi economica*, 2020.







**Jacopo Robusti detto Tintoretto** (Venezia, 1518-1594)

*Giove ed Europa* - olio su tela, cm 126 x 121 Modena, Galleria, Museo e Medagliere Estense

La tavola, ottagonale ma in origine con lati obliqui inflessi, faceva parte di un complesso di sedici tavole (attualmente ne sopravvivono solo quattordici), tutte raffiguranti soggetti ispirati alle *Metamorfosi* di Ovidio, dipinte nel 1542 da Tintoretto su commissione di Vettor Pisani, per ornare il soffitto ligneo di una delle sale del palazzo del conte veneziano, all'epoca ventunenne, sito in Parrocchia San Paternian, in occasione del suo matrimonio con Paolina Foscari, avvenuto il 17 settembre di quell'anno (data che ne costituisce quindi il *terminus antequem*). Nel 1658 le tavole furono vendute da un erede di Vettor Pisani al duca Francesco I d'Este, che le acquistò tramite il suo rappresentante a Venezia, Geminiano Poggi, e inviate a Modena per l'arredo del Palazzo Ducale, all'epoca in via di completamento, donde sono passate, tra il 1880 e il 1884, nella Galleria modenese.

Sebbene l'ispirazione per le tavole, tutte impaginate con una prospettiva dal sotto in su, possa essere derivata a Tintoretto, nel 1542 ancora esordiente, dalle tele inserite nel soffitto della Sala dei Pregadi (1535-1538) nel Palazzo Ducale di Venezia, purtroppo andate distrutte ma descritte nel 1568 da Giorgio Vasari come caratterizzate da bellissime figure in scorcio, e dalla *Camera di Amore e Psiche* (1526-1528) di Giulio Romano nel Palazzo Tè a Mantova, con un'attenzione, quindi, al linguaggio manieristico di matrice toscano-romana, è davvero strabiliante e assolutamente originale il modo in cui l'artista veneziano imposta le sue scene, ridotte a poche figure che agiscono in posture spesso ardite e spericolate in uno spazio relativamente limitato.

Il noto episodio narrato da Ovidio che ha come protagonista Europa, giovane e leggiadra figlia di Agennore, che mentre gioca sulla spiaggia con le sue compagne è attirata dalla mansuetudine di un candido toro, sotto le cui spoglie si cela Giove, innamoratosi di lei e deciso a rapirla (cosa che farà balzando improvvisamente in mare e allontanandosi, tra la costernazione generale, con la fanciulla in groppa, non appena quest'ultima ha abbassato la guardia), è qui ridotto infatti ai soli personaggi principali, pressoché privi di ambientazione: Europa, a cavalcioni del toro bianco che è intenta ad accarezzare, lievemente sbilanciata in avanti, quasi presaga della sorte che l'aspetta, il toro-Giove, che volge lo sguardo verso l'ancella che mostra il serto di fiori che servirà a inghirlandarlo, e l'amorino sullo sfondo.

L'energia e l'irruenza con cui Tintoretto ha dipinto le scene del soffitto del Palazzo di Vettor Pisani hanno fatto parlare qualcuno di un'operazione di *action painting ante litteram*, controllata però da una sorprendente padronanza interiore. Illuminante il giudizio di Claudia Cieri Via (2003, 2008), a detta della quale in queste scene l'artista passerebbe dalla narrazione degli episodi mitologici alla loro allegorizzazione, con uno scatto in avanti rispetto al loro significato originario.

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. 1/2020, 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 2020, 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 2020).

ISBN 978-88-6611-956-2



9 788866 119562



€ 28,00