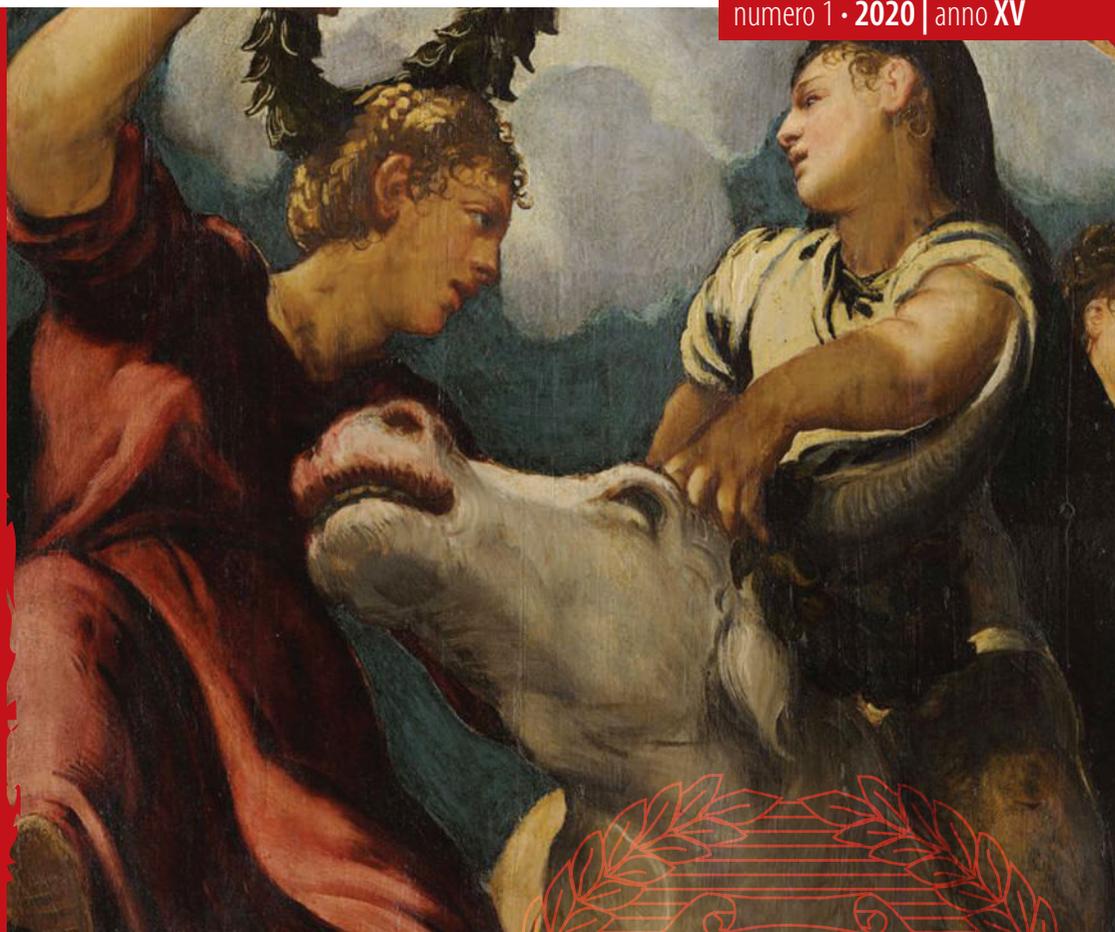


Studi sull'integrazione europea

numero 1 · 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

Via Gentile 52 - 70126 Bari

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

Studi sull'integrazione europea

numero 1 · 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 Tesauro,
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.

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

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

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

Sommario



ARTICOLI

Paolo MENGOZZI Corte di giustizia, Corte costituzionale, principio di cooperazione e la saga <i>Taricco</i>	9
Giuseppe TESAURO, Celeste PESCE Divieto di discriminazioni geografiche: interazioni e prospettive	23
Gabriella CARELLA Inapplicabilità del regolamento Dublino III a talune fattispecie di migrazioni irregolari nel Mediterraneo	37
Simone MARINAI Considerazioni in merito all'introduzione, "a Trattati invariati", di nuovi meccanismi per il rispetto della <i>rule of law</i>	69
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'U- nione europea	113

NOTE E COMMENTI

Sara DE VIDO La direttiva UE sulla plastica monouso alla luce del diritto umano ad un ambiente salubre	133
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
Alessandro ROSANÒ <i>Once Aranyosi, Always Aranyosi?</i> Considerazioni sulla riproponibilità del test <i>Aranyosi e Căldăraru</i> nell'ambito di alcuni strumenti di cooperazione giudiziaria in materia penale diversi dal mandato d'arresto europeo	163

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'ap- prezzamento	181
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>Júzes Portugueses</i>	203
RECENSIONI	
U. VILLANI, <i>Diritto internazionale privato: profili generali</i> , Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019 (M. Panebianco)	227
D.J. LIÑÁN NOGUERAS, P.J. MARTÍN RODRÍGUEZ (dirs.), <i>Estado de derecho</i> <i>y Unión europea</i> , Madrid, Tecnos, 2018 (S. Marinai)	229
Libri ricevuti	233
Indice degli autori	235

Summary



ARTICLES

Paolo MENGOZZI The <i>Taricco</i> Saga: The Court of Justice, the Italian Judges and the Principle of Cooperation	9
Giuseppe TESAURO, Celeste PESCE Prohibition of Geographical Discrimination: Interactions and Prospects	23
Gabriella CARELLA Inapplicability of the Dublin III Regulation to Specific Cases of Irregular Migratory Flows in the Mediterranean Sea	37
Simone MARINAI Reflections on the New Legal Instruments to Respect the Rule of Law by EU Member States to Be Introduced without Changing the Treaties	69
Pierre DE GIOIA CARABELLESE BRRD (or Bail-in Directive), ‘Second Act’	89
Marco EVOLA Article 50 TEU between Self-integration and Hetero-integration of EU Law	113

NOTES AND COMMENTS

Sara DE VIDO The EU Single-Use Plastics Directive in Light of the Right to a Healthy Environment	133
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
Alessandro ROSANÒ Once <i>Aranyosi</i> , Always <i>Aranyosi</i> ? Thoughts on the Application of the <i>Aranyosi</i> and <i>Căldăraru</i> Test in the Framework of Some Instruments of Judicial Cooperation in Criminal Matters Different from the European Arrest Warrant	163

Claudia CINNIRELLA Some Thoughts about the Judicial Dialogue on the Double Track Sanctioning System: The ‘new’ <i>ne bis in idem</i> Principle between Proportionality and the (Restored) Margin of Appreciation	181
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 Juizes Portugueses</i> Cases	203
BOOK REVIEWS	
U. VILLANI, <i>Diritto internazionale privato: profili generali</i> , Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019 (M. Panebianco)	227
D.J. LIÑÁN NOGUERAS, P.J. MARTÍN RODRÍGUEZ (dirs.), <i>Estado de derecho y Unión europea</i> , Madrid, Tecnos, 2018 (S. Marinai)	229
Books received	233
List of contributors	235



Articoli

Paolo Mengozzi*

Corte di giustizia, Corte costituzionale, principio di cooperazione e la saga *Taricco***

SOMMARIO: 1. La sentenza *Taricco I* resa dalla Corte di giustizia. – 2. Il seguito dato da pronunce della Corte costituzionale. – 3. L'ordinanza n. 24/2016 della Corte costituzionale. – 4. L'*obiter dictum* contenuto nella sentenza n. 269/2017 e l'erroneo riferimento alla sentenza *Melki e Abdeli* della Corte di giustizia. – 5. *Segue*: l'inaccettabilità dell'idea secondo cui la sentenza n. 269/2017 potrebbe considerarsi candidata ad inaugurare un nuovo meccanismo per la soluzione di controversie tra norme ed ordinamenti. – 6. La sentenza *Taricco II* della Corte di giustizia. – 7. *Segue*: l'ordinanza n. 3831/2018 della Corte di cassazione. – 8. La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale del 23 gennaio 2019. – 9. *Segue*: l'arricchimento apportato dalla sentenza n. 63/2019 della Corte costituzionale alla sua precedente sentenza n. 20/2019 – 10. *Segue*: l'ulteriore arricchimento apportato dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 117/2019. – 11. Il lieto fine della “saga *Taricco*”: il superamento del difetto di comunicazione tra giudici italiani e Corte di giustizia verificatosi prima della procedura *Taricco II*.

1. Come noto, la “saga *Taricco*” ha avuto origine a seguito di un rinvio che il Tribunale di Cuneo ha fatto alla Corte di giustizia con riferimento all'applicazione degli articoli 160 e 161 c.p., a termini dei quali l'atto interruttivo della prescrizione verificatosi nell'ambito di procedimenti penali riguardanti frodi gravi in materia di IVA prolunga quell'interruzione solamente di un quarto la sua durata iniziale. A sostegno della sua richiesta di una pronuncia pregiudiziale il Tribunale rimettente chiedeva alla Corte di giustizia di accertare la compatibilità di quanto stabilito da dette disposizioni con gli articoli 101, 107, 119 TFUE e con l'art. 158 della direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune di imposta sul valore aggiunto.

La Corte di giustizia, dando seguito a quella richiesta, su cui si è pronunciata in Grande sezione l'8 settembre 2015 con la sentenza nel caso *Taricco e a. (Taricco I)*, ha ritenuto di concentrare la sua analisi sul lamentato contrasto delle disposizioni nazionali in questione con l'art. 158 dell'indicata direttiva per verificare se esse costituissero un ostacolo ad una efficace lotta contro la frode in materia di IVA nello

* Emerito di Diritto dell'Unione europea nell'Università di Bologna; membro emerito della Corte di giustizia dell'Unione europea.

** Testo ampliato e riveduto della relazione tenuta al II Convegno annuale AISDUE “Costituzioni europee e primato del diritto dell'Unione europea”, Napoli, 28-29 ottobre 2019.

Stato membro interessato, in modo incompatibile con detta disposizione e, più in generale, con il diritto UE. È stato così che si è posto il problema della compatibilità di quanto sancito dal diritto italiano con l'art. 325 TFUE, considerato dalla Corte direttamente applicabile, a termini del cui par. 1 “l’Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell’Unione stessa mediante misure adottate a norma [di detto] articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell’Unione”.

Pronunciandosi sul quesito avanzatole, la Corte di giustizia ha rilevato che, come evidenziato anche nell’ordinanza di rinvio, le disposizioni nazionali in questione, “introducendo una regola in base alla quale, in caso di interruzione della prescrizione per una delle cause [in esse] menzionate (...), il termine di prescrizione non può essere in alcun caso prolungato di oltre un quarto della sua durata iniziale, hanno per conseguenza, date la complessità e la lunghezza dei procedimenti penali che conducono all’adozione di una sentenza definitiva, di neutralizzare l’effetto temporale di una causa di interruzione della prescrizione”¹. Ne ha dedotto che il giudice nazionale, qualora dovesse concludere che dall’applicazione di tali disposizioni “consegue, in un numero considerevole di casi, l’impunità penale a fronte di fatti costitutivi di una frode grave, perché tali fatti risulteranno generalmente prescritti prima che la sanzione penale prevista dalla legge possa essere inflitta con decisione giudiziaria definitiva, (...) dovrebbe constatare che le misure previste dal diritto nazionale per combattere contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell’Unione non possono essere considerate effettive e dissuasive”². Si ritiene comunemente che questa statuizione abbia dato luogo alla c.d. “regola *Taricco*”, della cui diretta applicabilità, in ragione della sua insufficiente determinatezza, si vedrà in seguito che si discute tuttora.

Nel corso della procedura diversi interessati hanno presentato osservazioni davanti alla Corte facendo riferimento all’art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, che sancisce i principi di legalità e di proporzionalità dei reati e delle pene, in base ai quali, in particolare, “[n]essuno può essere condannato per un’azione o un’omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale”. Ad avviso della Corte l’invoce di quella disposizione della Carta non poteva considerarsi pertinente, in quanto essa non si riferisce neanche indirettamente alla prescrizione.

2. La Corte costituzionale ha dato seguito alla sentenza della Corte di giustizia con le sue pronunce n. 269/2017 e nn. 20, 63 e 117/2019. Queste ultime devono essere analizzate attentamente, poiché vari autori hanno ritenuto che, con esse, i giudici costituzionali abbiano innovato rispetto alla tradizione instaurata dalle sentenze *Granital* e *Beca*³. Tali autori hanno sostenuto che: a) con la prima pronuncia la Corte costituzionale si sia candidata ad inaugurare una nuova fase del suo “cammino

¹ Corte di giustizia, sentenza dell’8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco* e a., EU:C:2015:555, punto 46.

² *Ivi*, punto 47.

³ Su tali pronunce mi permetto fare rinvio, per tutti, a P. MENGOZZI, C. MORVIDUCCHI, *Istituzioni di Diritto dell’Unione Europea*, Milano, 2018, II ed., p. 265 ss., nonché P. MENGOZZI, *Antonio La Pergola*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2008, p. 489 ss.

comunitario”⁴ e abbia inaugurato un nuovo meccanismo per la risoluzione delle controversie tra norme ed ordinamenti⁵, b) con la seconda e la quarta abbia dato luogo ad un “ampliamento della potenzialità applicativa del nuovo metodo di risoluzione delle antinomie tra diritto interno e diritto dell’Unione, quale introdotto con la (...) sentenza 269”⁶ e c) con la terza abbia dichiarato di decidere seguendo un metodo scelto “sulla scorta dei principi già affermati nelle sentenze n. 269/2017 e n. 20/2019”⁷. Peraltro, le si deve valutare attentamente assieme alla sentenza resa dalla Corte di giustizia il 5 dicembre 2017 nella causa *M.A.S. e M.B.*⁸ (*Taricco II*), perché quegli stessi ed altri autori hanno asserito che tale sentenza, a seguito della pronuncia n. 269/2017 della Corte costituzionale, costituisce una “capitolazione” o una “parziale retromarcia” rispetto alla sentenza *Taricco I*.

3. In reazione alla presa di posizione della Corte di giustizia in *Taricco I*, la Corte di cassazione e la Corte d’appello di Milano, in casi in cui si poneva ancora il problema dell’applicazione delle disposizioni del codice penale in questione, hanno fatto rinvio alla Corte costituzionale per contestare la legittimità della legge che ratifica e dà esecuzione al Trattato di Lisbona nella parte in cui, imponendo di applicare la “regola *Taricco*” (vale a dire l’art. 325 TFUE come interpretato nella sentenza *Taricco I*), comporta l’omessa applicazione degli articoli 160 e 161 allorché ne derivi la sistematica impunità di gravi frodi in materia di IVA.

La Corte costituzionale, con ordinanza n. 24 del 23 novembre 2016 (depositata il 26 gennaio 2017), al pari di quanto avevano fatto i rimettenti, ha richiamato l’art. 25, co. 1, della Costituzione italiana e ha rilevato che questo non si limita a stabilire, come fa l’art. 49 della Carta UE, che “nessuno può essere condannato per un’azione o un’omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato”, ma sancisce che, per legge, deve essere disciplinato l’intero regime della punizione. Ne ha desunto che, nella misura in cui nell’ordinamento italiano il principio di legalità in materia penale esige che le norme relative alla punizione siano determinate, devono essere analiticamente descritti non solo i reati e le pene, ma anche il regime delle prescrizioni in relazione ad essi applicabili; conseguenza ne è che, ove si dovesse accertare che l’applicazione in Italia della “regola *Taricco*”, con il suo carattere non sufficientemente determinato, concretamente interferisse con il regime della prescrizione dei reati, sarebbe necessario dichiarare l’illegittimità costituzionale della legge nazionale che ha autorizzato la ratifica e reso esecutivi i Trattati, per la parte in cui essa dà spazio all’operare in Italia di quella regola. Data la delicatezza degli aspetti comunitari implicati da tale accertamento, la Corte costituzionale ha ritenuto opportuno avanzare una richiesta di pronuncia pregiudiziale alla Corte di giustizia chiedendole di chiarire il significato da attribuire all’art. 325 TFUE e alla sentenza *Taricco I* e di precisare se questa debba essere interpretata nel senso di imporre al giudice penale di non applicare disposizioni quali gli articoli 160 e 161 c.p. anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi

⁴ C. CARUSO, *La Corte Costituzionale riprende il “cammino comunitario”*: invito alla discussione sulla sentenza n. 269 del 2017, in www.forumcostituzionale.it, 2017, n. 11.

⁵ G. VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra carte e corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte Costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 10, p. 4.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ivi*, p. 5.

⁸ Corte di giustizia, sentenza del 5 dicembre 2017, causa C-42/17, EU:C:2017:936.

supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla sua Costituzione.

4. Poco prima che la Corte di giustizia si pronunciasse nuovamente in materia (il 5 dicembre 2017 nel caso *Taricco II*), il 7 novembre 2017, su rinvio della Commissione tributaria provinciale di Roma in relazione ad un diniego opposto dalla AGCM ad una istanza di rimborso di contributi versati sulla base di una legislazione⁹ che dei privati pretendevano fosse incompatibile con gli articoli 49 (diritto di stabilimento) e 56 (diritto alla libera prestazione di servizi) TFUE e con la Costituzione italiana, la Corte costituzionale ha adottato la sentenza n. 269. In essa ha escluso che quegli articoli assumessero rilievo, in quanto la libertà di stabilimento non può essere invocata da una società come quella che aveva chiesto quel rimborso visto che si trattava di una società italiana avente sede in Italia e la libertà di prestazione di servizi non è ostacolata dall'imposizione di contributi volti al finanziamento di enti controllori, purché tali contributi siano destinati esclusivamente alla copertura dei costi dell'autorità e siano proporzionati, obiettivi e trasparenti, come ha ritenuto fosse nel caso di specie. Cionondimeno, dopo aver enfaticamente premesso che si devono tener fermi i principi del primato e dell'effetto diretto del diritto UE (come consolidatisi grazie all'affermazione di una diretta disapplicabilità di norme degli Stati membri incompatibili con norme ed atti comunitari direttamente applicabili), in un *obiter dictum*, ha affermato: a) rispetto alla giurisprudenza *Simmenthal* e *Granital*, che ha espresso quei principi, si impone una precisazione alla luce delle trasformazioni che hanno riguardato il diritto UE e il sistema dei rapporti con gli ordinamenti nazionali dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che ha attribuito effetti giuridici vincolanti alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, costituente “parte del diritto dell'Unione, dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale”¹⁰; b) possono darsi casi in cui si ponga il problema di stabilire se una norma di uno Stato membro violi diritti delle persone infrangendo o le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana o/e

⁹ Art. 10, commi 7-ter e 7-quater, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato), aggiunti dall'art. 5-bis, co. 1, del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27.

¹⁰ Punto 5.2. Questa precisazione costituisce la ripresa di un'ampia osservazione precedentemente svolta da A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo tra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in *Rivista della Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2017, n. 4, p. 4, ed è legata ad una preoccupazione di “traboccamento” della Corte di giustizia e di “emarginazione” della Corte costituzionale che ha portato a critiche, nei confronti di una giurisprudenza costituzionale posta in essere a partire dall'ordinanza n. 536/1995, sollevate ancor prima da M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di «doppia pregiudizialità», comunitaria e costituzionale*, in *Foro italiano*, 1997, V, c. 224, recentemente condivise da S. CATALANO, *Rinvio pregiudiziale. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta dalla Corte Costituzionale con la sentenza 269/2017*, in *Osservatorio costituzionale*, 2019, n. 4 (secondo il quale tale scelta è stata poi confermata nelle sentenze nn. 20, 23 e 112 del 2019, su cui si dirà in senso diverso nei successivi paragrafi), e da A. GUAZZAROTTI, *Un «atto interruttivo dell'usucapione» delle attribuzioni della Corte Costituzionale?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2017, reperibile online, secondo il quale la sentenza n. 269/2017 costituisce, addirittura, un'importante “sospensione interruttiva dell'usucapione” delle attribuzioni della Corte costituzionale in quanto la disapplicazione immediata da parte di giudici comuni di norme incompatibili con la Carta dei diritti fondamentali trasmoderebbe “inevitabilmente in un inammissibile sindacato diffuso di costituzionalità della legge”. Per una decisa attribuzione, per altro verso, a detto scritto di Barbera di una funzione anticipatrice della sentenza della Corte costituzionale in questione cfr. C. CARUSO, *op. cit.*

quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione; c) in questi casi le violazioni dei diritti delle persone postulano la “necessità” di un suo intervento *erga omnes*, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale¹¹.

A precisazione dell'affermazione della necessità di un suo intervento *erga omnes*, e dando chiaro segno di avere dimenticato completamente a) il richiamo fatto immediatamente prima all'immediata disapplicabilità da parte dei giudici degli Stati membri di norme interne riguardanti diritti delle persone incompatibili con disposizioni comunitarie direttamente applicabili¹² e b) il fatto che tra queste si annoverano anche disposizioni della Carta¹³, la Corte costituzionale ha richiamato la pronuncia resa dalla Corte di giustizia il 22 giugno 2010 nella sentenza *Melki e Abdeli*¹⁴, adottata con riferimento ad una questione di doppia pregiudizialità – costituzionale e comunitaria – postasi nel quadro dell'applicazione di una legge organica in Francia. Così facendo, la Corte costituzionale ha fatto pensare che si fosse candidata ad inaugurare una nuova fase del proprio “cammino comunitario”¹⁵. Ha, innanzitutto ricordato, riportando tra virgolette le espressioni rilevanti della Corte di giustizia, che quest'ultima ha affermato che il diritto UE “non osta” al carattere prioritario del giudizio di costituzionalità di competenza delle corti costituzionali nazionali, purché i giudici ordinari restino liberi a) “di sottoporre alla Corte di giustizia, in qualunque fase del procedimento ritengano appropriato e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria” e b) di “adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione”. Immediatamente dopo ha però, in aggiunta, attribuito artatamente alla Corte di giustizia, senza ovviamente poter citarla tra virgolette, un'affermazione che, per le ragioni indicate, risulta inequivocamente come soltanto sua, secondo cui

¹¹ Punto 5.2.

¹² Per escludere che si sia trattato di una dimenticanza o di una contraddizione D. TEGA, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in *Questione giustizia*, 2019, n. 2, ritiene che per la Corte costituzionale “il puro e semplice fatto che il contenuto della Carta di Nizza abbia ‘un'impronta tipicamente costituzionale’ lo differenzia dal resto del diritto UE e impone, in ogni caso, sia interpellata per prima la Corte costituzionale anche in relazione a potenziali conflitti con la Carta”; e, sulla base di questa sua interpretazione di quanto nell'insieme affermato dalla Corte costituzionale, considera che il giudice comune, che eventualmente riscontri un possibile contrasto di una legislazione nazionale con la Costituzione e con la Carta UE, “a buon diritto potrebbe ritenersi esentato dall'onere di risolvere subito la questione se una certa norma di questa sia fonte di diritti immediatamente azionabili dei singoli: in ogni caso la tutela di quei diritti passa, innanzitutto, attraverso una questione di legittimità costituzionale”. Ora, questa interpretazione del pensiero della Corte, anche se brillante, non si può considerare superi quanto osservato sopra nel testo, in quanto la Carta dei diritti fondamentali copre la più parte dei diritti delle persone tutelati dal diritto UE e, di conseguenza, resterebbe sostanzialmente priva di contenuto l'affermazione fatta dalla Corte, immediatamente prima, di considerare “fermi” “i principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione europea come sin qui consolidatisi nella giurisprudenza europea e costituzionale”.

¹³ Sul punto cfr. S. PEERS, S. PRECHAL, *Art. 52 - Scope and Rights and Principles*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford, 2014, p. 1509; C. AMALFITANO, *General Principles of EU Law and the Protection of Fundamental Rights*, Cheltenham, 2014, p. 192 ss.; L.S. ROSSI, *La relazione tra Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e direttive nelle controversie orizzontali*, in *Federalismi.it*, 22 maggio 2019, p. 3; G. VITALE, *op. cit.*, p. 1.

¹⁴ Corte di giustizia, sentenza del 22 giugno 2010, cause riunite C-188 e 189/10, EU:C:363.

¹⁵ C. CARUSO, *op. cit.*

i giudici comuni restano liberi di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, *per altri profili*, la ritengano contraria al diritto UE. E ne ha tratto la conseguenza che quei giudici, in pendenza della procedura di costituzionalità di quella legge, non la possano disapplicare ritenendola incompatibile con il diritto comunitario, né possano sulla sua compatibilità o meno col diritto comunitario, a procedura di costituzionalità conclusa, interpellare la Corte di giustizia con riferimento a suoi profili per i quali i giudici costituzionali l'abbiano ritenuta conforme alla Costituzione¹⁶.

Ora, la non corretta attribuzione alla Corte di giustizia dell'affermazione che la Corte costituzionale ha indicato di fare sua e da cui, come espresso immediatamente sopra, ha tratto le importanti conseguenze indicate, urta, innanzitutto, con la puntuale statuizione contenuta nel punto 57 della sentenza *Melki e Abdeli*, secondo cui "l'art. 267 TFUE osta ad una normativa di uno Stato membro che instaura un procedimento incidentale di controllo della legittimità costituzionale delle leggi nazionali, nei limiti in cui il carattere prioritario di siffatto procedimento abbia l'effetto di impedire – tanto prima della trasmissione di una questione di legittimità costituzionale all'organo giurisdizionale nazionale incaricato di esercitare il controllo di costituzionalità delle leggi, quanto, eventualmente, dopo la decisione di siffatto organo giurisdizionale su detta questione – a tutti gli altri organi giurisdizionali nazionali di esercitare la loro facoltà o di adempiere il loro obbligo di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte".

Essa urta, inoltre e ancor più, con quanto nella stessa pronuncia contenuto al punto 44, secondo cui: "Infatti, è incompatibile con le esigenze inerenti alla natura stessa del diritto dell'Unione qualsiasi disposizione facente parte dell'ordinamento giuridico di uno Stato membro o qualsiasi prassi, legislativa, amministrativa o giudiziaria, la quale porti ad una riduzione della concreta efficacia del diritto dell'Unione per il fatto che sia negato al giudice, competente ad applicare questo diritto, il potere di fare, all'atto stesso di tale applicazione, tutto quanto è necessario per disapplicare le disposizioni legislative nazionali che eventualmente ostino, anche temporaneamente, alla piena efficacia delle norme dell'Unione"¹⁷.

5. Da quanto sopra discende che la sentenza n. 269, anche se si sia candidata a farlo, non ha potuto assumere il ruolo che, come visto, le è stato attribuito. E ciò non solo per la sua non correttezza, sin qui non abbastanza notata a causa dell'insufficiente attenzione prestata al repentino e non facilmente avvertibile suo passaggio da un riferimento corretto alla sentenza *Melki e Abdeli* ad uno stravolgimento della stessa, ma anche per le forti critiche che le sono state opposte dalla più sperimentata dottrina¹⁸. Si è largamente obiettato che l'autonomia e la diretta applicabilità

¹⁶ Per una qualificazione della pronuncia e delle affermazioni di cui sopra come un *obiter dictum* cfr. G. VITALE, *op. cit.*, p. 6.

¹⁷ Sentenza *Melki e Abdeli*, punto 44. Cfr., al riguardo, il richiamo allo scritto di D. SIMON, *Les juges et la priorité de la question provisoire de constitutionnalité: discordance provisoire ou cacophonie durable?*, in *Revue critique de droit international*, 2011, p. 1 ss., contenuto in Pi. MENGOZZI, *Norme costituzionali, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nella più recente giurisprudenza: una incomprensione temporanea?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018.

¹⁸ Cfr., per tutti, A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro (una prima lettura di Corte cost. Sent. n. 20 del 2019)*, in

costituiscono l'architrave del sistema giuridico comunitario e che, senza la loro salvaguardia da parte di tutti i giudici nazionali, non sono possibili né l'esercizio delle libertà di circolazione, né la gestione, in un mondo sempre più globalizzato, della politica commerciale comune, né il controllo comunitario della concorrenza all'interno dell'Unione e nei confronti di imprese di Stati terzi.

Ai dati ed alle obiezioni di cui sopra si è aggiunta la sentenza resa dalla Corte di giustizia, nella sentenza *Taricco II*, su rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana.

6. Nella procedura che ha portato a questa nuova pronuncia, la Corte costituzionale, tramite l'ordinanza di rinvio, e gli avvocati delle parti interessati a sostenere la non disapplicabilità delle disposizioni del codice penale italiano ad opera della "regola *Taricco*" a causa del suo carattere non sufficientemente determinato, hanno informato la Corte di giustizia che il principio di legalità in materia penale è inteso nell'ordinamento italiano ai sensi del co. 2 dell'art. 25 della Costituzione a termini del quale la legge deve dettagliatamente disciplinare l'intero regime della punizione, prescrizione compresa. Ne è disceso che la Corte di giustizia, avendo potuto tener conto *ex novo* di questi dati, fornitile dalla Corte costituzionale, ha, innanzitutto, sottolineato "l'importanza, tanto nell'ordinamento giuridico dell'Unione quanto negli ordinamenti giuridici nazionali, che riveste il principio di legalità dei reati e delle pene, nei suoi requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività della legge penale applicabile"¹⁹; ha, poi, fatto anch'essa riferimento alla legge che stabilisce il regime della punizione ricomprendente necessariamente anche la disciplina della prescrizione; e ha, infine, statuito che i giudici italiani chiamati ad applicare la "regola *Taricco*", ove dovessero accertare una insufficiente determinatezza della sua applicazione in Italia, potrebbero non applicarla ritenendo che essa comporti una violazione del principio in questione.

Con la loro nuova pronuncia i giudici di Lussemburgo hanno precisato che l'obbligo del giudice nazionale di disapplicare la normativa interna in materia di prescrizione viene meno quando ciò comporta una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile o dell'applicazione retroattiva di una normativa che preveda un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato. E ha chiarito che è compito del giudice nazionale saggiare se l'applicazione della "regola *Taricco*" sia compatibile con il principio di determinatezza, che è sia principio supremo dell'ordine costituzionale italiano, sia cardine del diritto dell'Unione²⁰.

7. A fronte di tutto ciò la Corte di cassazione, con ordinanza n. 3831 del 16 febbraio 2018, ha chiesto alla Corte costituzionale di ritornare sulla posizione espressa nella sentenza n. 269/2017 per chiarirla. Lo ha fatto osservando che la limitazione da questa posta ai giudici comuni anche di ultimo grado, di poter rinviare alla Corte di giustizia una questione di compatibilità di una legge interna con la Carta UE quando

Consulta.online, 23 febbraio 2019, p. 113.

¹⁹ Sentenza *M.A.S.* e *M.B.*, punto 51.

²⁰ In sintonia con il tono del suo scritto, A. GUZZATOTTI, *op. cit.*, ha qualificato questa sentenza come "una capitolazione" della Corte di giustizia. Per un'analoga assunzione secondo cui la sentenza in questione costituirebbe una "parziale retromarcia" della Corte di giustizia cfr. C. CARUSO, *op. cit.*

su detta legge la stessa Corte costituzionale si sia già pronunciata rilevandone la legittimità, non sembra compatibile con la giurisprudenza della Corte di giustizia in base a quanto da quest'ultima stabilito nella sentenza *Global Starnet Ltd*²¹. E ciò stante che essa, con quella pronuncia, ribadendo quanto già precedentemente più volte aveva affermato, ha statuito che “l’articolo 267, paragrafo 3, TFUE deve essere interpretato nel senso che il giudice nazionale le cui decisioni non sono impugnabili con un ricorso giurisdizionale è tenuto, in linea di principio, a procedere al rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto dell’Unione anche nel caso in cui, nell’ambito del medesimo procedimento nazionale, la Corte costituzionale dello Stato membro di cui trattasi abbia valutato la costituzionalità delle norme nazionali alla luce delle norme di riferimento aventi un contenuto analogo a quello delle norme del diritto dell’Unione”²².

8. A seguito di detta nuova pronuncia della Corte di giustizia e in pendenza di una risposta a questa richiesta della Cassazione è intervenuta la sentenza della Corte costituzionale n. 20 del 23 gennaio 2019, che, non a caso, porta la firma di un redattore diverso da quello della sua sentenza n. 269/2017. Si trattava, in questo caso, di una questione di costituzionalità posta dal TAR del Lazio in relazione alla compatibilità con la Carta dei diritti UE e con la Costituzione italiana di un decreto legislativo riguardante l’accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni. Nell’esprimersi al riguardo la Corte costituzionale è ritornata sulla questione della doppia pregiudizialità nel quadro di un *obiter dictum*, in quanto ha concretamente ritenuto nel caso la questione comunitaria irrilevante. Nel quadro di questo *obiter* ha, da un lato, mostrato una comprensibile continuità con una parte di quello che aveva affermato nella sentenza n. 269/2017 ed è andata addirittura al di là di essa; d’altro lato ha decisamente oscurato e rinnegato il suo nucleo centrale.

In consonanza con la pronuncia n. 269/2017, condividendo, implicitamente, l’esigenza di evitare la deriva verso un sindacato diffuso di valutazione della conformità di norme interne a quelle di rango costituzionale²³, ha confermato che “va preservata l’opportunità di un suo intervento *erga omnes*, in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità a fondamento dell’architettura costituzionale (art. 134 Cost)”. È andata oltre la precedente pronuncia manifestando la propria disponibilità ad inserire nel suo giudizio di costituzionalità non solo l’esame della conformità di una legislazione nazionale con la Carta di diritti fondamentali UE, ma anche, più in generale, col diritto europeo, diritto derivato compreso²⁴.

²¹ Corte di giustizia, sentenza del 20 dicembre 2017, causa C-322/16, EU:C:2017:985. Su di essa cfr. A. RUGGERI, *Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell’Unione, dal punto di vista della Corte di Giustizia (Prima Sezione, 20 dicembre 2017, Global Starnet)*, in www.diritticomparati.it, 9 gennaio 2018.

²² Sentenza *Global Starnet Ltd.*, punto 26.

²³ Per un tale rilievo cfr. G. VITALE, *op. cit.*, par. 2.

²⁴ Lo ha fatto riprendendo l’indicazione contenuta nella sentenza n. 269/2017 secondo cui in tal caso avrebbe giudicato “alla luce dei parametri costituzionali interni, ed eventualmente anche di quelli europei (ex articoli 11 e 117, primo comma, Cost.), comunque secondo l’ordine che di volta in volta risulti maggiormente appropriato” e precisando che, per quanto riguardava la disciplina legislativa sottoposta alla sua considerazione, entravano in linea di conto, “in connessione – e talvolta anche in visibile tensione –, diritti e principi fondamentali, contemporaneamente tutelati sia dalla Costituzione che dal diritto europeo, primario e derivato”.

Per contro, ha mostrato di avere in qualche modo percepito lo stravolgimento da parte dell'*obiter dictum* contenuto nella sua precedente sentenza del testo della pronuncia *Melki e Abdeli* condividendo, evidentemente, l'opinione secondo cui esso poteva essere devastante per l'integrazione europea: non ha di conseguenza più fatto alcun riferimento a quella sentenza. Inoltre: a) ha affermato che un suo intervento con efficacia *erga omnes* era necessario non a priori ed automaticamente ma solo in quanto la disciplina di matrice europea (concretata dalla "regola *Taricco*") applicabile alla fattispecie oggetto del giudizio non era *self-executing*; b) non si è contraddetta, come aveva fatto adottando la sentenza n. 269/2017, in cui, come visto, aveva, da un lato, ribadito il principio dell'immediata disapplicabilità da parte dei giudici comuni di norme interne incompatibili con disposizioni comunitarie direttamente applicabili, tra le quali si annoverano anche disposizioni della Carta dei diritti UE e aveva, d'altro lato, affermato il carattere automaticamente prioritario delle questioni di costituzionalità di norme interne rispetto a quelle di loro compatibilità con disposizioni della Carta dei diritti UE, indipendentemente dal carattere direttamente applicabile o meno di ciascuna di queste; c) ha puntualizzato che la sua prima parola concerneva la costituzionalità della legislazione italiana in questione "per volontà esplicita del giudice a quo".

9. Nel caso che ha portato alla sentenza n. 63 del 20 febbraio 2019 (depositata il 20 marzo successivo) su rinvio della I sez. civ. della Corte di cassazione²⁵, la Corte costituzionale doveva decidere sulla legittimità costituzionale di un decreto legislativo adottato in attuazione di direttive comunitarie, concernenti l'accesso all'attività degli enti creditizi e la vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento. Nel corso del procedimento gli enti intervenienti nel giudizio hanno posto il problema della conformità di tale decreto anche con l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali UE. Al riguardo essa ha dichiarato, sulla scorta dei principi affermati nella sentenza n. 269/2017, che non le si può ritenere precluso l'esame nel merito della questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento sia a parametri interni, anche mediati dalla normativa interposta convenzionale, sia – per il tramite degli articoli 11 e 117, co. 1, Cost. – alle norme corrispondenti della Carta che tutelano, nella sostanza, i medesimi diritti. Ha però nuovamente escluso che con quella pronuncia sia stato inaugurato un modo di risolvere le controversie tra norme e ordinamenti diverso dal tradizionale meccanismo per la risoluzione delle controversie tra norme e ordinamenti, dato che non solo ha ribadito che lo svolgimento davanti ad essa di una siffatta procedura di legittimità costituzionale lascia fermo il potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e – ricorrendone i presupposti – di non applicare nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta. Ha, inoltre, arricchito quel metodo aggiungendo che essa, nel contesto di tale procedura, "non potrà esimersi, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, di fornire una risposta alla questione sottoposta con gli strumenti che le sono propri" (strumenti tra i quali, ha puntualizzato, si annovera anche la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione ritenuta in contrasto con la Carta UE – e quindi con gli articoli 11 e 117 Cost. –, con conseguente eliminazione dall'ordinamento, con efficacia *erga omnes*, di tale

²⁵ ECLI:IT:COST:2019:63.

disposizione) “laddove sia stato il giudice comune a sollevare una questione di legittimità costituzionale che coinvolga anche le norme della Carta”. Ha, a questo modo, arricchito il metodo tradizionale di gestire il rapporto tra diritto nazionale e diritto UE dato che in tal caso, per arrivare ad una pronuncia di illegittimità della legge oggetto del ricorso, dovrà tener conto anche degli aspetti comunitari del caso. Lo ha arricchito nonostante precisi che di essi dovrà tener conto “eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia”. Quest’ultima, con la sua precedente sentenza *Cilfit*²⁶ aveva infatti già chiarito che i giudici comuni devono fare rinvio pregiudiziale solo ove non sia già intervenuta una sentenza comunitaria su una questione identica o su altra questione concernente fattispecie analoga o la questione in relazione a cui si dovrebbe fare ricorso a un tale rinvio non sollevi alcun ragionevole dubbio interpretativo; e quello che è stato statuito con riferimento ai giudici comuni non può non valere anche per la Corte costituzionale.

10. Adottando l’ordinanza n. 117/2019, con cui ha fatto rinvio alla Corte di giustizia preliminarmente al seguito che intendeva dare alla richiesta avanzata il 16 febbraio 2018 dalla Corte di cassazione di tornare sulla posizione espressa nella sentenza n. 269/2017, la Corte costituzionale non si è allontanata dalla propria sentenza n. 20/2019. Ha solo compiuto tre precisazioni.

Innanzitutto, ha indicato di poter considerare il problema della conformità di una legge nazionale a disposizioni della Carta dell’Unione nel quadro di un procedimento di legittimità costituzionale parallelamente a quello destinato a svolgersi davanti alla Corte di giustizia perché essa è “organo giurisdizionale nazionale” in grado di sollevare una questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia relativamente al significato e agli effetti di dette disposizioni²⁷: cosa, questa, che, in esito ad un accertamento di un’eventuale incompatibilità con tali disposizioni della legge in questione, le può consentire di ritenerla in modo più adeguato costituzionalmente illegittima perché indirettamente contraria agli articoli 10, 11 e 117 Cost.

In secondo luogo, per evitare ogni fraintendimento del mancato riferimento alla sentenza *Melki e Abdeli* nella propria pronuncia n. 20/2019, ha di nuovo richiamato quella sentenza, ma lo fa fatto differenziando la sua posizione da quella che aveva assunto nella pronuncia n. 269/2017 in cui, come visto sopra, aveva preteso di allinearsi a quella sentenza della Corte di giustizia attribuendole erroneamente di avere affermato che i giudici ordinari restano liberi di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, *per altri profili*, la ritengano contraria al diritto dell’Unione; ha, in senso ben diverso, riconosciuto ai giudici ordinari nazionali la possibilità di rivolgere alla Corte di giustizia, “sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria *anche* (e quindi non solo) al termine del procedimento di legittimità costituzionale”²⁸.

Infine, ha affermato il *dovere* – e non soltanto il potere – per gli stessi giudici, ricorrendone i presupposti, di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta

²⁶ Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 1982, causa 283/81, EU:C:1982:335.

²⁷ Per un’attribuzione, a questa sottolineatura, di una predisposizione della Corte costituzionale a un dialogo diretto con la Corte di giustizia, di una funzione di “contrappeso” al ruolo centrale che ritiene la prima debba avere in materia di tutela dei diritti fondamentali delle persone, cfr. S. CATALANO, *op. cit.*

²⁸ Punto 2 del “considerato in diritto” (corsivo aggiunto).

alla loro considerazione, una disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta²⁹.

La Corte costituzionale ha fatto tutte queste precisazioni richiamando marcatamente quanto aveva già puntualizzato nella sentenza n. 20/2019, in cui aveva chiarito che il concorso dell'esercizio delle sue competenze in materia con quelle della Corte di giustizia e quelle dei giudici ordinari degli Stati membri le consente di contribuire, da parte sua, a rendere effettiva la possibilità che i diritti fondamentali garantiti dal diritto europeo, e in particolare dalla Carta dei diritti fondamentali, siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri dell'UE³⁰.

A dette precisazioni la Corte costituzionale ha aggiunto una richiesta che, pur non essendo incompatibile con quanto contenuto nella sentenza n. 20/2019, ha costituito rispetto ad essa un elemento di novità. Dato che le disposizioni della Carta entranti in considerazione nel caso di specie indicavano esplicitamente di riprendere un regolamento dell'Unione, ha ritenuto necessario, prima di decidere sulla questione di legittimità costituzionale ad essa sottoposta, di sollecitare un chiarimento da parte della Corte di giustizia, oltre che sull'interpretazione, anche sulla validità di una direttiva (la 2003/6/CE, in quanto applicabile *ratione temporis*) e di un regolamento (il n. 596/2014).

Con riferimento a questa richiesta non si è mancato di rilevare che il coinvolgimento della Corte di giustizia assume una particolare importanza³¹. Questo rilievo, però, non è sufficiente. Occorre piuttosto dire che, nella misura in cui la Corte costituzionale ha ritenuto necessario un siffatto accertamento, il rinvio alla Corte di giustizia le si è posto come necessario per evitare di incorrere in una violazione dell'autonomia del diritto UE.

11. Il lieto fine della “saga *Taricco*” non può esimere dal dolersi dei toni molto accesi che, come indicato nel par. 2, hanno caratterizzato alcuni tra i commenti che sono stati suscitati dagli interventi giurisprudenziali attraverso cui essa si è articolata. Osservazioni tanto forti non avrebbero potuto essere poste in essere se le posizioni volta a volta adottate dalla Corte costituzionale e dalla Corte di giustizia fossero state considerate alla luce del principio di cooperazione che sin dall'istituzione di quest'ultima è stato previsto impronti i rapporti tra essa e i giudici degli Stati membri nel quadro della procedura pregiudiziale³².

La cooperazione tra i due ordini di giurisdizioni è stata prevista come funzionale a realizzare un contributo di entrambi, e di tutti i soggetti che concorrono al loro

²⁹ Ciò ha fatto, indicando di riprendere quanto affermato al punto 4.3 del “considerato in diritto” della sentenza n. 63/2019, nonostante che in questa si fosse limitata ad affermare un *potere* in tal senso dei giudici ordinari.

³⁰ Per una critica a questa pretesa della Corte costituzionale di contribuire all'interpretazione della Carta UE, cfr. G. VITALE, *op. cit.*

³¹ S. CATALANO, *op. cit.*, par. 4.

³² Per una connotazione della cooperazione tra i giudici nazionali e la Corte di giustizia come condizione imprescindibile per il buon funzionamento del sistema, si veda, da ultimo, F. DONATI, *La tutela dei diritti tra ordinamento interno e ordinamento dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2019, p. 274 ss. Per un'affermazione inequivoca di tale principio, cfr., peraltro, l'art. 19, introdotto nel TUE dal Trattato di Lisbona, a termini del quale “gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione”.

operare, ad un'applicazione uniforme del diritto UE negli ordinamenti degli Stati membri e ad assicurare la loro validità.

Il contributo del giudice di Cuneo che ha effettuato il rinvio pregiudiziale che ha dato origine alla sentenza *Taricco I* e delle parti alla causa principale, poi intervenute di fronte alla Corte di giustizia attraverso i loro avvocati, doveva fornire a questa, oltre ad un'esposizione dei fatti la cui conoscenza è indispensabile per comprendere l'ambito giuridico della controversia, un'esposizione degli elementi di diritto rilevanti. Invece, come sopra visto, né l'ordinanza di rinvio, né i soggetti intervenuti nella procedura davanti alla Corte hanno in alcun modo invocato l'art. 25, co. 2, Cost., alla cui luce il principio di legalità in materia penale richiede che l'intero regime della punizione, prescrizione compresa, sia dettagliatamente determinato per legge. Il co. 2 di detto art. 25 è stato invece nitidamente fatto presente alla Corte di giustizia nel successivo rinvio inoltrato dalla Corte costituzionale con ordinanza n. 24/2016, che ha portato alla sentenza *Taricco II*. In questa la Corte di giustizia, avendo potuto tener conto del dato *ex novo* fornitole, ha, innanzitutto, sottolineato "l'importanza, tanto nell'ordinamento giuridico dell'Unione quanto negli ordinamenti giuridici nazionali, che riveste il principio di legalità dei reati e delle pene, nei suoi requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività della legge penale applicabile"³³; ha, poi, fatto anch'essa riferimento alla legge che stabilisce il regime della punizione ricomprendente necessariamente anche la disciplina della prescrizione; e ha, infine, statuito che i giudici italiani chiamati ad applicare la "regola *Taricco*", ove dovessero accertare una insufficiente determinatezza della sua applicazione in Italia, potrebbero non applicarla ritenendo che essa comporti una violazione del principio in questione.

Da quanto sopra si può inequivocamente evincere che il passaggio della Corte di giustizia dalla sentenza *Taricco I* alla sentenza *Taricco II*, anziché costituire una sua capitolazione nei confronti della Corte costituzionale, ha costituito una conseguenza del fatto che nella procedura pregiudiziale che ha portato a questa seconda sentenza, grazie al contributo proveniente dai soggetti che hanno concorso al suo svolgimento, non si è verificato quel difetto di informazione e di cooperazione che si è verificato nel caso che ha dato luogo alla prima pronuncia.

Non si può diminuire la deprecabilità di quel difetto di informazione e di cooperazione, in ragione del fatto che esso si è determinato in relazione ad una procedura pregiudiziale promossa da un giudice comune e non dalla Corte costituzionale, come avvenuto in quella che ha portato alla sentenza *Taricco II*. Nella prima procedura, infatti, è intervenuto il nostro Paese attraverso l'Avvocatura di Stato che, limitata, come purtroppo è, nella sua capacità di intervenire davanti alla Corte di giustizia, non ha potuto dare in quel caso il contributo che sarebbe stato necessario. La situazione è stata raddrizzata in *Taricco II* grazie, non solo, alla Corte costituzionale, ma anche ad avvocati del libero foro, la cui opera a sostegno di un corretto rapporto tra diritto nazionale e diritto UE deve essere oggetto di plauso.

Il difetto di comunicazione che si è verificato nel quadro della procedura che ha portato alla sentenza *Taricco I* ha per certo favorito lo scattare di una propensione della Corte costituzionale a reagire, legata ad una comprensibile preoccupazione di emarginazione³⁴; ma quando, caduto il difetto di informazione avutosi in *Taricco I*,

³³ Sentenza *M.A.S. e M.B.*, punto 51.

³⁴ Per una chiara preoccupazione di tal tipo espressa in scritti di alcuni suoi membri cfr. *supra*, nota 10.

la Corte di giustizia, con *Taricco II*, ha potuto rimuovere quella preoccupazione, la Corte costituzionale non ha fatto un “passo indietro”. Ha più semplicemente rifinito la sua posizione rispetto a quanto precedentemente assunto riferendosi alla sentenza *Melki e Abdeli*. Impressionantemente in linea con quanto osservato nelle conclusioni dell'Avvocato generale Maduro nel caso *Acelor*, secondo cui “è inerente alla natura stessa dei valori costituzionali dell'Unione in quanto valori costituzionali comuni degli Stati membri che essi debbano essere precisati (refined) ed elaborati in un costante dialogo con i giudici nazionali”³⁵.

Abstract

The *Taricco* Saga: The Court of Justice, the Italian Judges and the Principle of Cooperation

This essay covers the so called “*Taricco* saga” with the purpose of denying that it gave rise to a real conflict between the Italian Constitutional Court and the Court of Justice. It re-reads a) the Court of Justice’s *Taricco I* preliminary ruling in the light of the fact that there was not an adequate cooperation between the Italian different participants to the procedure that led to the Italian order requesting it and b) the reaction to that preliminary ruling by the Italian Constitutional Court determined by a temporary wrong reference to the Court of Justice’s *Melki* and *Abdeli* ruling. The appearance of a conflict resulting from those two rulings was subsequently overcome by an appropriate communication between the two Courts determined by the Italian Constitutional Court’s order No. 117/2019 where this latter informed the Luxembourg judges that, according to Article 25 of the Italian Constitution, criminal rules, like those susceptible of having been drawn up for the implementation of Article 325 TFEU by Articles 160 and 161 (of the Italian criminal code), cannot provide for the punishment of a person if they lack of a character sufficiently determined, also as far as its prescription is concerned.

The author concludes by stressing the importance of the respect of the principle of cooperation by all the participants in the preliminary ruling procedure.

³⁵ Conclusioni nella causa C-127/07, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine e altri*, del 21 maggio 2008, ECLI:EU:C:2008:292.

Giuseppe Tesaro*, Celeste Pesce**

Divieto di discriminazioni geografiche: interazioni e prospettive***

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Operatività del divieto. – 3. Relazioni con discipline affini e/o connesse. – 4. *Geoblocking* e concorrenza. – 5. La Commissione dinanzi a restrizioni geografiche. – 6. Riflessioni della giurisprudenza UE. – 7. Il futuro dei geoblocchi.

1. L'attenzione dell'Unione verso il mercato unico digitale¹ ha portato all'adozione di un regolamento, entrato in vigore il 3 dicembre 2018². Le misure previste modificano taluni atti dell'Unione³ e rientrano nel più generale programma di riforma del commercio elettronico avviato dalla Commissione nel 2016.

Il testo si fonda sul principio di non discriminazione⁴ e vieta agli operatori economici attivi nell'Unione di limitare ingiustificatamente l'accesso transfrontaliero a beni e servizi in ragione della nazionalità, della residenza o del luogo di stabilimento del cliente finale.

L'espressione *blocco geografico (geoblocking)* fa riferimento a quelle pratiche messe in atto da venditori *online* per imporre limitazioni alle transazioni transfrontaliere digitali. In particolare, le pratiche discriminatorie consistono in termini e “con-

* Presidente emerito della Corte costituzionale.

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

*** I paragrafi 1, 4 e 7 sono a cura di Giuseppe Tesaro, i paragrafi 2, 3, 5 e 6 sono a cura di Celeste Pesce.

¹ Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, del 10 maggio 2017, Relazione finale sull'indagine settoriale sul commercio elettronico COM(2017)229 final.

² Regolamento (UE) n. 2018/302 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 febbraio 2018, recante misure volte a impedire i blocchi geografici ingiustificati e altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti nell'ambito del mercato interno e che modifica i regolamenti (CE) n. 2006/2004 e (UE) n. 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE. In precedenza, è stato approvato il regolamento (UE) n. 2017/1128 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2017, relativo alla portabilità transfrontaliera di servizi di contenuti *online* nel mercato interno.

³ Regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 ottobre 2004, sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori, versione consolidata; regolamento (UE) n. 2017/2394 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2017, sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori e che abroga il regolamento (CE) n. 2006/2004, che entrerà in vigore il 17 gennaio 2020; direttiva 2009/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori (versione codificata).

⁴ Cfr. articoli 18 TFUE e 21, par. 2, Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

dizioni generali di accesso”⁵ ai beni o servizi offerti al pubblico e/o altri strumenti di informazione, stabiliti e applicati dal professionista in maniera differenziata per motivi connessi alla nazionalità, al luogo di residenza o di stabilimento delle persone fisiche e giuridiche coinvolte. Esso può comportare (tra l’altro) il reindirizzamento automatico degli utenti a siti *web* di fornitori con sede nello Stato membro dei clienti⁶.

Da dicembre 2018, simili disparità geografiche violano il diritto dei consumatori UE di effettuare transazioni a prescindere dalla propria collocazione geografica e alle medesime condizioni di clienti locali, cioè presenti nei territori di appartenenza dei siti *web* visitati⁷.

Indubbiamente, il testo esprime la consapevolezza che la crescita dell’*e-commerce*⁸ incide in modo significativo tanto sulle strategie di distribuzione adottate dalle imprese quanto sul comportamento dei consumatori. Le prime reagiscono cercando di controllare la propria catena distributiva attraverso varie forme di restrizioni. I secondi subiscono e “patiscono” il peso di una maggiore concorrenza tra operatori economici invece di beneficiarne. A tale considerazione si lega il fatto che innovazione e sviluppo tecnologico accrescono il bisogno di spazi – fisici e digitali – “liberi” da frontiere di qualsiasi natura. Ebbene, la disciplina del *geoblocking* si pone a garanzia del libero mercato vietando le pratiche commerciali che reintroducono in forma digitale le barriere eliminate dal processo di integrazione europea qualora prive di giustificazione consentita. Invero, il regolamento distingue le pratiche che possono trovare una forma di ammissione da quelle che impediscono indebitamente ai consumatori di giovare di una maggiore competitività.

Emerge con chiarezza che il *geoblocking* fa eco ai principi sottesi alle libertà fondamentali di circolazione di merci, persone e servizi. Ancora, riprende il divieto di intese, di abuso di posizione dominante e/o di altre pratiche incompatibili con il diritto UE *antitrust* a diverso titolo⁹, generando quesiti che trovano spazio argomentativo nelle pagine che seguono.

2. Il divieto di blocchi geografici intende realizzare il principio generale del diritto UE di non discriminazione – anche indiretta – sulla base della nazionalità riducendo in maniera considerevole gli ostacoli derivanti, principalmente, da differenze legislative tra Stati membri ancora esistenti, che frammentano il commercio nell’Unione e che alimentano le reticenze delle imprese a stabilire rapporti commerciali con i clienti di altri Stati membri.

Il *geoblocking* rappresenta una risposta concreta dell’Unione grazie alla previsione di criteri e condizioni che consentono di vagliare l’ammissibilità o meno di disparità di trattamento. Difatti, il divieto di blocchi geografici è posto in termini generali ma non assoluti. L’operatività del divieto può incontrare taluni freni che si traducono in limiti intrinseci alla regola stessa della non discriminazione territoriale

⁵ Art. 2 regolamento 2018/302.

⁶ C. PESCE, *Blocchi geografici ingiustificati*, in *Post AISDUE*, 2019, pp. 13-25.

⁷ Le imprese non possono bloccare o limitare l’accesso a siti *internet*, interfacce o applicazioni finalizzate alla vendita di beni e servizi, reindirizzando automaticamente i clienti; né, una volta assicurato l’accesso *online*, possono diversificare le condizioni commerciali.

⁸ Cfr. relazione finale sull’indagine settoriale sul commercio elettronico del 10 maggio 2017, COM(2017)229 final.

⁹ Cfr. G. TESAURO, P. DE PASQUALE, F. FERRARO (a cura di), *Manuale di diritto dell’Unione europea*, Napoli, 2018; R. ADAM, A. TIZZANO (a cura di), *Manuale di diritto dell’Unione europea*, Torino, 2017.

piuttosto che costituire eccezioni. In breve, i blocchi geografici sono vietati nella misura in cui non sono oggettivamente giustificati ai sensi del diritto dell'Unione.

Ad essere bandite sono le disparità di trattamento geografiche non ammesse alla luce dei "criteri oggettivi" di cui all'art. 20, par. 2, della direttiva servizi 2006/123/CE¹⁰. Ciò significa che, qualora sorga un conflitto tra i due testi, il divieto di blocchi geografici prevale sulla direttiva servizi. O meglio, la direttiva del 2006 si applica laddove la disciplina del *geoblocking* non contenga disposizioni più specifiche¹¹, intese come insieme di regole chiare, uniformi ed efficaci su aspetti particolari¹².

Fatte le opportune delimitazioni di efficacia del divieto, il legislatore europeo distribuisce il cuore della disciplina tra gli articoli 3 e 4, distinguendo l'accesso alle interfacce *online*¹³ da quello a beni e servizi¹⁴. Ciò che accomuna entrambe le ipotesi è il divieto di applicare condizioni discriminatorie ingiustificate legate a geofattori. E, più in generale, l'alto grado di chiarezza imposto al professionista (venditore) nei confronti del cliente in qualsiasi tipo di operazione commerciale.

Non vi è dubbio che la trasparenza nei rapporti commerciali e la conoscenza, nonché l'accettazione, delle condizioni difformi da parte degli utenti finali perseguono il giusto equilibrio tra la tutela dei consumatori e gli interessi economici dei professionisti. Difatti, i primi ricevono quell'assistenza e quelle informazioni necessarie a che gli acquisti *online* siano effettuati in maniera del tutto consapevole. I secondi trovano "riparo" proprio negli oneri e negli obblighi che il regolamento introduce a carico degli operatori commerciali e che, una volta assolti nelle modalità ivi stabilite, possono legittimare restrizioni o condizioni differenziate negli scambi commerciali elettronici.

Scorrendo le disposizioni del regolamento, è possibile individuare, in chiave residuale il campo di applicazione del divieto in parola. Con una certa immediatezza, il legislatore esclude, in linea di principio, le situazioni puramente interne agli Stati membri. Ugualmente, il regolamento non concerne gli accordi che limitano le vendite passive e quelle attive¹⁵. Parimenti, l'atto UE lascia fuori dall'operatività del *geoblocking* gli ambiti coperti da discipline settoriali adottate dall'Unione per fare fronte alla particolarità della materia e all'esigenza di prevedere una disciplina che andasse oltre il divieto di blocchi geografici ritenuto, con molta probabilità, generico a fronte degli aspetti coinvolti. Si tratta dei servizi non economici d'interesse generale¹⁶, di quelli finanziari, sanitari, audiovisivi nonché dei servizi delle agenzie

¹⁰ Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno.

¹¹ Cfr. art. 1, paragrafi 1 e 7, regolamento 2018/302.

¹² Cfr. art. 2, regolamento 2018/302. Le condizioni generali discriminatorie sono vietate nella misura in cui sono imposte unilateralmente dal professionista. Viceversa, possono considerarsi lecite qualora oggetto di un accordo negoziato direttamente tra professionista e utente finale.

¹³ Cfr. art. 3, par. 3, seconda frase, regolamento 2018/302. Il professionista non può bloccare l'accesso al proprio sito *web*, né reindirizzare ad una versione diversa da quella richiesta senza il previo consenso del cliente. E anche a fronte dell'assenso, la versione originale visitata deve rimanere consultabile. Tuttavia, il rispetto di taluni requisiti previsti dal diritto UE o da leggi nazionali conformi può legittimare blocchi, limitazioni o un mero reindirizzamento.

¹⁴ Cfr. art. 4 regolamento 2018/302: servizi di *cloud computing* o di *hosting* di siti *internet* nei quali i blocchi geografici sono ammessi solo qualora un requisito giuridico UE, o nazionale conforme al diritto UE, obblighi il professionista a bloccare l'accesso ai beni o ai servizi offerti.

¹⁵ V. *infra*.

¹⁶ Art. 2, par. 2, direttiva 2006/123.

di lavoro interinale e delle reti di comunicazione elettronica. Ancora, ne restano al di fuori i trasporti, la normativa UE in materia fiscale, quella connessa alla cooperazione giudiziaria in materia civile e quella del diritto d'autore, sebbene con le opportune precisazioni. Stando a ciò, il trattamento differenziale di cui si discute è proibito solo se collegato o dipendente da fattori geografici del cliente, e sempre che la condotta discriminatoria interferisca sul commercio tra Stati membri dell'UE. Inevitabilmente, il perimetro dei divieti così introdotti resta indefinito o indefinibile.

D'altra parte, il testo del 2018 non impone un *facere* agli operatori economici in termini di creazione di siti *web* o di relative sezioni in determinate lingue o nelle lingue (ufficiali) dell'Unione o di condotte uniformi nelle proprie politiche commerciali nel mercato UE. Ciò nonostante, le previsioni del *geoblocking* si adattano perfettamente alle circostanze specifiche degli acquisti *online* (consultazione di un sito, accettazione delle condizioni e pagamento). Come a dire che l'ambito è sì estendibile quanto ritraibile ma è proprio quanto necessario allo scopo: eliminare le frontiere digitali.

Nella fase di attuazione del divieto di blocchi geografici¹⁷, appare abbastanza delicato il ruolo riservato agli Stati centrali. Spetta ad essi il compito di adottare le misure volte alla migliore applicazione possibile del divieto di discriminazioni geografiche. Basti ricordare l'individuazione del soggetto deputato a vigilare sull'applicazione e se del caso a sanzionarne le violazioni¹⁸. In Italia questo compito è assegnato all'Autorità garante della concorrenza e del mercato¹⁹ per la "posizione migliore" che la stessa occupa nel valutare le pratiche commerciali anche digitali in grado di pregiudicare a causa di discriminazioni geografiche tanto l'integrazione europea quanto il benessere del consumatore, vale a dire i baluardi della politica della concorrenza e della tutela consumeristica. Egualmente, compete agli Stati la definizione delle misure sanzionatorie applicabili alle violazioni; sanzioni che devono essere non solo efficaci, ma anche proporzionate e dissuasive conformemente al diritto interno.

Spetta, inoltre, alla normativa nazionale definire i poteri o i mezzi di ricorso giurisdizionali e/o amministrativi esperibili da parte di chi lamenta una violazione dei propri diritti nel contesto delle operazioni commerciali *online* di carattere transfrontaliero²⁰. Viceversa, è il regolamento sui blocchi geografici a stabilire i poteri minimi da conferire all'autorità nazionale competente – uno fra tutti, il potere di ordinare la cessazione della violazione²¹ – se la questione rientra nella sfera di competenza del regolamento sulla cooperazione per la tutela dei consumatori²².

3. Il regolamento esaminato disciplina una materia rilevante sia per l'attualità sia per gli effetti (anche potenziali) sugli scambi nel mercato interno. Il testo stesso si preoccupa di coniugare la portata generale del divieto di blocchi geografici con il rispetto delle normative di settore applicabili alle diverse situazioni del commercio

¹⁷ Sebbene, per definizione, l'attuazione del regolamento resta demandata alla generalità dei destinatari.

¹⁸ Cfr. art. 7 e 35° 'considerando' regolamento 2018/302.

¹⁹ Cfr. Relazione annuale 2019, del 31 marzo 2019. V. anche direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle ANC poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno.

²⁰ Procedimenti amministrativi o giudiziari; azioni di danni; sanzioni amministrative o penali etc.

²¹ Nel quadro del nuovo regolamento CPC, regolamento 2017/2394, applicabile dal 17 gennaio 2020, verranno conferiti alle autorità nazionali ulteriori poteri minimi nell'ambito di casi transfrontalieri, come quello di imporre sanzioni.

²² Regolamento 2006/2004 (dal 2020 sostituito dal regolamento 2017/2394).

elettronico in ragione di taluni automatismi che ne derivano nella pratica²³. Basti considerare i richiami alla libera prestazione di servizi, alle tutele previste per le opere intellettuali e a quelle a garanzia del libero mercato UE.

Le pagine seguenti si concentrano su quest'ultimo profilo sottolineando ampiezza e trasversalità nelle questioni connesse e nei (primi) riscontri pratici che l'interazione inizia a fornire. Viceversa, poche battute sono qui riservate ai primi due aspetti – per i quali si rinvia ad altre sedi²⁴. Basti dire che la direttiva servizi continua a trovare applicazione nella misura in cui la disciplina in esame non contenga indicazioni più *specifiche*²⁵. A chiarire tanto è l'*incipit* del testo regolamentare il quale, fissando obiettivi e mezzi necessari al loro raggiungimento, pone, nei primi, il buon funzionamento del mercato interno e, nei secondi, il divieto di blocchi geografici nei termini citati nonché i *chiarimenti ulteriori* di talune situazioni discriminatorie ammesse dalla direttiva servizi ai sensi dell'art. 20, par. 2²⁶.

Pertanto, gli Stati UE provvedono affinché le condizioni generali di accesso a un servizio offerto da un prestatore non creino discriminazioni basate sulla nazionalità o sulla residenza del destinatario, ferma restando la possibilità di prevedere condizioni d'accesso differenti giustificate da criteri oggettivi²⁷. In tale ipotesi, l'applicazione del principio di non discriminazione dipende dalla ponderazione delle circostanze di specie.

Il legame tra il *geoblocking* e la disciplina della libera prestazione dei servizi conferisce certezza giuridica, in particolare alle *pratiche specifiche*, quelle, cioè, che rientrano nel campo di applicazione del divieto di blocchi geografici e per le quali, quindi, le giustificazioni oggettive di cui alla direttiva servizi e/o le valutazioni circostanziate delle pratiche adottate dai professionisti non trovano margini di applicazione.

Quanto alla normativa a tutela del diritto di autore e dei diritti connessi di cui alla direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio²⁸, l'art. 1 del regolamento, al quinto paragrafo, fa salve le norme applicabili al settore del diritto d'autore. Qualche disposizione più avanti legittima la pratica dei professionisti di applicare diverse condizioni generali qualora siano coinvolte opere tutelate dal diritto d'autore o altri beni protetti a condizione che il professionista abbia i necessari diritti per i territori interessati²⁹.

Ne segue che, in presenza di contenuti (non audiovisivi) digitali protetti da *copyright* e diffusi attraverso *internet*³⁰, il *geoblocking* opera parzialmente, atteso che sono vietati i blocchi selettivi all'accesso ad interfacce *online*, il reindirizzamento

²³ Art. 5 regolamento 2018/302.

²⁴ Cfr. C. PESCE, *Blocchi geografici ingiustificati*, cit.

²⁵ Corsivo aggiunto. Cfr. M. TRIMBLE, *The Necessity of Geoblocking in the Age of (Almost) Unavoidable Geolocation*, 2018, *Media & Informal Publications*, reperibile online.

²⁶ Art. 1 regolamento 2018/302. L'art. 20, par. 2, della direttiva servizi resta applicabile alle situazioni escluse dal campo di applicazione del regolamento 2018/302.

²⁷ Cfr. art. 95 direttiva 2006/123.

²⁸ Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione. La direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE (da recepirsi entro il 17 giugno 2021 – art. 29) non modifica la direttiva 2001/29 (art. 1).

²⁹ Cfr. art. 4, par. 1, lett. b), regolamento 2018/302.

³⁰ *Download di e-book, streaming di musica, videogiochi online*. Cfr. M. TRIMBLE, *Copyright and Geoblocking: The Consequences of Eliminating Geoblocking*, in *Boston University Journal of Science and Technology Law*, 2019, pp. 1-25.

senza previo consenso del cliente, nonché atteggiamenti discriminatori per questioni riguardanti i pagamenti. Al contrario, i professionisti possono discriminare i clienti UE da quelli locali differenziando le offerte in ragione del diritto d'autore³¹.

È evidente che l'Unione opera (o mira a) un bilanciamento fra la tutela anche economica della creatività e delle opere dell'ingegno e della loro trasmissione – segnatamente il diritto di autore – e il buon funzionamento del commercio elettronico mediante, tra l'altro, talune garanzie oggettive ed ampie per i consumatori UE. Il terreno di confronto è scivoloso al punto tale da indurre il legislatore a ritenere preminente la tutela del *copyright* per i primi anni di applicazione del regolamento. Ed a rimettere la valutazione dell'estendibilità del divieto di discriminazioni quanto alle condizioni contrattuali alle considerazioni tecniche della Commissione in occasione della prima revisione del *geoblocking*³². Quasi suggerendo all'istituzione di vagliare con attenzione l'opportunità di allargare il divieto di discriminazioni geografiche qualora siano coinvolte opere tutelate dal diritto d'autore.

Dal punto di vista della tutela del consumatore, non si intravedono cause ostative all'applicazione del divieto *de quo* ai servizi coperti dal diritto di autore. In tale senso, in fase di revisione, più accettabile o più ragionevole sarebbe la proposta della Commissione di estendere a tali settori *in toto* il divieto di blocchi discriminatori per aree geografiche³³. Viceversa, ponendosi nella prospettiva delle ragioni sottese alla protezione delle opere di ingegno e degli autori stessi, si paventano interrogativi che fanno eco a talune argomentazioni della dottrina³⁴ e della giurisprudenza³⁵.

4. Il *geoblocking* apporta quella chiarezza ed uniformità necessarie a tutti coloro che sono coinvolti nel commercio elettronico: dai professionisti ai clienti, senza tralasciare le autorità nazionali incaricate di applicare il regolamento in maniera corretta e puntuale. E, come prima evidenziato, si esprime al meglio se analizzato (anche) sotto la lente delle discipline con cui entra (maggiormente) in contatto.

Tra queste, un'attenzione particolare va ai principi del libero mercato che regolano la concorrenza nell'Unione. L'interazione tra questi e il divieto di restrizioni geografiche ha ricadute peculiari e trasversali sull'intero mercato interno, ivi incluso quello digitale, e sulla tutela consumeristica. Invero, come presumibile, il diritto UE della concorrenza e dei consumatori si estende alle operazioni commerciali *online* transfrontaliere tra professionisti e consumatori. Anzi, questi ultimi beneficiano in

³¹ Cfr. art. 4, par. 1, lett. b), regolamento 2018/302. Difatti, il consumatore UE accede ai portali *online* presenti nell'UE al pari dei clienti residenti nel Paese di ubicazione del sito; previo consenso, è reindirizzato su siti di altri fornitori presenti nel territorio UE e/o nel Paese di appartenenza del cliente; conclude transazioni aventi ad oggetto contenuti tutelati da diritto d'autore con i propri mezzi di pagamento elettronici. Nondimeno, il professionista che distribuisce beni o servizi tutelati dal diritto d'autore in diversi Stati membri può applicare condizioni generali differenti in ragione della nazionalità, del luogo di residenza e dello stabilimento dell'acquirente e arrivare a rifiutare la vendita in determinati Stati UE in nome del *copyright*.

³² Cfr. 37° 'considerando' e art. 9 regolamento 2018/302. V. *infra*.

³³ V. *infra*.

³⁴ *Ex multis*, cfr. AA.VV., *Prove di resistenza del diritto d'autore. Modelli di distribuzione delle opere sulle piattaforme digitali. Incontro in memoria di Mario Fabiani*, Roma, 2018; A. SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore. La tutela della proprietà intellettuale nella società dell'informazione*, Ravenna, 2018.

³⁵ Più di recente, sentenza della Corte di giustizia del 19 dicembre 2018, causa C-572/17, *Syed*; sentenza della Corte di giustizia (Grande sezione) del 13 novembre 2018, causa C-310/17, *Levola Hengelo*.

maniera concreta e diretta del divieto in parola nel senso che la (loro) scelta “digitale” è promossa ed ampliata³⁶.

Il nuovo regolamento interviene in maniera preventiva a dirimere eventuali conflitti con le norme *antitrust*. Come chiarisce l’art. 6, il testo in esame non incide sull’applicazione del diritto della concorrenza di cui agli articoli 101 e 102 TFUE, fa salvi gli accordi che limitano le vendite attive e, ancora, non concerne le vendite passive laddove riguardano operazioni non rientranti nei divieti di cui agli articoli 3, 4 e 5 del regolamento³⁷.

In relazione ai blocchi geografici, le vendite attive non richiedono precisazioni particolari in quanto sono valutate alla stregua di pratica comune della libertà commerciale ai sensi del regolamento (UE) n. 330/2010³⁸, relativo agli accordi verticali e alle esenzioni a questi accordate a determinate condizioni. Ne segue che una eventuale restrizione è valutata esclusivamente nel quadro delle norme UE in materia di concorrenza³⁹.

Le vendite passive, invece, meritano alcune considerazioni⁴⁰. Senza entrare nel merito di una normativa ampiamente trattata da dottrina⁴¹ e giurisprudenza⁴², è sufficiente qui ricordare che le pratiche legate a tale tipologia di vendita sono (di norma) vietate dal diritto *antitrust* UE perché considerate generalmente restrittive della concorrenza (c.d. *hard-core*) e non esentabili. L’Unione considera le vendite *online* una forma di vendita passiva⁴³, che in quanto tale non può essere oggetto di limitazioni. Nondimeno, la Commissione individua nel regolamento 330/2010⁴⁴ alcune eccezioni in presenza delle quali è possibile imporre restrizioni alle vendite passive digitali e, conseguentemente, rendere la vendita passiva *online* conforme al diritto della concorrenza dell’Unione⁴⁵. Ciò in virtù del fatto che in alcuni casi le

³⁶ La normativa a tutela dei consumatori (regolamento CPC 2006/2004, versione consolidata, e regolamento 2017/2394 a partire dal 17 gennaio 2020) risulta modificata dal *geoblocking*, nel senso che il divieto di discriminazioni geografiche rientra tra le norme dell’Unione sulla tutela dei consumatori (art. 10, paragrafi 1 e 2, regolamento 2018/302; art. 3, lett. a, regolamento 2006/2004; art. 3, par. 1, regolamento 2017/2394; allegato regolamento 2006/2004 e allegato regolamento 2017/2394). In termini pratici, il regolamento è incluso nell’allegato del regolamento CPC in vigore e in quello che lo abrogherà a partire dal gennaio 2020.

³⁷ Per una definizione di vendite attive e vendite passive, v. orientamenti sulle restrizioni verticali della Commissione, del 20 aprile 2010, punto 51.

³⁸ Regolamento (UE) n. 330/2010 della Commissione, del 20 aprile 2010, relativo all’applicazione dell’articolo 101, paragrafo 3, del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate. Il regolamento è valido fino al 31 maggio 2022. Cfr. orientamenti sulle restrizioni verticali, punto 51.

³⁹ Cfr. I. APOSTOLAKIS, *E-commerce and Free Rider Considerations under Article 101 TFEU*, in *European Competition Law Review*, 2016, p. 114 ss.

⁴⁰ Cfr. art. 6, par. 1, e 34° ‘considerando’, regolamento 2018/302.

⁴¹ M. BRENNING-LOUKO, A. GURIN, L. PEEPERKORN, K. VIERTIÖ, *Vertical Agreements: New Competition Rules for the Next Decades*, in *The Competition Policy International Antitrust Journal*, 2010, p. 14; R. WINTER, *Pierre Fabre, Coty and Restrictions on Internet Sales: An Economist’s Perspective*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2018, pp. 183-187.

⁴² Sentenze della Corte di giustizia del 10 febbraio 2011, causa C-260/09 P, *Activision Blizzard Germany c. Commissione*; del 13 ottobre 2011, causa C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*; del 6 dicembre 2017, causa C-230/16, *Coty Germany*.

⁴³ Cfr. orientamenti sulle restrizioni verticali, punto 52.

⁴⁴ *Ivi*, punto 54.

⁴⁵ Conclusioni dell’Avvocato generale Wahl del 26 luglio 2017, causa C-230/16, *Coty Germany*. In dottrina: R. PARDOLESI, *Prodotti di lusso, distribuzione selettiva e piattaforme per l’E-commerce*, in *Il Foro italiano*, 2018, IV, colonne 11-18; F. WIJCKMANS, *Coty Germany GmbH v ParfümerieAkzente GmbH: Possibility in Selective Distribution System to Ban Sales via Third-Party Platforms*, in *Journal*

promozioni via *internet* o l'uso stesso di *internet* configurano vere e proprie vendite attive. Qualora ciò accade, il regime giuridico dell'operazione digitale muta e la vendita passiva *online* è valutata al pari di quella attiva in ossequio, tra l'altro, al principio sostanziale di ponderazione di atti e pratiche.

Nondimeno, il rischio che i confini giuridici così imposti siano utilizzati per eludere il divieto di discriminazioni geografiche⁴⁶ è abbastanza concreto. Di qui i dubbi sugli effetti anticoncorrenziali nel mercato interno connessi al *geoblocking*. Simili perplessità, tuttavia, sono dissipate dal secondo paragrafo dell'art. 6 del regolamento, laddove l'applicazione uniforme ed omogenea del diritto dell'Unione, che tenga cioè conto del diritto della concorrenza come del *geoblocking*, impone di considerare nulle di diritto le disposizioni contrattuali di vendite passive che prescrivano ai professionisti l'obbligo di agire in violazione dei divieti stabiliti nel regolamento⁴⁷. Pertanto, le vendite passive "ammesse" sono riguardate dal divieto di *geoblocking* se includono discriminazioni geografiche nel senso qui analizzato. Nella pratica, ciò significa che i professionisti sono tenuti a servire i clienti indipendentemente dalla loro nazionalità o dal luogo di residenza. Ancora, che non è possibile impedire ad un distributore o rivenditore di attivare un proprio sito per la vendita *online* né servirsi di piattaforme digitali per la commercializzazione. E che il produttore che trovi in vendita i propri prodotti *online* su iniziativa di un proprio distributore, non può ostacolare tale processo, tantomeno controllarlo. Laddove, quindi, i professionisti (fornitori) ledono la libertà dei rivenditori di vendere *online* a consumatori di altri Stati membri, quei comportamenti possono essere intercettati tanto dal regolamento sui blocchi geografici che dalle regole *antitrust* dell'Unione⁴⁸ con profili di coordinamento che la prassi e le competenti istituzioni UE e soprattutto nazionali sono pronte a risolvere nel pieno rispetto del principio di sussidiarietà e di proporzionalità sancito dal Trattato sull'Unione europea.

Quanto appena rilevato impone agli operatori un'attenta revisione dei propri sistemi di distribuzione al fine di garantirne la conformità con la normativa *antitrust* e con il regolamento qui in esame. È pure vero che ciò interessa, a partire dal 23 marzo 2020 (giorno di entrata in vigore dell'art. 6 del regolamento), gli accordi conformi al diritto nazionale e dell'UE in materia di concorrenza (e/o esentati) conclusi prima del 2 marzo 2018. Al riguardo, è utile considerare altresì le risultanze del procedimento di revisione del regolamento (UE) n. 330/2010, finalizzato principalmente a verificare l'attualità della disciplina sugli accordi verticali e ad indagare la possibilità di prorogarne la validità⁴⁹; nonché le scelte della Commissione al riguardo trasfuse nel testo di modifica e ancora più nelle linee guida che l'accom-

of European Competition Law & Practice, 2018, pp. 373-375; S. ENGELEN, *Distribution sélective et commerce en ligne: état des lieux après l'affaire Coty*, in *Revue européenne de droit de la consommation*, 2019, pp. 375-399.

⁴⁶ Ad esempio, le restrizioni contrattuali che impediscono a un professionista di rispondere agli ordini non sollecitati di singoli clienti per la vendita di beni al di fuori del territorio assegnato al professionista, per motivi legati alla nazionalità, alla residenza o allo stabilimento. Cfr. art. 6 e 34° 'considerando' regolamento 2018/302.

⁴⁷ Art. 6, par. 2, regolamento 2018/302.

⁴⁸ Articoli 101 e 102 TFUE; caso *Guess*. V. *supra*.

⁴⁹ La consultazione pubblica è stata avviata dalla Commissione nel novembre 2018 e si è conclusa il 27 maggio 2019. Al momento, la Commissione è impegnata ad elaborare una proposta di revisione del regolamento (e linee guida). Cfr. Commission Staff Working Document Accompanying the Document Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and

pagnano. È largamente ipotizzabile che questi ultimi documenti tengano conto dei legami oggettivi tra la disciplina del *geoblocking* e quella relativa a categorie di accordi verticali e pratiche concordate più di quanto accada oggi.

5. Le relazioni tra disciplina della concorrenza e quella dei blocchi geografici hanno interessato la Commissione già prima dell'adozione del regolamento del 2018⁵⁰. In assenza di una normativa *ad hoc*, la soluzione ai paventati limiti geografici imposti ai consumatori è stata offerta dall'interpretazione delle norme *antitrust* e/o da quelle legate alla tutela dei consumatori in un'ottica di sistema ed omogeneità giuridica.

Basti ricordare un procedimento avviato dalla Commissione nel gennaio 2014 nei confronti di alcuni studi cinematografici statunitensi e di emittenti televisive a pagamento europee per presunte restrizioni geografiche ai clienti UE. L'incertezza dell'istruttoria e dell'esito del procedimento, ma soprattutto il vuoto normativo dell'epoca hanno indotto ragionevolmente la Commissione ad accettare gli impegni presentati ai sensi dell'art. 9 del regolamento 1/2003 e a chiudere anticipatamente il procedimento⁵¹ nel marzo 2019. Ciò nonostante, la comunicazione degli addebiti e gli impegni resi obbligatori portano a presumere l'esistenza di limiti per i soli consumatori presenti nei territori UE⁵².

Analogamente, il gruppo statunitense Guess è stato sanzionato dalla Commissione europea – sanzione poi ridotta a circa la metà per effetto della riconosciuta collaborazione prestata alla Commissione dal gruppo⁵³ – con decisione pubblicata il 25 gennaio 2019, per aver imposto ai propri rivenditori una serie di restrizioni alle vendite transfrontaliere tra il 2014 e il 2017, ed avere consentito di mantenere artificiosamente più elevati i prezzi dei beni in alcuni Stati membri dell'Europa centrale e orientale⁵⁴. La decisione di incompatibilità della pratica con il diritto *antitrust* UE è stata possibile alla luce della normativa europea in materia di vendite attive e passive e dell'applicazione ad ampio raggio della medesima. In tale modo, anche il blocco imposto dal gruppo alle vendite con consumatori stabiliti al di fuori dei territori assegnati a distributori autorizzati, di fatto blocchi geografici, è stato ricondotto nell'alveo delle restrizioni così ritenute illecite⁵⁵. Sotto questo profilo, la decisione

Social Committee and the Committee of the Regions, Report on Competition Policy 2018, del 15 luglio 2019, SWD(2019)297 final.

⁵⁰ J. VESALA, *Geoblocking Requirements in Online Distribution of Copyright Protected Content: Implications of Copyright Issues on Application of EU Antitrust Law*, in *Michigan State International Law Review*, 2017, p. 595.

⁵¹ Cfr. C. PESCE, *I nuovi strumenti di public enforcement, Commissione europea e Antitrust nazionale a confronto*, Napoli, 2012.

⁵² *Cross-border access to pay-TV content*, IP/14/15, del 13 gennaio 2014, caso AT.40023, reperibile *online*; Commission Decision of 7.3.2019 relating to a proceeding under Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 53 of the EEA Agreement, Case AT.40023 - *Cross-border access to pay-TV*, Brussels, 7 marzo 2019, C(2019)1772 final.

⁵³ Cfr. C. PESCE, *I nuovi strumenti di public enforcement*, cit.; P.J.W. WILS, *Private Enforcement of EU Antitrust Law and Its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future*, in *World Competition*, 2017, pp. 3-45.

⁵⁴ Decisione della Commissione del 17 dicembre 2018, caso AT.40428 - *Guess*, C(2018)8455 final.

⁵⁵ In particolare, gli accordi di distribuzione avrebbero impedito ai rivenditori autorizzati di utilizzare il nome e i marchi del gruppo nella pubblicità a pagamento sui motori di ricerca *online* (*trademark bidding*); di realizzare vendite *online* senza previa autorizzazione da parte del gruppo; di effettuare forniture incrociate (*cross-selling*) tra grossisti e dettaglianti autorizzati e stabilire liberamente il prezzo di rivendita al dettaglio.

è complementare alle previsioni del regolamento che vieta le restrizioni geografiche ed aggira i limiti posti dall'applicazione *ratione temporis* del regolamento 2018/302.

Al di là della impossibilità di risolvere le vicende ricordate alla luce del *geoblocking*, i casi menzionati finiscono per discriminare in maniera ingiustificata i consumatori dell'Unione in ragione della collocazione geografica. Le contestazioni della Commissione evidenziano chiare affinità tra le pratiche del *geoblocking* e quelle anticoncorrenziali in quanto entrambe tese a vietare o limitare la vendita passiva a dimensione transfrontaliera di servizi e/o beni e ad assegnare un'esclusiva territoriale anche in senso digitale. E ciò pure volendo tralasciare l'importante constatazione che anche da questa prospettiva le clausole *de quibus* non soddisfano alcuna delle condizioni (cumulative) previste dall'art. 101, par. 3, TFUE per essere esentate. Ad ogni modo, l'esito dei procedimenti dimostra come i profili concorrenziali delle vicende, in un caso, hanno reso possibile considerare e sanzionare anche la condotta discriminatoria geografica. Nell'altro, invece, non sono stati in grado di colmare la lacuna normativa ed hanno imposto alla Commissione una scelta pragmatica volta a ripristinare il libero gioco della concorrenza in tempi rapidi. Di qui l'opportunità e la necessità di una normativa specifica che definisca le pratiche discriminatorie geografiche e le sanzioni in quanto tali.

Quanto detto pare sciogliere i dubbi sull'applicabilità della disciplina del *geoblocking* unitamente a quella *antitrust* alle pratiche contestate dalla Commissione all'operatore *Valve* nell'aprile 2019⁵⁶. In particolare, la Commissione teme che *Valve* e cinque distributori di videogiochi per PC⁵⁷ abbiano concordato di utilizzare chiavi di attivazione "geobloccate" per prevenire le vendite transfrontaliere passive in taluni Stati membri dell'UE⁵⁸. Ciò potrebbe impedire ai consumatori di acquistare giochi più economici disponibili in altri Stati membri e violare le norme *antitrust* e *geoblocking* dell'Unione⁵⁹. Più in generale, nella sua comunicazione degli addebiti, la Commissione ritiene che tali pratiche commerciali ripartiscono i mercati in base ai confini nazionali e limitino le vendite passive ai consumatori. Ancora, neghino ai consumatori europei i vantaggi del mercato unico digitale UE quale, ad esempio, cercare l'offerta più vantaggiosa. In attesa di conoscere l'esito dell'istruttoria della Commissione, palesi e diversi paiono i profili critici sotto la lente dell'art. 101 TFUE e del regolamento 2018/302.

Quanto esposto arricchisce la riflessione in corso sulle affinità e sui punti di contatto tra disciplina sui blocchi geografici e normativa della concorrenza latamente intesa. Lasciando alle autorità amministrative e giudiziarie gli sviluppi e le soluzioni delle vicende, vanno tenuti a mente taluni principi frutto del combinato disposto di disciplina sulla competitività e sul *geoblocking*. I professionisti (produttori/fornitori) e i clienti sono garantiti dal principio del libero mercato e dal divieto di discrimina-

⁵⁶ Antitrust: Commission Sends Statements of Objections to Valve and Five Videogame Publishers on "Geo-blocking" of PC Video Games, Brussels, 5 April 2019, reperibile *online*. Cfr. casi AT.40413 - *Focus Home*; AT.40414 - *Koch Media*; AT.40420 - *ZeniMax*; AT.40422 - *Bandai Namco*; AT.40424 - *Capcom*.

⁵⁷ *Bandai Namco*, *Focus Home*, *Koch Media* e *ZeniMax*.

⁵⁸ Repubblica ceca, Estonia, Ungheria, Lettonia, Lituania, Polonia, Slovacchia e, in alcuni casi, Romania.

⁵⁹ Ancora, i cinque operatori interessati potrebbero avere incluso restrizioni contrattuali all'esportazione nei loro accordi con un numero di distributori diversi da *Valve*. Ciò impedirebbe ai consumatori di acquistare i videogiochi per PC venduti da questi distributori su supporti fisici, come DVD o tramite *download*.

zioni geografiche nel senso che i primi (in speciale modo nelle vesti di distributori) possono raggiungere i consumatori indipendentemente dalla loro nazionalità o dal luogo di residenza; i secondi hanno libero accesso ai siti *web* e concludono acquisti sugli stessi a prescindere dai requisiti geografici. Ancora, i professionisti possono definire liberamente e diversificare le proprie pratiche commerciali soltanto in presenza di condizioni ammesse dalla normativa di riferimento del tutto slegate dalla residenza (domicilio o simili) dei clienti. Pertanto, ai professionisti non è permesso trattare i clienti di Stati membri dell'Unione in modo differente impedendo loro di accedere ai beni o ai servizi proposti. E, ancora prima, un fornitore non può impedire ad un professionista di rispondere agli ordini non sollecitati dei clienti (vendite passive) nelle situazioni che rientrano nell'ambito di applicazione del regolamento del 2018: pena la nullità delle clausole così (im)poste. Di contro, il regolamento sui blocchi geografici non pregiudica gli accordi che limitano le vendite attive⁶⁰ ai sensi del regolamento di esenzione per categoria relativo agli accordi verticali⁶¹. Quindi, una simile restrizione continua ad essere oggetto di attenzione e se del caso sanzionata nel quadro delle norme UE in materia di concorrenza.

Naturalmente le considerazioni formulate vanno lette nel senso che una soluzione univoca alle complessità dei rapporti commerciali anche digitali, non risulta possibile né auspicabile. Viceversa, la ponderazione delle circostanze e degli interessi coinvolti, sottesa al rispetto del dato normativo considerato in relazione agli ambiti giuridici affini e/o collegati, sembra garantire chiarezza, trasparenza e obiettività al diritto UE e a chiunque operi nel mercato dell'Unione. Motivo per cui, compito della Commissione come delle autorità nazionali responsabili dell'attuazione del regolamento (e prima ancora del diritto UE nella sua interezza) è sciogliere gli intrecci dei divieti concorrenziali con quelli di discriminazioni geografiche in termini di "compromesso giuridico" o semplicemente di sistema. Così, se un accordo non rispetta il diritto in materia di concorrenza e presenta profili di *geoblocking*, è augurabile che l'organismo designato sciogla i dubbi applicativi ricorrendo alla possibilità – non preclusa dal *geoblocking*, di valutare la legittimità delle restrizioni alle vendite passive a norma del diritto della concorrenza nel quadro dell'applicazione del regolamento in esame⁶².

In definitiva, al di là dell'intervento normativo, permane la necessità in capo alla Commissione e alle autorità nazionali competenti di valutare la singolarità dei casi alla loro (rispettiva) attenzione al fine di garantire un equilibrio tra l'interesse del consumatore a beneficiare dei vantaggi conseguenti al commercio elettronico e quello delle imprese a determinare liberamente le strategie di vendita.

6. Il principio del *geoblocking* inizia ad interessare le controversie discusse dinanzi al giudice dell'Unione e a dare prova di trasversalità qualora richiamato anche solo per analogia in contesti paralleli o affini. Va, al riguardo, menzionato un caso in materia di protezione dei dati ove il *geoblocking* è chiamato in causa quale tecnica di tutela giuridica in senso ampio. In particolare, Avvocato generale e Corte

⁶⁰ Si fa riferimento al contatto diretto con singoli clienti oppure al contatto attivo con uno specifico gruppo di clienti o con clienti situati in uno specifico territorio.

⁶¹ Regolamento 330/2010.

⁶² La legittimità delle restrizioni può essere esaminata da un'ANC nel quadro delle norme in materia di concorrenza, oppure nel corso di procedimenti giudiziari.

concordano che qualora sia accertato un diritto alla cancellazione, il gestore di un motore di ricerca è tenuto ad adottare tutte le misure a sua disposizione per garantire una cancellazione efficace e completa⁶³, mettendo in campo tutte le iniziative per lui tecnicamente possibili. Ciò può comprendere, tra l'altro, il “blocco geografico” da un indirizzo IP che si ritiene localizzato in uno degli Stati membri assoggettato alla direttiva 95/46, indipendentemente dal nome di dominio utilizzato dall'utente che effettua la ricerca⁶⁴.

Nondimeno, altrove, il divieto di blocchi geografici trova segni di chiusura da interpretarsi anche in relazione allo specifico settore coinvolto. La giurisprudenza mostra prudenza nel richiamare il regolamento 2018/302 e restringe il criterio che ne è alla base al campo di applicazione del *geoblocking* “e soltanto nell'ambito di detto regolamento”⁶⁵. Sostanzialmente, la Corte UE esclude che le peculiarità delle restrizioni geografiche possano essere estese ad altre discipline, una fra tutte, il pagamento con addebito diretto (SEPA)⁶⁶; come a ritenere che il legislatore UE se avesse voluto stabilire una similitudine con discipline “vicine”, “sarebbe stato libero di farlo. Tuttavia, mancando in quel regolamento un chiaro riferimento incrociato ad altri testi, (...) un simile parallelismo concettuale (...) sembra difficile (...) tanto più in (...) un rapporto orizzontale tra due privati”⁶⁷. A giudizio della Corte UE, non c'è motivo per dubitare che il legislatore dell'Unione ha già tenuto in conto e ponderato tutti gli interessi. E che i riferimenti al regolamento 2018/302 e alle presunte analogie con esso “finiscono per confondere più di quanto convincano”⁶⁸.

⁶³ Sentenza della Corte di giustizia del 15 settembre 2016, causa C-484/14, *Mc Fadden*, punto 96, con riferimento alle violazioni del diritto di proprietà intellettuale. V., altresì, sentenza della Corte di giustizia del 27 marzo 2014, causa C-314/12, *UPC Telekabel Wien*.

⁶⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar del 10 gennaio 2019, causa C-507/17, *Google (Portée territoriale du déréférencement)*, punti 66-78; sentenza della Corte di giustizia del 24 settembre 2019, causa C-507/17, *Google (Portée territoriale du déréférencement)*, che accoglie le conclusioni dell'Avvocato generale nel senso che il gestore di un motore di ricerca è tenuto ad effettuare la deindicizzazione esclusivamente nelle versioni del motore di ricerca corrispondenti agli Stati membri e ciò (se necessario) in combinazione con misure che permettono effettivamente di impedire agli utenti (o quantomeno di scoraggiarli) di avere accesso ai *link* consultabili e visualizzati a seguito della ricerca effettuata in uno Stato membro. V. anche sentenza della Corte di giustizia del 13 maggio 2014, causa C-131/12, *Google Spain e Google*. La Corte ha stabilito che il gestore di un motore di ricerca deve assicurare, nell'ambito delle sue responsabilità, competenze e possibilità, che l'attività del motore di ricerca soddisfi le prescrizioni della direttiva 95/46, affinché il diritto al rispetto della vita privata sia effettivamente realizzato. Cfr. A. MIGLIO, *Setting Borders to Forgetfulness: AG Suggests Limiting the Scope of the Search Engine Operator's Obligation to Dereference Personal Data*, in *European Data Protection Law Review*, 2019, pp. 136-141.

⁶⁵ Conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar del 2 maggio 2019, causa C-28/18, *Verein für Konsumenteninformation*, punti 39-40. V., inoltre, conclusioni dell'Avvocato generale Tanchev del 19 giugno 2018, causa C-191/17, *ING-DiBa Direktbank Austria*, punto 52, e relativa sentenza della Corte di giustizia del 4 ottobre 2018.

⁶⁶ Regolamento (UE) n. 260/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 marzo 2012, che stabilisce i requisiti tecnici e commerciali per i bonifici e gli addebiti diretti in euro e che modifica il regolamento (CE) n. 924/2009. Per ragioni di scelta argomentativa, le modalità di pagamento non sono qui approfondite. Brevemente, il regolamento stabilisce il divieto di discriminazione per motivi legati ai metodi e alle modalità di pagamento in termini generali e prescinde dalle condizioni contrattuali applicate e/o dalle possibili discriminazioni geografiche (art. 5 regolamento 2018/302). Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 4 ottobre 2018, causa C-197/17, *ING-DiBa Direktbank Austria*.

⁶⁷ Conclusioni *Verein für Konsumenteninformation*, punti 39-40.

⁶⁸ *Ibidem*.

A tale conclusione, il giudice UE giunge anche mettendo da parte le considerazioni circa l'ambito di attuazione del regolamento (o il momento di entrata in vigore del testo) reputando "sufficiente constatare" che il regolamento 2018/302 riguarda specificamente i blocchi geografici ed è privo di qualsiasi incidenza sull'interpretazione delle disposizioni di altri testi UE in mancanza di un nesso stabilito dal legislatore dell'Unione tra gli atti⁶⁹.

Senza dubbio, si tratta di questioni aperte e su cui il giudice dell'Unione comincia ad interrogarsi in maniera concreta. Basti qui ricordare che il giudice UE è chiamato a pronunciarsi su un'ipotesi di sviamento di potere da parte della Commissione per avere ottenuto la fine dei geofiltraggi mediante impegni ai sensi dell'art. 9 del regolamento 1/2003. Senza (volere) anticipare le argomentazioni della Corte UE, resta un dato interpretativo chiaro legato al testo del *geoblocking* secondo cui i contenuti audiovisivi possono essere oggetto di restrizioni geografiche⁷⁰.

Le fattispecie all'attenzione della Corte di giustizia rivelano la complessità di analisi giuridica ed interpretativa insita nel dovere non solo bilanciare gli interessi coinvolti ma soprattutto valutare l'opportunità di applicare la normativa specifica (e/o affine) e *geoblocking* in maniera congiunta o, viceversa, escludere l'una piuttosto che l'altra. La strada percorribile in grado di coniugare le discipline in gioco sembra essere, nuovamente, il giusto compromesso normativo ed argomentativo.

7. Alcune delle questioni esposte possono trovare soluzione dal marzo 2020, con il primo e sommario riesame del testo in parola trasmesso alle istituzioni interessate conformemente alla clausola di revisione del regolamento dopo il primo biennio di entrata in vigore⁷¹. Altre potrebbero trovare soluzione a seguito di una riflessione più approfondita a distanza di ulteriori cinque anni (2025)⁷².

Concentrando l'attenzione sui tempi ormai alle porte, nulla esclude che la Commissione, riferendo sulla valutazione del *geoblocking*, presenti una proposta di modifica che tenga conto degli sviluppi giuridici, economici e tecnologici. Al riguardo, un peso determinante possono giocarlo gli automatismi creatisi, nella prassi, nei primi anni di applicazione del divieto⁷³. Senza, poi, dimenticare gli effetti reali sul libero scambio in seno all'Unione e/o sulle discipline "cugine". Allo stesso, oneri amministrativi e finanziari dei professionisti ed aspettative dei consumatori paiono capaci di orientare il processo di revisione in un senso piuttosto che in un altro.

È, pertanto, ragionevole ritenere che il *dossier* verta sulla portata dell'ambito di applicazione del divieto di discriminazioni ingiustificate. Al riguardo, saranno interessanti le considerazioni della Commissione circa la possibilità di estendere il regolamento ai servizi prestati tramite mezzi elettronici – oggi esclusi – quali l'accesso a opere tutelate dal diritto d'autore o altri beni immateriali protetti. E capire come ciò

⁶⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 5 settembre 2019, causa C-28/18, *Verein für Konsumenteninformation*, punto 36.

⁷⁰ Impugnazione proposta il 15 febbraio 2019, causa C-132/19 P, *Groupe Canal + c. Commissione*, avverso la sentenza del Tribunale del 12 dicembre 2018, causa T-873/16, *Groupe Canal + c. Commissione*, su cui si attende pronuncia della Corte.

⁷¹ Cfr. art. 9 regolamento 2018/302.

⁷² *Ibidem*. Entro il 23 marzo 2020 e successivamente ogni cinque anni.

⁷³ Ad esempio, prestazione di servizi e *copyright*. V. *supra*.

possa declinarsi con la tutela del *copyright* e dell'obbligo dell'imprenditore di avere i necessari diritti per i territori interessati⁷⁴.

La prima stima può essere, inoltre, occasione per passare al vaglio anche altri settori che non rientrano nell'ambito di applicazione del regolamento allo scopo, da un lato, di eliminare residuali e/o nuove restrizioni legate a geofattori e/o prive di ragionevolezza. Dall'altro, di confermare la continua e crescente attenzione dell'Unione per un settore in forte evoluzione quale il commercio elettronico in cui diritti, interessi e aspettative dei soggetti coinvolti meritano tutele e garanzie in misura almeno uguale a quanto accade in contesti analoghi o in quelli tradizionalmente considerati. Invero, le operazioni commerciali *online* richiedono discipline uniformi e omogenee sull'intero territorio europeo, senza a nulla valere il carattere virtuale intrinseco. Del resto, il mercato interno digitale può allargare le prospettive politiche e giuridiche del processo di integrazione dell'Unione.

D'altra parte, se è vero che il regolamento va salutato con grande favore, è pur vero che esso rappresenta soltanto un passo nella direzione di una rimodulazione omogenea e completa della materia. Cresce in seno all'UE la consapevolezza che la riforma digitale non può prescindere dalla politica europea volta a realizzare un mercato interno libero, concorrenziale e sensibile alle tutele consumeristiche.

In definitiva, il divieto di *geoblocking* inaugura una politica generalizzata di salvaguardia degli scambi nel territorio UE poiché abbraccia il commercio elettronico e soprattutto si preoccupa di accrescere il rispetto del diritto *antitrust*, la tutela dei consumatori e le libertà fondamentali dell'Unione. Da tale punto di vista, è auspicabile che il divieto di discriminazioni geografiche sia esteso alla più ampia tutela degli scambi UE al fine di includervi, in maniera progressiva, i profili più sensibili della disciplina concorrenziale come della libera circolazione di merci e servizi e/o di altri settori ad oggi esclusi in tutto o in parte o semplicemente rinviati nel tempo a venire. Utile allo scopo è senza dubbio il lavoro del legislatore e, come la storia dell'Unione racconta, la preziosa opera "creatrice" del suo giudice.

Abstract

Prohibition of Geographical Discrimination: Interactions and Prospects

The geographic blocks consist of practices that prevent consumers from accessing or purchasing goods or services on a site in a Member State. Since such discrimination, based on the nationality of the consumer, on the place of residence and/or establishment, has been prohibited since December 2018. The discipline thus adopted comes into contact with the regulations governing the free market (including the digital market) of the EU, unfolding, in a peculiar manner, its effects in terms of free competition.

⁷⁴ Cfr. art. 9, par. 2, regolamento 2018/302.

Gabriella Carella*

Inapplicabilità del regolamento Dublino III a talune fattispecie di migrazioni irregolari nel Mediterraneo

SOMMARIO: 1. Problematiche delle migrazioni irregolari nel Mediterraneo. – 2. Il regolamento Dublino III e i suoi criteri. Inapplicabilità dell'art. 12 agli sbarchi di migranti irregolari salvati in mare. – 3. Il criterio dello Stato di primo ingresso e i presupposti della sua applicazione nelle sentenze *Jafari* e *A.S.* – 4. Gli obblighi degli Stati UE di salvataggio della vita umana in mare. – 5. Peculiarità delle fattispecie di salvataggio di migranti irregolari e loro irrilevanza giuridica. – 6. Lo sbarco dei migranti irregolari salvati: l'obbligo degli Stati di cooperare allo sbarco nelle Convenzioni SOLAS e SAR e l'inesistenza di obblighi di consentire lo sbarco nei propri porti. – 7. *Segue*: l'applicazione del divieto di *refoulement* e il conseguente obbligo di taluni Stati di consentire lo sbarco nei propri porti. – 8. L'inapplicabilità dell'art. 13 ai casi di sbarco esclusivamente in attuazione delle Convenzioni SAR e SOLAS. – 9. *Segue*: la conformità della disciplina risultante alla struttura e agli obiettivi del regolamento Dublino III. Conclusioni.

1. Il fenomeno delle migrazioni irregolari via mare¹, dopo essersi manifestato inizialmente in ambito extraeuropeo con gli esodi dei c.d. *boat people* dalla penisola indocinese e le fughe da Cuba e Haiti – rispettivamente, negli anni Ottanta e Novanta del secolo scorso –, ha interessato anche il Mediterraneo, dapprima con gli esodi albanesi degli anni Novanta e poi, in misura sempre più massiccia e rilevante in questi primi decenni del Duemila, a seguito degli eventi della c.d. Primavera araba² e dello scoppio del conflitto siriano³. La disciplina del fenomeno, già di

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

¹ Secondo l'Organizzazione internazionale per le migrazioni (OIM o IOM) per "migrazione irregolare" si intende: "[m]ovement of persons that takes place outside the laws, regulations, or international agreements governing the entry into or exit from the State of origin, transit or destination" (IOM, *Key Migration Terms*, reperibile *online*). Quando si parla di migranti irregolari, pertanto, si usa un'espressione che include al suo interno migranti economici, richiedenti asilo o protezione internazionale, vittime di tratta, minori non accompagnati.

² Su tali eventi, v. B. NASCIBENE, A. DI PASCALE, *The "Arab Spring" and the Extraordinary Influx of People who Arrived in Italy from North Africa*, in *European Journal of Migration and Law*, 2011, p. 341 ss.

³ Sull'immigrazione irregolare via mare, in generale e con riguardo al Mediterraneo, R. BARNES, *The International Law of the Sea and Migration Control*, in B. RYAN, V. MITSILEGAS (eds.), *Extraterritorial*

per sé complessa, assume peculiari aspetti problematici quando esso si svolga nel Mediterraneo, sia per l'appartenenza all'Unione europea (UE) di quasi tutti gli Stati costieri di destinazione, sia per l'applicabilità, in tutti i predetti Stati, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 4 novembre 1950 (CEDU)⁴ e del relativo meccanismo di garanzia incentrato sulla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte europea).

A tal proposito, va preliminarmente rilevato che, sotto il profilo della disciplina giuridica applicabile, la migrazione via mare non è un fenomeno omogeneo in quanto possono distinguersi al suo interno due distinte fattispecie. La prima si verifica quando le imbarcazioni che trasportano migranti irregolari, eventualmente condotte da trafficanti, riescono ad approdare sulle coste di uno Stato o, quanto meno, ad arrivare nel suo mare territoriale. In tal caso, si realizza una fattispecie che potremmo definire di migrazione diretta perché caratterizzata dall'ingresso nel territorio di uno Stato, in provenienza diretta da altri Paesi, di stranieri che non hanno i requisiti a tal fine previsti dalle norme interne ed internazionali. Si applicano quindi, in prima battuta, le disposizioni in materia di migrazione irregolare che prevedono l'espulsione, a meno che non venga invocata la protezione internazionale la quale dà diritto al soggetto a non essere respinto (divieto di *refoulement*) e a restare nel territorio dello Stato finché la sua domanda non venga esaminata⁵. Se nell'operazione sono coinvolti trafficanti, vengono in considerazione anche le norme, di origine internazionale, sulla repressione e prevenzione del traffico di migranti o, eventualmente, della tratta di esseri umani.

Per quanto molte imbarcazioni, anche di fortuna, riescano ad approdare sulle coste di uno Stato, però, è altresì elevato il numero dei naufragi. Per recuperare le vittime di questi ultimi, o per prevenirli, si determinano operazioni di assistenza e salvataggio in mare poste in essere da Stati o da navi private. Si verifica così una seconda fattispecie che possiamo definire di migrazione indiretta in quanto, in tal

Migration Control: Legal Challenges, Leiden, 2010, p. 103 ss.; P. MALLIA, *Migrant Smuggling by Sea. Combating a Current Threat to Maritime Security through the Creation of a Cooperative Framework*, Leiden, 2010; V. MORENO-LAX, *Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a Fragmentary Reading of EU Member States' Obligations Accruing at Sea*, in *International Journal of Refugee Law*, 2011, p. 174 ss.; L. SALAMONE, *La disciplina giuridica dell'immigrazione clandestina via mare, nel diritto interno, europeo ed internazionale*, Torino, 2011; S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare, diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012; M. DI FILIPPO, *Irregular Migration across the Mediterranean Sea: Problematic Issues Concerning the International Rules on Safeguard of Life at Sea*, in *Revue Maroc-Espagnole de Droit International et Relations Internationales*, 2013, reperibile online; C. FAVILLI, *La gestion difficile des flux migratoires pour un État situé à la frontière maritime extérieure de l'Union Européenne*, in *Annuaire de Droit International*, 2013, p. 257 ss.; F. DE VITTOR, *Il diritto di traversare il Mediterraneo ... o quantomeno di provarci*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 63 ss.; T. SCOVAZZI, *Human Rights and Immigration at Sea*, in R. RUBIO-MARÍN (ed.), *Human Rights and Immigration*, Oxford, 2014, p. 225 ss.; A. ANTONUCCI, I. PAPANICOLOPULU, T. SCOVAZZI (a cura di), *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, Torino, 2016; G. CATALDI (a cura di), *A Mediterranean Perspective on Migrants' Flows in the European Union: Protection of Rights, Intercultural Encounters and Integration Policies*, Napoli, 2016; V. MORENO-LAX, E. PASTAVRIDIS (eds.), *Boat Refugees' and Migrants at Sea: A Comprehensive Approach. Integrating Maritime Security with Human Rights*, Leiden, 2016; E. KOKA, D. VESHI, *Irregular Migration by Sea: Interception and Rescue Interventions in Light of International Law and the EU Sea Borders Regulation*, in *European Journal of Migration and Law*, 2019, p. 26 ss.

⁴ In *Serie dei trattati europei* (STE), n. 5, reperibile online.

⁵ Vedi oltre, par. 7.

caso, l'arrivo dei migranti irregolari è mediato dall'intervento della nave soccorritrice – a bordo della quale i naufraghi vengono fatti salire – ed il loro accesso al territorio è conseguenza dall'applicazione delle norme internazionali sul soccorso in mare che stabiliscono l'obbligo di sbarcare le persone salvate in un posto sicuro, generalmente individuato nello Stato costiero più vicino. Solo dopo che, con lo sbarco, si è esaurita l'applicazione della disciplina sui salvataggi in mare, lo Stato interessato applicherà la normativa sull'ingresso nel territorio ed, eventualmente, le disposizioni in materia di protezione internazionale.

Ora, mentre l'applicazione delle sole norme sui salvataggi, in caso di collisioni o incidenti in mare, non ha mai creato grossi problemi agli Stati, che si sono mostrati disponibili ad aprire i loro porti per consentire lo sbarco dei naufraghi, l'operare congiunto di tale disciplina e di quella sulla protezione internazionale, che si verifica nel caso di salvataggi di migranti irregolari, crea complessi problemi, politico-sociali, prima ancora che giuridici. In tal caso, infatti, gli Stati che si trovano sulle rotte dei flussi migratori vengono ad essere gravati da un rilevante onere di protezione internazionale, spesso ritenuto insostenibile. È esattamente tale problematica ad essere aggravata quando il fenomeno si svolge nel Mediterraneo, per effetto dell'applicazione del c.d. Sistema europeo comune di asilo (SECA) negli Stati costieri meta dei flussi che sono membri dell'Unione europea⁶. In particolare, l'applicazione del c.d. regolamento Dublino III (reg. Dublino)⁷ impone allo Stato di sbarco, in quanto Stato di primo ingresso sul territorio dell'UE, una competenza esclusiva di quella di tutti gli altri Stati UE, sia nell'esame delle domande di protezione, sia nella successiva eventuale applicazione di quest'ultima (art. 13)⁸. Considerato il carattere sistematico assunto negli ultimi anni dalle operazioni, soprattutto private, di salvataggio, si è determinato così un onere squilibrato di gestione della protezione internazionale che ha colpito soprattutto l'Italia; il nostro Paese è stato infatti individuato come luogo

⁶ Sul sistema europeo comune di asilo v., ad es., B. NASCIBENE, *Il diritto di asilo nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, in C. FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto d'asilo*, Padova, 2011, p. 105 ss.; G. PIZZOLANTE, *Diritto di asilo e nuove esigenze di protezione internazionale nell'Unione Europea*, Bari, 2012; F. CHERUBINI, *Asylum Law in the European Union*, London, 2015; C. DI STASIO, *La crisi del "Sistema Europeo Comune di Asilo" (SECA) fra inefficienze del sistema Dublino e vacuità del principio di solidarietà*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2018, p. 209 ss.; C. FAVILLI, *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, in *Questione Giustizia*, 2018, n. 2, p. 28 ss.

⁷ Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione). Tale regolamento è l'ultimo di una serie di atti giuridici succedutisi nel tempo, a partire dalla Convenzione di Dublino del 15 giugno 1990 (Convenzione sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri delle Comunità europee) stipulata tra gli Stati membri e successivamente sostituita dal c.d. regolamento Dublino II (regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio, del 18 febbraio 2003, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo) che, a sua volta, è stato abrogato dal regolamento Dublino III attualmente in vigore.

⁸ Sugli inconvenienti del criterio dello Stato di primo ingresso, v. ad es. G. CAGGIANO, *L'insostenibile onere della gestione delle frontiere esterne e della competenza di "Paese di primo ingresso" per gli Stati frontalieri nel Mediterraneo*, in *Gli Stranieri*, 2011, p. 45 ss.; M.I. PAPA, *Crisi dei rifugiati e principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri dell'UE*, in *Costituzionalismo*, 2016, n. 3, reperibile online, p. 287 ss., in particolare pp. 299-302.

privilegiato di sbarco dei naufraghi perché vicino ai luoghi di partenza e, comparativamente, più idoneo all'accoglienza rispetto a Malta – a causa delle limitate dimensioni dell'isola – e alla stessa Grecia, in considerazione delle difficoltà economiche che affliggono tale Stato.

Come reazione alla squilibrata distribuzione del carico migratorio determinata dal quadro giuridico brevemente tratteggiato, gli Stati UE di destinazione dei flussi nel Mediterraneo – ed in particolare il nostro governo – invece di intervenire alla radice del problema, modificando gli aspetti insostenibili della disciplina esistente, hanno fatto ricorso individualmente all'adozione di misure di dubbia legittimità, volte soprattutto ad ostacolare l'applicazione della disciplina sui salvataggi in mare e lo sbarco sulle proprie coste⁹. Si sono registrati, così, un progressivo disimpegno degli Stati dalle operazioni di salvataggio da essi condotte, nonostante l'elevatissimo numero di morti in mare¹⁰, l'esternalizzazione delle politiche migratorie verso Stati poco rispettosi dei diritti umani, inclusa la Libia¹¹, il contrasto alle, e la criminalizzazione delle, attività di soccorso delle organizzazioni non governative (ONG) che hanno cercato di coprire il vuoto lasciato dai governi¹², l'adozione di misure di chiusura dei porti che, ostacolando lo sbarco dei soggetti salvati, hanno creato gravi crisi umanitarie¹³.

Per vero, non sono mancate anche le critiche all'inadeguatezza del reg. Dublino, arrivate fino ad un tentativo di riforma di quest'ultimo, fallito per effetto del gioco reciproco di egoismi politici da parte degli Stati UE¹⁴. Non ci pare, tuttavia, che sia

⁹ Per una approfondita analisi delle strategie, in larga misura illegali, adottate dagli Stati UE, cfr. S. CARRERA, R. CORTINOVIS, *Search and Rescue, Disembarkation and Relocation Arrangements in the Mediterranean. Sailing Away from Responsibility?*, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe n. 2019-10, giugno 2019, reperibile *online*.

¹⁰ In base ai dati IOM, dal 2014 al 2018 circa 15.062 persone sarebbero morte nell'attraversare il Mediterraneo: cfr. IOM, *Missing Migrant Project*, reperibile *online*.

¹¹ Si rinvia a G. CARELLA, *Il sonno della ragione genera politiche migratorie*, in *SIDIBlog*, 11 settembre 2017, reperibile *online*; G. PASCALE, "Esternalizzazione" delle frontiere in chiave antimigratoria e responsabilità internazionale dell'Italia e dell'UE per complicità nelle gross violations dei diritti umani commesse in Libia, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 413 ss.

¹² Su tale aspetto, v. F. MUSSI, *Sulla controversa natura giuridica del codice di condotta del Governo italiano relativo alle operazioni di salvataggio dei migranti in mare svolte da organizzazioni non governative*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2017, n. 3, reperibile *online*; I. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2017, n. 3.

¹³ Cfr. soprattutto le direttive del Ministro dell'Interno n. 14100/141(8), del 15 aprile 2019 e del 15 maggio 2019, reperibili *online*, e gli articoli 1 e 2 del d.l. 14 giugno 2019, n. 53, Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica (c.d. decreto sicurezza *bis*). Sui provvedimenti italiani di chiusura dei porti e sul decreto sicurezza *bis*, v. P. DE SENA, M. STARITA, *Navigare fra istanze "statocentriche" e "cosmopolitiche": il caso "Sea Watch" in una prospettiva conflittuale*, in *SIDIBlog*, 14 luglio 2019, reperibile *online*; I. PAPANICOLOPULU, *Tutela della sicurezza o violazione del diritto del mare?*, *ivi*, 26 giugno 2019, reperibile *online*.

¹⁴ Il 4 maggio 2016 la Commissione europea ha presentato un pacchetto di tre proposte recanti la riforma del regolamento Dublino III (COM(2016)270 def.), del regolamento Eurodac (COM(2016)272 def.) e del regolamento (UE) n. 439/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 maggio 2010, che istituisce l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (EASO) (COM(2016)271 def.). In tema, v. G. MORGESE, *Solidarietà e ripartizione degli oneri in materia di asilo nell'Unione Europea*, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, 2014, Torino, p. 365 ss.; ID., *Principio di solidarietà e proposta di rifusione del regolamento Dublino*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 471 ss.; M. MOUZOURAKIS, 'We

stato condotto sinora un radicale esame interpretativo della effettiva applicabilità di tale atto normativo alla fattispecie degli arrivi indiretti, mediati dall'applicazione delle norme sul salvataggio¹⁵. Tale esame ci proponiamo di svolgere nelle pagine che seguono attraverso un percorso interpretativo articolato in più tappe. Tratteremo dapprima i caratteri essenziali del reg. Dublino; successivamente, dopo aver escluso la possibilità di interpretare l'autorizzazione allo sbarco come rilascio di un visto in senso sostanziale *ex art. 12*, ci soffermeremo sulla interpretazione – decisiva ai nostri fini – del criterio dello Stato di primo arrivo di cui all'art. 13 e sulla nozione di “varco illegale” delle frontiere che costituisce il presupposto di detto criterio. Esaminate le motivazioni che hanno indotto la Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE), in talune decisioni, a considerare comunque “illegale” l'ingresso autorizzato per ragioni umanitarie, procederemo a valutare alla luce di tali motivazioni l'ipotesi, diversa e non ancora esaminata, dell'ingresso in attuazione degli obblighi internazionali di salvataggio. A tal fine, bisognerà preliminarmente operare una disamina e una corretta ricostruzione del contenuto di tali obblighi per poi distinguere i casi in cui lo sbarco avviene in attuazione di essi da quelli in cui, invece, è conseguenza del divieto di *refoulement*. Tale indagine ci consentirà di stabilire se, e in quali casi, l'ingresso dei migranti sbarcati nel territorio di uno Stato UE possa considerarsi “legale”, escludendo l'applicazione dell'art. 13 reg. Dublino.

Need to Talk about Dublin'. Responsibility under the Dublin System as a Blockage to Asylum Burden-Sharing in the European Union, Refugee Studies Centre Working Papers Series n. 105, Oxford, 2014, reperibile *online*; G. CAGGIANO, *Prime riflessioni sulle proposte di riforma del sistema comune d'asilo in materia di qualifiche, procedure e accoglienza*, in *Quaderni SIDIBlog*, 2016, p. 110 ss., reperibile *online*; M. DI FILIPPO, *Dublin 'Reloaded' or Time for Ambitious Pragmatism?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 12 ottobre 2016, reperibile *online*; F. MAIANI, *The Reform of the Dublin III Regulation*, Study for the LIBE Committee, PE 571.360, Bruxelles, 2016, reperibile *online*; P. MORI, *La proposta di riforma del sistema comune d'asilo: verso Dublino IV?*, in *Eurojus*, 2016, reperibile *online*; F. MUNARI, *The Perfect Storm on EU Asylum Law: The Need to Rethink the Dublin Regime*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 517 ss.; B. NASCIBENE, *Refugees, the European Union and the 'Dublin System'. The Reasons for a Crisis*, in *European Papers*, 2016, p. 101 ss., reperibile *online*; T. TUBAKOVIC, *A Dublin IV Recast: A New and Improved System*, in *European Policy Brief*, 2017, n. 46, reperibile *online*; P. DE PASQUALE, *Verso la refusione del regolamento “Dublino III”*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 267 ss.

¹⁵ Solo un dubbio sull'applicabilità dell'art. 13 al caso dei migranti salvati in mare è stato sollevato dall'Avvocato generale Sharpston nelle conclusioni del 20 giugno 2017, causa C-670/16, *Mengesteab*, ECLI:EU:C:2017:480, punto 51. Poiché però la questione non era stata affrontata nel ricorso e non vi era neppure certezza che il soggetto di cui si trattava fosse arrivato via mare, l'Avvocato generale si limita a prospettarla e la Corte nella sua decisione non l'affronta: v. Corte di giustizia, Grande sezione, sentenza del 26 luglio 2017, causa C-670/16, *Mengesteab*, ECLI:EU:C:2017:587. Parimenti solo un dubbio è sollevato da S. POULARAKIS, *Responsibility Drifting in the Sea. Search and Rescue Operations and the Dublin Regulation*, in *European Database of Asylum Law*, 25 giugno 2018, reperibile *online*. Un tentativo di depotenziare il ricorso all'art. 13, sul presupposto, però, della sua applicabilità, si trova nella proposta di un progetto pilota volto a valorizzare l'accertamento di legami sostanziali tra il migrante ed uno Stato UE al fine di affermare la competenza di quest'ultimo e non dello Stato di arrivo: v. M. DI FILIPPO, *Delinking the Acceptation of Disembarkation and the Assumption of Responsibility for Asylum Seekers*, Position Paper submitted on Behalf of the International Institute of Humanitarian Law to the UNHCR High Commissioner's Dialogue on Protection Challenges, 2014 - Protection at Sea, reperibile *online*. Nella proposta, tuttavia, l'attribuzione di competenza è fondata sull'art. 17 reg. Dublino, cioè sul consenso dello Stato con cui il soggetto ha un legame e, pertanto, appare di difficile attuazione, data la mancanza di volontà degli Stati ad assumere oneri in materia.

2. Il “sistema Dublino”¹⁶ si è proposto fin dal suo inizio di assicurare non solo che ogni domanda di protezione internazionale presentata nel territorio UE fosse esaminata, ma anche che ci fosse un unico Stato membro competente a farlo (art. 3, par. 1). Il principio dell’unico Stato competente risponde all’obiettivo meritorio di evitare il fenomeno dei rifugiati “in orbita” che si verifica quando due o più Stati, tutti potenzialmente competenti, cercano di liberarsi dall’onere dell’esame della domanda scaricandolo ognuno sugli altri, in un gioco di rinvii reciproci che impedisce al richiedente asilo di trovare un posto in cui fermarsi. Tale principio consente altresì di evitare il fenomeno della presentazione di una pluralità di domande di protezione in più Stati membri, al fine di aggirare le norme in materia di immigrazione irregolare, evitando una rapida espulsione e prolungando indebitamente la presenza sul territorio UE fino all’esaurimento di tutte le procedure.

I criteri in base ai quali individuare l’unico Stato competente sono elencati, in ordine gerarchico di applicazione (art. 7), nel capo III reg. Dublino¹⁷; essi sono fondati su circostanze oggettive che lasciano poco spazio alla scelta del richiedente, al fine di evitare il fenomeno del *forum* o *asylum shopping* che, determinando presumibilmente l’individuazione dello Stato in cui presentare la domanda in funzione del sistema di assistenza e di accoglienza di quest’ultimo e della sua più favorevole condizione economica, farebbe gravare sugli Stati più ricchi e organizzati un onere eccessivo¹⁸.

Un primo gruppo di criteri ha come *ratio* l’esistenza di una connessione tra il richiedente protezione e uno Stato membro in quanto individua come competente il Paese nel quale il soggetto abbia già legami familiari variamente specificati (articoli 8-11).

Un secondo gruppo di criteri attribuisce la competenza in base al fatto che uno Stato possa essere considerato la causa dell’ingresso nel territorio UE del richiedente protezione. Rientrano in questo gruppo le norme che individuano come competente lo Stato che ha rilasciato il visto o l’esenzione dal visto (articoli 12 e 14). Vi rientra anche l’art. 13 che attribuisce la competenza allo Stato c.d. di primo ingresso, quello cioè le cui frontiere siano state irregolarmente varcate dal richiedente protezione proveniente da uno o più Stati terzi: in tal caso, infatti, si presume che, con il suo comportamento colposo, di scarsa sorveglianza delle frontiere, lo Stato in questione sia all’origine dell’ingresso in territorio UE.

Il sistema contiene anche una norma di chiusura che garantisce in ogni caso l’esame della domanda di protezione avanzata nel territorio dell’UE stabilendo che, nell’impossibilità di applicare i criteri di cui al capo III, lo Stato competente sarà quello in cui per la prima volta il soggetto ha presentato domanda di asilo (art. 3, par. 2). È possibile, inoltre, che uno Stato accetti di esaminare una domanda anche quando non sarebbe competente in base ad alcuno dei criteri predetti (art. 17).

¹⁶ V. sopra, nota 7.

¹⁷ Sui criteri e sulla loro applicazione in ordine gerarchico, v. G. GAJA, *La compétence des États dans l’examen des demandes d’asile*, in P. D’ARGENT, B. BONAFÉ, J. COMBACAU (coords.), *Les limites du droit international. Essais en l’honneur de Joe Verhoeven / The Limits of International Law. Essays in Honour of Joe Verhoeven*, Bruxelles, 2014, p. 139 ss.; T.M. MOSCHETTA, *I criteri di attribuzione delle competenze a esaminare le domande d’asilo nei recenti sviluppi dell’iter di riforma del regime di Dublino*, in *Federalismi.it*, 2018, n. 5, p. 3 ss.

¹⁸ Sulla parziale infondatezza di tale presupposto e sui vantaggi di una limitata facoltà di scelta dello Stato di protezione da parte del richiedente, v. oltre, par. 9.

Nel caso – che costituisce oggetto specifico della nostra indagine – delle persone che, salvate in mare e sbarcate nel porto di uno Stato membro, richiedono successivamente la protezione internazionale, i criteri fondati sull'esistenza di legami familiari o sul previo rilascio di un visto sono di scarsa o nulla applicazione, mentre un ruolo quasi esclusivo è giocato dal criterio del primo ingresso che, come già detto, fa gravare automaticamente sullo Stato di sbarco tutti gli oneri migratori. È sulla interpretazione di tale criterio, pertanto, che dobbiamo concentrare la nostra attenzione.

Prima di procedere, tuttavia, bisogna sgombrare il campo dalla possibilità che la competenza dello Stato di sbarco possa essere invocata in base ad una interpretazione sostanziale dell'art. 12 per la quale l'autorizzazione all'ingresso da parte di uno Stato equivarrebbe ad una forma tacita di "rilascio di un visto". Tale interpretazione è stata prospettata dai giudici di rinvio nei casi *Jafari* e *A.S.*¹⁹, ma è stata respinta dalla CGUE con argomenti che ne precludono l'utilizzo anche nell'ipotesi che ci interessa, diversa dai casi di specie delle predette decisioni²⁰. Fondandosi su una nozione autonoma di visto²¹, desunta dall'art. 2, lett. m), reg. Dublino²², la Corte ne individua due requisiti essenziali: 1) l'adozione di un atto formale di autorizzazione espressa da parte di una autorità nazionale; 2) l'antiorità e la preordinazione di tale atto rispetto al mero fatto dell'ingresso. Nei casi oggetto delle decisioni, vi era stata una semplice tolleranza di fatto dell'ingresso e quindi mancava il primo requisito, a differenza dei casi di salvataggio in mare in cui si rinviene spesso una autorizzazione espressa allo sbarco da parte delle autorità statali. La CGUE, tuttavia, non si ferma a rilevare la semplice occasionale mancanza di un presupposto, ma, argomentando dal secondo requisito, va oltre fino ad affermare la radicale separazione, in ogni caso, dei due istituti del visto e dell'autorizzazione all'ingresso i quali non possono mai coincidere²³.

Ai nostri fini, è decisiva l'affermazione della impossibilità di coincidenza tra i due istituti: la Corte si diffonde su tale aspetto non limitandosi all'argomento

¹⁹ Corte di giustizia, Grande sezione, sentenze del 26 luglio 2017, causa C-490/16, *A.S. c. Repubblica di Slovenia*, ECLI:EU:C:2017:585 (in seguito: sentenza *A.S.*) e causa C-646/16, *Khadija Jafari e Zainab Jafari c. Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl*, ECLI:EU:C:2017:586 (in seguito: sentenza *Jafari*). Su tali decisioni vedi C. DI STASIO, *Il sistema 'Dublino' non è derogabile: note a margine della sentenza della Corte di giustizia del 26 luglio 2017, causa C-646/2016, Jafari*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2017, n. 3, reperibile online; F. FERRI, *Il regolamento "Dublino III" tra crisi migratoria e deficit di solidarietà: note (dolenti) sulle sentenze Jafari e A.S.*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 519 ss.; D. THYM, *A Court of Justice Judicial Maintenance of the Sputtering Dublin System on Asylum Jurisdiction: Jafari, A.S., Mengesteab and Shiri*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 549 ss.

²⁰ Sulle circostanze di fatto dei casi *Jafari* e *A.S.*, v. oltre, par. 3.

²¹ La CGUE, sentenza *Jafari*, punto 43 ss., esclude che la nozione di visto debba essere desunta dal Codice dei visti (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), modificato, da ultimo, dal regolamento 2019/1155) avente ad oggetto i visti di transito e quelli non superiori a 90 giorni; viene escluso altresì il rilievo degli altri atti europei in materia di visti.

²² Dispone l'art. 2, lett. m), reg. Dublino che il visto è "l'autorizzazione o la decisione di uno Stato membro necessaria per il transito o per l'ingresso ai fini di soggiorno in tale Stato membro o in diversi Stati membri".

²³ Sentenza *Jafari*, punto 48, ove la Corte afferma: "Dai termini stessi utilizzati dal legislatore dell'Unione deriva quindi che, da un lato, la nozione di visto rimanda a un atto formalmente adottato da un'amministrazione nazionale, e non a una semplice tolleranza, e che, dall'altro, il visto non coincide con l'ammissione nel territorio di uno Stato membro, poiché il visto è richiesto proprio al fine di consentire tale ammissione".

letterale, ma trovando conferme ad esso anche nell'interpretazione sistematica del diritto dell'Unione. Viene sottolineato, così, che le due fattispecie sono disciplinate da atti diversi e, precisamente, l'ammissione nel territorio degli Stati membri dal c.d. Codice frontiere Schengen (Codice frontiere)²⁴ e il rilascio dei visti dal Codice dei visti, limitatamente ai soggiorni di breve durata²⁵. Significativo viene ritenuto altresì l'art. 14 reg. Dublino che, ammettendo l'ingresso con esenzione dal visto, dimostra che il legislatore dell'Unione ha voluto distinguere l'ingresso dal visto in quanto tale. Nello stesso senso si adduce il fatto che la facoltà di autorizzare l'ingresso nel territorio per ragioni umanitarie (art. 5, par. 4, lett. c, dell'allora vigente Codice frontiere Schengen, identico all'art. 6, par. 5, lett. c, dell'attuale Codice) sia disciplinata separatamente da quella di rilasciare, per le medesime ragioni, un visto con validità territoriale limitata (art. 25, par. 1, lett. a, Codice dei visti): difatti, se l'autorizzazione all'ingresso potesse qualificarsi come visto, non ci sarebbe stato bisogno di prevedere due disposizioni diverse²⁶. Infine, non si manca di sottolineare la differente disciplina dei requisiti di forma che, anche nel caso di una autorizzazione espressa, impedirebbe di considerare quest'ultima come equivalente al rilascio di un visto. La conclusione è che: “[a]lla luce dell'insieme di tali elementi, è necessario considerare che un'ammissione nel territorio di uno Stato membro, all'occorrenza anche solo tollerata dalle autorità dello Stato membro interessato, non configura un 'visto' ai sensi dell'articolo 12 del regolamento Dublino III, in combinato disposto con l'articolo 2, lettera m), di tale regolamento”²⁷.

Una volta esclusa ogni interpretazione dell'art. 12 che possa ricondurre a tale disposizione la competenza dello Stato di sbarco delle persone soccorse, non ci resta quindi che soffermare la nostra attenzione sull'art. 13 che risulta essere la disposizione effettivamente applicata in tali casi.

3. È utile riportare il testo dell'art. 13 il quale dispone: “Quando è accertato (...) che il richiedente ha varcato illegalmente, per via terrestre, marittima o aerea, in provenienza da un paese terzo, la frontiera di uno Stato membro, lo Stato membro in questione è competente per l'esame della domanda di protezione internazionale (...)”.

Dal testo della norma si ricava che il “varco illegale” della frontiera è presupposto della sua applicazione. Si pone quindi il problema di definire cosa debba intendersi per “varco illegale”. Anche tale questione è stata decisa dalla CGUE nelle sentenze *Jafari* e *A.S.*²⁸ aventi ad oggetto fattispecie inquadrabili nella grave crisi umanitaria che si verificò, tra le fine del 2015 e il 2016, lungo la c.d. rotta balcanica

²⁴ Attualmente, regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen). All'epoca dei fatti, si applicava la previgente normativa e cioè il regolamento (CE) n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, anch'esso denominato Codice frontiere Schengen, come modificato dal regolamento 610/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013.

²⁵ Sentenza *Jafari*, punto 51.

²⁶ *Ivi*, punto 57.

²⁷ *Ivi*, punto 53.

²⁸ V. sopra, nota 19.

occidentale²⁹. In quella circostanza, un flusso massiccio di persone, prevalentemente in fuga dal conflitto siriano, attraverso la Turchia e la Serbia si riversò alle frontiere della Grecia, della Croazia e della Slovenia. Tali Stati, non avendo i mezzi e la capacità di sostenere l'enorme onere di esame di domande di asilo che su di essi si sarebbe riversato, in quanto Stati di primo ingresso, disapplicarono il regolamento Dublino creando dei corridori umanitari di fatto. Essi, cioè, tollerarono l'accesso dei migranti nel loro territorio al solo fine di favorirne il trasferimento verso gli altri Stati europei che erano il vero obiettivo del loro viaggio (prevalentemente la Germania). A fronte della richiesta, da parte di tali ultimi Stati, di far ritornare i migranti nei paesi di primo ingresso, in attuazione dell'art. 13, nelle decisioni di rinvio la Corte veniva chiamata a decidere se il presupposto del "varco illegale" della frontiera – e conseguentemente l'applicazione dell'art. 13 reg. Dublino – fosse escluso nei casi di attraversamento in conformità alle disposizioni del Codice frontiere Schengen, in particolare quando l'ingresso risultasse autorizzato, anche tacitamente, per ragioni umanitarie, ai sensi dell'art. 5, par. 4, lett. c), del predetto Codice³⁰.

La CGUE, in base ad una articolata argomentazione, si rifà ad una interpretazione autonoma della nozione di "varco illegale", svincolata dal rinvio automatico al Codice frontiere Schengen³¹. In mancanza di una definizione espressa nel reg. Dublino, tale nozione autonoma è ricostruita sulla base dell'accezione abituale dei termini utilizzati, ma soprattutto prendendo in considerazione il contesto nel quale sono usati e gli obiettivi perseguiti dalla normativa di cui fanno parte³².

In applicazione di tali principi, la Corte rileva che l'accezione abituale della nozione di "varco illegale" di una frontiera implica un passaggio clandestino e in violazione della normativa applicabile nello Stato interessato. Tuttavia, tale significato non è ritenuto decisivo per ricostruire la nozione in esame in quanto bisogna considerare anche la *ratio* dell'art. 13, alla luce dell'economia generale e degli

²⁹ Sulla crisi migratoria dei Balcani del 2015-16, v. G. CAGGIANO, *Alla ricerca di un nuovo equilibrio istituzionale per la gestione degli esodi di massa: dinamiche intergovernative, condivisione delle responsabilità tra gli Stati membri e tutela dei diritti degli individui*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, p. 459 ss.; Id., *Ascesa e caduta della rotta balcanica. Esternalizzazione contro solidarietà per i richiedenti asilo*, *ivi*, 2016, p. 221 ss.; B. NASCIBENE, *Refugees, the European Union and the "Dublin System"*, cit., p. 110 ss.

³⁰ Ai sensi dell'art. 5, par. 4, lett. c), "i cittadini di paesi terzi che non soddisfano una o più delle condizioni di cui al paragrafo 1 possono essere autorizzati da uno Stato membro ad entrare nel suo territorio per motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali".

³¹ Viene attribuito rilievo al fatto che, a differenza di altre disposizioni, l'art. 13 non contenga alcun richiamo del Codice frontiere Schengen (sentenza *Jafari*, punto 71, richiamato dal punto 38 della sentenza A.S.). Un altro argomento fa leva sul fatto che l'ambito soggettivo di applicazione dei due atti non coincide, con la conseguenza che, se l'art. 13 reg. Dublino richiamasse automaticamente il predetto Codice frontiere, quest'ultimo verrebbe surrettiziamente applicato a Stati che non ne sono parti (sentenza *Jafari*, punto 70, richiamato dal punto 38 della sentenza A.S.). La Corte, comunque, non esclude che le disposizioni del Codice frontiere Schengen possano essere prese in considerazione come elementi di contesto alla luce di una interpretazione sistematica del regolamento Dublino, inserito nell'ordinamento dell'Unione (sentenza *Jafari*, punto 72, e sentenza A.S., punto 38).

³² Sentenza *Jafari*, punto 73, ove viene richiamata la costante giurisprudenza della Corte in materia di interpretazione, in particolare la sentenza del 30 gennaio 2014, causa C-285/12, *Diakité*, EU:C:2014:39, punto 27 e la giurisprudenza *ivi* citata. Sui criteri e metodi di interpretazione del diritto dell'Unione europea nella giurisprudenza della Corte si rinvia, da ultimo, a I. INGRAVALLO, *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017.

obiettivi del regolamento Dublino, quali emergono anche dai lavori preparatori³³. La Corte ricorda, così, che, come emerge dal 25° ‘considerando’, nel sistema Dublino vi è un nesso diretto tra i criteri di competenza fissati in uno spirito di solidarietà e gli sforzi comuni per la gestione delle frontiere esterne “che sono posti in essere (...) nell’interesse non solo dello Stato membro dalle cui frontiere esterne viene effettuato il controllo, ma anche di tutti gli Stati membri che hanno abolito il controllo di frontiera interno”³⁴. In questo spirito, la Corte ritiene che i criteri introdotti dal reg. Dublino, a parte quelli giustificati da un particolare legame, si fondano sull’idea che ogni Stato membro è responsabile, nei confronti di tutti gli altri Stati membri, della sua politica in materia di ingresso e di soggiorno di cittadini di Paesi terzi e deve assumerne le conseguenze, con spirito di solidarietà e di leale cooperazione. La Corte si richiama anche ai lavori preparatori per confermare che la *ratio* degli articoli 12-14 è quella di addossare l’onere di esame delle domande di protezione allo Stato che è all’origine dell’ingresso e ne ha la responsabilità³⁵. Pertanto, pur quando l’ingresso avvenga in conformità alla normativa nazionale, esso resta illegale se è frutto di un comportamento (omissione o autorizzazione) unilaterale dello Stato che, in quanto suscettibile di riverberare conseguenze negative sugli altri Stati membri, infrange lo spirito di solidarietà e leale cooperazione alla base del sistema Dublino. La Corte ne desume, nel caso sottoposto al suo esame, che, poiché la tolleranza di fatto dell’ingresso riconduceva quest’ultimo ad una responsabilità dello Stato membro di frontiera, l’ammissione di migranti irregolari per ragioni umanitarie non aveva fatto venir meno il carattere illegale dell’attraversamento della frontiera e la conseguente applicazione dell’art. 13³⁶.

Le decisioni considerate sono state oggetto di valutazioni critiche per non aver colto l’opportunità di adeguare interpretativamente alle caratteristiche attuali delle migrazioni di massa una disciplina poco adatta ad esse e perciò fonte di squilibri tra gli Stati membri³⁷. Al di là della effettiva inadeguatezza del regolamento Dublino e della necessità di una sua riforma, però, deve riconoscersi che la conclusione raggiunta dalla Corte è giuridicamente inevitabile, sol che si pensi che un soggetto onerato non può esso stesso modificare i presupposti di applicazione dell’onere auto-sottraendosi ad esso, come avverrebbe se, con l’autorizzazione all’ingresso di

³³ Sentenza *Jafari*, punto 84.

³⁴ *Ivi*, punto 85.

³⁵ L’obiettivo del regolamento Dublino e la *ratio* dei criteri di competenza da esso stabiliti erano enunciati già nella relazione sulla proposta della Commissione COM(2001)447 def., che ha determinato l’adozione del regolamento Dublino II. Tale punto è espressamente riproposto nella relazione sulla proposta della Commissione, del 3 dicembre 2008, COM(2008)820 def., che ha condotto all’adozione del regolamento Dublino III.

³⁶ Afferma la Corte nella sentenza *Jafari*, punto 92: “Occorre ritenere che il cittadino di un paese terzo, ammesso nel territorio di un primo Stato membro, senza soddisfare le condizioni di ingresso imposte, in linea di principio, in tale Stato membro (...) ha ‘varcato illegalmente’ la frontiera di tale primo Stato membro ai sensi dell’articolo 13, paragrafo 1, del regolamento Dublino III, tanto nel caso in cui tale attraversamento sia stato tollerato o autorizzato in violazione delle norme applicabili, quanto nell’ipotesi in cui sia stato autorizzato invocando ragioni umanitarie e in deroga alle condizioni di ingresso generalmente imposte ai cittadini di paesi terzi”.

³⁷ V., ad es., i commenti citati sopra, nota 19. Va ricordato che l’Avvocato generale Sharpston, nelle sue conclusioni, aveva prospettato una interpretazione ben diversa da quella poi adottata dalla Corte, escludendo l’applicazione dell’art. 13 (conclusioni dell’8 giugno 2017, cause C-490 e 646/16, A.S. c. *Repubblica di Slovenia e Jafari c. Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl*, ECLI:EU:C:2017:443, punto 190).

migranti irregolari, lo Stato potesse escludere il carattere illegale dell'attraversamento e quindi gli obblighi per esso derivanti dall'applicazione dell'art. 13.

Tuttavia, se tale ragionamento vale per i casi di autorizzazione all'ingresso di stranieri irregolari per ragioni umanitarie o per motivi di interesse nazionale, non ci pare che esso sia automaticamente trasponibile anche al caso dell'ammissione nel territorio in adempimento di obblighi internazionali dello Stato membro, attualmente prevista come terza causa di deroga ai requisiti per l'ingresso dall'art. 6, par. 5, lett. c), Codice frontiere Schengen (che, mantenendo invariato il testo, ha sostituito il previgente art. 5, par. 4, lett. c, su cui si è pronunciata la CGUE)³⁸. Ed invero, mentre nel primo caso la deroga è fondata sulla libera volontà e decisione dello Stato membro frontaliero, o sul suo interesse, quando essa, invece, derivi da un obbligo internazionale sembrerebbe etero-imposta. Non ricorrerebbe, in ipotesi, la *ratio* di applicazione dell'art. 13 valorizzata dalla Corte in quanto l'ingresso non sarebbe propriamente originato da una decisione unilaterale e discrezionale dello Stato, ma sarebbe imposto dall'adempimento di un obbligo, con conseguente esclusione di responsabilità dell'obbligato rispetto agli altri Stati membri. Le sentenze *Jafari e A.S.* non precludono pertanto la possibilità di arrivare a conclusioni diverse nella materia dell'ingresso di stranieri irregolari a seguito di operazioni di salvataggio, dato che in quest'ambito gli Stati sono destinatari di una molteplicità di obblighi, convenzionali e consuetudinari, tendenti ad assicurare l'approdo dei naufraghi in un posto sicuro.

Va detto, peraltro, che, prima di pervenire ad una qualsiasi soluzione definitiva sull'inapplicabilità dell'art. 13 all'ingresso di stranieri irregolari autorizzato in adempimento di obblighi internazionali, bisogna sempre guardare in concreto al contenuto dell'obbligo di cui si tratta. Ed invero, se esso si concretizza proprio nell'imporre ad uno Stato una responsabilità individuale di ammissione al proprio territorio, alla luce dell'interpretazione adottata dalla Corte, si rimane nell'ambito della *ratio* dell'art. 13 e, conseguentemente, della sua applicabilità. È questo il motivo per il quale non può contestarsi l'applicabilità dell'art. 13 agli stranieri irregolari il cui ingresso avvenga in adempimento dell'obbligo di *non-refoulement*. Com'è noto, quest'ultimo impone ad ogni Stato l'ammissione temporanea nel territorio degli stranieri irregolari sottoposti alla sua giurisdizione, al fine di esaminarne le domande di protezione, quando essi, se respinti, correrebbero il rischio di essere assoggettati a tortura, privazione della vita e gravi violazioni di diritti umani fondamentali e sempre che non si trovi uno Stato terzo sicuro (ove non corrano detti rischi) in cui possano essere respinti³⁹. Come si vede, è quindi il contenuto stesso dell'obbligo a circoscrivere al singolo Stato e al suo territorio l'ammissione temporanea dello straniero irregolare e la competenza ad esaminarne la domanda: in mancanza di legami familiari, è pertanto inevitabile l'applicazione dell'art. 13 reg. Dublino.

³⁸ Dispone l'art. 6, par. 5, lett. c): "I cittadini di paesi terzi che non soddisfano una o più delle condizioni di cui al paragrafo 1 possono essere autorizzati da uno Stato membro ad entrare nel suo territorio per motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali. Qualora il cittadino di paese terzo interessato sia oggetto di una segnalazione di cui al paragrafo 1, lettera d), lo Stato membro che ne autorizza l'ingresso nel suo territorio ne informa gli altri Stati membri".

³⁹ Sul divieto di *refoulement* v. oltre, par. 7.

Si rende necessario quindi procedere ad una sintetica ricostruzione del contenuto e degli effetti degli obblighi di salvataggio prima di pervenire a conclusioni sull'applicabilità dell'art. 13 reg. Dublino in tali casi.

4. La disciplina relativa ai salvataggi di persone in situazione di pericolo in mare si articola in una pluralità di convenzioni applicabili agli Stati UE. Vengono in rilievo l'art. 98 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 10 dicembre 1982 (Convenzione UNCLOS)⁴⁰, la regola 33 del Cap. V dell'Allegato alla Convenzione per la sicurezza della vita in mare (regola 33/V Convenzione SOLAS)⁴¹, l'art. 2.1.1 dell'Allegato alla Convenzione sulla ricerca e il salvataggio in mare (Convenzione SAR)⁴², l'art. 10 della Convenzione internazionale sul salvataggio del 1989 (Convenzione Salvage)⁴³. Va considerato altresì l'art. 9 del regolamento (UE) n. 656/2014 (reg. 656/2014), applicabile limitatamente alle operazioni condotte dagli Stati UE nel contesto della cooperazione con l'Agenzia FRONTEX⁴⁴.

Dalle convenzioni deriva anzitutto l'obbligo degli Stati di assicurare che i comandanti delle navi si portino immediatamente in soccorso di persone in pericolo quando abbiano notizia del loro bisogno di aiuto e prestino assistenza ai naufraghi trovati in mare. Tale obbligo è sancito, con riferimento allo Stato di bandiera, dall'art. 98, co. 1, Convenzione UNCLOS e dall'art. 9 reg. 656/2014; esso è tuttavia imposto in generale a tutti gli Stati parti dall'art. 10, par. 2, Convenzione Salvage e dalle disposizioni sopra citate delle Convenzioni SOLAS e SAR. In attuazione delle suddette norme, gli Stati devono adottare disposizioni interne che impongano l'obbligo di salvataggio e ne sanzionino, anche penalmente, l'inosservanza da parte dei comandanti di qualsiasi nave, nazionale o straniera⁴⁵. È appena il caso di rilevare che

⁴⁰ *United Nations Treaty Series*, vol. 1833, p. 397 ss., reperibile *online*.

⁴¹ Convenzione internazionale per la sicurezza della vita in mare (SOLAS), adottata a Londra il 1° novembre 1974, in *United Nations Treaty Series*, vol. n. 1184, p. 278 ss., reperibile *online*.

⁴² Convenzione su ricerca e salvataggio in mare, del 27 aprile 1979, in *United Nations Treaty Series*, vol. 1405, p. 119 ss., reperibile *online*.

⁴³ Adottata a Londra il 28 aprile 1989, in *United Nations Treaty Series*, vol. 1953, p. 194, reperibile *online*. L'obbligo di salvataggio era già previsto nell'art. 10 della Convenzione sull'unificazione delle norme relative all'assistenza e al salvataggio in mare, del 23 settembre 1910 – oggi sostituita dalla Convenzione Salvage – che imponeva ai comandanti di rendere assistenza anche ai nemici che fossero in pericolo in mare.

⁴⁴ Regolamento (UE) n. 656/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, recante norme per la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea. L'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea, nota come FRONTEX, è stata istituita dal regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio, del 26 ottobre 2004, e trasformata, con poteri progressivamente accresciuti, in Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera dapprima con regolamento (UE) n. 2016/1624 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2016 e attualmente con regolamento (UE) n. 2019/1896 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2019, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea e che abroga i regolamenti (UE) n. 1052/2013 e (UE) 2016/1624. Su tali operazioni v. G. CAGGIANO, *Attività e prospettive di intervento dell'Agenzia Frontex nel Mediterraneo*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata*, XIV Convegno SIDI, Bari, 18-19 giugno 2009, Napoli, 2010, p. 403 ss.; S. MARINAI, *The Interception and Rescue at Sea of Asylum Seekers in the Light of the New EU Legal Framework*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2016, p. 901 ss., reperibile *online*.

⁴⁵ In Italia vanno ricordati l'art. 1158 cod. nav. – che sanziona specificamente la violazione dell'obbligo di soccorso da parte del comandante di nave o aeromobile – e l'art. 1113 cod. nav., che punisce per

dalle disposizioni citate deriva *a contrario* l'obbligo degli Stati di non sanzionare l'attività di salvataggio svolta e, in generale, di non impedirle o ostacolarla di fatto o giuridicamente⁴⁶.

Gli Stati parti devono cercare di garantire il salvataggio in mare non solo indirettamente, tramite gli obblighi imposti ai comandanti delle navi, ma anche direttamente con un'attività propria, cioè predisponendo le misure strutturali ed organizzative volte alla neutralizzazione delle situazioni di pericolo e alla preventiva ricerca e individuazione di esse. Così, l'art. 98, par. 2, Convenzione UNCLOS e la regola 7, Cap. V, Allegato Convenzione SOLAS impongono a ciascuno Stato costiero di promuovere la costituzione e il funzionamento permanente di un servizio adeguato ed efficace di ricerca e salvataggio per tutelare la sicurezza marittima e aerea e, quando le circostanze lo richiedono, di collaborare con gli Stati adiacenti tramite accordi regionali. L'attuazione di tali previsioni di principio è però realizzata nel dettaglio dalla Convenzione SAR, il cui scopo è precisamente quello di realizzare un coordinamento e una condivisione di responsabilità tra gli Stati nello svolgimento di servizi e attività di salvataggio per garantirne l'efficienza e il buon fine. A seguito dell'adozione della Convenzione, il Maritime Safety Committee dell'International Maritime Organization (IMO) ha diviso in tredici aree tutti i mari del mondo. All'interno di ogni Area, gli Stati in essa rientranti dovrebbero, tramite accordi, delineare la regione SAR che fa capo a ciascuno di essi⁴⁷; tali regioni non sono zone territoriali in cui lo Stato di riferimento eserciti la propria sovranità, come si desume dall'art. 2.1.7 dell'Annesso che distingue la delimitazione delle zone SAR da quella delle frontiere territoriali. Significativa è anche la considerazione per la quale è ammessa la sovrapposizione delle zone SAR che non sarebbe ammissibile, invece, se si trattasse di ambiti in cui gli Stati esercitano la propria giurisdizione territoriale, ancorché solo funzionale⁴⁸. Le regioni SAR sono quindi zone in cui lo Stato costiero di riferimento assume la responsabilità principale della predisposizione e dello svolgimento dei servizi di ricerca e salvataggio, sempre coordinandosi e cooperando con gli Stati confinanti. A tal fine, per ogni regione SAR devono essere indicati un cen-

omissione di soccorso chiunque, a certe condizioni, ometta di cooperare, tra l'altro, al soccorso di una nave. Sull'obbligo di soccorso dei comandanti, v. M. STARITA, *Il dovere di soccorso in mare e il diritto di obbedire al diritto (internazionale) del comandante della nave privata*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2019, p. 5 ss., in specie p. 13.

⁴⁶ Tale obbligo risulta del resto espressamente disposto dalla regola 33/V, par. 1.1, Convenzione SOLAS (come emendata nel 2004), dall'art. 3.1.9, Annesso Convenzione SAR (come emendato nel 2004) e dall'art. 11 Convenzione Salvage, che impongono a tutti gli Stati parti di cooperare tra loro per facilitare la posizione del comandante che ha reso assistenza, liberandolo dai suoi obblighi al più presto e con il minor onere possibile. La criminalizzazione delle attività private di salvataggio di migranti costituisce pertanto violazione di obblighi convenzionali, mentre, sul piano interno, va condiviso il richiamo della dottrina alla giurisprudenza per una corretta qualificazione di tali attività che sono da considerarsi lecite per difetto di tipicità rispetto al reato di traffico di esseri umani, prima ancora che per effetto delle scriminanti della necessità o dell'adempimento del dovere: così C. PITEA, S. ZIRULIA, *"Friends, not foes": qualificazione penalistica delle attività delle ONG di soccorso in mare alla luce del diritto internazionale e tipicità della condotta*, in *SIDIBlog*, 26 luglio 2019, reperibile online.

⁴⁷ Art. 2.1.4 Annesso Convenzione SAR. Gli accordi devono essere comunicati al Segretario generale IMO che li notifica a tutte le Parti contraenti. Nel Mediterraneo, tuttavia, la maggior parte delle zone SAR, inclusa quella italiana, è stata delineata unilateralmente determinando sovrapposizioni, ad esempio, tra la zona SAR italiana e quella maltese.

⁴⁸ Così S. TREVISANUT, *Search and Rescue Operations in the Mediterranean: Factor of Cooperation or Conflict?*, in *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2010, p. 523 ss., in specie p. 527.

tro nazionale di coordinamento di salvataggio e un certo numero di centri secondari di salvataggio dotati di mezzi adeguati.

Dal quadro convenzionale esaminato risulta che l'obbligo degli Stati di rendere possibile il salvataggio di persone in pericolo in mare ha un contenuto composito, che include l'obbligo di assicurare indirettamente tale salvataggio – imponendo le attività di soccorso ai capitani delle navi e cooperando con essi – e l'obbligo di garantirlo direttamente tramite un sistema pubblico di ricerca e soccorso che la maggior parte degli Stati del mondo oggi organizza secondo le disposizioni della Convenzione SAR. Inoltre, il salvataggio non si esaurisce nel recupero delle persone in pericolo da parte della nave di soccorso, ma include, tra le altre attività, lo sbarco sulla terraferma. L'art. 1.3.2 Annesso Convenzione SAR, infatti, nel definire la nozione di salvataggio, stabilisce che esso è: “[a]n operation to retrieve persons in distress, provide for their initial medical or other needs, and deliver them to a place of safety”. La Convenzione SOLAS, a sua volta, sebbene non contenga definizioni in materia, alla regola 33/V, par. 1.1, impone agli Stati di individuare un “place of safety” (PoS) come luogo di sbarco dei soggetti salvati al fine di completare l'operazione di salvataggio, evidenziando quindi come lo sbarco rientri nel contenuto dell'obbligo di salvataggio.

Gli obblighi sin qui esaminati si applicano ad ogni zona di mare, ad ogni persona e, dal lato sia attivo che passivo, ad ogni nave, sia pubblica che privata⁴⁹ e, per la loro diffusa previsione e applicazione nella prassi sia interna che internazionale, sono ritenuti di natura consuetudinaria dalla prevalente dottrina. Independentemente dalla natura consuetudinaria della disciplina esaminata, in ogni caso, la sua sicura applicazione a tutti gli Stati UE deriva dal fatto che questi ultimi sono tutti parti della Convenzione UNCLOS e delle Convenzioni SOLAS e SAR adottate in ambito IMO⁵⁰.

5. L'applicazione della disciplina sin qui esaminata alle situazioni di pericolo che si verificano nel contesto delle migrazioni irregolari via mare presenta alcune peculiarità che alterano l'iniziale quadro di riferimento fattuale della normativa. Le convenzioni, infatti, sono state adottate per facilitare la navigazione marittima – commerciale, di servizio e di diporto – grazie ad una disciplina giuridica che rimediasse alle conseguenze negative di collisioni, urti ed incidenti di navigazione. Esse quindi presupponevano come ordinario quadro di riferimento: l'applicazione a singoli e sporadici casi di imbarcazioni in pericolo per eventi imprevisi ed imprevedibili; l'intervento soccorritore da parte di navi distolte dai loro obiettivi commerciali o di trasporto perché occasionalmente in passaggio su quella rotta o nelle vicinanze;

⁴⁹ Tra i tanti, si rinvia a T. SCOVAZZI, *op. cit.*; E. PAPASTAVRIDIS, *Rescuing Migrants at Sea: The Responsibility of States under International Law*, in G.S. GOODWIN-GILL, P. WECKEL (eds.), *Migration and Refugee Protection in the 21st Century. International Aspects*, Leiden, 2015, p. 269 ss.; V. MORENO-LAX, *Seeking Asylum*, cit., p. 195, e I. PAPANICOLOPULU, *The Duty to Rescue at Sea, in Peacetime and in War: A General Overview*, in *International Review of the Red Cross*, 2017, p. 491 ss., ove è esaminata anche l'applicazione dell'obbligo in tempo di guerra.

⁵⁰ Della Convenzione UNCLOS è parte anche l'UE che però non ha competenza in materia di ricerca e salvataggio. Alla Convenzione SAR non partecipano solo l'Austria, la Slovacchia e la Repubblica Ceca, cioè gli Stati UE che, non avendo sbocchi sul mare, non possono avere zone SAR. Tali Stati sono però parti della Convenzione SOLAS e quindi vincolati dalla disciplina sul salvataggio che, sui punti che ci interessano, è identica tra le due Convenzioni SAR e SOLAS.

l'esigenza dei naufraghi di ritornare, dopo il salvataggio, ai propri Paesi di partenza, di origine o di destinazione.

Nel contesto dei flussi migratori irregolari per mare, invece, le situazioni di pericolo sono di massa – per il gran numero di persone che tentano di migrare nel Mediterraneo – e programmate, per l'assoluta precarietà dei mezzi su cui è organizzata la traversata, spesso deliberatamente resi pericolosi allo scopo di provocare il salvataggio e lo sbarco in un posto sicuro. Per di più, anche le attività di salvataggio condotte dalle navi private si discostano dalla situazione originariamente presupposta, di cui possono trovarsi riflessi in alcune norme, ad es. in quella che prevede che gli Stati devono cooperare per la realizzazione dello sbarco con minore deviazione dalla rotta prevista. Ed invero, l'elevato numero di morti in mare e la mancanza di volontà politica degli Stati di incrementare le attività pubbliche di salvataggio hanno indotto organizzazioni non governative con finalità umanitarie ad intervenire con le proprie navi. In tal caso, quindi, le attività private di ricerca e salvataggio non hanno più carattere casuale ed occasionale, legate ad eventi verificatisi nel corso della propria rotta volta a fini diversi, ma diventano la finalità stessa del viaggio, assumendo carattere sistematico. Infine, le persone in pericolo in mare fuggono dai propri Stati di origine e di partenza e mirano a raggiungere uno Stato europeo anche infrangendo le norme sull'ingresso di stranieri e realizzando il, o partecipando al, reato di traffico di migranti⁵¹.

Abbiamo espressamente sottolineato le particolarità del salvataggio di migranti irregolari via mare al fine di rimarcare che, senza ombra di dubbio, esse restano confinate ad un rilievo meramente di fatto, che non altera il quadro giuridico: l'obbligo di salvataggio resta infatti applicabile ad ogni persona, in ogni zona di mare e da parte di ogni nave. A tal fine, rileva anzitutto l'art. 2.1.10 Annesso Convenzione SAR, ai sensi del quale: "Parties shall ensure that assistance be provided to any person in distress at sea. They shall do so regardless of the nationality or status of such a person or the circumstances in which that person is found". Già dalla lettera della disposizione risulta il rilievo assoluto ed incondizionato attribuito alla situazione di pericolo (*distress*) quale unico presupposto dell'assistenza, prescindendo non solo dallo *status* – e quindi dalla qualità di migrante o rifugiato –, ma anche dalle circostanze, incluso, evidentemente, il fatto che il pericolo sia stato eventualmente auto-indotto⁵². L'interpretazione testuale trova conferma nei lavori preparatori dai quali risulta che la disposizione conteneva originariamente solo il riferimento alla nazionalità; la previsione dell'irrelevanza dello *status* e delle circostanze fu aggiunta, su impulso del rappresentante dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR), precisamente al fine di assicurare che la convenzione non trovasse ostacoli nella applicazione al fenomeno dei *boat people* indocinesi che, proprio in

⁵¹ Insistono particolarmente sulle peculiari caratteristiche di fatto del soccorso a migranti irregolari in mare e sulle strategie attraverso le quali la disciplina dei salvataggi e il divieto di *refoulement* vengono strumentalizzati per consentire il traffico di migranti, P. MALLIA, *Migrant Smuggling by Sea: Combating a Current Threat to Maritime Security Through the Creation of a Cooperative Framework*, Leiden, 2009, p. 98 ss., e KOKA, VESHI, *op. cit.*, p. 40 ss.

⁵² Esclude che la genesi della situazione di pericolo possa condizionare l'obbligo di salvataggio M. DI FILIPPO, *Irregular Migration across the Mediterranean Sea*, cit., p. 64.

quegli anni, manifestava per la prima volta tutte le difficoltà delle migrazioni irregolari via mare⁵³.

Ad ulteriore conferma della volontà degli Stati di applicare ai migranti irregolari la disciplina sul salvataggio, vanno considerate le modifiche che furono apportate nel 2004 alla Convenzione SOLAS. Quest'ultima non conteneva una disposizione corrispondente a quella sopra considerata solo perché, all'epoca della sua adozione, non si era ancora diffuso il fenomeno dei flussi migratori via mare: per evitare che la mancata previsione della generale applicabilità potesse essere intesa come esclusione del fenomeno migratorio, si volle inserire, alla fine della regola 33/V par. 1, una disposizione identica all'art. 2.1.10 Annesso Convenzione SAR⁵⁴.

È importante ricordare che una disposizione di tenore analogo a quelle ora citate delle Convenzioni SAR e SOLAS è contenuta nell'art. 9 reg. 656/2014 ai sensi del quale gli Stati membri osservano l'obbligo di prestare assistenza a "qualunque natante o persona in pericolo in mare (...) indipendentemente dalla cittadinanza o dalla situazione giuridica dell'interessato o dalle circostanze in cui si trova". La stessa disposizione, al par. 2, lett. f), nell'elencare i fatti che possono essere presi in considerazione per accertare una situazione di pericolo, si limita ad indicare una serie di fattori di rischio oggettivamente considerati, a prescindere dalle cause che possano averli determinati. Il regolamento, pur applicandosi esclusivamente alle operazioni di controllo delle frontiere esterne marittime condotte dagli Stati membri nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia FRONTEX, denota in generale l'*opinio iuris* degli Stati UE; per di più, in quanto specificamente rivolto alla prevenzione e repressione del traffico di migranti e della tratta via mare, esso manifesta altresì la convinzione della applicabilità degli obblighi internazionali di salvataggio non solo alle generiche fattispecie di migrazione irregolare, ma anche ai casi in cui si delineino i reati di traffico e di tratta.

Anche al di fuori dell'ambito normativo UE, del resto, il fatto che la presenza ed il pericolo in mare siano dovuti alla realizzazione dei reati di traffico di migranti o di tratta non priva le persone dell'assistenza dovuta. Sia il Protocollo sulla tratta che quello sul traffico di esseri umani⁵⁵, infatti, contengono una clausola di salvaguardia per la quale "[n]essuna disposizione del presente Protocollo ha incidenza sui diritti, obblighi e responsabilità degli Stati e dei privati in forza del diritto internazionale, ivi compreso del diritto internazionale umanitario e del diritto internazionale rela-

⁵³ International Conference on Maritime Search and Rescue, 1979, Agenda item 6, SAR/CONF/6/2, IMO Archives. Sui lavori preparatori e sulla disciplina della Convenzione SAR, v. A. CAMPÀS VELASCO, *The International Convention on Maritime Search and Rescue: Legal Mechanisms of Responsibility-Sharing and Co-Operation in the Context of Sea Migration?*, University College Dublin Working Papers in Law, Criminology and Socio-Legal Studies, Research Paper n. 11/17, p. 7 ss., reperibile *online*.

⁵⁴ IMO Doc., resolution MSC 153(78), Adoption of Amendments to the International Convention for the Safety of Life At Sea, 1974, As Amended, Annex 3, 20 maggio 2004, reperibile *online*, che ha aggiunto al par. 1 della regola 33/V della Convenzione SOLAS il seguente paragrafo: "This obligation to provide assistance applies regardless of the nationality or status of such persons or the circumstances in which they are found".

⁵⁵ Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità transnazionale organizzata per combattere il traffico illecito di migranti via terra, via mare e via aria, adottato il 15 novembre 2000, in *United Nations Treaty Series*, vol. 2241, p. 507 ss. (Protocollo sul traffico); Protocollo addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità transnazionale organizzata volto a prevenire, reprimere e punire la tratta delle persone, in particolare delle donne e dei fanciulli, adottato il 15 novembre 2000, *ivi*, vol. 2237, p. 319 ss. (Protocollo tratta).

tivo ai diritti umani, ed in particolare, ove applicabili, della Convenzione del 1951 e del Protocollo del 1967 relativi allo statuto dei rifugiati ed al principio di non-allontanamento che vi è enunciato”⁵⁶. Inoltre, l’art 16, par. 3, del Protocollo sul traffico stabilisce che “[c]iascuno Stato Parte fornisce un’assistenza adeguata ai migranti la cui vita, o incolumità, è in pericolo per il fatto di essere stati oggetto delle condotte di cui all’articolo 6 del presente Protocollo”. Rilevante è altresì l’art. 9, lett. a), che pone una clausola generale di salvaguardia per tutte le persone a bordo, inclusi gli stessi trafficanti, stabilendo che, quando uno Stato adotta rispetto ad una nave misure volte a reprimere il traffico, esso è comunque obbligato ad assicurare “l’incolumità e il trattamento umano delle persone a bordo”.

Con riguardo, infine, alle attività di salvataggio condotte dalle organizzazioni non governative, va detto che, anche se esse non corrispondono esattamente alla fattispecie originariamente configurata nelle intenzioni dei redattori delle convenzioni, di ciò non vi è traccia nella formulazione delle norme che impongono l’obbligo di salvataggio, le quali hanno una portata universale anche dal lato passivo, applicandosi a qualsiasi nave senza distinzioni. Poiché non si rinvencono altre norme internazionali o interne che vietino tali attività, esse devono essere considerate non solo legittime, ma anche socialmente e moralmente meritorie.

6. Esaminati gli obblighi di salvataggio e accertato che essi non sono in alcun modo alterati nella loro applicazione al fenomeno delle migrazioni irregolari via mare, arriviamo adesso al punto di confluenza tra la disciplina del salvataggio e quella della protezione internazionale. L’anello di congiunzione è costituito dallo sbarco sulla terraferma delle persone salvate che, pur appartenendo alla disciplina sul salvataggio, è legato da un rapporto biunivoco con quella della protezione internazionale in quanto può essere presupposto, ma anche, come vedremo⁵⁷, conseguenza della applicazione di quest’ultima.

Con lo sbarco in uno degli Stati UE di destinazione nel Mediterraneo si determina per la prima volta l’ingresso in un Paese europeo di soggetti provenienti da Stati extraeuropei, ponendosi in teoria le premesse per l’applicazione dell’art. 13 reg. Dublino. Abbiamo già accertato che lo sbarco in un posto sicuro è contenuto di un obbligo internazionale, precisamente dell’obbligo di salvataggio di cui rappresenta uno dei molteplici profili: sussistono, quindi, anche i presupposti per l’applicazione dell’art. 6, par. 5, lett. c), Codice frontiere Schengen. Resta da accertare il contenuto dell’obbligo di sbarco, sia chiarendo la nozione di PoS, sia individuando lo specifico Stato costiero destinatario dell’obbligo⁵⁸.

⁵⁶ Art. 14 Protocollo tratta e art. 19 Protocollo sul traffico. V. anche l’art. 2, lett. b), Protocollo tratta e l’art. 16 Protocollo sul traffico, in base ai quali: “[n]ell’applicazione del presente Protocollo, ogni Stato Parte prende, compatibilmente con i suoi obblighi derivanti dal diritto internazionale, misure adeguate, comprese quelle di carattere legislativo se necessario, per preservare e tutelare i diritti delle persone che sono state oggetto degli atti enunciati all’articolo 6 del presente Protocollo come riconosciuti ai sensi del diritto internazionale applicabile, in particolare il diritto alla vita e il diritto a non essere sottoposti a tortura o altri trattamenti o pene inumani o degradanti”.

⁵⁷ Vedi oltre, par. 7.

⁵⁸ Sulla nozione di PoS e sui relativi obblighi degli Stati, v. J. COPPENS, E. SOMERS, *Towards New Rules on Disembarkation of Persons Rescued at Sea?*, in *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2010, p. 377 ss.; V. MORENO-LAX, *The EU Regime on Interdiction, Search and Rescue, and Disembarkation: The Frontex Guidelines for Intervention at Sea*, *ivi*, p. 621 ss.; D. TESTA, *Safeguarding Human Life and Ensuring Respect for Fundamental Human Rights: A Consequential Approach to the*

Circa la nozione di PoS, in partenza, facendo riferimento agli ordinari incidenti di navigazione, essa è stata prevalentemente intesa, in senso restrittivo, come il luogo in cui possono essere soddisfatti i bisogni umani fondamentali, quali cibo, riparo ed eventuali esigenze di natura medica. La sempre più frequente applicazione della disciplina sul salvataggio alle migrazioni irregolari, costituite da flussi misti in cui sono presenti soggetti bisognosi della protezione internazionale, ha imposto però un allargamento della nozione, per farvi rientrare esigenze di garanzia del rispetto di diritti umani fondamentali. Inizialmente, si è trattato di una interpretazione sistematica che ha collegato la disciplina del salvataggio a quella della protezione internazionale, ma oggi può dirsi che la nozione stessa di PoS si sia ampliata, arricchendosi del riferimento alla salvaguardia dei diritti umani fondamentali. Così, nelle *Guidelines* IMO del 2004, al par. 6.12, il PoS è ancora definito in termini identici a quelli della Convenzione SAR, ma si aggiunge, al par. 6.17, che “[t]he need to avoid disembarkation in territories where the lives and freedoms of those alleging a well-founded fear of persecution would be threatened is a consideration in the case of asylum-seekers and refugees recovered at sea”⁵⁹. In atti successivi, invece, soprattutto in ambito regionale europeo, il riferimento alla salvaguardia dei diritti umani fondamentali entra nella stessa definizione di PoS. Ad esempio, nella risoluzione 1821/2011 dell’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa del 21 giugno 2011, si raccomanda agli Stati “to carry out as a priority action the swift disembarkation of rescued persons to a ‘place of safety’ and interpret a ‘place of safety’ as meaning a place which can meet the immediate needs of those disembarked and in no way jeopardises their fundamental rights, since the notion of ‘safety’ extends beyond mere protection from physical danger and must also take into account the fundamental rights dimension of the proposed place of disembarkation”⁶⁰. A livello normativo, l’art. 2, n. 12, reg. 656/2014 stabilisce che per “luogo sicuro” si intende “un luogo in cui si ritiene che le operazioni di soccorso debbano concludersi e in cui la sicurezza per la vita dei sopravvissuti non è minacciata, dove possono essere soddisfatte le necessità umane di base e possono essere definite le modalità di trasporto dei sopravvissuti verso la destinazione successiva o finale tenendo conto della protezione dei loro diritti fondamentali nel rispetto del principio di non respingimento”⁶¹.

Pertanto, oggi un posto di sbarco può considerarsi sicuro solo quando il soggetto non corra il rischio di essere sottoposto a tortura, alla pena di morte, alle violazioni

Disembarkation of Persons Rescued at Sea, in *Ocean Yearbook*, 2014, p. 555; M. RATCOVICH, *The Concept of ‘Place of Safety’: Yet Another Self-Contained Maritime Rule or a Sustainable Solution to the Ever-Controversial Question of Where to Disembark Migrants Rescued at Sea?*, in *Australian Year Book of International Law*, 2015, p. 1 ss., reperibile *online*; A. CAMPAS VELASCO, *op. cit.*, p. 26 ss.; K. GOMBEER, *Human Rights Adrift? Enabling the Disembarkation of Migrants to a Place of Safety in the Mediterranean*, University College Dublin Working Papers in Law, Criminology and Socio-Legal Studies, Research Paper n. 08/17, reperibile *online*.

⁵⁹ IMO Doc., resolution MSC.167(78), *Guidelines on the Treatment of Persons Rescued At Sea (Guidelines IMO)*, 20 maggio 2004, reperibile *online*.

⁶⁰ Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa, risoluzione 1821/2011, del 21 giugno 2011, *The Interception and Rescue at Sea of Asylum Seekers, Refugees and Irregular Migrants*, reperibile *online*.

⁶¹ V. anche l’art. 4, par. 1, reg. 656/2014. Per la prassi in materia di ampliamento della nozione di posto sicuro cfr. altresì UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Background Paper: Refugees and Asylum-Seekers in Distress at Sea - How Best to Respond?*, Expert Meeting in Djibouti, 8-10 November 2011, Annex A, par. III.2, 2011, p. 7, reperibile *online*.

di diritti fondamentali, a persecuzioni per ragioni specifiche, o di essere respinto in un Paese ove possa subire i suddetti trattamenti⁶².

La nozione di PoS serve a determinare in negativo il luogo dello sbarco perché individua gli Stati ove i soggetti salvati non possono essere condotti, pena la violazione degli obblighi derivanti dalle Convenzioni SAR e SOLAS. Con riguardo alla situazione del Mediterraneo, ad esempio, deve ritenersi che tale violazione sussista qualora uno Stato, tramite i propri centri di coordinamento o grazie ad attività di intercettazione e respingimento, determini, o contribuisca a determinare, lo sbarco dei soggetti salvati sulle coste libiche⁶³.

Nessuna norma, invece, nella disciplina in esame, individua in positivo e *a priori* lo Stato specificamente ed individualmente obbligato a consentire lo sbarco sulle sue coste. Tale individuazione è rimessa alla cooperazione tra gli Stati, in funzione delle caratteristiche del caso concreto. Il comandante della nave, pertanto, non può fare affidamento fin dall'inizio su una destinazione certa e automatica, ma deve attendere l'accordo tra gli Stati, a meno che non si creino situazioni di pericolo per la nave e i passeggeri nel qual caso, in base al diritto consuetudinario e all'istituto del *distress*, può dirigersi di sua iniziativa in un porto, pur senza essere stato autorizzato all'ingresso.

L'obbligo di cooperare per rendere possibile lo sbarco non è di rapida attuazione nel caso dei migranti irregolari proprio perché gli Stati temono di essere gravati degli oneri della protezione internazionale e si rimpallano le rispettive responsabilità. Si determinano, così, di solito gravi dilazioni e ritardi nella conclusione del salvataggio: le navi sono costrette a stazionare per lungo tempo in una sorta di limbo con a bordo il loro doloroso carico di persone provate e vulnerabili e in condizioni materiali che determinano crisi umanitarie, dal primo caso della nave *Tampa*, nel 2001, al più recente episodio della *Sea Watch 3*⁶⁴. Proprio sulla scia del movimento di opinione suscitato dal caso *Tampa*, nel tentativo di rimediare a tale situazione, nel 2004 sono state adottate, nell'ambito dell'IMO, due risoluzioni che su questo punto hanno apportato alle Convenzioni SOLAS e SAR una modifica di contenuto identico⁶⁵. In conseguenza di ciò, la reg. 33/V, par. 1.1, Convenzione SOLAS e

⁶² È utile sottolineare che, per effetto dell'estensione della nozione di PoS, il divieto di sbarco in un posto non sicuro per violazione dei diritti umani si applica in virtù stessa del diritto di salvataggio e indipendentemente dal fatto che sussistano i presupposti di applicazione del principio di *non-refoulement*. Esso quindi vincola direttamente il comandante della nave privata – che non è destinatario del divieto di *refoulement* – e lo Stato SAR che ne dovrà tener conto nelle istruzioni fornite alle imbarcazioni soccorritrici, ancorché non si applichi ad esso il principio di *non-refoulement* perché i soggetti sono al di fuori della sua giurisdizione.

⁶³ Per le ragioni che fanno ritenere che la Libia non sia un posto sicuro di sbarco, v. Amnesty International, *Between the Devil and the Deep Blue Sea: Europe Fails Refugees and Migrants in the Central Mediterranean*, August 2018, p. 17 ss., reperibile *online*; UNHCR, *UNHCR Position on Returns to Libya*, Update II, 2018, par. 42, reperibile *online*; UNSMIL-UNHCR, *Desperate and Dangerous: Report on the Human Rights Situation of Migrants and Refugees in Libya*, 18 December 2018, reperibile *online*; Human Rights Watch, *L'inferno senza scampo. Le politiche dell'Unione Europea contribuiscono agli abusi sui migranti in Libia*, gennaio 2019, reperibile *online*.

⁶⁴ Sul caso *Tampa*, v. M. FURNARI, *Soccorso di profughi in mare e diritto d'asilo: questioni di diritto internazionale sollevate dalla vicenda della nave Tampa*, in *La Comunità Internazionale*, 2002, p. 61. Sul caso *Sea Watch 3*, v. P. DE SENA, M. STARITA, *op. cit.*, e L. GRADONI, L. PASQUET, *Lisistrata a Lampedusa: una riflessione sul caso Sea Watch 3*, in *SIDIBlog*, 6 luglio 2019, reperibile *online*.

⁶⁵ IMO Doc., resolution MSC.153(78) e resolution MSC.155(78), Adoption of Amendments to the International Convention on Maritime Search and Rescue, 1979, 20 maggio 2004, reperibile *online*. La

l'art. 3.1.9 Annesso Convenzione SAR prevedono attualmente che lo Stato nella cui zona SAR è avvenuto il salvataggio abbia “la responsabilità primaria” di assicurare il coordinamento e la cooperazione ai fini dello sbarco in un posto sicuro⁶⁶; tuttavia, tale responsabilità non comporta né in prima applicazione, né in via residuale – come conseguenza della difficoltà di pervenire ad un accordo –, l'obbligo di ricevere le persone salvate sul proprio territorio o il diritto di imporre ad un altro Stato di accoglierle nei suoi porti. Pertanto, pur dopo la modifica, le crisi possono essere risolte solo tramite negoziazioni tra le “relevant Parties” o sulla base di una spontanea disponibilità di qualcuno degli Stati contraenti.

Ulteriori tentativi di pervenire alla individuazione certa e *a priori* dello Stato tenuto a garantire lo sbarco hanno condotto solo alla elaborazione di atti di *soft law* che non riescono ad incidere sulla disciplina esistente. Va ricordata così la circolare adottata nel 2009 dal Facilitation Committee dell'IMO (FAL), in base alla quale le situazioni di stallo “dovrebbero” essere risolte, come *extrema ratio*, disponendo lo sbarco nello Stato SAR⁶⁷; tale atto, però, come si è detto, non è vincolante, oltre a non essere chiaro nella sua formulazione e ad essere stato, per di più, immediato oggetto di contestazione⁶⁸. Attualmente, ogni ulteriore disciplina della questione nell'ambito dell'IMO è stata rimessa ad accordi regionali e verte in una situazione di stallo.

In conclusione, nell'ambito del più ampio obbligo di salvataggio, anche lo sbarco si configura come oggetto di un obbligo solidale di cooperazione⁶⁹. Nell'attuazione di esso, oltre lo Stato SAR che ha anche compiti di coordinamento, hanno particolari responsabilità tutte le “relevant Parties” che devono accordarsi tra loro per individuare un posto sicuro; le Convenzioni non precisano la nozione di “relevant Parties”, ma una esemplificazione è offerta dalla citata circolare FAL che la riferisce a tutti gli Stati a vario titolo coinvolti in una specifica operazione di salvataggio quali, oltre lo Stato SAR, lo Stato di bandiera, quelli del porto più vicino

modifica apportata dalle due risoluzioni, entrata in vigore nel 2006, non è stata accettata da Malta; tuttavia, poiché tale modifica lascia in pratica immutata la disciplina precedente, perché non predetermina lo Stato obbligato allo sbarco, non può dirsi che la posizione di Malta sia sostanzialmente diversa da quella di tutti gli altri Stati UE.

⁶⁶ L'art. 3.1.9 Annesso Convenzione SAR stabilisce che lo Stato nella cui zona SAR è avvenuto il salvataggio “shall exercise primary responsibility for ensuring such co-ordination and co-operation occurs, so that survivors assisted are disembarked from the assisting ship and delivered to a place of safety, taking into account the particular circumstances of the case and guidelines developed by the Organization. In these cases the relevant Parties shall arrange for such disembarkation to be effected as soon as reasonably practicable”; l'unica differenza tra tale disposizione e il testo della regola 33/V, par. 1.1, Convenzione SOLAS è che in quest'ultima si parla di Governi contraenti, anziché di Stati parti.

⁶⁷ IMO Doc., Principles Relating to Administrative Procedures for Disembarking Persons Rescued at Sea, FAL.3/Circ.194, principio 2.3, 22 gennaio 2009, reperibile *online*, che recita: “[i]f disembarkation from the rescuing ship cannot be arranged swiftly elsewhere, the Government responsible for the SAR area should accept the disembarkation of the persons rescued in accordance with immigration laws and regulations of each Member State into a place of safety under its control in which the persons rescued can have timely access to post rescue support”.

⁶⁸ Sulla circolare e sui successivi lavori nell'ambito dell'IMO, v. J. COPPENS, E. SOMERS, *op. cit.*, p. 392 ss., e M. DI FILIPPO, *Irregular Migration Across the Mediterranean Sea*, cit., p. 53 ss., in specie p. 70 ss.

⁶⁹ L'unico atto normativo, rilevante ai nostri fini, che individua specificamente lo Stato ove i naufraghi devono essere condotti è il reg. 656/2014 che però, come sappiamo, si applica solo alle operazioni di controllo delle frontiere marittime condotte dagli Stati membri in cooperazione con FRONTEX.

e del porto di destinazione, gli Stati costieri confinanti con la zona SAR e quindi raggiungibili senza eccessivo disagio e altri ancora⁷⁰. Oltre l'indicato novero di Paesi particolarmente qualificati, l'obbligo di cooperazione riguarda, in ogni caso, tutti gli Stati parti che devono fare quanto possibile per assicurare che il capitano della nave soccorritrice sia liberato al più presto dai propri obblighi con la minore deviazione possibile dalla rotta⁷¹.

7. La normativa sul salvataggio in mare potrebbe esaurire la disciplina dello sbarco dei soggetti soccorsi solo nelle fattispecie "classiche", ma oggi poco rilevanti, di naufraghi o persone in pericolo in conseguenza di incidenti o collisioni. Nel caso dei migranti irregolari, invece, va tenuto conto anche della applicabilità del divieto di *refoulement* il quale, coordinandosi con le norme sul salvataggio, sopperisce, in taluni casi, alle difficoltà applicative di queste ultime⁷².

Originariamente previsto nell'art. 33 della Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati del 28 luglio 1951⁷³, tale principio è diventato parte integrante di diverse norme convenzionali a tutela dei diritti umani che vincolano gli Stati UE, quali l'art. 3 CEDU, l'art. 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966⁷⁴ e l'art. 10 della Convenzione delle Nazioni Unite sulla tortura del 10 dicembre 1984⁷⁵. Il divieto di *refoulement*, inoltre, è un pilastro fondante del SECA in

⁷⁰ IMO Doc., Principles Relating to Administrative Procedures cit., par. 2, n. 3: "All parties involved (for example, the Government responsible for the SAR area where the persons are rescued, other coastal States in the planned route of the rescuing ship, the flag State, the ship owners and their representatives, States of nationality or residence of the persons rescued, the State from which the persons rescued departed, if known, and the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR)) should cooperate in order to ensure that disembarkation of the persons rescued is carried out swiftly, taking into account the master's preferred arrangements for disembarkation and the immediate basic needs of the rescued persons".

⁷¹ V. art. 3.1.9, primo periodo, Annesso Convenzione SAR e regola 33/V par. 1.1., primo periodo, Convenzione SOLAS. V. anche art. 2.1.1 Annesso Convenzione SAR.

⁷² Sul divieto di *refoulement*, in generale, si rinvia a E. LAUTERPACHT, D. BETHLEHEM, *The Scope and Content of the Principle of Non-refoulement: Opinion*, in E. FELLER, V. TÜRK, F. NICHOLSON (eds.), *Refugee Protection in International Law*, Cambridge, 2003, p. 87 ss.; G. S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, Oxford, 2007, III ed.; S. TREVISANUT, *The Principle of Non-Refoulement at Sea and the Effectiveness of Asylum Protection*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2008, p. 205 ss., reperibile online; F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani*, Milano, 2009, p. 335 ss.; F. SALERNO, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in C. FAVILLI (a cura di), *op. cit.*, p. 3 ss.; International Committee of the Red Cross, *Note on Migration and the Principle of Non-refoulement*, in *International Review of the Red Cross*, 2018, p. 1 ss.

⁷³ *United Nations Treaty Series*, vol. 189, p. 137 ss. Alla Convenzione si aggiunge il Protocollo applicativo del 31 gennaio 1967, *ivi*, vol. 606, p. 267 ss.

⁷⁴ *United Nations Treaty Series*, vol. 999, p. 171 ss. Sono stati la Corte europea e il Comitato dei diritti dell'uomo, in quanto organi di garanzia, rispettivamente, della CEDU e del Patto sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966, a ricavare interpretativamente il divieto di *refoulement* dalle norme che vietano la tortura. Nel caso, invece, della Convenzione delle Nazioni Unite sulla tortura del 10 dicembre 1984, il divieto è espressamente disposto dall'art. 10. Nella giurisprudenza della Corte europea, alla quale ci riferiremo nel seguito del lavoro, il divieto di *refoulement* è stato desunto dall'art. 3 a partire dalla sentenza del 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, par. 91. Su tale giurisprudenza, cfr., ad esempio, V. STARACE, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed estradizione*, in F. SALERNO (a cura di), *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione*, Padova, 2003, p. 97 ss.; A. SACCUCCI, *Diritto di asilo e Convenzione europea dei diritti umani: il ruolo della Corte di Strasburgo nella protezione dello straniero da misure di allontanamento verso Paesi "a rischio"*, in C. FAVILLI (a cura di), *op. cit.*, p. 147 ss.

⁷⁵ *United Nations Treaty Series*, vol. 1465, p. 85 ss.

quanto, contemplato già nell'art. 78, par. 1, TFUE e nell'art. 19, par. 2, della Carta sui diritti fondamentali dell'UE⁷⁶, è stato espressamente sancito nelle direttive qualitative⁷⁷ e procedure⁷⁸, oltre che nella direttiva rimpatri⁷⁹; l'applicazione del principio nelle operazioni di controllo delle frontiere condotte dagli Stati in cooperazione con l'Agenzia FRONTEX è inoltre garantita nell'art. 4 reg. 656/2014⁸⁰.

Per effetto delle norme indicate, è vietato respingere uno straniero verso uno Stato ove egli correrebbe il rischio di essere sottoposto a persecuzione per motivi specifici, ovvero a tortura, trattamenti disumani o degradanti o ad altre gravi violazioni di diritti umani fondamentali; è altresì proibito il respingimento verso un Paese in cui, pur non sussistendo il rischio di essere assoggettati ai trattamenti indicati, non è assicurato il rispetto del divieto di *refoulement*. Il principio, pur non equivalendo ad un diritto di asilo, implica per lo Stato obbligato la necessità di garantire l'accesso dei potenziali richiedenti protezione a procedure di accertamento del loro *status* e quindi, entro tali limiti, l'accesso al proprio territorio⁸¹. Né quest'ultimo è escluso dal fatto che lo Stato obbligato dal divieto in questione può liberarsi respingendo l'individuo verso uno Stato terzo sicuro (*safe third country*)⁸². Difatti, almeno in ambito regionale europeo, la Corte europea ha chiarito che il carattere sicuro dello Stato terzo non può costituire una presunzione assoluta, giustificatrice di un respingimento automatico, ma deve poter essere oggetto di contestazione con riguardo alla

⁷⁶ Proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e riproclamata a Strasburgo il 12 dicembre 2007 dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione. La CGUE ha ripetutamente stabilito che l'art. 19, par. 2, e l'art. 4 della Carta, che pone il divieto di tortura, vanno letti alla luce del significato e della portata dell'art. 3 CEDU come interpretato dalla Corte europea (v. ad es., le sentenze della Corte di giustizia, Grande sezione, del 18 dicembre 2014, causa C-562/13, *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve c. Moussa Abdida*, punti 47-49; Grande sezione, del 24 aprile 2018, causa C-353/16, *MP c. Secretary of State for the Home Department*, punti 37-43).

⁷⁷ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno *status* uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione), art. 21.

⁷⁸ Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale (rifusione), articoli 9, 35 e 38.

⁷⁹ Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, art. 5.

⁸⁰ Per la sua diffusa previsione e applicazione, il principio in esame è ritenuto altresì oggetto di una norma consuetudinaria cogente. Tuttavia, ai fini della nostra indagine, volta ad accertare gli obblighi per gli Stati UE di ammissione al proprio territorio, è sufficiente l'esame della ricca e particolareggiata disciplina convenzionale e unionale menzionata che, in quanto applicabile a tutti gli Stati UE, ci esime da indagini ricostruttive dell'esatto contenuto della norma consuetudinaria.

⁸¹ In ambito europeo, detto accesso al territorio può configurarsi come contenuto di un vero e proprio diritto soggettivo in conseguenza del riconoscimento, in base all'art. 13 CEDU, di un diritto soggettivo di accesso a procedure adeguate per la garanzia dell'art. 3.

⁸² La nozione di *safe third country* e quella analoga di *country of first asylum* sono accolte nella direttiva procedure agli articoli 35 e 38. Su tali nozioni, v. G. CELLAMARE, *In tema di "Paese sicuro" nel sistema europeo di asilo*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *op. cit.*, p. 417 ss.; UNHCR, *Legal Considerations Regarding Access to Protection and a Connection between the Refugee and the Third Country in the Context of Return or Transfer to Safe Third Countries*, aprile 2018, reperibile *online*; R. CORTINOVIS, *The Role and Limits of the Safe Third Country Concept in EU Asylum*, Research Social Platform on Migration and Asylum, luglio 2018, reperibile *online*.

situazione particolare di ogni singolo individuo⁸³. Pertanto, resta fermo l'obbligo di consentire l'accesso al territorio, quanto meno per esperire la procedura di accertamento relativa alla asserita "sicurezza" dello Stato terzo⁸⁴.

L'applicazione del divieto di *refoulement* ai migranti irregolari salvati in mare può quindi sopperire alle incertezze nella individuazione del PoS determinando, a carico di quello tra gli Stati implicati nel salvataggio che risulti eventualmente vincolato dal divieto, l'obbligo di far accedere al suo territorio, e quindi sbarcare, i soggetti che invocano o potrebbero invocare la protezione internazionale. In tal caso, come già detto, poiché l'ingresso costituisce conseguenza del principio di *non-refoulement*, si rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 13 reg. Dublino: è necessario, pertanto, ai nostri fini, accertare i presupposti di applicabilità del principio in questione rispetto agli Stati coinvolti in un salvataggio, verificandone l'estensione alle diverse zone in cui il mare è diviso. Difatti, mentre la disciplina del salvataggio in mare si applica a tutti i soggetti in pericolo, indipendentemente dalla zona di mare in cui si trovano e dalla giurisdizione statale cui sono sottoposti, il divieto di *refoulement* ha un ambito di applicazione diversamente definito. L'art. 33 della Convenzione di Ginevra sembrerebbe testualmente limitarlo agli individui che si trovano nel territorio o ai confini di uno Stato. Le norme convenzionali su diritti umani da cui il principio è stato ricavato, invece, configurano come presupposto di applicazione la circostanza che l'individuo possa considerarsi sottoposto alla "giurisdizione" di uno Stato parte: esse pongono quindi un problema di interpretazione della nozione di giurisdizione al fine di verificare l'applicabilità extraterritoriale del principio anche a soggetti che si trovano in alto mare⁸⁵. Ai nostri fini, è sufficiente operare tale esame principalmente con riguardo alla CEDU, senza necessità di ulteriori indagini relative alle altre norme convenzionali, in quanto tutti gli Stati

⁸³ Possono menzionarsi, ad esempio, tra le altre, la sentenza della Corte europea, Grande camera, del 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia* – nel contesto del regolamento di Dublino – e la più recente sentenza del 14 marzo 2017, *Ilias Ahmed c. Ungheria*, ricadente al di fuori del "sistema Dublino". In quest'ultima sentenza, la Corte ha anche avuto modo di precisare che il ricorso volto ad escludere il carattere sicuro dello Stato di rinvio deve essere fornito di tutte le garanzie della procedura sulla fondatezza della domanda di protezione (difensore di ufficio, interprete, tempi adeguati per la difesa, ecc.) e che l'onere della prova non può essere addossato solo al ricorrente, soprattutto quando il carattere poco sicuro dello Stato di rinvio risulta da rapporti di ONG e di istituzioni internazionali (v. sul punto D. VENTURI, *The ECtHR Ruling in Ilias and Ahmed: 'Safe Third Country' Concept Put to the Test*, in *European Database of Asylum law*, 13 aprile 2017, reperibile online).

⁸⁴ Per una approfondita dimostrazione del fatto che il divieto di *refoulement* implica il diritto di accesso a procedure di accertamento del proprio status e, pertanto, il diritto di accesso al territorio per lo svolgimento di tali procedure, si rinvia a M. GIUFFRÈ, *Access to Asylum at Sea? Non-refoulement and a Comprehensive Approach to Extraterritorial Human Rights Obligations*, in V. MORENO-LAX, E. PAPANASTAVRIDIS (eds.), *op. cit.*, p. 248 ss. (in particolare, p. 264 per la dimostrazione che le procedure di esame delle domande di protezione non possono essere svolte a bordo di una nave pubblica in alto mare e richiedono sempre lo sbarco). Ritiene che il divieto di *refoulement* non implichi il diritto di accesso alle procedure di asilo e quindi, entro tali limiti, al territorio dello Stato, K. GOMBEER, *op. cit.*, p. 23.

⁸⁵ Sulla nozione di "giurisdizione" nelle convenzioni sui diritti umani, v. 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. Sull'applicazione extraterritoriale del divieto di *refoulement*, v. U.N. Committee Against Torture (CAT), *Conclusions and Recommendations, United States of America*, 25 July 2006, CAT/C/USA/CO/2, par. 15, reperibile online; UNHCR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, Geneva, 26 January 2007, par. 24, reperibile online. In dottrina, cfr. E. LAUTERPACHT, D. BETHLEHEM, *op. cit.*, p. 89 ss.

UE sono parti di tale convenzione e risulterebbero obbligati ad una applicazione extraterritoriale del principio anche se essa risultasse soltanto dalla giurisprudenza della Corte europea⁸⁶.

Interpretando la nozione di “giurisdizione” di cui all’art. 1 CEDU, la Corte l’ha intesa, in primo luogo e principalmente, in senso territoriale⁸⁷. Ai nostri fini, ciò comporta che il divieto di *refoulement* derivante dal sistema della CEDU vincola lo Stato costiero nel cui mare territoriale sono salvati i migranti irregolari e che tale Stato, quindi, è obbligato a farli sbarcare nei suoi porti⁸⁸.

Nella giurisprudenza della Corte europea sono state configurate, inoltre, ipotesi di giurisdizione extraterritoriale collegate all’esercizio, da parte degli organi statali, di un potere di controllo esclusivo ed effettivo o su una zona (modello spaziale di giurisdizione), o su un individuo (modello personale di giurisdizione), al di fuori del territorio dello Stato cui detti organi appartengono⁸⁹. Il controllo è *de iure* quando derivi da norme convenzionali o consuetudinarie che attribuiscono poteri di giurisdizione ad uno Stato fuori dal suo territorio; esso è invece *de facto* quando, dall’insieme delle circostanze concrete di un caso specifico, risulti l’esercizio effettivo di un controllo, ancorché non attribuito da alcuna norma.

Con riguardo all’alto mare, la Corte ha espressamente riconosciuto come forma di giurisdizione extraterritoriale *de iure*, in quanto prevista da norme consuetudinarie e convenzionali, quella esercitata da uno Stato sulle navi battenti la sua bandiera⁹⁰; ne consegue che, quando i migranti irregolari vengano fatti salire a bordo di una nave pubblica, il divieto di *refoulement* vincola lo Stato di bandiera. Si è avuta una importante applicazione espressa di tale principio nel caso *Hirsi Jamaa* riguardante una operazione di intercettazione di migranti irregolari in alto mare durante la quale, però, si era creata una situazione di pericolo che aveva indotto a far salire i migranti a bordo della nave pubblica intercettante⁹¹. Tale circostanza ha determinato

⁸⁶ Per un esame della giurisprudenza della Corte europea sulla nozione di giurisdizione, condotto nell’ottica delle ricadute sull’applicazione del divieto di *refoulement*, v. European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), *Scope of the Principle of Non-Refoulement in Contemporary Border Management: Evolving Areas of Law*, 2016, reperibile online; K. GOMBEER, *op. cit.*, p. 18 ss.; S. KIM, *Non-Refoulement and Extraterritorial Jurisdiction: State Sovereignty and Migration Controls at Sea in the European Context*, in *Leiden Journal of International Law*, 2017, p. 30 ss., in specie, p. 49 ss., reperibile online.

⁸⁷ Corte europea, Grande camera, sentenza del 12 dicembre 2001, *Banković e altri c. Belgio e altri*, par. 59; v. anche sentenza dell’8 luglio 2004, *Ilaşcu e altri c. Moldavia e Russia*, paragrafi 312-314; Grande camera, sentenza del 7 luglio 2011, *Al Skeini e altri c. Regno Unito*, par. 131.

⁸⁸ Per la precisazione per la quale tale obbligo sussiste se il salvataggio sia operato da nave privata o da una nave pubblica battente bandiera dello Stato costiero, v. *infra*.

⁸⁹ Sentenza *Banković*, par. 68 ss.

⁹⁰ *Ivi*, par. 73.

⁹¹ Corte europea, Grande camera, sentenza del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*. Sulla decisione, v. G. CARELLA, *Il divieto di respingimenti in mare, il caso Hirsi Jamaa e l’isola che non c’è, in Sud in Europa*, 2012, n. 1, p. 5 ss.; G. CELLAMARE, *La sentenza Hirsi Jamaa e la “nuova fase di cooperazione” tra Italia e Libia nel settore migratorio*, *ivi*, n. 2, p. 3 ss.; M. GIUFFRÈ, *Watered-down Rights on the High Seas: Hirsi Jamaa and Others v. Italy (2012)*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2012, p. 728 ss.; B. NASCIBENE, *Condanna senza appello per i «respingimenti»*, in *Affari internazionali*, 10 marzo 2012, reperibile online; U. VILLANI, *Osservazioni sulla sentenza della Corte europea nell’affaire Hirsi Jamaa e sui problemi relativi alla sua esecuzione*, in *I diritti dell’uomo. Cronache e battaglie*, 2012, n. 1, p. 5 ss.

l'applicabilità del divieto di *refoulement* e la condanna dell'Italia per averlo violato respingendo i migranti in Libia, giudicata dalla Corte europea un Paese non sicuro⁹².

Quando non vi sia trasbordo, la Corte ha ritenuto applicabili le garanzie della CEDU, sempre in base al criterio del controllo *de iure*, con riguardo ad attività di intercettazione autorizzate da un previo accordo internazionale. Così, nel caso *Xhavara*, la Corte ha affermato l'applicabilità del diritto alla vita, garantito dalla CEDU, all'equipaggio di una nave albanese oggetto di speronamento in alto mare conseguente ad una attività di intercettazione mal condotta da parte di una nave pubblica italiana⁹³. Sebbene la Corte non abbia menzionato espressamente il controllo *de iure*, è su di esso tuttavia che la decisione è fondata, sia per il carattere decisivo che assume nella motivazione il riferimento all'esistenza di un accordo tra Italia e Albania che autorizzava il nostro Stato ad operare un blocco navale a fini di repressione del traffico di migranti, sia per il chiarimento successivamente offerto dalla Corte stessa nella sentenza *Banković*⁹⁴.

Qualora, invece, una nave pubblica eserciti in alto mare un controllo effettivo su una imbarcazione battente bandiera di altro Stato, senza che ci sia trasbordo dalla seconda alla prima e in mancanza di norme che autorizzino l'esercizio di poteri coercitivi, vertiamo nell'ipotesi del controllo *de facto* che parimenti giustifica l'applicazione della CEDU. Un esempio è costituito dalla decisione nel caso *Medvedev* in cui le garanzie convenzionali sono state applicate all'intercettazione di una imbarcazione commerciale cambogiana da parte di una nave militare francese perché, pur non essendoci stato trasbordo, i militari avevano mantenuto un controllo stabile ed effettivo sulla nave e sull'equipaggio intercettati⁹⁵. Anche di tale criterio di invocabilità extraterritoriale della CEDU è stata fatta concreta applicazione al divieto di *refoulement* nella sentenza *Hirsi Jamaa*⁹⁶.

Riassumendo, il divieto di *refoulement* derivante da norme CEDU vincola lo Stato di bandiera, in caso di salvataggio operato – mediante trasbordo o controllo – da una nave pubblica in qualsiasi zona di mare, ovvero lo Stato costiero, nelle ipotesi di salvataggi condotti da navi private nel mare territoriale. In tali casi, poiché lo sbarco avviene in applicazione di un obbligo che configura una responsabilità

⁹² È appena il caso di aggiungere che il trasbordo dei migranti su di una nave comporta che l'eventuale respingimento degli stessi costituisca violazione della CEDU solo nel caso in cui si tratti di una nave pubblica. Difatti, perché lo Stato risponda dell'illecito compiuto è necessario che, oltre ai presupposti di applicabilità della Convenzione, sussistano anche quelli della responsabilità: il primo problema si risolve interpretando la nozione di giurisdizione, il secondo applicando i principi sull'elemento soggettivo dell'illecito in base ai quali lo Stato risponde solo del comportamento dei suoi organi. Nel caso di nave privata, quindi, l'eventuale respingimento operato dal capitano o dall'equipaggio non potrebbe essere attribuito allo Stato di bandiera, salvo la configurabilità dell'organo di fatto.

⁹³ Corte europea, sentenza dell'11 gennaio 2001, *Xhavara c. Italia*.

⁹⁴ Sentenza *Banković*, par. 81, ove la Corte chiarisce che nel caso *Xhavara* non si poneva un problema di giurisdizione proprio perché quest'ultima era attribuita all'Italia da un accordo precedente l'incidente. Nel caso in questione erano ravvisabili anche gli estremi del controllo di fatto, nella modalità indiretta, che si realizza quando una nave pubblica, senza arrivare ad intercettare il battello dei migranti, cerca di bloccare la rotta o di "scortarlo" lontano dal mare territoriale del proprio Stato: in tal senso, C. HATHAWAY, T. GAMMELTOFT-HANSEN, *Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2015, p. 235 ss., in specie p. 266.

⁹⁵ Corte europea, Grande camera, sentenza del 29 marzo 2010, *Medvedev e altri c. Francia*, par. 67.

⁹⁶ Sentenza *Hirsi Jamaa*, par. 81, ove la Corte afferma che, dal momento in cui erano stati fatti salire a bordo, fino al momento in cui erano stati consegnati alle autorità libiche, i migranti erano stati sottoposti al controllo non solo *de iure*, ma anche *de facto* degli organi italiani.

individuale di consentire l'accesso al proprio territorio, si applicherà l'art. 13 reg. Dublino.

Alla luce della giurisprudenza considerata, non si ravvisano gli estremi della giurisdizione extraterritoriale *de iure* o *de facto*, invece, nei casi di salvataggio realizzato da navi private in alto mare, con conseguente inapplicabilità sia del divieto di *refoulement*, sia dell'art. 13 reg. Dublino ad esso collegato⁹⁷.

Non può ritenersi, infatti, che l'imbarcazione in pericolo in alto mare o la nave privata che l'abbia salvata siano sottoposte al controllo *de iure* dello Stato SAR in quanto la Convenzione SAR, come già rilevato, non configura la zona SAR come una zona territoriale⁹⁸. Da tale convenzione, inoltre, neppure deriva l'attribuzione di una giurisdizione funzionale perché allo Stato SAR non vengono attribuiti poteri (tanto meno coercitivi), ma, al contrario, sono soltanto imposti obblighi di cooperazione e coordinamento con gli altri Stati: come è risultato dall'esame della disciplina, lo Stato SAR competente non ha il potere di decidere la sorte dei salvati perché deve consultarsi con gli altri Stati e negoziare con essi il luogo di sbarco.

A maggior ragione è da escludere che la nave privata attuatrice del salvataggio sia sottoposta al controllo di fatto dello Stato che ha ricevuto la segnalazione di pericolo e che coordina a distanza le operazioni di soccorso (sia esso lo Stato SAR o altro Stato costiero in sostituzione di quest'ultimo). Difatti, in tal caso, alla già rilevata assenza di poteri di controllo dello Stato che coordina il soccorso si aggiunge l'inammissibilità di un controllo *de facto* esercitato a distanza. Nella giurisprudenza della Corte europea, ai fini dell'accertamento di giurisdizione, si è sempre richiesto, senza eccezioni, un controllo effettivo che, implicando la possibilità di determinare la condotta di un soggetto, grazie a un certo livello di coercizione, presuppone la disponibilità o vicinanza fisica dell'individuo⁹⁹. Mai invece ha assunto rilievo, ai fini della applicabilità della convenzione, l'esistenza di un semplice legame tra l'individuo e l'organo dello Stato¹⁰⁰; la Corte ha sempre respinto ogni interpretazione in tal

⁹⁷ S. TREVISANUT, *Is There a Right to be Rescued at Sea? A Constructive View*, in *Questions of International Law*, 23 giugno 2014, p. 13, reperibile *online*, ritiene che la chiamata di soccorso accolta da uno Stato sia sufficiente a porre gli individui sotto la giurisdizione di quest'ultimo in base ad un controllo *de facto* a distanza se la nave è al di fuori della zona SAR, ovvero alla stregua di un controllo *de iure* se rientri in detta zona; conformi E. KOKA, D. VESHI, *op. cit.*, p. 48.

⁹⁸ V. sopra, par. 6.

⁹⁹ Cfr., ad esempio, la decisione nel caso *Al-Skeini*, par. 136, ove, con riguardo al controllo *de facto*, si afferma: “[w]hat is decisive in such cases is the exercise of physical power and control over the person in question”.

¹⁰⁰ Taluni autori (v., ad es., M. FINK, K. GOMBEER, *The Aquarius Incident: Navigating the Turbulent Waters of International Law*, in *EJIL blog*, 14 giugno 2018, reperibile *online*; S. CARRERA, R. CORTI-NOVIS, *op. cit.*, p. 18) ritengono che la sentenza della Corte europea del 3 febbraio 2009, *Women on Waves e altri c. Portogallo*, potrebbe costituire un precedente a favore del rilievo di un semplice legame tra individuo e organo dello Stato. In essa, veniva in considerazione il divieto di ingresso nelle acque territoriali rivolto dalle autorità portoghesi ad una nave appartenente ad una associazione olandese di propaganda dell'aborto che intendeva usare la nave stessa per organizzare a bordo seminari ed iniziative in favore della interruzione di gravidanza. Il fatto che la Corte giudichi della legittimità di tale divieto viene interpretato come prova che un semplice ordine rivolto ad una nave straniera in alto mare possa costituire fondamento della giurisdizione dello Stato e della conseguente applicazione della Convenzione. In realtà, nella decisione il problema della giurisdizione non è né sollevato né altrimenti affrontato e, per di più, ciò avviene in ragione del fatto che essa non appare contestabile. Difatti le autorità portoghesi avevano affiancato una nave da guerra a quella straniera per determinare quest'ultima al rispetto del divieto, con ciò esercitando un controllo di fatto che già di per sé fondava la giurisdizione.

senso, escludendo espressamente, in particolare, il c.d. *cause and effect approach* per il quale la giurisdizione di uno Stato su di un individuo sussisterebbe tutte le volte in cui le condotte statali siano suscettibili di determinare una violazione dei diritti garantiti dalla CEDU¹⁰¹.

Anche nella prassi degli organi di garanzia degli altri trattati, vincolanti per gli Stati UE, da cui derivano divieti di *refoulement* il controllo *de facto* è utilizzato come criterio di applicabilità, ma sempre in casi comportanti la disponibilità e vicinanza fisica dell'individuo, come i rapimenti¹⁰², mentre non si rinvencono decisioni a favore del *cause and effect approach*¹⁰³.

8. L'indagine sin qui svolta ci ha condotti ad accertare che, nei casi di salvataggio posti in essere da navi private nel mare internazionale, non applicandosi il divieto di *refoulement*, non c'è alcuno Stato che abbia un obbligo individuale e predeterminato di far accedere i soggetti salvati al proprio territorio; è configurabile, invece, tra tutti gli Stati parti delle Convenzioni SAR e SOLAS un obbligo solidale avente come contenuto la cooperazione per assicurare uno sbarco in un posto

Inoltre, l'ordine dato non andava ad incidere sull'esercizio della libertà di pensiero e riunione sulla nave straniera in alto mare, ma si sostanzava in una limitazione delle possibili modalità di manifestazione dei suddetti diritti in territorio portoghese, rientrando quindi pienamente nella giurisdizione territoriale.

¹⁰¹ Cfr. la sentenza *Banković*, par. 75, ove la Corte respinge espressamente il *cause and effect approach* affermando: "The applicants' submission is tantamount to arguing that anyone adversely affected by an act imputable to a Contracting State, wherever in the world that act may have been committed or its consequences felt, is thereby brought within the jurisdiction of that State for the purpose of Article 1 of the Convention. The Court is inclined to agree with the Governments' submission that the text of Article 1 does not accommodate such an approach to jurisdiction". La Corte aggiunge che il *cause and effect approach* priverebbe di utilità l'art. 1 CEDU e determinerebbe una confusione tra la questione dei presupposti di applicabilità della Convenzione e quella dei presupposti della responsabilità di uno Stato.

¹⁰² Il Comitato contro la tortura della Convenzione sulla tortura del 1984, ad esempio, configura un esercizio extraterritoriale della giurisdizione in alto mare in casi di soccorso quando gli individui si trovino sottoposti al controllo effettivo di una nave pubblica: cfr. UN Committee Against Torture (CAT), *General Comment n. 2 (2007)*, CAT/C/GC/2/CRP.1/Rev.4, par. 16.; CAT, *J.H.A. v. Spain*, CAT/C/41/D/323/2007, 21 novembre 2008, par. 8.2, reperibile *online*. Il Comitato dei diritti umani del Patto sui diritti civili e politici applica il criterio del controllo *de facto* a casi di rapimenti: v., ad es., U.N. Human Rights Committee, *Delia Saldias de Lopez v. Uruguay*, U.N. Doc. CCPR/C/13/D/52/1979, 29 luglio 1981, par. 12 ss., reperibile *online*, in cui si afferma l'applicabilità extraterritoriale del Patto sui diritti civili e politici in un caso di arresto, maltrattamenti e detenzione all'estero di un individuo da parte di agenti uruguaiani in territorio straniero. V. anche U.N. Human Rights Committee, *General Comment No. 31 [80], The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, 29 marzo 2004, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, par. 10, ove si legge: "[State] must respect and ensure the rights laid down in the Covenant to anyone within the power or effective control of the [State], even if not situated within the territory".

¹⁰³ Solo in ambito regionale americano potrebbero ravvisarsi casi di applicazione del *cause and effect approach*: v. Inter-American Commission on Human Rights, *Alejandro Jr. et al. v. Cuba*, Report No. 86/99, Case 11.589, 29 settembre 1999, par. 23 ss., che afferma la responsabilità di Cuba per violazione del diritto alla vita a seguito del bombardamento di un aereo civile da parte di aerei militari cubani effettuato nello spazio aereo internazionale. V. altresì Inter-American Court of Human Rights (IACHR), *The Environment and Human Rights (State Obligations in Relation to the Environment in the Context of the Protection and Guarantee of the Rights to Life and to Personal Integrity - Interpretation and Scope of Articles 4(1) and 5(1) of the American Convention on Human Rights)*, Advisory Opinion OC-23/17, 15 novembre 2017, Series A n. 23, paragrafi 95 e 101 s., reperibile *online*, per la quale la giurisdizione di uno Stato è ravvisabile quando vi sia un nesso causale tra gli effetti extraterritoriali di attività dello Stato nel territorio e la violazione di diritti umani all'estero.

sicuro il più presto possibile, in funzione delle circostanze del caso concreto. In attuazione di tale obbligo, ogni Stato è tenuto a svolgere tutte le attività necessarie, secondo un criterio di *due diligence*, inclusa l'offerta dei propri porti quando essa, in base alle circostanze concrete, assicuri una conclusione tempestiva e sicura del soccorso. Pertanto, se uno Stato parte delle Convenzioni SAR e SOLAS autorizza l'ingresso della nave soccorritrice nei propri porti, tale autorizzazione non può configurarsi come attuazione di un obbligo di consentire l'accesso al proprio territorio, perché nessuno Stato ha un obbligo siffatto in base alle Convenzioni citate. L'autorizzazione concessa costituisce, invece, una delle possibili attività attuative dell'obbligo di cooperare per consentire il salvataggio e quindi è data nell'interesse comune di tutti gli Stati coinvolti, a tutela del bene comune della salvaguardia della vita in mare, oggetto degli obblighi di cooperazione.

Sono chiare le ripercussioni sull'applicabilità dell'art. 13 reg. Dublino della corretta configurazione giuridica dello sbarco. Ed invero, si rende evidente che mancano, in tal caso, entrambi i presupposti configurati dalla Corte di giustizia nelle sentenze *Jafari* e *A.S.* Difatti, quanto al requisito fondato sulla lettera dell'art. 13, non può dirsi che i soggetti sbarcati abbiano varcato illegalmente la frontiera perché, in base al diritto interno degli Stati UE – inclusivo sia dell'art. 6 Codice frontiere Schengen, sia delle Convenzioni sui salvataggi – l'ingresso avviene in esecuzione di un obbligo internazionale. Quanto, poi, al requisito fondato sulla *ratio* della norma in esame, emerge che l'ingresso non è riferibile ad una responsabilità individuale o ad una iniziativa unilaterale dello Stato di sbarco perché quest'ultimo agisce funzionalmente, in attuazione di una responsabilità collettiva gravante in prima battuta sugli Stati UE coinvolti nella concreta operazione, ma riferibile altresì a tutti gli Stati membri, in base alle Convenzioni SAR e SOLAS. Consentendo lo sbarco, lo Stato UE del porto non crea unilateralmente una situazione suscettibile di riverberarsi negativamente sugli altri Stati membri, ma agisce in perfetta consonanza con questi ultimi e nel loro interesse in quanto li libera dall'obbligo di cooperazione gravante su tutti *allo stesso modo e con lo stesso contenuto*.

L'inapplicabilità dell'art. 13 – nel caso dell'impossibilità di invocare vincoli familiari e dimostrata l'impossibilità di riferirsi al criterio dello Stato del visto – ha come conseguenza, ai sensi dell'art. 3, par. 2, il ricorso al criterio dello Stato di prima domanda. Pertanto, lo Stato di sbarco è investito di competenza solo rispetto ai soggetti sbarcati che presentino in esso formalmente domanda di asilo; coloro che, invece, dopo essere stati regolarmente registrati, pervengono a presentare domanda in altro Stato UE, devono rientrare nella competenza di quest'ultimo e non devono poter essere oggetto di una richiesta di presa in carico rivolta, ai sensi dell'art. 21, allo Stato di sbarco.

Se, ciononostante, lo Stato UE in cui è stata presentata per la prima volta la domanda di protezione, attenendosi al criterio dello Stato di primo ingresso, adottasse una decisione di trasferimento verso lo Stato di sbarco, il richiedente protezione, ai sensi dell'art. 21 reg. Dublino, potrebbe presentare il ricorso previsto dall'art. 27, par. 1, per far valere l'erronea applicazione di un criterio di competenza di cui al capo III¹⁰⁴. In tal caso, venendo in rilievo un problema di interpretazione

¹⁰⁴ Nella sentenza della Corte di giustizia, Grande sezione, del 7 giugno 2016, causa C-63/15, *Mehrdad Ghezelbash c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, EU:C:2016:409, punto 61, la Corte ha deciso che, nel ricorso contro il trasferimento previsto dall'art. 27, par. 1, reg. Dublino, il richiedente

del diritto dell'Unione, il giudice investito potrebbe o dovrebbe sollevare questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia.

9. Alla fine della nostra indagine, siamo pervenuti alla conclusione per la quale l'art. 13 reg. Dublino non è invocabile nel caso di migranti irregolari salvati in alto mare da navi private per mancanza di entrambi i presupposti di applicazione di detta disposizione individuati dalla Corte di giustizia nelle sentenze *Jafari* e *A.S.* Tale conclusione non conduce ad un radicale sovvertimento del sistema Dublino dato che l'art. 13 non viene meno *in toto*: esso è escluso solo per una sottocategoria dell'ampia classe dei flussi migratori via mare, restando invece applicabile a tutte le migrazioni dirette via mare, alle migrazioni indirette cui si applica il divieto di *refoulement* e a tutte le migrazioni via terra. Resta quindi sostanzialmente immutato l'impianto generale del sistema perché l'art. 13 mantiene la sua funzione di primo piano, mentre il criterio dello Stato di prima domanda, che si applica in via residuale ai migranti salvati da navi private in alto mare, non vede modificata la sua funzione secondaria. Sul piano dell'opportunità, pertanto, non può dirsi che la Corte sarebbe chiamata ad operare uno stravolgimento del regolamento sostituendosi al legislatore al quale spetta di effettuare scelte politiche complesse per il contemperamento di opposti interessi. Non sussistono quindi, nel nostro caso, le remore che la Corte non ha mancato di esplicitare, in aggiunta alle argomentazioni più strettamente giuridiche, nel caso *X e X* lì dove, decidendo che gli Stati membri non hanno l'obbligo di rilasciare visti a validità territoriale limitata per motivi umanitari, essa afferma che: "la conclusione contraria equivarrebbe (...) a consentire ai cittadini di paesi terzi di presentare domande di visto finalizzate ad ottenere il beneficio di una protezione internazionale nello Stato membro di loro scelta, il che lederebbe l'impianto generale del sistema istituito dal regolamento"¹⁰⁵.

Si può dire, anzi, che l'interpretazione cui siamo pervenuti non solo continua a rispettare l'impianto generale del regolamento, ma realizza una funzione riequilibratrice che, alleviando la posizione dello Stato di primo ingresso senza liberarlo del tutto dai suoi obblighi, perviene, grazie al criterio dello Stato di prima domanda, ad una redistribuzione tra gli Stati membri degli oneri di protezione internazionale dei migranti salvati da navi private in alto mare. Ne risulta una disciplina complessiva più conforme all'obiettivo della solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità posto dall'art. 80 TFUE quale principio informatore della materia in esame¹⁰⁶. La

protezione può far valere l'erronea applicazione di un criterio di competenza di cui al capo III; nella sentenza *A.S.*, punti 30-35, essa ha ribadito tale principio facendone applicazione espressa al criterio di cui all'art. 13. V. anche la sentenza della Corte, Grande sezione, del 26 luglio 2017, causa C-670/16, *Tsegezab Mengesteab c. Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:2017:587.

¹⁰⁵ Corte di giustizia, Grande sezione, sentenza 7 marzo 2017, causa C-638/16 PPU, *X e X c. Belgio*, ECLI:EU:C:2017:173, punto 48; va ricordato che, nelle conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi del 7 febbraio 2017, ECLI:EU:C:2017:93, la tesi dell'obbligatorietà del visto umanitario era invece sostenuta con dovizia di argomentazioni. Sulla decisione, v. G. CAGGIANO, *Are You Syrious? Il diritto europeo delle migrazioni dopo la fine dell'emergenza alla frontiera orientale dell'Unione*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2017, n. 2, p. 7 ss., reperibile online; A. DEL GUERCIO, *La sentenza X. e X. della Corte di giustizia sul rilascio del visto umanitario: analisi critica di un'occasione persa*, in *European Papers*, 2017, n. 1, p. 271 ss.; G. RAIMONDO, *Visti umanitari: il caso X e X contro Belgio, C-638/16 PPU*, in *SIDIBlog*, 1° maggio 2017, reperibile online.

¹⁰⁶ Così lo considera la Corte di giustizia, Grande sezione, nella sentenza del 6 settembre 2017, cause riunite C-643 e 647/15, *Repubblica Slovacca e Ungheria c. Consiglio*, ECLI:EU:C:2017:631, punti

solidarietà, infatti, comporta sia che uno Stato debba evitare agli altri Stati di trovarsi in difficoltà a causa delle proprie mancanze o dei propri obblighi, assumendosi le conseguenze che da questi derivano, sia che tutti gli Stati debbano evitare ad uno tra essi di risentire da solo gli effetti dell'attuazione di un obbligo solidale di cooperazione che vincola tutti allo stesso modo. La prima forma di solidarietà, che costituisce la *ratio* dell'art. 13, non ricorre nella ipotesi di ingresso individuata, mentre ad essa è pertinente la seconda forma di solidarietà. Pertanto, mentre l'applicazione dell'art. 13 non è richiesta dal principio di solidarietà che ne costituisce la *ratio*, il ricorso sussidiario al criterio dello Stato di prima domanda, mettendo in gioco tutti gli Stati membri, appare conforme e perfettamente coerente a detto principio, come si configura nell'ipotesi considerata.

Il ricorso al criterio dello Stato di prima domanda, che consegue all'inapplicabilità dell'art. 13, determina un incremento dei casi in cui assume rilievo la scelta del Paese di asilo da parte del migrante, tuttavia ristretto ad una limitata categoria, come si è detto e non tale da trasformare il sistema: già in un altro caso la Corte non ha avuto remore nell'adottare una decisione che, sulla base di interpretazione letterale e sistematica, ha condotto all'ampliamento del criterio della scelta con riguardo ad una ristretta categoria di soggetti particolarmente bisognosi di protezione come i minori¹⁰⁷.

Ancora una volta, inoltre, le conseguenze dell'interpretazione non solo non sono incompatibili con il sistema, ma consentono di metterlo meglio in sintonia con i suoi obiettivi. La scelta dello Stato di destinazione, infatti, sottende senza limitazioni la Convenzione di Ginevra cui, ai sensi dell'art. 78, par. 1, TFUE, deve essere conforme la politica dell'Unione in materia di asilo. Per di più, non vanno trascurati i vantaggi che può apportare una valorizzazione di tale criterio, sia pure in limitati casi. La scelta da parte del migrante, infatti, generalmente non è determinata da motivi fraudolenti – come lascerebbe intendere lo stigma dell'*asylum shopping* –, ma avviene in funzione della conoscenza della lingua, dell'esistenza di legami sociali e di una migliore conoscenza del contesto per antichi legami coloniali. Essa quindi garantisce una migliore integrazione e previene i flussi secondari offrendo al problema dei salvataggi da parte di navi private una soluzione più efficace, trasparente e rispettosa dei diritti dei migranti rispetto ai discutibili accordi per il loro ricollocamento stipulati, per lo più segretamente, tra gli Stati in occasione dei singoli casi verificatisi.

252 e 291. Sul principio di solidarietà e sulla decisione, v., per tutti, U. VILLANI, *Immigrazione e principio di solidarietà*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2017, n. 3, p. 1 ss.; ID., *Il meccanismo di ricollocazione obbligatoria dei richiedenti protezione internazionale e il principio di solidarietà*, in *Sud in Europa*, 2018, n. 1, p. 3 ss.; G. MORGESE, *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, Bari, 2018, soprattutto p. 57 ss.; ID., *Dublin System “Scrooge-Like” Solidarity and the EU Law: Are There Viable Options to the Never-Ending Reform of the Dublin III Regulation?*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2019, n. 3, p. 86 ss., reperibile online.

¹⁰⁷ Sentenza del 6 giugno 2013, causa C-648/11, *MA, BT, DA c. Secretary of State for the Home Department*, ECLI:EU:C:2013:367. In essa bisognava decidere se il criterio di competenza dello “Stato della domanda” contenuto nell'art. 6, co. 2, del previgente regolamento Dublino II dovesse essere riferito allo Stato di prima domanda o a quello in cui si trovava il minore dopo essersi ivi trasferito: la Corte presceglie tale seconda soluzione che costituisce un riconoscimento della scelta effettuata dal soggetto con il trasferimento.

Va aggiunto che, a seguito della interpretazione dell'art. 13 cui siamo pervenuti, si determinerebbe altresì una maggiore conformità all'obiettivo di una rapida ed efficiente conduzione della procedura di esame della domanda di asilo che, oltre ad essere richiamato nel 5° 'considerando' reg. Dublino, è anche alla base di una delle poche pronunce "interventiste" adottate dalla CGUE nella materia¹⁰⁸. La maggiore speditezza deriva dalla inapplicabilità, in tal caso, della procedura di presa in carico o ripresa in carico con cui lo Stato della domanda trasferisce il richiedente verso altro Stato ritenuto competente. Va considerato, infatti, che le garanzie previste dagli articoli 5 e 26 reg. Dublino, la necessità di accertare, ai sensi dell'art. 3, par. 2, che lo Stato richiesto non abbia deficienze nel sistema di accoglienza e la previsione del ricorso contro la decisione di trasferimento con effetto sospensivo (art. 27), rendono attualmente piuttosto lunga la procedura di trasferimento. Inoltre, come ha chiarito la Corte nel caso *Cimade*¹⁰⁹, lo Stato che richiede il trasferimento è tenuto, nelle more della procedura, a far fronte alle esigenze materiali di cui alla direttiva accoglienza¹¹⁰: ciò comporta una duplicazione non solo di tempi, ma anche di costi che viene evitata con l'esame della domanda da parte dello Stato in cui il soggetto si trova.

In conclusione, è noto ormai a tutti che il criterio dello Stato di primo sbarco non fa funzionare né il diritto dei salvataggi in mare, né il regolamento Dublino III. Rispetto al primo, ha provocato il progressivo ritiro delle navi pubbliche dalle operazioni di soccorso, la criminalizzazione e il contrasto alle attività delle ONG, la chiusura dei porti e le lunghe attese; con riguardo al secondo, provoca un sovraccarico sugli Stati, con conseguenze negative sul sistema di accoglienza, movimenti secondari dei soggetti in realtà diretti ad altri Stati, ingente spreco di mezzi e tempo per procedure di trasferimento. Una corretta interpretazione che, senza eliminare l'art. 13, ne ridimensiona l'ambito di applicazione, da un lato, potrebbe avere effetti per indurre ad una rinegoziazione del regolamento Dublino III anche gli Stati che godono di una rendita di posizione (geografica); dall'altro, consentirebbe alle ONG di svolgere la loro azione umanitaria senza suscitare isterismi da parte degli Stati costieri ed evitando ulteriori stragi in mare che pesano sulla coscienza di tutti.

¹⁰⁸ Sentenza *MA, BT, DA*, punto 54, ove la Corte, interpretando l'art. 6, co. 2, dell'allora vigente regolamento Dublino II, motiva la soluzione prescelta in base agli obiettivi del regolamento, tra i quali quello della rapidità nella determinazione dello Stato competente e nell'espletamento delle procedure di asilo menzionato nel 4° 'considerando' corrispondente al 5° 'considerando' del regolamento Dublino III. Sul contrasto tra la procedura di trasferimento e l'obiettivo della efficiente e rapida conclusione della procedura di asilo, v. le efficaci considerazioni di M. MOUZOURAKIS, *op. cit.*, p. 17 ss.

¹⁰⁹ Sentenza del 27 settembre 2012, causa C-179/11, *Cimade e GISTI*, ECLI:EU:C:2012:594.

¹¹⁰ Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale.

Abstract

Inapplicability of the Dublin III Regulation to Specific Cases of Irregular Migratory Flows in the Mediterranean Sea

The paper is aimed at examining Article 13 of the Dublin III Regulation applicability to irregular migrants rescued at sea. After examining the provision and taking into due account the Court of Justice interpretation in the *Jafari* and *A.S.* cases, we come to identify the illegality of the entry and its traceability to an individual initiative or responsibility of a State as conditions for the applicability at hand. To check whether or not these conditions are met with respect to irregular migrants rescued at sea, the international regime of search-and-rescue and the extraterritorial applicability of *refoulement*, according to the jurisprudence of the European Court of Human Rights, are carefully examined. The outcome is that, in cases of rescues by private ships on the high seas, Article 13 shall not be applied to irregular migrants exactly because it is lacking on application conditions.

Simone Marinai*

Considerazioni in merito all'introduzione, “a Trattati invariati”, di nuovi meccanismi per il rispetto della *rule of law*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'introduzione di nuovi meccanismi “a Trattati invariati”: auspicabile e tecnicamente possibile? – 3. La tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri. – 4. Il monitoraggio della *rule of law* da parte di una commissione di esperti indipendenti. – 5. Considerazioni conclusive.

1. I problemi riscontrati nella prassi recente con riferimento al rispetto dello stato di diritto all'interno di alcuni Stati membri hanno confermato i limiti che il meccanismo di cui all'art. 7 TUE presenta quale strumento di tutela dei valori comuni sanciti dall'art. 2 TUE¹. La procedura di allarme preventivo prevista dal par. 1 dell'art. 7 TUE è stata avviata, per la prima volta, nel dicembre 2017 nei confronti della Polonia² e, successivamente, nel settembre 2018 nei confronti dell'Ungheria³.

* Associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università di Pisa.

¹ V. B. NASCIBENE, *La violation grave des obligations découlant du traité UE. Les limites de l'application de l'art. 7*, in *Liber Amicorum* Antonio Tizzano. *De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 672.

² V. Commissione europea, proposta di decisione del Consiglio sulla constatazione di un evidente rischio di violazione grave dello Stato di diritto da parte della Repubblica di Polonia, del 20 dicembre 2017, COM(2017)835 def. A tale proposta ha fatto seguito l'invito, rivolto dal Parlamento europeo al Consiglio, ad agire con tempestività conformemente a quanto disposto dall'art. 7, par. 1, TUE. V. risoluzione del Parlamento europeo, del 1° marzo 2018, sulla decisione della Commissione di attivare l'articolo 7, paragrafo 1, TUE relativamente alla situazione in Polonia: 2018/2541(RSP), P8_TA(2018)0055. A commento, v. A. CIAMPI, *Can the EU Ensure Respect for the Rule of Law by Its Member States? The Case of Poland*, in *Osservatorio delle fonti*, 2018, n. 3, spec. p. 10 ss., reperibile online; N. LAZZERINI, *Le recenti iniziative delle istituzioni europee nel contesto dello stato di diritto in Polonia: prove di potenziamento degli «anticorpi» dei trattati?*, *ivi*, n. 1, reperibile online; M. TABOROWSKI, *The European Commission launches Art. 7 TEU proceedings against Poland for breach of Rule of Law*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, p. 238.

³ Risoluzione del Parlamento europeo, del 12 settembre 2018, su una proposta recante l'invito al Consiglio a constatare, a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea, l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione: 2017/2131(INL), P8_TA(2018)0340. A commento, v. M. ARANCI, *Il Parlamento europeo ha votato: attivato l'art. 7, par. 1, TUE nei confronti dell'Ungheria*, in *Eurojus.it*, 17 settembre 2018; S. CARRERA, P. BÁRD, *The European Parliament Vote on Article 7 TEU against the Hungarian Government:*

In nessuno dei due casi, l’iniziativa – presa, rispettivamente, da Commissione e Parlamento europeo – ha avuto un seguito concreto in seno al Consiglio dell’Unione⁴.

La constatazione dell’inadeguatezza del meccanismo esistente compromette la fiducia tra gli Stati membri e mina la credibilità della stessa Unione europea. Inoltre, il persistere dell’impunità a fronte di queste derive è un fattore che incoraggia altri Stati membri a seguire la stessa strada⁵.

Sulla base di tali considerazioni, già da qualche anno è in corso un dibattito, in seno alle istituzioni dell’Unione ed in dottrina⁶, sulla possibilità di introdurre nuovi meccanismi in funzione dell’obiettivo di rendere effettiva la tutela dello stato di diritto all’interno degli Stati membri dell’Unione.

In questo particolare contesto storico, nuovi meccanismi non possono che essere discussi “a Trattati invariati”. Al momento, infatti, le criticità esistenti in ordine al rispetto dello stato di diritto all’interno di vari Stati membri (Polonia, Ungheria, ma anche Bulgaria, Malta, Romania e Slovacchia) rendono difficile ipotizzare la disponibilità di questi ultimi a prendere in considerazione riforme che richiedano la revisione dei Trattati istitutivi.

Ad ogni modo, è possibile constatare che alcuni nuovi meccanismi sono già stati introdotti. Ci riferiamo, in particolare, al nuovo quadro dell’UE per rafforzare lo stato di diritto definito dalla Commissione europea nel marzo del 2014 ed alle conclusioni sullo stato di diritto adottate nel dicembre dello stesso anno dal Consiglio e dagli Stati membri riuniti all’interno di tale istituzione⁷.

Too Late, Too Little, Too Political?, CEPS, Policy Brief, 2018, reperibile *online*; C. CURTI GIALDINO, *Il Parlamento europeo attiva l’art. 7, par. 1 TUE nei confronti dell’Ungheria: quando, per tutelare lo “Stato di diritto”, si viola la regola di diritto*, in *Federalismi.it*, 2018, n. 18.

⁴ Il Consiglio dell’Unione, nella sua composizione “affari generali”, il 9 aprile 2019 ha deciso di soprassedere sulle procedure avviate rispettivamente nei confronti di Polonia e Ungheria, dichiarando di voler tornare sulle stesse tenendo in considerazione le opinioni espresse da parte degli Stati membri (v. Council of the European Union, 3685th Council meeting, General Affairs, doc. 8130/19, del 9 aprile 2019, p. 6). La presidenza finlandese di turno del Consiglio, in carica nel secondo semestre del 2019, nell’indicare le proprie linee programmatiche in materia di rafforzamento della *rule of law*, ha dichiarato la volontà di tornare sulle due citate procedure se la situazione lo richiederà (“as requested by situation”). V. <https://eu2019.fi>.

⁵ In tal senso, v. risoluzione del Parlamento europeo, del 16 gennaio 2019, sulla situazione dei diritti fondamentali nell’Unione europea nel 2017: 2018/2103(INI), P8_TA(2019)0032, punto 4.

⁶ Tra i vari contributi volti ad individuare nuovi meccanismi per il rafforzamento della *rule of law* nell’Unione europea, v. ad es., C. CLOSA, D. KOCHENOV (eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge, 2016; R. MASTROIANNI, *Stato di diritto o ragion di Stato? La difficile rotta verso un controllo europeo del rispetto dei valori dell’Unione negli Stati membri*, in E. TRIGGIANI et al. (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 605.

⁷ V. comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, dell’11 marzo 2014, Un nuovo quadro dell’UE per rafforzare lo Stato di diritto, COM(2014)158 def. e Council of the European Union, 3362nd Council meeting, General Affairs, doc. 16936/14, del 16 dicembre 2014, p. 20. A commento delle due iniziative, v. R. PALLADINO, *Il “nuovo quadro” dell’UE per rafforzare lo stato di diritto: un “contrappeso” ai limiti di applicazione della Carta ex articolo 51?*, in *SIDIBlog*, 6 maggio 2014; D. KOCHENOV, L. PECH, S. PLATON, *Ni panacée, ni gadget: le «nouveau cadre de l’Union européenne pour renforcer l’État de droit»*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2015, p. 689; O. PORCHIA, *Le Conclusioni del Consiglio del 16 dicembre 2014 “Rafforzare lo Stato di diritto”: un significativo risultato dalla Presidenza italiana*, in *Eurojus.it*, 23 febbraio 2015; L.S. ROSSI, *Un nuovo soft instrument per garantire il rispetto della rule of law nell’Unione europea*, in *SIDIBlog*, 11 maggio 2015; R. BARATTA, *Rule of Law ‘Dialogues’ Within the EU: A Legal Assessment*, in *Hague Journal on*

Lo strumento introdotto dalla Commissione – fin da subito criticato anche dal punto di vista della sua legittimità giuridica⁸ – è stato impiegato al fine di instaurare un dialogo preventivo con la Polonia⁹, ma non è stato in grado di risolvere i problemi concernenti lo stato di diritto all'interno di tale Paese, tanto da far ritenere che le modalità seguite non appaiono idonee a pervenire a risultati particolarmente incoraggianti¹⁰.

Quanto, invece, alle citate conclusioni del Consiglio, queste non si propongono quale nuovo meccanismo di controllo e mirano, piuttosto, a creare una cultura comune agli Stati membri in materia di stato di diritto in modo tale da poter più facilmente prevenire le violazioni e quindi evitare la necessità di fare ricorso alla procedura di cui all'art. 7 TUE¹¹.

Altri strumenti sono stati, al momento, solo proposti o raccomandati. La stessa Commissione, con comunicazione del 3 aprile 2019, ha annunciato l'intenzione di presentare nuove proposte, sulla base del dibattito in corso tra le istituzioni e nella società e alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia, al fine di rafforzare lo stato di diritto nel quadro dei Trattati vigenti¹².

Nell'ambito del presente contributo, ci limiteremo a prendere in considerazione proposte avanzate dalle istituzioni dell'Unione europea¹³. In particolare, dopo aver valutato, in generale, se nuovi meccanismi di tutela dello stato di diritto siano auspicabili e tecnicamente possibili pur senza procedere ad una revisione dei Trattati isti-

the Rule of Law, 2016, p. 357; P. MORI, *Il rispetto dello Stato di diritto: "affari interni" o questione europea? I nuovi meccanismi di controllo dell'Unione alla prova della Polonia*, in *Federalismi.it*, 2016, n. 25; G. CAGGIANO, *Dialogo sullo stato di diritto negli Stati membri dell'Unione europea*, in E. TRIGGIANI *et al.* (a cura di), *op. cit.*, p. 512 e spec. p. 516 ss.

⁸ V., in proposito, Council of the European Union, *Opinion of the Legal Service, Commission's Communication on a New EU Framework to Strengthen the Rule of Law: Compatibility with the Treaties*, del 27 maggio 2014, doc. 10296/14.

⁹ V. European Commission, *College Orientation Debate on recent developments in Poland and the Rule of Law Framework: Questions & Answers*, del 13 gennaio 2016, MEMO/16/62. A seguito dell'attivazione, nei confronti della Polonia, del nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo stato di diritto, la Commissione ha adottato nei confronti dello Stato in questione le seguenti quattro raccomandazioni: n. 2016/1374, del 27 luglio 2016; n. 2017/146, del 21 dicembre 2016; n. 2017/1520, del 26 luglio 2017; n. 2018/103, del 20 dicembre 2017. In quest'ultima raccomandazione, viene constatato che la minaccia sistemica allo stato di diritto si è aggravata notevolmente dall'avvio del dialogo instaurato con la Polonia (punto 38) tanto che, in pari data, la Commissione ha deciso anche di attivare la procedura di cui all'art. 7, par. 1, TUE (punto 50).

¹⁰ Così, E. CANNIZZARO, *Il ruolo della Corte di giustizia nella tutela dei valori dell'Unione europea*, in *Liber Amicorum* Antonio Tizzano, cit., p. 158 e spec. p. 166.

¹¹ Sulla diversa natura dei citati strumenti introdotti, rispettivamente, da Commissione e Consiglio, v. F. CASOLARI, *Il rispetto della rule of law nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea: un dramma in due atti*, in *DPCE on line*, 2016, p. 135 e spec. p. 158 ss.; O. PORCHIA, *Le respect de l'État de droit dans les États membres: la complémentarité des initiatives politiques et le rôle de la Cour de justice*, in *Liber Amicorum* Antonio Tizzano, cit., p. 769 e spec. p. 773.

¹² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, del 3 aprile 2019, rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione. Il contesto attuale e possibili nuove iniziative, COM(2019)163 def.

¹³ Altre proposte sono state infatti presentate anche da singoli europarlamentari e da giuristi o da rappresentanti dei governi di singoli Stati membri. In proposito, si vedano, ad es., la c.d. proposta Weber – Di Fabio del marzo 2019 o la proposta del primo ministro belga presentata nel maggio 2018 dinanzi al Parlamento europeo e poi ripresa nel marzo 2019 dal ministro degli affari esteri belga e dal suo omologo tedesco. Per maggiori dettagli in merito a tali proposte si rinvia a A. ROSANÒ, *Considerazioni su due proposte relative alla tutela dello stato di diritto nell'Unione europea*, in *Eurojus.it*, 2019, n. 2, p. 11.

tutivi, ci soffermeremo, innanzitutto, sulla proposta di regolamento, elaborata dalla Commissione europea e oggetto di emendamenti da parte del Parlamento europeo, sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo stato di diritto negli Stati membri¹⁴. Successivamente, prenderemo in considerazione l'ipotesi di creare un organismo incaricato di procedere ad un monitoraggio permanente del rispetto della *rule of law* negli Stati membri, ipotesi questa richiamata anche dal Parlamento europeo nella risoluzione dell'ottobre 2016 con la quale ha raccomandato l'adozione di un accordo interistituzionale che crei un meccanismo dell'Unione europea in materia di democrazia, stato di diritto e diritti fondamentali¹⁵.

Fuoriescono invece dai limiti della presente indagine le pur rilevanti iniziative di carattere giudiziario che hanno consentito alla Corte di giustizia di pronunciarsi, a seguito di ricorsi per infrazione o di rinvii pregiudiziali, su gravi violazioni di principi tipici dello stato di diritto (in particolare, dell'indipendenza del potere giudiziario) all'interno di singoli Stati membri¹⁶. L'esistenza di strumenti giudiziari, complementari rispetto a quelli di carattere "politico", dovrà comunque essere tenuta in considerazione in funzione di una complessiva valutazione dell'efficacia delle risposte dell'Unione rispetto a violazioni dello stato di diritto da parte degli Stati membri.

2. È opportuno preliminarmente chiedersi se sia auspicabile e, soprattutto, tecnicamente possibile, introdurre nuovi meccanismi per il rafforzamento della *rule of law* negli Stati membri dell'Unione.

¹⁴ V. Commissione europea, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo stato di diritto negli Stati membri, del 2 maggio 2018, COM(2018)324 def. V. inoltre emendamenti del Parlamento europeo, approvati il 17 gennaio 2019, alla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri, COM(2018)0324 – C8-0178/2018 – 2018/0136(COD), P8_TA(2019)0038.

¹⁵ Risoluzione del Parlamento europeo, del 25 ottobre 2016, recante raccomandazioni alla Commissione sull'istituzione di un meccanismo dell'UE in materia di democrazia, Stato di diritto e diritti fondamentali: 2015/2254(INL), P8_TA(2016)0409.

¹⁶ Nell'ambito della procedura di infrazione, v. da ultimo sentenza della Corte di giustizia del 24 giugno 2019, *Commissione c. Polonia*, causa C-619/08, a commento della quale, v. M. ARANCI, *La procedura di infrazione come strumento di tutela dei valori fondamentali dell'Unione europea. Note a margine della sentenza della Corte di Giustizia nella causa Commissione/Polonia*, in *Eurojus.it*, 2019, n. 3, p. 49; M. BONELLI, *Il lato positivo: Commissione c. Polonia e l'inizio di una fase per la tutela dello stato di diritto nell'Unione europea*, in *SIDIBlog*, 5 luglio 2019. Come esempio di intervento della Corte a seguito di rinvio pregiudiziale v., invece, la sentenza della Corte di giustizia del 25 luglio 2018, causa C-216/18 PPU, *LM*, nell'ambito della quale, su richiesta di un giudice irlandese, la Corte ha riconosciuto che le autorità richieste di dar esecuzione ad un mandato di arresto europeo possono rifiutare la consegna dell'interessato qualora quest'ultimo rischi, all'interno dello Stato membro richiedente, di non vedersi garantito un equo processo in ragione del mancato rispetto del principio di indipendenza della magistratura. A commento di quest'ultima pronuncia, v. D. AMOROSO, M.F. ORZAN, *Mandato d'arresto europeo e diritto a un giudice imparziale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2018, p. 2075; D. SARMIENTO, *A comment on the CJEU's judgment in LM*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, p. 385; A. VON BOGDANDY, P. BOGDANOWICZ, I. CANOR, M. TABOROWSKI, M. SCHMIDT, *A Potential Constitutional Moment for the European Rule of Law – The Importance of Red Lines*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 983 e spec. p. 989 ss.; M. ARANCI, *I recenti interventi della Corte di giustizia a tutela della rule of law in relazione alla crisi polacca*, in *European Papers*, 2019, p. 271 e spec. p. 279 ss.

È già stato sottolineato¹⁷, infatti, che a fronte della prospettiva di introdurre ulteriori rimedi che possano ampliare il quadro giuridico (e, quindi, in ultima istanza, rendere più difficile l'eliminazione delle violazioni dello stato di diritto), potrebbe essere preferibile mantenere lo *status quo*.

Bisogna però considerare che le violazioni dello stato di diritto possono essere di diverso tipo o avere un diverso grado di incidenza. La procedura di cui all'art. 7 TUE¹⁸ viene ritenuta una sorta di arma "nucleare"¹⁹ che può essere attivata a fronte di violazioni gravi e persistenti dei valori comuni di cui all'art. 2 TUE, salvo la possibilità, introdotta a seguito del Trattato di Nizza, di esperire una fase di allarme preventivo a fronte di un evidente rischio di simili violazioni. Potrebbero però certo presentarsi anche situazioni in cui non sia ancora raggiunto un livello di gravità o sistematicità tale da ritenere integrata la soglia richiesta per le azioni di cui all'art. 7 TUE. Si pensi, ad es., alle preoccupazioni per la corruzione ed il rispetto dell'indipendenza dei mezzi di informazione a Malta e in Slovacchia, preoccupazioni certo acuite dopo l'uccisione nei due Stati membri di alcuni noti giornalisti di inchiesta²⁰ ma forse, non ancora tali da poter essere considerate carenze sistemiche.

Alla luce di tali considerazioni, può quindi rappresentare un vantaggio avere a disposizione diverse tipologie di possibili interventi. L'importante, però, è che si tratti di risposte effettive, potenzialmente in grado di giungere a sanzioni o, in alternativa, comunque idonee ad incidere concretamente su eventuali condotte non in linea con la *rule of law*.

La presenza di risposte sanzionatorie, infatti, è auspicabile in ragione dell'effetto deterrente che esse sono normalmente in grado di produrre. Parimenti importanti sono ad ogni modo anche le risposte di carattere non sanzionatorio, volte ad accertare, in modo oggettivo, le violazioni e instaurare un dialogo con lo Stato interessato. Risposte di questo tipo possono infatti essere più facilmente accettate dai singoli Stati membri e consentono di evitare il rischio, sempre presente a fronte di meccanismi di controllo troppo incidenti sulla sovranità statale, di innescare pericolose e controproducenti crisi di rigetto nell'opinione pubblica dello Stato interessato.

Passando a verificare se, oltre che auspicabili, nuovi meccanismi a tutela dello stato di diritto siano anche tecnicamente possibili, occorre muovere dalla constatazione che l'art. 2 TUE enuncia i valori comuni su cui si fonda l'Unione e che devono essere rispettati dalle istituzioni dell'UE e dagli Stati membri, ma non può essere considerata una norma attributiva di competenze all'Unione²¹.

¹⁷ V., ad es., da ultimo, A. ROSANÒ, *op. cit.*, p. 21.

¹⁸ Sulla procedura, v. B. NASCIBENE, *Le sanzioni ex art. 7 TUE*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2002, p. 192; U. VILLANI, *Osservazioni sulla tutela dei principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e stato di diritto nell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2007, p. 27; Id., *Valori comuni e rilevanza delle identità nazionali e locali nel processo d'integrazione europea*, Napoli, 2011, p. 19 ss.; M. PEDRAZZI, *Art. 7 TUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, II ed., p. 42; C. SANNA, *Art. 7 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, II ed., p. 71.

¹⁹ V. J.M. DURÃO BARROSO, *Discorso 2012 sullo stato dell'Unione*, 12 settembre 2012, reperibile online.

²⁰ In proposito, v. risoluzione del Parlamento europeo, del 28 marzo 2019, sulla situazione dello Stato di diritto e della lotta contro la corruzione nell'UE, in particolare a Malta e in Slovacchia: 2018/2965(RSP), P8_TA(2019)0328.

²¹ Secondo Cannizzaro l'art. 2 TUE impone agli Stati membri di rispettare i valori comuni in via generale, anche allorché essi agiscano al di fuori dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione.

Secondo il parere reso dal Servizio giuridico del Consiglio in merito al nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo stato di diritto introdotto dalla Commissione²², la violazione dello stato di diritto da parte di uno Stato membro non può essere oggetto di altra azione da parte delle istituzioni al di fuori della procedura di cui all'art. 7 TUE. Solo impiegando tale procedura è possibile sindacare il rispetto della *rule of law* da parte di uno Stato membro in un contesto che non sia specificamente collegato ad una competenza materiale dell'Unione europea. Sempre secondo il Servizio giuridico del Consiglio, questi limiti non possono essere superati neppure quando le istituzioni adottano semplici raccomandazioni, visto che anche queste ultime sono dotate di effetti giuridici e richiedono pur sempre il rispetto del principio di attribuzione. Nel medesimo parere si sostiene che neppure potrebbe essere fatto ricorso alla clausola di flessibilità di cui all'art. 352 TFUE, visto che questa consente di specificare poteri quando nessun'altra base giuridica dei Trattati è utilizzabile per realizzare gli obiettivi fissati in una politica dell'Unione, mentre i valori comuni dell'UE (incluso lo stato di diritto) non costituiscono, di per sé, una politica dell'Unione. Sulla base di tali considerazioni il Servizio giuridico ha concluso affermando che a suo avviso non sussiste una base giuridica per creare un nuovo meccanismo, ulteriore rispetto all'art. 7 TUE, di sorveglianza per il rispetto della *rule of law* da parte degli Stati membri.

I profili di criticità messi in evidenza dal Servizio giuridico meritano senz'altro di essere tenuti in considerazione, ma non sembrano costituire un ostacolo insormontabile rispetto alla prospettiva di introdurre, a Trattati invariati, nuovi meccanismi per la tutela della *rule of law* negli Stati membri.

È un dato di fatto, innanzitutto, che – nonostante il parere negativo del Servizio giuridico del Consiglio – la Commissione abbia concretamente attuato, sia pure – ad oggi – in un solo caso²³, il nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo stato di diritto. Tale quadro, inoltre, ha ricevuto una sorta di tacito riconoscimento nell'ambito della recente giurisprudenza della Corte di giustizia. Quest'ultima, infatti, pronunciandosi in via cautelare nei confronti della Polonia, ha dato atto che la Commissione ha attivato i meccanismi previsti dal nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo stato di diritto a fronte dei rischi per l'indipendenza della magistratura causati dalla legislazione polacca sull'abbassamento dell'età di pensionamento e sulla riforma della procedura di nomina dei giudici della Corte suprema²⁴.

Se è indubbio che eventuali nuovi meccanismi devono essere introdotti nel rispetto del principio di attribuzione, appare convincente l'opinione di quanti hanno sostenuto che lo stesso art. 7 TUE potrebbe costituire la base giuridica in virtù della quale ricavare implicitamente il necessario potere²⁵. È stato infatti sottolineato da tale dottrina che sulla base della disposizione in questione è possibile giustificare l'introduzione di un meccanismo preventivo a condizione che sia coerente con gli

L'A. precisa, comunque, che l'art. 2 TUE non ha l'apparenza di una regola attributiva di competenze all'Unione. Cfr. E. CANNIZZARO, *Il ruolo della Corte di giustizia nella tutela dei valori dell'Unione europea*, cit., p. 159 ss.

²² V. Council of the European Union, *Opinion of the Legal Service*, cit.

²³ Si veda la già citata attivazione, a partire dal 13 gennaio 2016, del nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo stato di diritto in relazione al caso della Polonia.

²⁴ V. ordinanza della Corte di giustizia del 17 dicembre 2018, causa C-619/18 R, *Commissione c. Polonia*, punto 81 ss.

²⁵ R. BARATTA, *op. cit.*, p. 367-368.

obiettivi cui tendono le procedure di cui all'art. 7 TUE, non costituisca una deroga rispetto a queste, sia conforme al principio di proporzionalità e non vada ad incidere sul principio dell'equilibrio istituzionale risultante dai poteri riconosciuti dalla medesima disposizione alle diverse istituzioni dell'Unione.

Ciò significa, quindi, che il nuovo meccanismo non potrebbe contrastare con le procedure di cui all'art. 7 TUE ma, eventualmente, dovrebbe avere carattere funzionale (e preliminare) rispetto ad esse.

Oppure, ci si può chiedere se sia possibile individuare una diversa base giuridica all'interno dei Trattati, procedendo anche mediante il ricorso alla teoria dei poteri impliciti. Con riferimento a questo modo di procedere, occorre fin da subito precisare che, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, l'esistenza di un potere implicito costituisce una deroga rispetto al principio di attribuzione e, pertanto, deve essere valutata restrittivamente. Affinché sia possibile ricavare in via implicita un potere da una determinata base giuridica stabilita all'interno dei Trattati istitutivi, è cioè necessario verificare che il potere in questione sia necessario al fine di garantire l'effetto utile delle disposizioni dei Trattati²⁶.

Qualora non sia possibile, neppure implicitamente, ricavare da una disposizione dei Trattati l'esistenza del necessario potere, ci si può chiedere se possa essere fatto ricorso alla clausola di flessibilità di cui all'art. 352 TFUE. Se il richiamato parere del Servizio giuridico del Consiglio, sul presupposto che i valori comuni dell'UE non costituiscono, di per sé, una politica dell'Unione, ha escluso che la clausola in questione possa essere impiegata per creare nuovi meccanismi per il rafforzamento della *rule of law*, si potrebbe d'altro canto sostenere la possibilità di farvi ricorso quando, nell'ambito di una politica dell'Unione, l'introduzione di un nuovo meccanismo possa essere considerato in linea con gli obiettivi sanciti dall'art. 3 TUE. Questo potrebbe avvenire, ad es., qualora il nuovo meccanismo sia funzionale alla realizzazione di obiettivi volti a realizzare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia o ad instaurare il mercato interno o, ancora, a perseguire gli obiettivi che stanno alla base dell'azione esterna disciplinata dalla quinta parte del TFUE²⁷. Del resto, la dichiarazione n. 41 adottata in occasione della conferenza intergovernativa che ha condotto al Trattato di Lisbona ha precisato che l'impiego della clausola di flessibilità è escluso per un'azione che persegua "soltanto" gli obiettivi di cui all'art. 3, par. 1, TUE (ovvero, promuovere la pace, i valori dell'Unione e il benessere dei suoi popoli). Di conseguenza, qualora l'azione presa in considerazione si inserisca in una delle sopra richiamate politiche dell'Unione e, al contempo, sia funzionale anche alla promozione ed al rafforzamento dei valori dell'Unione, non sembra esservi motivo ostativo all'utilizzo della clausola di flessibilità.

Tenendo a mente le condizioni e i limiti appena precisati, è ora possibile passare ad esaminare nel merito alcuni dei nuovi meccanismi proposti per il rafforzamento della *rule of law* negli Stati membri.

²⁶ In proposito, v. sentenza della Corte di giustizia del 9 luglio 1987, cause riunite 281, 283, 285 e 287/85, *Germania e a. c. Commissione*, punto 28; sentenze del Tribunale del 17 novembre 2009, causa T-143/06, *MTZ Polyfilms c. Consiglio*, punto 47; del 4 marzo 2015, causa T-496/11, *Regno Unito c. Banca centrale europea*, punto 105; del 22 aprile 2015, causa T-320/09, *Planet c. Commissione*. Sui rapporti tra l'effetto utile e le competenze delle istituzioni dell'Unione, v. I. INGRAVALLO, *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017, p. 88 ss.

²⁷ Gli obiettivi menzionati nel testo sono quelli richiamati nella dichiarazione n. 41 allegata all'atto finale della conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona.

3. Il 2 maggio 2018 la Commissione europea ha presentato una proposta di regolamento sulla tutela del bilancio dell'Unione europea in caso di carenze generalizzate riguardanti lo stato di diritto²⁸.

Il meccanismo proposto non mira a sanzionare qualunque violazione della *rule of law* da parte degli Stati membri. Piuttosto, dovrebbe consentire di reagire soltanto a quelle violazioni della *rule of law* che abbiano ripercussioni negative per gli interessi finanziari e, quindi, sul bilancio dell'Unione.

La considerazione da cui è partita la Commissione è quella di ritenere che principi quali, ad es., l'indipendenza, l'imparzialità, la non arbitrarietà, il rispetto del principio di legalità, siano essenziali per garantire una sana gestione finanziaria da parte delle autorità nazionali che eseguono il bilancio dell'Unione. La sana gestione finanziaria e la tutela degli interessi finanziari dell'Unione potrebbero infatti subire ripercussioni negative qualora carenze generalizzate dello stato di diritto dovessero essere riscontrate nell'azione di autorità nazionali quali quelle incaricate dell'aggiudicazione di appalti, della concessione di sovvenzioni, oppure da parte di autorità con compiti inquirenti in funzione della repressione di frodi e della corruzione nell'impiego di finanziamenti derivanti dall'Unione o, ancora, di autorità giudiziarie competenti per la repressione di tali crimini.

La base giuridica individuata per l'adozione dell'atto è l'art. 322 TFUE, norma che attribuisce al Parlamento europeo ed al Consiglio – tra l'altro – il potere di adottare regole finanziarie per stabilire le modalità relative alla formazione ed all'esecuzione del bilancio dell'UE.

Con l'ancoraggio a tale base giuridica si cerca di evitare che la proposta venga sottoposta a critiche analoghe a quelle che la Commissione ha già ricevuto in relazione al nuovo quadro per rafforzare lo stato di diritto.

Non mancano, peraltro, dubbi in merito all'adeguatezza della base giuridica scelta. Ad esempio, il Governo italiano ha sottolineato che l'art. 322 TFUE non appare del tutto appropriato, visto che lo stesso consentirebbe di definire soltanto regole finanziarie sulle modalità e sull'esecuzione del bilancio, mentre il centro di gravità della proposta andrebbe individuato nella protezione dei valori comuni di cui all'art. 2 TUE e, più specificamente, nel principio della tutela giurisdizionale effettiva di cui all'art. 19 TUE²⁹.

Il Servizio giuridico del Consiglio ha poi reso un parere sulla proposta che, però, ad oggi, non è stato reso pubblico nelle sue parti più rilevanti³⁰. A quanto pare³¹, il Servizio giuridico avrebbe evidenziato che la proposta rischia di invadere ambiti già coperti dall'art. 7 TUE. La procedura disciplinata da quest'ultima disposizione, infatti, dovrebbe essere considerata l'unico strumento utilizzabile per imporre il rispetto dei valori comuni di cui all'art. 2 TUE. L'introduzione di meccanismi

²⁸ Su tale proposta, 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 e spec. p. 316 ss.

²⁹ V., in tal senso, relazione ai sensi dell'art. 6, co. 4, della legge 24 dicembre 2012, n. 234, Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento per le Politiche europee, P-4.22.1, del 29 maggio 2018.

³⁰ V. Consiglio dell'Unione europea, parere del Servizio giuridico, del 27 giugno 2019, doc. 13593/18, nella sua versione parzialmente accessibile al pubblico, reperibile *online*.

³¹ Su tale parere, v. K.L. SCHEPPELE, L. PECH, R. D. KELEMEN, *Never Missing an Opportunity to Miss an Opportunity: The Council Legal Service Opinion on the Commission's EU Budget-Related Rule of Law Mechanism*, in *Verfassungsblog.de*, 12 dicembre 2018.

ulteriori, andrebbe invece in contrasto con il disegno dei Trattati e con l'equilibrio istituzionale dagli stessi risultante.

La mancata divulgazione delle argomentazioni svolte dal Servizio giuridico non permette di procedere ad una valutazione critica delle stesse. Come sopra evidenziato³², peraltro, l'esistenza della procedura disciplinata dall'art. 7 TUE non sembra di per sé precludere l'introduzione di qualunque nuovo meccanismo. L'importante è che il meccanismo non sia in contrasto con quanto previsto dall'art. 7 TUE e possa essere fondato su una idonea base giuridica.

L'art. 322 TFUE consente di stabilire le modalità di formazione ed esecuzione del bilancio. Sembra possibile ricavare implicitamente da tale norma anche il potere di condizionare l'erogazione dei fondi dell'Unione al rispetto dello stato di diritto. Del resto, tale condizione può essere facilmente considerata in linea con il principio di gestione finanziaria che, a sua volta, è uno dei principi che devono essere rispettati nella formazione e nell'esecuzione del bilancio dell'Unione³³.

È indubbio che l'ancoraggio della proposta all'art. 322 TFUE comporta una limitazione rispetto all'ambito di applicazione oggetto del meccanismo. Il meccanismo, infatti, non potrebbe servire per contrastare carenze generalizzate riscontrabili in qualunque ambito di attività delle autorità statali ma, come già osservato, solo in relazione a carenze di autorità incaricate di dare esecuzione al bilancio dell'Unione europea. Ad ogni modo, è difficile ipotizzare che una carenza generalizzata nel rispetto dello stato di diritto da parte di autorità nazionali incaricate di dare esecuzione al bilancio dell'Unione non vada di pari passo con una carenza generalizzata delle autorità nazionali quando operano in altri campi.

Il carattere sanzionatorio del meccanismo proposto rappresenta senz'altro un aspetto positivo. Condizionare l'erogazione di fondi dell'Unione europea al rispetto dello stato di diritto potrebbe costituire una fonte di pressione significativa per gli Stati membri dell'Unione.

Al contempo, però, non mancano i profili di perplessità. Innanzitutto, sussiste il rischio che possano essere lesi gli interessi legittimi dei beneficiari dei fondi europei. I beneficiari possono infatti essere singole persone fisiche o giuridiche, ovvero soggetti diversi dalle autorità nazionali responsabili delle carenze generalizzate. La proposta prende in considerazione tale rischio e prevede che l'imposizione delle misure sanzionatorie non fa venir meno l'obbligo, per lo Stato, di procedere comunque al pagamento dei finanziamenti ai destinatari o beneficiari finali³⁴. Per rendere effettivo tale obbligo, il Parlamento europeo ha proposto un meccanismo

³² V. *supra*, par. 2.

³³ I principi che devono essere rispettati nella formazione e nell'esecuzione del bilancio dell'Unione sono stabiliti dall'art. 6 del regolamento (UE, Euratom) n. 2018/1046 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 luglio 2018, che stabilisce le regole finanziarie applicabili al bilancio generale dell'Unione, che modifica i regolamenti (UE) n. 1296/2013, (UE) n. 1301/2013, (UE) n. 1303/2013, (UE) n. 1304/2013, (UE) n. 1309/2013, (UE) n. 1316/2013, (UE) n. 223/2014, (UE) n. 283/2014 e la decisione n. 541/2014/UE e abroga il regolamento (UE, Euratom) n. 966/2012. L'art. 236, par. 4, lett. b), dello stesso regolamento prevede già, nell'ambito delle attività di sostegno a favore dei Paesi terzi, che la Commissione europea possa sospendere la convenzione di finanziamento se il Paese terzo destinatario viola un obbligo relativo al rispetto dei diritti umani, dei principi democratici e dello stato di diritto e nei casi gravi di corruzione.

³⁴ V. art. 4, par. 2, della proposta di regolamento. L'esigenza di calibrare meglio nella proposta i meccanismi volti a tutelare gli interessi legittimi dei beneficiari finali dei finanziamenti è ad es. sottolineato dalla Corte dei conti, parere n. 1/2018, del 12 luglio 2018, concernente la proposta di regolamento del

che consenta di mettere a disposizione dei beneficiari la possibilità di informare la Commissione, mediante apposito sito web, di eventuali violazioni rispetto al suddetto obbligo. Sulla base di tali informazioni, la Commissione dovrebbe poi garantire che gli importi dovuti dalle autorità statali siano effettivamente versati ai beneficiari finali, salvo poi recuperarli dallo Stato medesimo³⁵.

L'esigenza di predisporre meccanismi efficaci a tutela dei beneficiari finali è particolarmente avvertita anche per il fatto che lo Stato sanzionato potrebbe altrimenti addossare facilmente sulla Commissione europea la responsabilità dei tagli. Lo Stato in cui sussistono carenze generalizzate potrebbe infatti essere uno Stato che controlla i mezzi di informazione e potrebbe quindi far passare il messaggio nell'opinione pubblica che le sanzioni e i conseguenti tagli non sono meritati, ma solo conseguenza di un contrasto politico con l'Unione europea e di una illegittima ingerenza, da parte di quest'ultima, negli affari interni.

Altro elemento di criticità è rappresentato dalla procedura che viene prevista per arrivare all'approvazione delle sanzioni. Nella proposta della Commissione si prevede una maggioranza qualificata inversa. Le sanzioni proposte dalla Commissione, cioè, si intendono approvate in mancanza di decisione contraria da parte del Consiglio a maggioranza qualificata.

In proposito, il Parlamento europeo ha invece rivendicato per sé la possibilità di incidere in modo significativo sulla procedura, tenuto conto che gli articoli 14 e 16 TUE attribuiscono al Consiglio ed allo stesso Parlamento un ruolo paritario nell'esercizio della funzione di bilancio. Pur mantenendo la previsione del meccanismo di silenzio assenso, il Parlamento europeo ha proposto che la sanzione venga irrogata mediante un corrispondente storno sul bilancio dell'Unione europea. Tale proposta di storno formulata dalla Commissione, si intenderà approvata salvo che il Parlamento europeo, deliberando a maggioranza dei voti espressi, o il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, la modifichino o la respingano entro un termine di quattro settimane³⁶.

Se la pretesa del Parlamento europeo di voler giocare un ruolo sostanziale in relazione al meccanismo in questione appare legittima, ci si può invece chiedere se sia giusto che l'applicazione di sanzioni per una materia così delicata, quale quella concernente il rispetto dello stato di diritto nei singoli Stati membri, venga decisa con una procedura di silenzio assenso.

Altro elemento di criticità della proposta è rappresentato dal fatto che essa attribuisce alla Commissione un margine di discrezionalità forse troppo ampio nell'individuazione delle carenze generalizzate. In considerazione di ciò, è stato sottolineato che occorrerebbe chiarire e specificare meglio cosa si intende per carenza

Parlamento europeo e del Consiglio, del 2 maggio 2018, sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo stato di diritto negli Stati membri, punto 26 ss.

³⁵ Emendamenti 49 e 50 volti ad introdurre i paragrafi 3 bis e 3 ter all'art. 4 della proposta di regolamento. V. risoluzione legislativa del Parlamento europeo, del 4 aprile 2019, sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri, COM(2018)0324 – C8-0178/2018 – 2018/0136(COD), P8_TA(2019)0349.

³⁶ Emendamenti 56-61 relativi all'art. 5 della proposta di regolamento. V. risoluzione legislativa del Parlamento europeo, del 4 aprile 2019, cit.

generalizzata o, comunque, rendere più oggettivo e trasparente il procedimento che porta ad individuare tali carenze³⁷.

In tale ottica, possono essere visti con favore gli emendamenti approvati dal Parlamento europeo e volti, da una parte, a dare una più precisa definizione della nozione di "carenze generalizzate"³⁸ e, dall'altra, ad istituire un gruppo consultivo di esperti (in diritto costituzionale e questioni finanziarie e di bilancio) incaricato di assistere la Commissione nella valutazione delle carenze generalizzate. Il gruppo dovrebbe compiere una valutazione indipendente annuale delle questioni relative allo stato di diritto in tutti gli Stati membri che incidano o rischiano di incidere sulla sana gestione finanziaria o sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea³⁹.

L'*iter* legislativo fin qui seguito mostra che i principali profili di criticità che emergono dall'iniziale proposta della Commissione possono senz'altro essere risolti. Lo scoglio principale sembra però rappresentato dalla volontà politica che i rappresentanti degli Stati, riuniti in Consiglio, dovranno dimostrare in merito all'introduzione del meccanismo in questione. È significativo, infatti, che nel corso del Consiglio affari generali dell'11 dicembre 2018 gli Stati membri abbiano espresso posizioni divergenti sulla proposta, come ricordato dallo stesso Consiglio nel momento in cui ha rifiutato di rendere pubblico il parere del proprio Servizio giuridico⁴⁰.

Per poter favorire l'introduzione del nuovo meccanismo dovrebbe forse essere evidenziato che, in fin dei conti, la strada che punta a subordinare l'erogazione di fondi dell'Unione europea al rispetto di alcune condizioni non è del tutto nuova. Ci riferiamo, in particolare, al regolamento 1303/2013 contenente disposizioni comuni applicabili ai fondi strutturali e di investimento⁴¹. Al fine di assicurare che il sostegno finanziario dell'Unione venga attuato in modo efficace ed efficiente, tale atto giuridico prevede una serie di condizionalità, alcune delle quali sono strettamente collegate al rispetto dei valori comuni di cui all'art. 2 TUE. Ciò dicasi, ad es., per le previsioni volte a garantire il rispetto delle normative anti-discriminatorie dell'Unione europea, della normativa in materia di eguaglianza di genere, sui diritti delle

³⁷ V. Corte dei conti, parere n. 1/2018, punti 19-23.

³⁸ Nella definizione di "carenze generalizzate" elaborata dal Parlamento europeo nell'emendamento n. 32 volto ad introdurre il nuovo art. 2 bis nella proposta di regolamento rientrano le minacce all'indipendenza alla magistratura (comprehensive anche della revisione arbitraria delle norme relative alla nomina o alle condizioni di servizio del personale giudiziario), l'omessa prevenzione, rettifica e sanzione delle decisioni arbitrarie o illegittime assunte da autorità pubbliche, le restrizioni delle vie di ricorso, la compromissione della capacità amministrativa degli Stati membri di rispettare gli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione, le misure che ledono la tutela della confidenzialità fra avvocato e cliente. V. risoluzione legislativa del Parlamento europeo, del 4 aprile 2019, cit.

³⁹ Emendamento n. 45 volto ad introdurre il nuovo art. 3 bis nella proposta di regolamento. V. risoluzione legislativa del Parlamento europeo, del 4 aprile 2019, cit.

⁴⁰ V. Council of the European Union, reply adopted by the Council on 12 February 2019 to confirmatory application 29/c/02/18 made by email on 20 December 2018, pursuant to Article 7(2) of Regulation (EC) No 1049/2001, for public access to document ST 13593 2018 INIT, punto 15, reperibile *online*.

⁴¹ Regolamento (UE) n. 1303/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, recante disposizioni comuni sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo, sul Fondo di coesione, sul Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale e sul Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca e disposizioni generali sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo, sul Fondo di coesione e sul Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca, e che abroga il regolamento (CE) n. 1083/2006 del Consiglio.

persone con disabilità, sulla trasparenza nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, sulla tutela ambientale⁴². Qualora lo Stato interessato non rispetti tali condizionalità, la Commissione può sospendere in tutto o in parte i pagamenti relativi ai programmi finanziati⁴³.

Pur non risultando ancora casi in cui tale meccanismo sanzionatorio è stato in concreto applicato, l'efficacia deterrente dello stesso sembra dimostrato dall'esempio rappresentato dal Portogallo che, a seguito dei ritardi nell'attuazione della direttiva 2010/31 sulla prestazione energetica nell'edilizia, ha preferito autosospendersi dal beneficio di Fondi strutturali e di investimento europei pur di evitare di incorrere nel procedimento sanzionatorio che avrebbe potuto essere avviato dalla Commissione europea⁴⁴.

Se si evidenziasse che la *ratio* del regolamento proposto sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di violazioni dello stato di diritto da parte di singoli Stati membri, è analoga a quello del meccanismo sanzionatorio già previsto all'interno del regolamento 1303/2013, si potrebbe forse facilitare, a livello politico, l'accettazione del nuovo strumento da parte dei rappresentanti degli Stati membri.

4. Una delle principali problematiche sollevate dalla procedura di cui all'art. 7 TUE riguarda l'affidamento, ad istituzioni di carattere politico, del compito di accertare le violazioni dei valori comuni sanciti dall'art. 2 TUE.

Nella procedura di allarme preventivo disciplinata dal par. 1 dell'art. 7 TUE è infatti il Consiglio che, a maggioranza dei 4/5 e previa approvazione del Parlamento europeo, può constatare l'esistenza di un evidente rischio di violazione dei valori comuni. Nella procedura disciplinata dal par. 2 dell'art. 7 TUE è invece affidata al Consiglio europeo, all'unanimità e previa approvazione del Parlamento europeo, la possibilità di constatare l'esistenza di una violazione grave e persistente dei valori comuni.

Prima del Trattato di Lisbona, si prevedeva che il Consiglio, nell'ambito della procedura di allarme preventivo, potesse chiedere a personalità indipendenti di presentare entro un termine ragionevole un rapporto sul rispetto dei valori comuni da parte di un singolo Stato membro. Tale previsione, tendente a formalizzare la prassi seguita nel caso Haider⁴⁵, è stata eliminata nella vigente versione dell'art. 7 TUE

⁴² Per l'elenco completo delle condizionalità previste, v. la Parte II dell'Allegato XI del regolamento 1303/2013.

⁴³ V. articoli 19 e 142 del regolamento 1303/2013.

⁴⁴ In proposito, v. C. HAMZA, P. JEFFREY, M. VINCZE, M. WIHLBORG, *The Implementation of the provisions in relation to the ex-ante conditionalities during the programming phase of the European Structural and Investment (ESI) Funds*, final report, 2016, p. 103, reperibile online; V. VIȚĂ, *Revisiting the Dominant Discourse on Conditionality in the EU: The Case of Spending Conditionality*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2017, p. 116 ss. e spec. p. 127.

⁴⁵ Nel caso specifico, la presidenza portoghese di turno del Consiglio chiese al Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo di nominare tre personalità alle quali affidare il compito di redigere un rapporto sull'impegno del governo austriaco nel rispetto dei valori comuni. Il 12 luglio 2000 il Presidente della Corte di Strasburgo nominò, quali componenti del comitato dei tre saggi, Martti Ahtisaari, ex Presidente della Finlandia, Jochen Frowein, direttore del Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law e già vice presidente della Commissione europea dei diritti dell'uomo, Marcelino Oreja, ex Ministro degli esteri spagnolo, già Segretario generale del Consiglio d'Europa e già membro della Commissione europea. Sul caso Haider, v. R. CAFARI PANICO, *Le sanzioni europee nel caso Haider*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2000, p. 201; L.S. ROSSI, *La «reazione*

visto che, in mancanza di precise indicazioni e, quindi, per la sua genericità, poteva dare adito ad incertezze⁴⁶.

Ciò nonostante, l'idea di attribuire ad un organo non politico e composto di esperti indipendenti, il compito di valutare l'esistenza di violazioni rispetto ai principi dello stato di diritto ed agli altri valori comuni sanciti dall'art. 2 TUE potrebbe rappresentare una garanzia per ottenere un accertamento imparziale e quindi più difficilmente attaccabile da parte dello Stato interessato.

L'idea è stata quindi ripresa e declinata in vario modo sia da parte delle istituzioni dell'Unione (in particolare, dal Parlamento europeo), sia da parte della dottrina.

Abbiamo già ricordato⁴⁷ che il Parlamento europeo, pronunciandosi sulla proposta di regolamento sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di violazioni dello stato di diritto, ha previsto l'istituzione di un gruppo consultivo di esperti in diritto costituzionale e questioni finanziarie e di bilancio al quale affidare il compito di assistere la Commissione europea, mediante una valutazione annuale, nell'accertamento delle carenze generalizzate dello stato di diritto che rischiano di incidere sugli interessi finanziari dell'Unione.

Lo stesso Parlamento europeo, poi, ha ipotizzato l'istituzione di un meccanismo di monitoraggio periodico sul rispetto dello stato di diritto in una sua risoluzione del 2014 concernente la situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea⁴⁸. Tale ipotesi è stata poi ripresa dalla stessa istituzione in una risoluzione del 2016 nella quale ha raccomandato la conclusione di un accordo interistituzionale per un patto dell'Unione sulla democrazia, stato di diritto e diritti fondamentali⁴⁹.

Secondo il Parlamento europeo, sarebbe auspicabile l'introduzione di un meccanismo basato su un ciclo di monitoraggio volto a verificare il rispetto della *rule of law* in tutti gli Stati membri. Il monitoraggio dovrebbe condurre all'adozione, da parte della Commissione europea, di una relazione annuale elaborata con l'ausilio di un gruppo di esperti indipendenti i cui componenti sarebbero nominati, in parte, dagli Stati membri tra ex giudici delle Corti costituzionali o Corti supreme e, in parte, dal Parlamento europeo a maggioranza di 2/3. I dati dovrebbero essere raccolti tenendo conto delle informazioni provenienti dalle autorità statali, dalle agenzie specializzate dell'Unione europea (in particolare, dall'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali), da rappresentanti del mondo accademico, dalla società civile, da ONG e da organizzazioni internazionali (ONU, Consiglio d'Europa). La relazione, discussa in Parlamento europeo, dovrebbe essere poi inviata al Consiglio e successivamente trasmessa ai parlamenti nazionali.

comune» degli Stati membri dell'Unione europea nel caso Haider, in *Rivista di diritto internazionale*, 2000, p. 151; I. SEIDL-HOHENVELDERN, *The Boycott of Austria within the European Union: Defence of European Values and Democracy*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, p. 1425; U. VILLANI, *Osservazioni sulla tutela dei principi di libertà, democrazia*, cit., p. 38 ss.; W. SADURSKI, *Adding a Bite to a Bark? A Story of Article 7, the EU Enlargement, and Jörg Haider*, in *Columbia Journal of European Law*, 2010, p. 385.

⁴⁶ In tal senso, v. B. NASCIBENE, *Lo Stato di diritto e la violazione grave degli obblighi posti dal Trattato UE*, in *Eurojus.it*, 24 ottobre 2017, par. 2.1.

⁴⁷ V. *supra*, par. 3.

⁴⁸ Risoluzione del Parlamento europeo, del 27 febbraio 2014, sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea (2012): 2013/2078(INI), P7_TA(2014)0173.

⁴⁹ Risoluzione del Parlamento europeo, del 25 ottobre 2016, P8_TA(2016)0409, cit.

Un simile meccanismo avrebbe il pregio di sottoporre periodicamente a controllo tutti gli Stati membri a prescindere dall'esistenza di una situazione di emergenza. Tale controllo verrebbe condotto sulla base di dati che dovrebbero essere raccolti in modo imparziale ed oggettivo da un organismo non politico, composto da esperti che indipendenti. Va però osservato che per garantire la reale indipendenza dell'organismo in questione non sembra sufficiente prevedere che i componenti dello stesso siano nominati, anche se solo in parte, dagli Stati membri tra ex giudici delle Corti costituzionali o Corti supreme. La prassi recente relativa alle violazioni della *rule of law* in Polonia ed Ungheria ha infatti dimostrato che proprio la nomina dei giudici dei massimi organi giudiziari nazionali può essere oggetto di illegittime interferenze da parte del potere politico.

Sempre secondo il Parlamento europeo, il meccanismo in questione consentirebbe di incorporare e integrare gli strumenti già a disposizione della Commissione europea in modo tale da evitare inutili duplicazioni. Bisogna tener conto, infatti, che la Commissione già oggi svolge un'attività di monitoraggio nell'ambito di specifici settori che interessano da vicino il rispetto dello stato di diritto all'interno degli Stati membri. Ciò dicasi, ad esempio, per il monitoraggio che, fin dal 2013, viene condotto mediante l'elaborazione annuale di un quadro di valutazione della giustizia⁵⁰. Oppure, si pensi alla relazione sulla lotta alla corruzione che la Commissione aveva previsto di elaborare con cadenza biennale⁵¹, salvo poi optare di far confluire la relativa attività di controllo nell'ambito del monitoraggio svolto all'interno del c.d. semestre europeo, il ciclo annuale di coordinamento delle politiche economiche, fiscali e sociali dell'Unione che prende in considerazione, tra le altre cose, anche le riforme strutturali poste in essere da parte degli Stati membri che possano essere funzionali ad incoraggiare la crescita⁵². Un ulteriore strumento che potrebbe essere sostituito dal monitoraggio previsto dal Parlamento europeo è rappresentato,

⁵⁰ Il quadro di valutazione UE della giustizia è uno strumento introdotto dalla Commissione europea, per la prima volta nel 2013, al fine di monitorare annualmente le riforme giudiziarie e il loro impatto all'interno degli Stati membri. A tal fine, la Commissione, avvalendosi di informazioni raccolte dalla Commissione per la valutazione dell'efficienza della giustizia del Consiglio d'Europa, oltre che da altre reti di esperti ed organismi specializzati, esamina, per ogni Stato membro, indicatori volti a valutare l'indipendenza, la qualità, l'efficienza dei sistemi giudiziari. V., da ultimo, comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, del 26 aprile 2019, quadro di valutazione UE della giustizia 2019, COM(2019)198 def. Sullo strumento in questione, v. A. STRELKOV, *EU Justice Scoreboard: A New Policy Tool for "Deepening" European Integration?*, in *Journal of Contemporary European Studies*, 2019, p. 15.

⁵¹ L'adozione di una relazione dell'UE sulla lotta alla corruzione con cadenza biennale era stata prevista dalla comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, del 6 giugno 2011, *La lotta contro la corruzione nell'UE*, COM(2011)308 def., p. 6. A tale previsione è stato dato seguito solo con la relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, del 3 febbraio 2014, *Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione*, COM(2014)38 def.

⁵² Sul c.d. semestre europeo, v. ad es., G.M. RUOTOLO, *La costituzione economica dell'Unione europea al tempo della crisi globale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 433 e spec. p. 445 ss.; R. ADAM, *La riforma del governo economico dell'Unione europea*, in M.E. BARTOLONI, A. CALIGURI, B. UBERTAZZI (a cura di), *L'Unione europea e la riforma del governo economico della zona euro*, Napoli, 2013, p. 5 e spec. p. 21 ss.

poi, dal meccanismo di cooperazione e verifica per la Bulgaria e la Romania⁵³. In quest'ultimo caso, si tratta di uno strumento introdotto al momento dell'adesione dei due Stati all'Unione europea e che mira a garantire, ad es., che gli stessi pongano in essere le riforme necessarie ad assicurare l'indipendenza della magistratura e la lotta alla corruzione.

Il meccanismo proposto dal Parlamento europeo richiama, in parte, l'idea, già ventilata anche in dottrina, di creare un nuovo organismo (che, nelle diverse versioni proposte viene, di volta in volta, denominato *Copenhagen Commission*, *Systemic Deficiency Committee*, *EU Rule of Law Commission*) incaricato di controllare il rispetto dello stato di diritto da parte degli Stati membri. Secondo alcuni, ad un simile organismo dovrebbero essere addirittura attribuiti poteri sanzionatori⁵⁴. Ciò, però, comporterebbe necessariamente l'esigenza di passare attraverso la revisione dei Trattati istitutivi⁵⁵, strada questa che – come abbiamo precisato in premessa – non sembra allo stato percorribile. Un'ulteriore versione della proposta è quella che ha previsto l'istituzione, tramite il ricorso alla clausola di flessibilità di cui all'art. 352 TFUE, di un apposito comitato che sia in grado anche di avvalersi delle informazioni – concernenti il rispetto dei principi dello stato di diritto – già raccolte, nell'ambito delle rispettive competenze, compiuto dall'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, dalla Commissione di Venezia e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁵⁶. Quest'ultima ipotesi appare più plausibile nella misura in cui non pretende di attribuire un ruolo sanzionatorio all'organismo in questione. Resta il fatto, peraltro, che la clausola di flessibilità richiede l'unanimità dei rappresentanti degli Stati membri riuniti in seno al Consiglio. Vista l'attuale congiuntura, così come è difficile ipotizzare una revisione dei Trattati al fine di introdurre nuovi meccanismi a tutela dello stato di diritto, altrettanto difficile è prevedere il raggiungimento dell'unanimità in seno al Consiglio. Inoltre, abbiamo già osservato⁵⁷ che la clausola di flessibilità può essere impiegata solo in via residuale e per specificare poteri in funzione della realizzazione di obiettivi fissati in una politica dell'Unione.

⁵³ V. rispettivamente: decisione n. 2006/929/CE della Commissione, del 13 dicembre 2006, che istituisce un meccanismo di cooperazione e verifica dei progressi compiuti dalla Bulgaria per rispettare i parametri di riferimento in materia di riforma giudiziaria e di lotta contro la corruzione e la criminalità organizzata; decisione n. 2006/928/CE della Commissione, del 13 dicembre 2006, che istituisce un meccanismo di cooperazione e verifica dei progressi compiuti dalla Romania per rispettare i parametri di riferimento in materia di riforma giudiziaria e di lotta contro la corruzione. Sulle caratteristiche, ma anche sui limiti, del meccanismo di cooperazione e verifica per la Bulgaria e Romania, v. R. CARP, *The Struggle for the Rule of Law in Romania as an EU Member State: The Role of the Cooperation and Verification Mechanism*, in *Utrecht Law Review*, 2014, n. 1, www.utrechtlawreview.org; L. TONEVA-METODIEVA, *Beyond the Carrots and Sticks Paradigm: Rethinking the Cooperation and Verification Mechanism Experience of Bulgaria and Romania*, in *Perspectives on European Politics and Society*, 2014, p. 534; R. VASSILEVA, *Sweet Like Sugar, Bitter Like a Lemon: Bulgaria's CVM Report*, in *Verfassungsblog.de*, 16 novembre 2018.

⁵⁴ V. J.-W. MÜLLER, *Protecting the Rule of Law (and Democracy!) in the EU: The Idea of a Copenhagen Commission*, in C. CLOSA, D. KOCHENOV (eds.), *op. cit.*, p. 206; ID., *A Democracy Commission of One's Own, or What It Would Take for the EU to Safeguard Liberal Democracy in Its Member States*, in A. JAKAB, D. KOCHENOV (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford, 2017, p. 234.

⁵⁵ In tal senso, v. J.-W. MÜLLER, *A Democracy Commission*, *cit.*, p. 250.

⁵⁶ V. A. VON BOGDANDY, C. ANTPOHLER, M. IOANNIDIS, *Protecting EU Values: Reverse Solange and the Rule of Law Framework*, in A. JAKAB, D. KOCHENOV (eds.), *op. cit.*, p. 218 e spec. p. 228 ss.

⁵⁷ V. *supra*, par. 2.

I valori comuni dell'UE, però, non costituiscono, di per sé, una politica dell'Unione e, considerando quanto precisato dalla già richiamata dichiarazione n. 41 adottata in occasione della Conferenza intergovernativa che ha condotto al Trattato di Lisbona, la clausola di flessibilità non può essere impiegata per un'azione che persegue “soltanto” gli obiettivi di cui all'art. 3, par. 1, TUE (tra i quali rientra la promozione dei valori dell'Unione). Qualora, quindi, l'organismo di cui si discute non venga collegato ad obiettivi perseguiti nell'ambito di una politica dell'Unione, è quanto meno lecito dubitare che sia corretto il ricorso alla clausola in questione per la sua istituzione⁵⁸.

La strada più agevole da percorrere sembra allora quella di ricavare implicitamente dall'art. 7 TUE la competenza necessaria per istituire l'organismo di monitoraggio proposto. La creazione di un ciclo periodico di valutazione del rispetto della *rule of law* negli Stati membri potrebbe infatti essere considerata funzionale all'accertamento dei presupposti necessari per attivare la procedura di cui all'art. 7 TUE. L'organismo sarebbe chiamato a svolgere un ruolo consultivo, di carattere raccomandatorio, ed a lavorare in stretta cooperazione con la Commissione europea e le altre istituzioni dell'Unione. Un simile monitoraggio dovrebbe favorire l'instaurazione di un dialogo con lo Stato interessato e quindi consentire di prevenire il verificarsi di situazioni di crisi.

In alternativa alla strada appena considerata, ci si potrebbe infine chiedere se, per il monitoraggio in questione, anziché istituire un apposito organismo, sia invece possibile incaricare un organismo già esistente, sia esso interno o esterno all'ordinamento giuridico dell'Unione europea.

Quanto alla prima ipotesi, è stato ad esempio proposto di affidare tale compito all'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali previo rafforzamento del mandato della stessa⁵⁹. Si tenga però conto che tale Agenzia è stata creata nel 2007 (prima, quindi, dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona) facendo ricorso alla clausola di flessibilità – circostanza, questa, che rende necessario l'impiego della stessa procedura per l'eventuale revisione del mandato dell'Agenzia – e pur in mancanza di una competenza specifica dell'Unione europea in materia di diritti umani. L'Agenzia agisce solo nel perimetro del campo di applicazione del diritto dell'Unione e non potrebbe quindi a rigore occuparsi di qualunque violazione dello stato di diritto compiuta all'interno degli Stati membri. Andrebbe quindi integralmente ripensata l'Agenzia andando incontro alle presumibili eccezioni che potrebbero sollevare gli Stati membri attualmente accusati di non rispettare lo stato di diritto. Di conseguenza, la modifica del mandato dell'Agenzia potrebbe non risultare particolarmente semplice. Del resto, basti pensare alle difficoltà che in passato si sono incontrate anche quando è stato solo ipotizzato di estenderne il raggio di azione alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale⁶⁰.

⁵⁸ A fronte di simili perplessità, è stato evidenziato – a sostegno della possibilità di impiegare l'art. 352 TFUE – che l'impegno di carattere “costituzionale” assunto in funzione del rispetto dei valori comuni sanciti dall'art. 2 TUE rende i valori medesimi parte integrante delle politiche definite all'interno dei Trattati. In tal senso, v. G.N. TOGGENBURG, J. GRIMHEDEN, *The Rule of Law and the Role of Fundamental Rights: Seven Practical Pointers*, in C. CLOSA, D. KOCHENOV (eds.), *op. cit.*, p. 147 e spec. p. 167.

⁵⁹ Tale soluzione viene ad esempio proposta da G.N. TOGGENBURG, J. GRIMHEDEN, *op. cit.*, p. 170.

⁶⁰ Il mancato raggiungimento, in seno al Consiglio, dell'accordo riguardo all'inclusione, nel quadro pluriennale dell'Agenzia per il periodo 2013-2017, dei settori tematici della cooperazione di polizia e

Cambiando prospettiva, si potrebbe invece ipotizzare di esternalizzare l'attività di monitoraggio della *rule of law* negli Stati membri, affidando tale compito, per conto dell'Unione europea, ad organismi che già hanno consolidato una significativa esperienza in materia.

In proposito, viene naturale pensare alla Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto (c.d. Commissione di Venezia)⁶¹ che rappresenta, nell'ambito del Consiglio d'Europa, il principale organo consultivo incaricato di promuovere e consolidare la democrazia e la *rule of law*.

Visto il consolidato grado di esperienza maturato da tale Commissione e la capacità di cooperare con le istituzioni dell'Unione europea (e, in particolare, con la Commissione europea) che la stessa ha dimostrato⁶², si potrebbe dubitare dell'opportunità di istituire all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea un organismo parallelo alla Commissione di Venezia⁶³. D'altra parte, va considerato che la Commissione di Venezia redige pareri su singoli Stati e studi su temi generali, mentre non ha tra i propri compiti anche quello di sottoporre gli Stati ad un monitoraggio di carattere permanente. Tale funzione, prevista nella proposta del Parlamento europeo, non potrebbe essere quindi attribuita alla Commissione di Venezia, salvo pretendere di procedere ad una revisione del suo mandato. La Commissione di Venezia, inoltre, è un organismo del quale sono membri non soltanto gli Stati del Consiglio d'Europa, ma anche Stati terzi⁶⁴. Anche di tale circostanza dovrebbe essere tenuto conto, soprattutto per il fatto che l'attribuzione ad un organismo esterno di compiti di vigilanza suscettibili di assumere rilevanza in

giudiziaria in materia penale, viene riportato da Parlamento europeo, Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni, raccomandazione dell'8 novembre 2012, relativa al progetto di decisione del Consiglio che istituisce un quadro pluriennale per l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali per il periodo 2013-2017: 10449/2012 – C7-0169/2012 – 2011/0431(APP), PE 494.554v02-00. Sul punto v. O. PORCHIA, *Le respect de l'État de droit*, cit., p. 780.

⁶¹ Sulla natura e sulle funzioni della Commissione di Venezia v. G. CAGGIANO, *La Commissione per la democrazia attraverso il diritto*, in *Rivista di diritto europeo*, 1989, p. 417; G. BUQUICCHIO, S. GRANATA-MENGHINI, *Conseil de l'Europe: Commission de Venise*, in *Répertoire de droit européen Dalloz*, 2014; V. VOLPE, *Commissione Europea per la Democrazia attraverso il Diritto (Commissione di Venezia)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche, Aggiornamento*, 2017, p. 182; P. CRAIG, *Transnational Constitution-Making: The Contribution of the Venice Commission on Law and Democracy*, in G. SHAFFER, T. GINSBURG, T.C. HALLIDAY (eds.), *Constitution-Making and Transnational Legal Order*, Cambridge, 2019, p. 156.

⁶² Ai sensi dell'art. 2, par. 6, dello Statuto della Commissione di Venezia (nella versione rivista adottata dal Comitato dei Ministri il 21 febbraio 2002), la Comunità europea (oggi Unione europea) può partecipare ai lavori della Commissione medesima e può divenire membro della stessa secondo le modalità concordate con il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa. Al pari di ogni altra organizzazione internazionale che partecipa ai lavori della Commissione di Venezia, l'Unione europea può chiedere a quest'ultima pareri ai sensi dell'art. 3, par. 2, del citato Statuto. Per un esempio di parere chiesto dalla Commissione europea alla Commissione di Venezia, v. *European Commission for Democracy through Law, Opinion on Legal Certainty and the Independence of the Judiciary in Bosnia and Herzegovina*, Cdl-Ad(2012)014 del 18 giugno 2012. Più in generale, sulla cooperazione tra Unione europea e Commissione di Venezia, v. A.-L. CHANÉ *et al.*, *EU engagement with other European regional organisations*, FRAME Deliverable n. 5.2, 30 aprile 2016, p. 114 ss., reperibile *online*.

⁶³ In tal senso v. K. TUORI, *From Copenhagen to Venice*, in C. CLOSA, D. KOCHENOV (eds.), *op. cit.*, p. 225 ss. e spec. p. 241.

⁶⁴ Attualmente, i membri della Commissione di Venezia sono 62. Oltre i 47 Stati membri del Consiglio d'Europa, sono membri Stati terzi quali, ad es. il Canada, il Cile, Israele, gli Stati Uniti d'America. La lista completa degli Stati membri è reperibile *online*.

funzione di procedure (quali quelle di cui all'art. 7 TUE) disciplinate dal diritto dell'Unione, potrebbe essere vissuta, da parte delle istituzioni dell'Unione, come una indebita ingerenza. Già il parere 2/13⁶⁵ sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU ha mostrato i problemi che si pongono a fronte di potenziali meccanismi di controllo esterni che rischiano di ledere l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione. È vero che nel caso del parere in questione il problema era particolarmente avvertito visto che si trattava di introdurre un meccanismo di carattere giudiziario, ovvero attribuire alla Corte europea dei diritti dell'uomo, la facoltà di accertare eventuali violazioni della CEDU da parte delle istituzioni dell'Unione. In ogni caso, ogni interferenza esterna rischia di essere percepita come lesiva dell'autonomia dell'Unione.

Dovendo quindi scartare la possibilità di affidare il monitoraggio ad un organismo esterno, la soluzione maggiormente plausibile sembra quella di un monitoraggio interno condotto da un organismo di nuova istituzione che, come sopra osservato, potrebbe essere considerato strettamente funzionale all'accertamento delle situazioni di carenza generalizzata della *rule of law* e quindi preliminare rispetto all'eventuale attivazione dei meccanismi di cui all'art. 7 TUE.

5. La procedura di cui all'art. 7 TUE è stata introdotta nel 1997, con il Trattato di Amsterdam, nell'ambito delle riforme che hanno permesso di sancire, a livello di Trattati, i principi "fondanti" dell'Unione europea e di ricollegare alla loro violazione grave e persistente da parte degli Stati membri un meccanismo sanzionatorio di carattere eminentemente politico.

Con le successive riforme dei Trattati (Nizza e Lisbona), l'art. 7 TUE è stato modificato in modo da prevedere, da una parte, una procedura di allarme preventivo che consentisse una più facile applicazione del meccanismo di controllo e, dall'altra, un collegamento con i valori comuni che, nel frattempo, sono stati sanciti, in modo più articolato, nella nuova versione dell'art. 2 TUE.

Le recenti crisi della *rule of law* in Polonia ed Ungheria hanno consentito, per la prima volta, di attivare la procedura (di allarme preventivo) disciplinata dall'art. 7 TUE. All'iniziativa rispettivamente presa dalla Commissione (nel dicembre 2017) e dal Parlamento europeo (nel settembre 2018) non ha però dato seguito il Consiglio.

⁶⁵ V. parere della Corte di giustizia del 18 dicembre 2014, 2/13. Tra i numerosi commenti al parere, v. I. ANRÒ, *Il parere 2/13 della Corte di giustizia sul progetto di accordo di adesione dell'Unione europea alla CEDU: una bocciatura senza appello?*, in *Eurojus.it*, 22 dicembre 2014; F. CHERUBINI, *Qualche riflessione in merito alle prospettive di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo alla luce del parere 2/13 della Corte di giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, p. 243; B. DE WITTE, S. IMAMOVIĆ, *Opinion 2/13 on Accession to the ECHR: Defending the EU Legal Order against a Foreign Human Rights Court*, in *European Law Review*, 2015, p. 683; V. DI COMITE, *Autonomia o controllo esterno? Il dilemma dell'adesione dell'UE alla CEDU alla luce del parere 2/13*, in *La Comunità Internazionale*, 2015, p. 223; P. ECKOUT, *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky*, in *Fordham International Law Journal*, 2015, p. 955; E. SPAVENTA, *A Very Fearful Court?: The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2015, p. 35; C. ZANGHÌ, *La mancata adesione dell'Unione europea alla CEDU nel parere negativo della Corte di giustizia UE*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, p. 33; S. VEZZANI, *L'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea. Riflessioni all'indomani del parere 2/13 della Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, p. 68.

Ciò non ha fatto altro che confermare i limiti del meccanismo in questione, dando nuova linfa al dibattito sulla possibilità/necessità di introdurre ulteriori strumenti in grado di favorire il rispetto dello stato di diritto all'interno degli Stati membri.

Nel corso dell'indagine abbiamo preliminarmente verificato se nuovi strumenti siano auspicabili e tecnicamente possibili⁶⁶.

In proposito, abbiamo innanzitutto sottolineato che può rappresentare un vantaggio avere a disposizione una pluralità di strumenti tra cui di volta in volta poter scegliere quello che risulti maggiormente adeguato per rispondere alle diverse tipologie di crisi della *rule of law* che si possono presentare in concreto. Certo, qualora si introducano nuovi meccanismi si dovrà tener conto dell'esigenza di non rendere più complesso il quadro giuridico esistente e anzi, se possibile, semplificarlo evitando duplicazioni rispetto a meccanismi già esistenti. Ad ogni modo, è illusorio confidare che un unico meccanismo sia in grado di far fronte a tutte le diverse situazioni di crisi. In questo senso, non può che essere salutato con favore il recente impiego degli strumenti giudiziari (ricorso per infrazione e rinvio pregiudiziale) mediante i quali la Corte di giustizia è stata in grado di pronunciarsi in relazione a violazioni dello stato di diritto all'interno di singoli Stati membri. Pur avendo escluso una indagine puntuale su tale profilo, è comunque evidente che la via intrapresa rappresenta un elemento idoneo – sia pure con specifico riferimento a singole violazioni di diritto dell'Unione – a consentire una valutazione di una realtà non aderente al principio ed al rispetto della *rule of law*.

Quanto, poi, alle condizioni necessarie affinché possa essere considerata tecnicamente possibile l'introduzione di nuovi meccanismi volti a vigilare sul rispetto dello stato di diritto negli Stati membri, l'aspetto più problematico è rappresentato dall'assenza, nei Trattati istitutivi, di una specifica base giuridica che preveda espressamente il relativo potere.

Un eventuale nuovo meccanismo non può poi contrastare con la procedura disciplinata dall'art. 7 TUE, né con l'equilibrio di poteri che la disposizione in questione delinea tra le diverse istituzioni dell'Unione.

Alla luce di tali considerazioni, la strada da percorrere sembra quella di individuare nel testo dei vigenti Trattati una disposizione dalla quale ricavare, quanto meno implicitamente, il potere necessario per creare un nuovo strumento volto a vigilare e quindi a rafforzare la *rule of law* negli Stati membri.

Le ipotesi che abbiamo esaminato sono quelle che utilizzano, rispettivamente, come base giuridica l'art. 322 TFUE e lo stesso art. 7 TUE.

Nel primo caso, l'idea – concretizzata dalla Commissione mediante la formulazione di un'apposita proposta di regolamento – è quella di ricavare implicitamente, dalla norma del Trattato sul funzionamento che consente di stabilire le modalità di formazione ed esecuzione del bilancio dell'Unione, il potere di condizionare l'erogazione dei fondi UE al rispetto dello stato di diritto da parte delle autorità statali.

Nel secondo caso, l'idea – ad oggi formulata dal Parlamento europeo nell'ambito di proprie risoluzioni e poi declinata in dottrina con diverse varianti – è quella di affidare ad un organo non politico, composto di esperti indipendenti, il compito di condurre un monitoraggio ciclico sul rispetto della *rule of law* negli Stati membri

⁶⁶ V. *supra*, par. 2.

che possa essere funzionale alla verifica della sussistenza dei presupposti necessari per l'eventuale attivazione della procedura di cui all'art. 7 TUE.

Entrambe le proposte presentano profili di criticità che, nel corso dell'indagine⁶⁷, abbiamo evidenziato indicando i correttivi e le cautele a nostro avviso necessari per consentire una loro concretizzazione.

È indubbio, comunque, che al di là della “fattibilità” dal punto di vista strettamente giuridico, decisiva risulterà l'esistenza di una reale volontà politica degli Stati membri di rafforzare i meccanismi esistenti.

In questo particolare contesto storico non sembra possibile trovare, su un tema di questo tipo, l'unanimità necessaria per passare attraverso una revisione dei Trattati. Le riforme che possono quindi realisticamente essere discusse non possono che essere “a Trattati invariati”. Le proposte che abbiamo preso in considerazione, anche qualora potessero condurre all'introduzione di nuovi meccanismi, non avrebbero comunque un effetto risolutivo. Ciò nonostante, permetterebbero di compiere ulteriori passi nella direzione del rafforzamento dello stato di diritto negli Stati membri dell'Unione, arricchendo lo strumentario a disposizione delle istituzioni (politiche e giudiziarie) dell'Unione per rendere effettivo il rispetto dei valori comuni su cui si fonda il progetto di integrazione europea.

Abstract

Reflections on the New Legal Instruments to Respect the Rule of Law by EU Member States to Be Introduced without Changing the Treaties

The current rule of law crisis in Hungary and Poland has confirmed the shortcomings of Article 7 TEU procedure as an efficient tool to resolve systemic deficiencies of the rule of law in the Member States. This article aims at contributing to the ongoing debate on the opportunity and the feasibility of new legal tools concerning respect for the rule of law at the internal level. In particular, two proposals are discussed. The first proposal concerns the adoption of a legal instrument on the protection of the Union's budget in the case of generalised deficiencies as regards the rule of law in the Member States. The second proposal aims to create an independent body which should be entrusted with the permanent review and assessment in the fulfilment of rule of law standards by EU member States. Both these proposals are assessed taking into account that, in the current political context, any attempt to introduce new legal instruments to implement the compliance with the rule of law by EU Member States might only be introduced without changing the Treaties.

⁶⁷ Con riferimento alle due proposte, v. rispettivamente, *supra*, paragrafi 3 e 4.

Pierre de Gioia Carabellese*

La BRRD (o direttiva *bail-in*), “atto secondo”

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Dal MREL al TLAC (ed insieme al MREL). – 3. TLAC: i dettagli della modifica. Il TLAC in generale. – 4. *Segue*: il *Single Point of Entry* e il *Multiple Point of Entry*. – 5. Le clausole contrattuali da potere di risoluzione. – 6. Considerazioni preliminari. – 7. L'essenza della clausola da azione di risoluzione. – 8. Miscellanea. – 9. Conclusioni e considerazioni critiche.

1. La direttiva UE 2014/59 è in vigore da più di un lustro, periodo durante il quale ha ricevuto da parte della dottrina domestica ed internazionale numerosi, pugnaci e spesso sferzanti commenti. Come noto, non sono soltanto aspetti micro-interpretativi, di *doctrinal analysis of law*¹, quelli che hanno animato i dibattiti, piuttosto questioni che attengono alla medesima *ratio essendi* “costituzionale” degli strumenti di risoluzione, particolarmente alla famigerata ricapitalizzazione bancaria interna, ovvero il *bail-in tool*, e ai suoi più temuti *bazooka*: il potere di conversione, svalutazione ovvero annullamento delle passività, spettante all'autorità di risoluzione. Sulla scorta di tale premessa, un nuovo tassello, preannunciato da tempo, si aggiunge alla BRRD, per effetto della direttiva 2019/879, pubblicata il 7 giugno 2019² (in questo contributo anche: “direttiva 2019/879” o “direttiva 879”). Tale

* Full Professor of Law (Huddersfield, 2017) – Fellow (Advance HE – York, 2010).

¹ Come noto, la *doctrinal analysis of law* è, nel *common law*, quella che negli ordinamenti di *civil law* sarebbe l'analisi letterale della norma. In questo scritto, pur riferendosi principalmente al diritto bancario dell'Unione europea, per gli aspetti di diritto interno, si ha l'ambizione di effettuare tanto una esegesi di *civil law* (in particolare italiana) quanto una di *common law*. Cfr. P. DE GIOIA CARABELLESE, *Legal Research Method*, Chair of Law, Academic Year 2017/2018, University of Huddersfield, Law School; E. FINCH, S. FAFINSKI, *Legal Skills*, Oxford, 2018, VII ed.

² Direttiva (UE) 2019/879 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, che modifica la direttiva 2014/59/UE per quanto riguarda la capacità di assorbimento di perdite e di ricapitalizzazione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e la direttiva 98/26/CE. Essa fa parte di un “package”, cui fa da *pendant* l'altra direttiva, la direttiva (UE) 2019/878 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, che modifica la direttiva 2013/36/UE per quanto riguarda le entità esentate, le società di partecipazione finanziaria, le società di partecipazione finanziaria mista, la remunerazione, le misure e i poteri di vigilanza e le misure di conservazione del capitale. Ovviamente, alla luce della normativa generale dell'Unione, le due direttive sono state precedute dalle due “sorelle” le quali hanno modificato i relativi regolamenti; più precisamente: regolamento (UE) 2019/876 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, che modifica il regolamento (UE) n. 575/2013 per quanto riguarda il coefficiente di leva finanziaria, il coefficiente netto di finanziamento stabile, i requisiti di fondi propri e passività ammissibili, il rischio di controparte, il rischio di mercato, le esposizioni verso controparti centrali, le esposizioni verso organismi di investimento collettivo, le grandi esposizioni, gli obblighi di segnalazione e informativa e il regolamento (UE) n. 648/2012; regolamento (UE) 2019/877

articolato normativo europeo contiene nuove disposizioni in tema di strumenti di risoluzione delle crisi bancarie³ che vanno a novellare il pregresso testo di origine della BRRD⁴.

L'obiettivo del presente contributo è di valutare la portata della nuova disciplina nonché come la BRRD risulti modellata per effetto della novella, tanto nei suoi principali pilastri che nelle normative di dettaglio. Si puntualizza preliminarmente che il nuovo testo legislativo non ha una portata rivoluzionaria: sarebbe finanche inappropriato parlare di BRRD II, in quanto più correttamente si tratta, da un lato, di correzioni al precedente testo normativo⁵, dall'altro, di un intervento, più sostanziale ma non distonico con i pilastri della BRRD di origine, finalizzato a dar corpo e a potenziare strumenti finanziari *ad hoc*, destinati a supportare le azioni stesse di risoluzione. Nella discussione delle modifiche, non si prescinde dal dibattito suscitato dalla BRRD, e dal più noto dei quattro strumenti: la ricapitalizzazione bancaria interna o *bail-in tool*⁶. Si tenta anche in conclusione di effettuare, alla luce del dibattito dottrinale, un'analisi di tipo ontologico dell'istituto delle risoluzioni bancarie⁷

del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, che modifica il regolamento (UE) n. 806/2014 per quanto riguarda la capacità di assorbimento delle perdite e di ricapitalizzazione per gli enti creditizi e le imprese di investimento.

³ La BRRD è stata implementata nei diversi Paesi membri. In Spagna, ciò è avvenuto con Ley 11/2015. Per commenti, cfr. *ex plurimis* C. ALONSO LEDESMA, *La Resolución de las Entidades de Crédito*, in I. FERNÁNDEZ TORRES, J. TEJEDOR BIELSA (dirs.), *La Reforma Bancaria en la Unión Europea y España (el Modelo de Regulación Surgido de la Crisis)*, Navarra, 2014, p. 345 ss.; I. FERNÁNDEZ TORRES, *La Reestructuración de las Entidades de Crédito*, in I. FERNÁNDEZ TORRES, J. TEJEDOR BIELSA (dirs.), *La Reforma Bancaria en la Unión Europea y España*, cit., p. 304 ss. In Italia, come noto, la implementazione è avvenuta attraverso il decreto legislativo n. 181, del 16 novembre 2015, il quale ha modificato il decreto legislativo n. 385, del 1 settembre 1993, il TUB. In aggiunta a ciò, un testo legislativo (d.lgs. n. 180 del 16 novembre 2015) implementa la BRRD attraverso la creazione di un autonomo sistema di regole. Nel Paese che lascia l'Unione europea (il Regno Unito), l'implementazione è avvenuta attraverso sia il *Financial Services and Markets Act 2000* e il *Banking Act 2009*, entrambi *ad hoc* modificati. Quest'ultimo, il quale ricevette Assenso Reale a febbraio 2009, "granted the Treasury and the Bank of England sweeping powers to restructure failing banks and to transfer their shares and property to a government-owned bridge bank or to a private purchaser". (cfr. in dottrina K. ALEXANDER, *Principles of Banking Regulation*, Cambridge 2019, p. 184 ss., nel commentare sulla sezione 11 e 12 del *Banking Act 2009*).

⁴ La direttiva 2019/879, emanata il 20 maggio 2019, è entrata in vigore il 27 giugno successivo. Ai sensi dell'art. 3, rubricato "Recepimento", la direttiva nel suo complesso, salvo specifiche eccezioni, entrerà in vigore il 28 dicembre 2020.

⁵ Per completezza di analisi, la direttiva 98/26/UE è interessata da cambiamenti, per effetto della direttiva 2019/879/UE, sebbene questi siano più terminologici, in quanto sono introdotte migliori definizioni di "central counterparty" e "participant", nella più ampia area dei "clearing system". Cfr. art. 2 della direttiva 2019/879/UE.

⁶ Sulla tematica, non solo linguistica ma anche di sostanza del modo in cui il *bail-in tool* dovrebbe essere più correttamente definito nella versione italiana della BRRD, ma anche nella legge interna di implementazione, cfr. P. DE GIOIA CARABELLESE, *Bridge bank (e bail-in) in un recente decisisum della Suprema Corte britannica: dal bonus argentarius al coactus argentarius*, in *Banca impresa società*, 2019, p. 377 ss.

⁷ *Rectius*, un macro istituto, e quattro *species*, fra cui la ricapitalizzazione bancaria interna (o *bail-in tool*), il più noto dei quattro. Nella dottrina internazionale (M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *European Banking and Financial Law*, London, 2015, I ed., p. 112 ss.) si parlava di cinque strumenti di risoluzione, tenuto conto di una bozza di BRRD che lo lasciava presagire. È corretto ora parlare, formalmente, di quattro strumenti di risoluzione. Cfr. M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *European Banking and Financial Law*, II ed. (di prossima pubblicazione).

e, particolarmente, di quello principe, della ricapitalizzazione bancaria interna⁸. Nel parlare di filosofia della BRRD⁹ ed anche sulla scorta delle discussioni dottrinali¹⁰, le conclusioni che si traggono portano ad affermare la necessità di una BRRD II, che totalmente riveda l’impianto della BRRD.

2. Sono gli stessi ‘considerando’ della direttiva 2019/879 a precisare il sostrato delle modifiche. Il 9 novembre 2015¹¹ il *Financial Stability Board* (FSB) rese noti i definitivi “*standard* relativi alla capacità di assorbimento totale delle per-

⁸ I dubbi in merito al *banking bail-in* erano sorti ben presto, nella letteratura internazionale. Cfr. E. AVGOULEAS, C. GOODHART, *Critical Reflections on Bank Bail-ins*, in *Journal of Financial Regulation*, 2015, p. 3 ss.

⁹ Nella letteratura più recente, il tema è enfatizzato in spagnolo da P. DE GIOIA CARABELLESE, *Insolvencia y Instrumentos de Resolución Bancaria*, in *Revista de Derecho Consursal y Paraconsursal*, 2019, p. 143 ss. Cenni sulla attuale “ontologia” del banchiere e della banca, *ergo* ove la banca si collega nella definizione e perimetro dell’impresa, sono rinvenibili anche nella recentissima letteratura inglese in P. DE GIOIA CARABELLESE, D. ZHANG, *Bail-in Tool and Bank Insolvency: Theoretical and Empirical Discourses Around a New Legal (or Illegal) Concept*, in *European Business Law Review*, 2019, p. 487 ss.

¹⁰ Nella manualistica internazionale in lingua inglese, i *resolution tool* o strumenti di risoluzione sono analizzati da: M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *op. cit.*; K. ALEXANDER, *op. cit.*, p. 163 ss.; M. DE POLI, *Fundamentals of European Banking Law*, Padova, 2018, p. 195 ss.; R. CRANSTON, E. AVGOULEAS, K. VAN ZWIETEN, CH. HARE, TH. VAN SANTE, *Principles of Banking Law*, Oxford, 2018, III ed., p. 171 ss.; M. DE POLI, *European Banking Law*, Milano, 2017, p. 199 ss.; M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *op. cit.*, I ed., p. 111 ss. Nella manualistica italiana, i *resolution tools* sono discussi in C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche*, Bologna, 2016, p. 288 ss., in particolare p. 292 s. per il *bail-in*; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Il diritto del sistema finanziario*, in M. CIAN (a cura di), *Diritto commerciale*, Torino, 2019, II ed., p. 785 ss. Per un dettaglio degli approfondimenti monografici, trattatistici e accademici in tema di strumenti di risoluzione e crisi, tanto in inglese quanto in italiano, si rimanda a P. DE GIOIA CARABELLESE, *Bridge bank*, cit., p. 377 ss. Parimenti, per ampi riferimenti bibliografici in lingua inglese e spagnola, cfr. I. FERNADEZ TORRES, P. DE GIOIA CARABELLESE, *The Resolution Tools: A Legal Analysis and an Empirical Investigation*, in A. RUIZ OJEDA, J.M. LÓPEZ JIMÉNEZ (dirs.), *Estudios Sobre de Entidades de Crédito – Enfoques Interdisciplinarios*, 2019, Madrid, in corso di stampa. Più recentemente, in tema *bail-in*, si segnala M. VENTORUZZO, G. SANDRELLI, *O Tell Me the Truth About Bail-in: Theory and Practice*, Law Working Paper n. 442/2019, reperibile online; N. RUCCIA, *The Role of the Private Sector in Resolution for Banks*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2017, p. 615 ss. Dal punto di vista del diritto italiano interno (*ergo*, d.lgs. 180/2015), non può prescindersi dai pregevoli contributi di G. PRESTI, *Il bail-in*, in *Banca impresa società*, 2015, p. 339 ss.; B. INZITARI, *BRRD, Bail-in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d.lgs. n. 180 del 2015)*, in *Contratto e impresa*, 2016, p. 689 ss.; ID, *Il nuovo ordinamento della banca secondo la Bank Recovery and Resolution Directive*, in *Questione giustizia*, 2017, p. 204 ss.; R. LENER, *Bail-in bancario e depositi bancari fra procedure concorsuali e regole di collocamento degli strumenti finanziari*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2016, p. 287 ss.; ID, *Profili problematici delle nuove regole europee sulla gestione delle crisi bancarie*, in *Banca impresa società*, 2018, p. 13 ss.

¹¹ FINANCIAL STABILITY BOARD, 2015, *Principles on Loss-Absorbing and Recapitalisation Capacity of G-SIBs in Resolution*, - *Total Loss-Absorbing Capacity (TLAC) Term Sheet*, 9 novembre 2015, reperibile online. Nella dottrina (P.G. BRIERLEY, *Ending Too-Big-to-Fail: Progress since the Crisis, the Importance of Loss-Absorbing Capacity and the UK Approach to Resolution*, in *European Business Organization Law Review*, 2018, p. 457 ss., particolarmente p. 458) viene considerato un “crucial milestone”, una pietra miliare cruciale, perché di fatto fa cessare il “too big too fail”, ossia il problema della grandezza esorbitante di molte banche prima della crisi finanziaria del 2007/2008, tale per cui le stesse dovettero essere salvate. In realtà, in questa sede si ribatte che il “too big to fail” era già venuto meno per effetto delle leggi del mercato, non mercé la BRRD, con le diverse banche che hanno dovuto cedere rilevanti attivi e partecipazioni. In realtà si può ribattere che il problema del “too big to fail” era un problema britannico, in quanto era in quel Paese, ma non certamente nell’Europa continentale, né tanto meno in Italia, che la grandezza delle banche aveva assunto proporzioni spropositate.

dite” (TLAC), che sono stati adottati dal G20 in Turchia, dopo una settimana. Fondamentalmente, i requisiti TLAC – ai quali si aggiungono peraltro i normali *buffer* patrimoniali previsti dagli *standard* globali di Basilea III – possono essere soddisfatti in modo relativamente flessibile, con capitale di debito ovvero con passività di lungo termine non garantite¹².

Da un punto di vista numerico il TLAC è attualmente commisurato dal FSB ad una percentuale variabile fra il 16 e ben oltre il 20 per cento¹³, calcolata sulla base delle attività ponderate per il rischio (*RWA: Risk Weighted Assets*).

Gli stessi si inquadrano nella più ampia logica finalizzata a gestire i dissesti delle banche più grandi, quelle con operatività sistemica. I *Key Attributes (KAs) of Effective Resolution Regimes* hanno l’ambizione di essere linee guida di tipo sistematico, per la risoluzione globale e coerente dei dissesti bancari. Questi sintetizzano i poteri chiave necessari ad assicurare che i dissesti delle G-SIBs e delle altre banche sistemiche siano risolvibili¹⁴. Ovviamente, fra i poteri chiave individuati dai *Leader* del G20 si annovera quello relativo al *bail-in tool*, ergo alla ricapitalizzazione bancaria interna, al potere di conversione e/o riduzione¹⁵ di azioni¹⁶ e/o crediti¹⁷ (salve le eccezioni previste dal legislatore), potere che è attribuito all’autorità di risoluzione.

I TLAC sono, per le banche a rilevanza sistemica globale (le G-SIB’s¹⁸) e soltanto per queste¹⁹, strumenti “di assorbimento delle perdite e di ricapitalizzazione necessaria per aiutare a garantire che, durante una risoluzione e nella fase immediatamente successiva, tali enti possano continuare a svolgere le funzioni senza mettere a rischio fondi dei contribuenti, (...) o la stabilità finanziaria”²⁰. Nella dottrina finanziaria, si enfatizza che il TLAC è “a means of addressing this need for

¹² K. ALEXANDER, *op. cit.*, p. 190.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ P.G. BRIERLEY, *op. cit.*, a p. 459.

¹⁵ Il testo della BRRD, sia in italiano che in inglese, sembra omettere il vero e proprio annullamento. Nella versione in inglese si parla di *write-down*, riduzione, ma non *write-off*, annullamento. Paradossalmente, se ciò fosse, in tema di azioni, l’autorità di risoluzione potrebbe ridurre il valore delle stesse fino ad un valore infinitesimale, ma comunque una minima frazione del capitale dovrebbe rimanere, quantomeno simbolicamente, nelle mani del socio “evitto”.

¹⁶ Viene correttamente osservato (M. SPERANZIN, *Bail-in (e condivisione degli oneri)*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione commerciale*, Torino, 2017, p. 28 ss., particolarmente p. 30) che, per quanto riguarda gli azionisti, la ricapitalizzazione bancaria interna comporta una “sopportazione anticipata, e per provvedimento amministrativo, del rischio dell’investimento in capitale di rischio, azzerando o riducendo il valore della partecipazione sociale o comunque mutandone coattivamente il contenuto”.

¹⁷ Anche qui la dottrina (M. SPERANZIN, *op. cit.*) sottolinea che “la peculiare regolamentazione del rischio di impresa prevista dalla disciplina in esame può determinare, oltre alla sostituzione del debitore, la riduzione immediata e coattiva, totale o parziale, dell’importo della pretesa nonché la conversione, sempre coattiva, della pretesa in capitale di rischio”. Viene anche aggiunto (M. SPERANZIN, *op. cit.*) che, sempre con riferimento ai creditori, “l’attuazione delle misure di risoluzione della crisi può determinare la disattivazione di alcuni strumenti di diritto societario comune”.

¹⁸ *Global Systematically Important Banks*, cui fanno da pendant le *Global Systematically Important Financial Institutions*.

¹⁹ La linea di demarcazione è enfatizzata da S. CROSETTI, *Analisi delle proposte di armonizzazione del requisito minimo di passività ammissibili con le indicazioni del Financial Stability Board in materia di Total Loss Absorbing Capacity*, in *Amministrazione in cammino*, 18 gennaio 2018, p. 1 ss., particolarmente 3. Il MREL è invece requisito che dovrà essere applicato a ogni banca.

²⁰ 1° ‘considerando’ della direttiva 2019/879.

loss-absorption”²¹; in particolare si evidenzia che: “TLAC generally takes the form of equity and debt that will absorb losses in the event of a G-SIB’s failure, either by converting to equity or by being written down. TLAC debt must be subordinate to all other creditors and claims (except equity)”.

In concreto, lo strumento attraverso cui la solvibilità della banca verrà ripristinata è la ricapitalizzazione bancaria interna, costituita da annullamento e/o conversione del capitale e di strumenti di debito²²; le passività subordinate vengono automaticamente convertite dall’autorità di risoluzione ovvero annullate, fintanto che non si consegua il ripristino della capitalizzazione²³.

Il TLAC è operativo dal 1° gennaio 2019 e si aggiunge al MREL previsto già dalla BRRD al fine di assicurare che le banche abbiano un sufficiente ammontare di strumenti di capitale e di passività nel loro bilancio tale da essere assoggettate a *bail-in tool*²⁴. Il MREL, acronimo di *Minimum Requirement for Own Funds and Eligible Liabilities*, è un ammontare determinato caso per caso dall’autorità di vigilanza in relazione al profilo della banca²⁵; applicato a tutte le banche europee, è calibrato in relazione ai fondi propri e alle altre passività totali dell’istituto di credito. Il MREL deve assicurare che le perdite possano essere assorbite in anticipo e che la banca possa essere conseguentemente ricapitalizzata, nell’ambito di una possibile azione di risoluzione, il che ne esclude l’utilizzo nell’ambito dell’esercizio della normale attività bancaria²⁶. Come evidenziato da dottrina internazionale

²¹ M.J. FLANNERY, R.R. BLISS, *Market Discipline in Regulation: Pre- and Post-Crisis*, in A.N. BERGER, PH. MOLYNEUX, J.O.S. WILSON (eds.), *Oxford Handbook of Banking*, Oxford, 2019, III ed., p. 19.

²² M. LAMANDINI, D. RAMOS MUÑOZ, *Minimum Requirement for Own Capital and Eligible Liabilities (MREL)*, in V. SANTORO, M. CHITI (eds.), *The Banking Union*, London, 2019, p. 10, in corso di pubblicazione.

²³ M.J. FLANNERY, R.R. BLISS, *op. cit.*, a p. 20. Gli Autori parlano a proposito di “market discipline”, una disciplina, nel senso di rigore, di mercato: “(...) the most important point is that deeply subordinated ‘bail-in’ bonds are intended to absorb effectively all losses at an insolvent institution. If each G-SIB maintains a sufficient stock of debt that can be bailed-in (converted to equity), then supervisors can restore the bank to solvency by re-organising its capital structure”. Teoricamente, una riorganizzazione basata sul TLAC (*TLAC-based re-organization*) “would keep markets stable, preserve the failed firm’s going concern value, and avoid taxpayer contributions”; “It permits orderly resolutions because it avoids market disruptions associated with forced asset sales. It operates quickly because it is implemented by supervisory agencies rather than by courts” (*ibidem*). Ovviamente, in tale meccanismo, che sembra suonare perfettamente, non è chiaro ove gli esimi economisti hanno valutato aspetti, non secondari, di tipo giuridico, quali la tutela dei creditori, il principio di pari trattamento, la *rule of law* in questo potere di annullamento e/o conversione.

²⁴ Viene correttamente sottolineato nella dottrina italiana (M. SPERANZIN, *op. cit.*, particolarmente a p. 33) che “le banche devono essere dotate di un livello di fondi propri e passività, suscettibili di essere soggette ai provvedimenti di *bail-in*, adeguate alle esigenze di assorbimento delle perdite che le situazioni di crisi possono determinare (...)”.

²⁵ Art. 45 della BRRD; art. 23 del SRM Regulation; ed anche regolamento delegato (UE) 2016/1450 della Commissione, del 23 maggio 2016, che integra la direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda le norme tecniche di regolamentazione che precisano i criteri applicabili alla metodologia con cui è determinato il requisito minimo di fondi propri e passività ammissibili.

²⁶ Nella dottrina in inglese (M. DE POLI, *Fundamentals*, cit., p. 227), si sottolinea che “a differenza del capitale regolamentare, il quale mira a definire il capitale adeguato per coprire le perdite nel corso della normale attività delle istituzioni, il MREL è finalizzato ad assicurare una soddisfacente capacità ad assorbire perdite attraverso lo strumento della capitalizzazione interna bancaria quando la istituzione è in dissesto o è probabile che lo diventi” (traduzione dall’inglese di chi scrive). Cfr. anche M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *op. cit.*, II ed., capitoli 7-8.

inglese²⁷: “[t]he application of the minimum requirement for own funds and eligible liabilities (...) is governed by Article 45 BRRD and Commission Regulation (EU) 2016/1450 of 23 May 2016 ‘supplementing Directive 2014/59/EU of the European Parliament and of the Council with regard to regulatory technical standards specifying the criteria relating to the methodology for setting the minimum requirement for own funds and eligible liabilities’. This requirement was introduced in order to ensure that[,] if resolution authorities decide to apply the bail-in instrument in the course of an institution’s resolution[,] there would be sufficient liabilities to absorb losses (‘bail-inable instruments’)”.

Al di là dei diversi approfondimenti circa il MREL, che si rinvergono in ambito internazionale²⁸, si può in breve sintetizzare la funzione dello strumento in parola, affermando che quantifica *ex ante* la passività ovvero il debito destinato a coprire le perdite nel caso di *bail-in tool*: in una metafora bellica, gli avamposti più vicini alle trincee nemiche, i soldati che, in caso di inopinato e vittorioso attacco della controparte, sono i primi a cedere; la inespugnabile linea di Piave, da crearsi prima che l’esercito avversario possa inopinatamente avanzare verso la “Venezia”. Gli *standard* tecnici in tema di MREL²⁹ richiedono che le autorità di risoluzione prendano in considerazione tutte le possibili esclusioni³⁰ ove decidano sul livello del MREL per un istituto di credito³¹. Dunque, laddove le passività di una banca coprono contrattualmente il rischio di impresa, le “*MREL-able liabilities*”³² prevedono *ex ante* e rendono il relativo portatore edotto in anticipo del fatto che verranno sacrificate per prime in caso di dissesto³³. Peraltro, in passato la dottrina internazionale ha rite-

²⁷ Ch. V. GORTSOS, *The Single Resolution Mechanism (SRM) and the Single Resolution Fund (SRF), Legal Aspects of the Second Main Pillar of the European Banking Union*, Athens, National and Kapodistrian University of Athens, Law School, 3 luglio 2018, IV ed.

²⁸ N.G. MARAGOPOULOS, *Minimum Requirement for Own Funds and Eligible Liabilities (MREL): A Comprehensive Analysis of the New Prudential Requirement for Credit Institution*, ECEFIL Working Paper Series, n. 16, febbraio 2016, reperibile *online*; J.C. PARDO, V. SANTILLANA, *The European MREL: Main Characteristics and TLAC Similarities and Differences*, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA), European Regulation Watch, Dicembre 2014, reperibile *online*; M. MIŠKOVÁ, L. ORSZÁGHOVÁ, *MREL: Gone Concern Loss Absorbing Capacity*, National Bank of Slovakia, in *Banking Journal*, 2015, p. 18 ss.; G. MERC, *The Minimum Requirement for Own Funds and Eligible Liabilities (MREL)*, in *Understanding Bank Recovery and Resolution in the EU: a Guidebook to the BRRD*, World Bank Group, Finance & Markets, Financial Sector Advisory Center (FinSAC), aprile 2017, p. 83 ss., reperibile *online*. In chiave estremamente critica, cfr. T.H. TROEGER, *Why MREL Won’t Help Much*, SAFE Working Paper n. 180, 2017, reperibile *online*; ID., *Too Complex to Work: A Critical Assessment of the Bail-in Tool under the European Bank and Recovery Regime*, *ivi*, n. 179, 2017, reperibile *online*.

²⁹ Come già riferito, precisati dalla European Banking Authority.

³⁰ L’unico limite alla deroga dall’esercizio della discrezione è che una esclusione *ad hoc* della passività dalla risoluzione (dunque l’azione di annullamento o conversione) può avvenire solo in “casi eccezionali”. Cfr. lettere a)-d), art. 44, par. 3, BRRD.

³¹ T.C. MAGUZE, *EU Bank Recapitalization and the Bail-in Option: an Analysis of the Effects of Mandatory Bail-in on Creditors’ Property Rights*, in *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, 2016, p. 1 ss. Il documento tecnico mercé il quale le caratteristiche tecniche del MREL sono state precisate è quello EBA, *European Banking Authority*, del 14 dicembre 2016.

³² L’espressione, icastica, è usata da M. DE POLI, *Fundamentals*, cit., a p. 227.

³³ Si potrebbe dire che vi è una esplicita e legalizzata condizione risolutiva, che determina l’estinzione del debito al verificarsi dell’evento del dissesto o probabilità (o rischio) di dissesto, o “failure” o “likely to fail”, di cui alla BRRD. Per un’analisi del fatto che la linea di demarcazione fra dissesto (che giustifica, al verificarsi delle altre condizioni, l’assoggettamento ad una delle azioni di risoluzione) e insolvenza (che invece obbligherebbe alla liquidazione) non sia fra le più chiare, si rimanda in spagnolo a

nuto che il MREL³⁴, in combinazione con una speciale tipologia di titoli di debito, COCOs, avrebbe potuto essere, ed è l’ipotesi di lavoro avanzata più recentemente³⁵, la panacea della ricapitalizzazione bancaria interna, in una sua nuova formula, anche al fine di rendere la BRRD più coerente con taluni articolati internazionali, fra cui la Convenzione europea dei diritti dell’uomo. *Ergo*, nessun potere arbitrario di conversione ovvero annullamento, semplicemente contrattualizzazione del sacrificio di una categoria di debitori della banca, consapevoli del rischio *bail-in tool* insito nei propri titoli.

In definitiva, tenendo conto della prevalente dottrina in materia tanto di MREL che di TLAC, si può evidenziare che per alcuni autori il TLAC *standard* è implementato attraverso il MREL³⁶. Diversa dottrina sottolinea invece che la BRRD e il SRM *Regulation* pongono a disposizione dell’autorità di risoluzione, in tema di *bail-in*, due diversi strumenti, anche se le caratteristiche degli strumenti di cui si parla sono sostanzialmente le stesse³⁷. A conciliare i due diversi orientamenti si può affermare che la fonte “normativa” di TLAC e MREL è diversa, ma la funzione è analoga; inoltre, per le banche a rischio sistemico, il primo assorbe il secondo.

In particolare, la direttiva 2019/879 da un lato mantiene il “supremo”, l’organo “quasi-dittatoriale” ed il suo potere di convertire/ridurre/annullare crediti e/o azioni, dall’altro definisce le caratteristiche, l’operatività e l’interazione dei TLAC, per specifici enti creditizi. In ogni caso è ovvio che il compito di tali titoli non è quello di sostituire il potere del “quasi dittatore” di sopprimerli, quanto piuttosto quello di aggiungere “materassi” (nella terminologia spagnola), “*buffers*” in quella inglese, cui corrispondono i “cuscinetti” del Bel Paese, in grado di assorbire le perdite della impresa bancaria, sicché i titolari di tali strumenti, come i soldati al fronte che coprono le linee più avanzate, sono i primi a cadere, al fine di proteggere le linee difensive più interne, *ergo* il capitale della banca. Dunque, il legislatore della UE non congeda nulla di particolarmente innovativo, piuttosto introduce – nel contestato impianto della BRRD, saldamente e *ahimè* detestabilmente basato su conversione/riduzione/annullamento di crediti – un ulteriore ma non massivo, elemento di contrattualizzazione, pur nella considerazione che, soprattutto per chi scrive, la contrattualizzazione di cui si tratta è l’unico modo per tenere in vita la BRRD, una

P. DE GIOIA CARABELLESE, *Insolventia*, cit., p. 143 ss. Cfr. *ultra* più ampie osservazioni. Una analisi sistematica e approfondita della nozione di “dissesto” o “rischio di dissesto” si legge in G. BOCCUZZI, *La risoluzione e le altre procedure di gestione delle crisi di banche insolventi*, in A. JORIO, B. SASSANI (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2017, V ed., p. 934. Pregevole la teorizzazione del dissesto regolamentare, dissesto patrimoniale e dissesto finanziario quali tre principali *genera* della nozione di dissesto medesimo. L’autore lumeggia anche la differenza fra *soft triggers*, in cui l’azione di risoluzione è rimessa alla discrezionalità della *authority*, e *hard triggers*, in cui scatterebbe automaticamente, al superamento di certi parametri. La scelta finale del legislatore è stata per i *soft triggers*.

³⁴ La funzione del MREL quale “cuscinetto” che ammortizzi il danno da dissesto o prossimità al dissesto è confermata dal 5° ‘considerando’ della direttiva 2019/879/UE: “Gli Stati membri dovrebbero garantire che gli enti ed entità dispongano di una sufficiente capacità di assorbimento delle perdite e di ricapitalizzazione per assicurare un assorbimento delle perdite e una ricapitalizzazione agevoli e rapidi con un impatto minimo sui contribuenti e sulla stabilità finanziaria. Quest’obiettivo dovrebbe essere raggiunto mediante il rispetto, da parte degli enti, di un MREL specifico per ente come previsto dalla direttiva 2014/59/UE”.

³⁵ P. DE GIOIA CARABELLESE, *Ricapitalizzazione bancaria interna: etiologia, epistemologia, fenomenologia, fisiologia, patologia*, di prossima pubblicazione.

³⁶ K. ALEXANDER, *op. cit.*, a p. 190.

³⁷ Cfr. K.P. WOJCIK, *Bail-in in the Banking Union*, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 106 ss.

volta emendata e totalmente rivista attraverso una nuova BRRD, “che potremmo chiamare” BRRD II.

Nei contributi più recenti³⁸, chi scrive sostiene che una contrattualizzazione pura costituisce il sistema ideale su cui dovrebbe basarsi una BRRD II, una direttiva completamente diversa in cui il potere dell’autorità di risoluzione, in particolare di conversione di una vasta gamma di passività, non è discrezionale ma è solo finalizzato a convertire/annullare un perimetro di passività, da sacrificarsi sull’altare della conversione. Ove tale specifica gamma di passività non è sufficiente a ripristinare la capitalizzazione della banca, nessuna “carneficina” indiscriminata di creditori si rende necessaria (come probabilmente avviene attualmente), piuttosto, per esigenze di certezza del diritto, la banca, una volta che le misure estreme sono usate³⁹, viene semplicemente messa in liquidazione, a meno che non ci sia un interesse di Stato a mettere mani al portafoglio pubblico e a preservare la continuità del *business*⁴⁰. Questo auspicato modello non si è realizzato, almeno per ora, nell’ultima versione della direttiva 2019/879⁴¹.

3. L’attuazione della disciplina TLAC in ambito UE deve tener conto dell’attuale requisito minimo di fondi propri e passività ammissibili (“MREL”), che si applica a tutti gli enti creditizi e alle imprese d’investimento (enti) stabiliti nell’Unione, così come a tutte le entità stabilite nell’Unione in conformità della direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio. A detta dello stesso legislatore europeo, poiché la disciplina TLAC e quella MREL perseguono nella sostanza lo stesso obiettivo, ossia quello di assicurare che gli enti e le entità stabiliti nell’Unione dispongano di una capacità sufficiente di assorbimento delle perdite e di ricapitalizzazione, i due requisiti dovrebbero essere elementi complementari all’interno di un quadro comune, laddove in passato le due categorie operavano in parte disgiuntamente.

³⁸ Ciò sarà oggetto di più ampia disamina prossimamente, in separato lavoro.

³⁹ MREL più TLAC.

⁴⁰ Questo è quello che, fondamentalmente, la BRRD prescrive ai sensi dell’art. 32, par. 1, lett. d): porre rimedio a seri aspetti di disturbo dell’economia del Paese membro; preservare la stabilità finanziaria. Una tale previsione riecheggia l’art. 107 TFUE, il quale stabilisce la incompatibilità con il mercato degli aiuti di Stato finalizzati a favorire alcune specifiche imprese, sicché la competizione ne può risultare distorta (a rimarcare ciò, seppur tangenzialmente, R. COSTI, *Tutela del risparmio e costituzione, storia e attualità dell’art. 47*, in *Banca impresa società*, 2018, p. 393 ss., particolarmente p. 401). Tuttavia, lo stesso art. 107, al successivo par. 3, stabilisce che gli aiuti di Stato sono permessi se sono richiesti al fine di porre rimedio a pregiudizi all’economia di uno Stato membro. Ancora, vi è una corrispondenza fra art. 32, par. 1, lett. d), BRRD, e art. 107 TFUE. In lingua inglese (M. BODELLINI, *To Bail-in or to Bail-out, This Is the Question*, in *European Business Organisation Law Review*, 2018, p. 387) un tale necessario elemento pubblico di ogni forma di *bail-in* è sottolineato come segue: “it can be said that bail-ins cannot definitely replace bail-out, but by properly combining the two tools, a significant amount of tax payers’ money can be saved even in the event of a serious crisis”. La vera novità, tuttavia, della BRRD, è che la gestione di questo denaro pubblico è lasciata alla discrezione dell’autorità amministrativa, la Commissione UE, piuttosto che allo Stato medesimo. Cfr anche F. LUPO-PASINI, R.P. BUCKLEY, *International Coordination in Cross-Border Bank Bail-ins: Problems and Prospects*, in *European Business Organisation Law Review*, 2015, p. 203 ss., i quali sottolineano che il *bail-in* è stato ideato al fine di ridurre l’uso di denaro pubblico. In realtà, la BRRD è stata concepita per evitare di usare denaro pubblico: un tale obiettivo non è pienamente riuscito.

⁴¹ Questo elemento di criticità è reiterato nel Paragrafo ultimo del presente contributo.

Sotto l’aspetto operativo, il livello minimo armonizzato della disciplina TLAC per i G-SIIs (“requisito minimo TLAC”) è stato introdotto già dal 1° gennaio 2019 nella normativa dell’Unione europea attraverso modifiche al regolamento (UE) n. 575/2013⁴², mentre la maggiorazione specifica per ente per i G-SIIs e il requisito specifico per gli enti non G-SIIs, denominato MREL, sono disciplinati mediante modifiche mirate della stessa direttiva 2014/59/UE e del regolamento (UE) n. 806/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio⁴³. Le disposizioni della direttiva 2014/59/UE, modificata dalla direttiva 2019/879/UE in commento, in materia di capacità di assorbimento delle perdite e di ricapitalizzazione degli enti ed entità, sono in atto applicate, per effetto proprio del provvedimento normativo in commento, in maniera coerente a quelle dei regolamenti (UE) n. 575/2013 e (UE) n. 806/2014 e della direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio⁴⁴.

Come sottolineato correttamente dalla dottrina⁴⁵, TLAC e MREL si differenziano per taluni aspetti: i) quanto allo scopo ed in linea con quanto già evidenziato, il MREL si applica a tutte le banche, mentre il TLAC alle sole G-SIIBs, quelle a rischio sistemico; ii) l’uniformità⁴⁶, considerato che il TLAC è requisito comune singolo, che presuppone che la ricapitalizzazione bancaria interna sia in definitiva la strategia ultima di risoluzione, mentre il MREL è calcolato caso per caso, tenendo conto del profilo di rischio dell’istituzione creditizia e la strategia di risoluzione, come da previsione normativa, di cui all’art. 45, par. 6, BRRD⁴⁷; iii) il calcolo rappresenta un altro elemento di differenza, in termini di debito che è qualificabile con riferimento ai due coefficienti⁴⁸, che per il TLAC deve essere subordinato al debito non-TLAC, subordinazione esclusa per il MREL. In aggiunta, il TLAC viene commisurato agli attivi ponderati per il rischio, laddove il MREL fa riferimento a tutte le

⁴² Questo aspetto viene messo correttamente in luce, nella dottrina internazionale in inglese, da M. DE POLI, *Fundamentals*, cit., p. 227. L’A. enfatizza che il TLAC è basato su “eligible instruments” piuttosto che quelli selezionati come da MREL. Ovviamente l’A. non prendeva in considerazione le ultime modifiche della direttiva 2019/879. Cfr. M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *op. cit.*, II ed., cap. 8.

⁴³ P.G. BRIERLEY, *op. cit.*; DEUTSCHE BUNDESBANK, *Bank Recovery and Resolution – the New TLAC and MREL Minimum Requirements*, in *Deutsche Bundesbank Monthly Report*, July 2016, reperibile online; M.J. FLANNERY, R.R. BLISS, *op. cit.*; A. SIRONI, *The Evolution of Banking Regulation since the Financial Crisis: A Critical Assessment*, Bocconi Working Paper Series, n. 103, 2018, reperibile online.

⁴⁴ Il 3° ‘considerando’ della direttiva 2019/879 precisa la *ratio* dell’ultimo intervento normativo: “L’assenza di norme armonizzate a livello di Unione rispetto all’attuazione della disciplina TLAC nell’Unione crea costi supplementari e incertezza giuridica e rende più difficile l’applicazione dello strumento del *bail-in* per gli enti e le entità transfrontalieri. L’assenza di norme armonizzate a livello di UE determina anche distorsioni della concorrenza sul mercato interno, perché i costi sostenuti dagli enti e dalle entità per conformarsi ai vigenti requisiti e alla disciplina TLAC potrebbero variare notevolmente attraverso l’Unione. È pertanto necessario eliminare questi ostacoli al funzionamento del mercato interno ed evitare le distorsioni della concorrenza derivanti dall’assenza di norme UE armonizzate per l’attuazione della disciplina TLAC. Di conseguenza, la base giuridica appropriata della presente direttiva è l’art. 114 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea”.

⁴⁵ M. LAMANDINI, D. RAMOS MUÑOZ, *op. cit.*, p. 10 s.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Viene sottolineato che una banca a basso rischio dovrebbe teoricamente aver bisogno di meno MREL. Dunque, il MREL può variare e terrà in considerazione “size, business model, funding model and risk profile of the institution, the potential contribution of the Deposit Guarantee Scheme, and the adverse impact of the institution’s failure on financial stability” (*ibidem*).

⁴⁸ Anche qui è la dottrina più recente rimarca questo aspetto. Cfr. M. LAMANDINI, D. RAMOS MUÑOZ, *op. cit.*, p. 11.

passività e ai fondi propri, ai sensi dell'art. 45, par. 1), BRRD; iv) altra differenza è in termini di relazione con i requisiti prudenziali⁴⁹, dato che il TLAC è in essi pienamente integrato, circostanza che non si verifica nel caso del MREL; v) la misura del debito e dell'ammontare di capitale di rischio è differente fra i due parametri. Nel caso del TLAC il debito deve essere almeno il 33% del TLAC medesimo, laddove questo "floor" non sussiste nel caso del MREL⁵⁰.

4. Su di un versante leggermente diverso, in linea con la disciplina del TLAC, la direttiva 2014/59/UE dovrebbe continuare a riconoscere sia la strategia di risoluzione basata su un punto di avvio singolo (*Single Point of Entry - SPE*), sia la strategia di risoluzione basata su un punto di avvio multiplo (*Multiple Point of Entry - MPE*). Nell'ambito della strategia SPE, la *Home Country Authority* del gruppo bancario, dunque l'autorità ove la capogruppo ha sede, controlla il processo di risoluzione. L'autorità competente è di solito quella in cui è costituita la casa madre, mentre le altre entità del gruppo, di norma le filiazioni operative, non sono sottoposte a risoluzione, ma trasferiscono le loro perdite e il loro fabbisogno di ricapitalizzazione all'entità che potrebbe essere risolta⁵¹. Nell'ambito della strategia di risoluzione MPE, possono essere risolte più entità del gruppo da parte di autorità di risoluzione appartenenti a giurisdizioni differenti. In altre parole, il MPE permette una spaccatura a livello regionale con risoluzioni che sono meramente coordinate dall'autorità posta nel Paese ove il gruppo ha il quartiere generale, ma con succursali in altri Paesi che possono parimenti essere assoggettate a poteri di risoluzione locali⁵².

Per un'attuazione efficace della strategia di risoluzione prescelta, sarà importante individuare con precisione le entità da risolvere ("entità soggette a risoluzione"), ossia le entità a cui potrebbero essere applicate le azioni di risoluzione, unitamente alle filiazioni che ad esse appartengono ("gruppi soggetti a risoluzione"). Quest'individuazione è rilevante anche per determinare il livello di applicazione delle norme sulla capacità di assorbimento delle perdite e di ricapitalizzazione da parte degli enti e delle entità. Occorre quindi introdurre i concetti di "entità soggetta a risoluzione" e "gruppo soggetto a risoluzione" – integrando la direttiva 2014/59/UE per quanto riguarda la pianificazione delle risoluzioni di gruppo – in modo da indurre esplicitamente le autorità a individuare le entità e i gruppi soggetti a risoluzione e tenere debitamente conto delle implicazioni di tutte le azioni programmate all'interno del gruppo per assicurarne una efficace risoluzione.

In definitiva, gli articoli 45 e 45 *terdecies*, come novellati dalla direttiva 2019/879/UE, prescrivono ora, per l'individuazione di passività rilevanti, un rinvio

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Dunque, viene giustamente sottolineato che il MREL potrebbe essere interamente soddisfatto con *equity*, capitale di rischio, *ergo* una elevata capitalizzazione.

⁵¹ Concretamente ciò si verificherà attraverso la cancellazione dei crediti della casa madre verso la sussidiaria. Cfr. da ultimo, a livello meramente manualistico, K. ALEXANDER, *op. cit.*, p. 188. L'A. correttamente evidenzia che, in linea di massima, questa soluzione è preferita da giurisdizioni dove le grandi banche hanno il loro quartiere generale. Non è un caso che gli USA, sin dal *Dodd-Frank Act* adottano il SPE (*ibidem*).

⁵² Viene notato (*ibidem*) che il MPE può portare a un danno per i creditori delle succursali, per effetto della risoluzione locale, laddove nel SPOE sono i creditori e soci della casa madre ad essere, teoricamente, più a rischio.

al regolamento sui requisiti patrimoniali (CRR), quest’ultimo come modificato dal regolamento (UE) 2019/976. Il MREL di ciascuna banca sarà invece individuato dall’autorità di risoluzione⁵³. Per le banche poi a rilevanza sistemica globale, il MREL dovrà integrare il TLAC ove sia insufficiente, fermo restando che, per tale tipologia di banche, è il TLAC il principale e unico “*buffer*”, cui potrà aggiungersi eventualmente il MREL.

5. Un interessante intervento sulla BRRD è quello operato dalla direttiva 2019/879/UE in merito all’art. 55, che sostanzialmente viene totalmente riscritto. Il tema, fra i più affascinanti dal punto di vista della interazione fra regolamentazione bancaria europea e diritto civile degli Stati membri, riguarda il riconoscimento contrattuale del *bail-in tool* (art. 55, par. 1, co. 1 direttiva 2019/879/UE). Il “retrotterra” della norma è molto particolare. L’assoggettamento allo strumento della ricapitalizzazione bancaria interna fa sì che un debito venga cancellato, convertito o ridotto, anche se un tale evento non era previsto nelle previsioni contrattuali delle passività. Il potere di cui si parla, esercitato dall’autorità di risoluzione, incide sul rapporto contrattuale che viene a cessare (nel caso di cancellazione) ovvero a mutarsi (nel caso di conversione)⁵⁴.

Tale potere in capo all’autorità di risoluzione dovrebbe essere riconosciuto come evento sopravvenuto, che, andando oltre le previsioni pattizie, dovrebbe determinare la cessazione del rapporto. Almeno a esaminare la materia da un punto di vista di *common law*, la conclusione potrebbe essere il risultato della relativa analisi giuridica. Nel sistema anglo-gallese, la fattispecie di cui si tratta potrebbe essere quella di *The Fibrosa Case*⁵⁵, la quale simboleggia la figura giuridica dell’estinzione (*disscharge*) per sopravvenuto evento contrario alla legge (*supervening illegality*). In questo caso gli attori (*appellants*) avevano ordinato ai convenuti alcuni macchinari, da consegnarsi nella loro fabbrica che si trovava in Polonia e con pagamento di mille sterline, in anticipo. Nel 1939, come noto, la Germania invase la Polonia e il contratto venne ritenuto estinto dai convenuti, perché inadempito per causa non imputabile alla parte (*frustration*). Gli attori chiesero la restituzione dell’acconto versato, ricevendone un rifiuto. È da notare che in questo caso, seguendo il gene-

⁵³ Anche se, ed è questo l’aspetto di novità, ai sensi del 6° ‘considerando’, il MREL sarà ora espresso, per effetto delle modifiche della direttiva 2019/879, in una percentuale pari all’importo complessivo dell’esposizione al rischio e della misura dell’esposizione complessiva dell’ente o dell’entità in questione, e gli enti o le entità dovrebbero raggiungere allo stesso tempo i livelli che risultano da entrambe le misurazioni. Ciò si rende necessario, come ricordato dallo stesso ‘considerando’ della direttiva 2019/879, al fine di “allineare i denominatori che misurano la capacità di assorbimento delle perdite e di ricapitalizzazione degli enti e delle entità con quelli previsti dalla disciplina TLAC”.

⁵⁴ Dal punto di vista dei sistemi di *civil law*, è possibile parlare di una conversione della causa del contratto, quale risultato di una decisione superiore della autorità amministrativa. Un credito, dove la causa del contratto è il finanziamento, è trasformato in una partecipazione del capitale di una banca, dove la causa è differente: raccogliere risorse finanziarie è attività diversa dal fare attività di impresa, seppur sotto “il velo” della *separate personality*. In un sistema di *common law*, sarebbe arduo elaborare il concetto di causa del contratto. Cfr. ad esempio, da un punto di vista spagnolo, il concetto di “objecto y causa del contrato” in F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Derecho de Obligaciones, Volumen Primero*, Madrid, 2007, IV ed., p. 416 ss.

⁵⁵ *Fibrosa SA v Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd* [1943] AC 32.

rale precedente in tema di *frustration*, particolarmente “*Chandler*”⁵⁶, le somme in parola non andavano restituite. Tuttavia, la House of Lords⁵⁷ statuì che, poiché la prestazione pecuniaria era stata eseguita in misura rilevante mentre, dall’altro lato, nessun macchinario era stato consegnato dalla controparte polacca, la richiesta di restituzione dell’acconto doveva essere assecondata. Si è anche provato ad effettuare una valutazione degli eventi di cui alla BRRD, alla luce di un ordinamento di *civil law*, prendendo quale parametro quello spagnolo, giustapposto a quello italiano. In tal caso, il risultato è che tali vicende che vanno a impattare sulla passività, cancellandola o mutandola, sono sussumibili, verosimilmente, nella fattispecie della *imposibilidad sobrevenida*⁵⁸.

⁵⁶ *Chandler v Webster* [1904] 1 KB 493. La controversia scaturì dalla cancellazione della programmata incoronazione di Re Edoardo VII. Questi si ammalò e la incoronazione fu posticipata. Di qui l’esigenza per i giudici di decidere una serie di casi: Chandler fu uno solo di una serie di *dicta*, ma quello che stabilì il “precedente”. Nel caso “Chandler”, la *frustration*, accertata dal giudice, portò a statuire che nessuna somma ulteriore era dovuta, sulla scorta del fatto che esclusivamente una parte della obbligazione (un deposito), non l’intera, era stata corrisposta. Cfr. *ex plurimis*, E. PEEL, *Treitel on The Law of Contract*, London, 2015, XIV ed., cap. 19.

⁵⁷ Ora la *United Kingdom Supreme Court*; R. BROWNSWORD, *Smith & Thomas: A Casebook on Contract*, London, 2015, XIII ed., cap. 24.

⁵⁸ La *imposibilidad sobrevenida*, disciplinata dal Código civil, si fonda su due limbi. Il primo (art. 1182): “Quedarà estinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora”. Il secondo (art. 1184): “También quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o fidejamentariamente imposible”. Può suggerire la sussunzione in tal categoria il fatto che, come dice la dottrina iberica (Í.A. NAVARRO MENDIZÁBAL, *Derecho de Obligaciones y Contractos*, Madrid, 2013, II ed., p. 217), anche i casi di sopravvenuta impossibilità sono ricompresi; piú precisamente: “Se trata de casos en los que el objeto de la obligación no habría podido ser objeto de una nueva obligación, porque no cumpliría lo requisitos de posibilidad, determinabilidad y *licitud*: la obligación si naciera hoy, sería nula ya que el objeto no existe o es imposible” (enfasi aggiunta). Rimane il fatto che la impossibilità sopravvenuta si applica esclusivamente alle prestazioni di fare, la qual cosa renderebbe la fattispecie poco consona ad una prestazione pecuniaria. Alla luce di tale problema, chi scrive ha anche considerato la possibile sussunzione della vicenda modificativa di cui alla BRRD nella fattispecie della novazione. Si potrebbe parlare da questo punto di vista di novazione del rapporto, per atto di imperio di natura amministrativa. Ciò ad esempio si verifica nel caso di conversione, di cui alla BRRD, in cui un credito ordinario (un finanziamento ovvero nella contrattualistica internazionale un *loan*) si trasformi in strumento di capitale o anche nel caso in cui, con il *write down*, il credito si estingua ma rimanga comunque una pretesa di tipo surrogatorio basata sul “no creditor worse off principle”. Il sistema giuridico spagnolo, ad esempio, disciplina questo fenomeno sotto la figura giuridica della *novación*. Come sottolineato nella dottrina iberica (Í.A. NAVARRO MENDIZÁBAL, *Derecho de Obligaciones y Contractos*, Madrid, 2013, II ed., p. 224: “[e]l concepto clásico de novación con raigambre romana supondría la extinción de una obligación mediante la creación de otra nueva destinada a reemplazarla, con la presencia de un aliquid novi (elemento novatorio objetivo ya exigido en el derecho romano clásico) y además un animus novandi (voluntad de nova requerida un el periodo postclásico)”. Nell’ordinamento spagnolo, così come in Italia, si ammette ora che novazione può essere tanto modificativa che estintiva. Ai sensi del Código civil, l’art. 1208 chiede che un primo requisito debba essere soddisfatto, la esistenza di una precedente obbligazione: “La novación es nula sei lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen”. Il secondo requisito (e qui la materia potrebbe divenire problematica) è l’*animus novandi*, la volontà di novare il negozio. Ciò è previsto all’art. 1204, Código civil: “Para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles”. In Spagna, seppur non del tutto pacificamente da un punto di vista dottrinale (Á. LÓPEZ, V.L. MONTÉS PENADÉS, E. ROCA, *Derecho civil. Derecho de Obligaciones y Contractos*, Valencia, 2001, p. 207), vi è anche la novazione di tipo modificativo. Questa è disciplinata dal Código civil, all’art. 1203. Come sottolineato dalla dottrina (Í.A. NAVARRO MENDIZÁBAL, *op. cit.*,

6. Alla luce di ciò e consapevole che eccezioni possano essere sollevate dalle controparti contraenti, la direttiva 2019/879/UE prescrive che ogni sistema giuridico esistente negli Stati membri deve imporre che le banche, nel creare un debito, *ergo* una passività, introducano una clausola contrattuale mediante la quale la controparte della banca, dunque il creditore, o comunque la parte dell’accordo o dello strumento che crea le passività, prende atto – con una dichiarazione formale e, si aggiunga, scritta⁵⁹ – che tali passività sono assoggettate ai poteri di svalutazione e di conversione. Il testo legislativo della direttiva 2019/879/UE non parla di annullamento, ma forse ciò si deve ritenere implicito nel concetto di svalutazione, anche se è chiaro che l’annullamento è la svalutazione al più alto grado. Con la suddetta previsione contrattuale la controparte è resa edotta del fatto di essere vincolata “da qualsiasi svalutazione del capitale o dell’importo ancora non corrisposto, conversione o cancellazione effettuate dall’autorità di risoluzione mediante l’esercizio di detti poteri”⁶⁰.

È altresì interessante notare che il descritto regime si applica al ricorrere delle seguenti quattro condizioni: a) la passività non è esclusa a norma dell’art. 44, par. 2; b) la passività non è un deposito ai sensi dell’art. 108, lett. a)⁶¹; c) la passività è disciplinata dal diritto di uno Stato terzo⁶²; d) la passività è emessa o stipulata dopo la data in cui uno Stato membro applica le disposizioni adottate per il recepimento

p. 226), “la novación modificativa está expresamente prevista en el art. 1203, que admite que las obligaciones puedan modificarse variando el objeto o la condiciones principales, que pueden ser relativas a su naturaliza jurídica, a la voluntad de las partes o a la significación económica de las prestaciones de la obligación”. Il vero problema della sussunzione della conversione/annullamento del debito di cui alla BRRD nella *novación* spagnola, e nella analoga figura italiana della novazione, è però il fatto che manca l’*animus novandi*. Alla luce di questo, si propende per un inquadramento nella fattispecie della impossibilità sopravvenuta, o *imposibilidad sobrevenida*, peraltro in linea con il *common law*, che tratta della *superveniens impossibility*, come già evidenziato. Il fatto che la *imposibilidad sobrevenida* si applichi alle prestazioni di fare (*obligación de hacer*) non sembra un ostacolo insormontabile. L’obbligo di pagare un debito da parte di una banca è una prestazione di tipo pecuniario (*obligaciones pecuniarias*), la quale, nel diritto spagnolo, ha una sua autonomia, rispetto alle tradizionali prestazioni di dare (*dar* o *entregar*), di fare (*hacer*) o non fare (*no hacer*). La obbligazione pecuniaria è infatti intesa quale debito di denaro, *deuda de dinero* (cfr. C. ROGEL VIDE, *Derecho de obligaciones y contractos*, Madrid, 2013, II ed., p. 22 s.). In aggiunta a ciò, si può evidenziare che, nella dinamica di cancellazione o conversione di cui alla BRRD, vi è un forte carattere contabile dell’operazione, il quale conferisce alla fattispecie un sensibile elemento di *facere* (*hacer*). Ciò rende, a parere di chi scrive, la fattispecie con probabilità ma non con certezza, compatibile ed in definitiva, sussumibile nella figura della *imposibilidad sobrevenida*. Una ulteriore tesi, che non si rigetta del tutto in questa sede, è che nella cancellazione/conversione dei crediti vi sia una novazione, in cui vi è l’elemento oggettivo/modificativo. L’*animus novandi* non è riferibile alle parti, ma è implicito, o finanche coartato, in quanto è l’autorità che lo impone, e le parti lo devono accettare. Una tale costruzione/novazione di natura atipica, *ope auctoritatis*, sarebbe a queste condizioni coerente con il diritto italiano e spagnolo.

⁵⁹ Ciò è inferito in via interpretativa da chi scrive, alla luce della rigidità del sistema della BRRD, anche se in realtà non è specificamente previsto dalla normativa.

⁶⁰ In questa seconda parte riemerge il concetto di cancellazione, che invece mancava nella prima.

⁶¹ È evidente che in tal caso sarebbe protetta dal *safety net* di tutela dei depositanti.

⁶² In tal modo il diritto dello Stato terzo, ed il giudice che in caso di controversia debba applicarlo, dovrebbe riconoscere la vincolatività del potere di risoluzione in merito al rapporto. In assenza di una norma di questo tipo si ritiene che in ogni caso il potere di risoluzione dell’autorità avrebbe effetti vincolanti, costituendo le stesse norme di ordine pubblico, quanto meno nei Paesi membri. Tuttavia, ad evitare ambiguità, la direttiva 2019/879/UE chiede che ciò sia chiarito.

della relativa sezione⁶³. Implicitamente, si deve ritenere che, se il diritto fosse quello di uno Stato membro dell'Unione, la clausola di cui si parla non sia necessaria in quanto l'ordinamento giuridico di quel Paese, per essere parte dell'Unione europea, dovrebbe riconoscerla automaticamente⁶⁴.

Le autorità di risoluzione possono decidere (art. 55, par. 2, co. 1) che “l’obbligo di cui al primo paragrafo, primo comma non si applichi a enti o entità per i quali il requisito a norma dell’art. 45, par. 1, sia pari all’importo per l’assorbimento delle perdite definito all’art. 45 *quater*, par. 2, lett. a), sempre che le passività che soddisfano le condizioni di cui alle lettere da a) a d) del primo comma e che non comprendono i termini contrattuali di cui a tale comma non siano conteggiate agli effetti di tale requisito”. Il primo comma del par. 1 non si applicherà qualora: i) intercorra uno specifico accordo *ad hoc* fra lo Stato membro e il Paese terzo, il quale consente espressamente l’esercizio del potere di risoluzione; ii) l’autorità di risoluzione di uno Stato membro determina che le passività o gli strumenti di cui al primo comma possono essere soggetti a poteri di svalutazione o conversione da parte dell’autorità di risoluzione di uno Stato membro conformemente alla normativa del Paese terzo o a un accordo vincolante concluso con tale Paese terzo.

Il regime legale sopra evidenziato nei suoi principali principi può apparire rigoroso ai diversi commentatori, e probabilmente anche rigido. Ciò nondimeno, la sua finalità risulta abbastanza chiara: assicurare che il potere di conversione, cancellazione o svalutazione non sia inficiato da decisioni dell’autorità giudiziaria di un Paese terzo alla cui giurisdizione la passività della banca sia assoggettata. Ciò dovrebbe evitare che un creditore, invocando la legge del Paese di emissione della passività, chieda di fronte al giudice civile, per effetto tanto della clausola di legge applicabile⁶⁵ ma anche di quella della controversia⁶⁶, l’adempimento dell’obbligo da parte della entità assoggettata a risoluzione. È evidente che un tale scenario, se possibile, renderebbe immediatamente instabili e vacillanti la rigida struttura della BRRD e il potere dell’autorità di risoluzione. L’obiettivo prioritario, che deve prevalere sul diritto del credito e finanche sul diritto di proprietà attribuito al creditore è quello di salvaguardare la continuità della banca.

⁶³ Va notato che, per effetto delle stesse previsioni della nuova BRRD, le “passività (...) non includono gli strumenti aggiuntivi di classe 1, gli strumenti di classe 2 e gli strumenti di debito di cui all’articolo 2, paragrafo 1, punto 48, lettera ii), allorché tali strumenti sono passività non garantite. Inoltre le passività di cui al primo comma del presente articolo hanno un rango superiore alle passività di cui all’articolo 108, paragrafo 2, lettere a), b) e c), e all’articolo 108, paragrafo 3”.

⁶⁴ A conferma, un recente *decisum* della UK Supreme Court nella controversia fra *Goldman Sachs* e *Banco Espírito Santo*. La controversia e la relativa analisi si leggono in P. DE GIOIA CARABELLESE, *Bridge bank*, cit., p. 377 ss.; I. FERNANDEZ TORRES, P. DE GIOIA CARABELLESE, *op. cit.* Con riguardo alla crisi *Banco Espírito Santo* in generale, cfr. J. ENGRÁCIA ANTUNES, *The Management of the Bank Crisis in Portugal - Law and Practice*, EBI Working Paper Series, n. 4, 2017, reperibile *online*; N. KLEFTOURI, *European Union Bank Resolution Framework: Can the Objective of Financial Stability Ensure Consistency in Resolution Authorities’ Decisions?*, in *ERA Forum*, 2017, p. 276, reperibile *online*; P. LINTNER, J. LINCOLN (eds.), *Bank Resolution and “Bail-in” in the EU: Selected Case Studies Pre and Post BRRD*, World Bank Group, 2016, particolarmente p. 52 e p. 60.

⁶⁵ La “governing clause”. Su clausole e condizioni nei contratti bancari e finanziari internazionali, cfr. M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *op. cit.*, I ed., capitoli 12-13.

⁶⁶ La “jurisdiction clause”. Cfr. *ibidem*.

È pur vero che tali clausole potrebbero prestarsi malamente a un loro inserimento *ad hoc* in una passività⁶⁷. In tal caso, ai sensi del par. 2 dell’art. 55, BRRD, così come modificato, gli Stati membri dovranno assicurarsi che le previsioni legislative nazionali impongano all’ente bancario una notifica all’autorità di risoluzione di tale passività, ove una tale clausola contrattuale non possa essere introdotta. La notifica riguarderà la designazione della classe di passività e la motivazione di tale determinazione⁶⁸. In sede di commento si può ritenere che la notifica può essere strumentale a rendere l’autorità di risoluzione consapevole di una passività che, potenzialmente, potrebbe divenire “rischiosa” in ipotesi di dissesto o di prossimità al dissesto della banca, in quanto non dotata della “clausola contrattuale” da potere di risoluzione. Tuttavia, ad evitare questo scenario di potenziale debolezza⁶⁹, essendo la passività censita dall’autorità di risoluzione, ove il dissesto si verificasse, verosimilmente la *resolution authority* interagirà prontamente con la controparte, ammonendola circa il fatto che su quella passività gravano potenziali azioni dell’autorità⁷⁰.

7. Nel commentare tali previsioni normative, si può osservare e conseguentemente affermare che la notifica è strumentale a rendere l’autorità di risoluzione consapevole della passività: passività che, potenzialmente, è rischiosa nel caso di dissesto o rischio di dissesto dell’ente creditizio. Ancora, in questo caso il rischio potrebbe essere che, poiché il contratto dal quale il debito origina è privo del termine contrattuale espresso, il quale riconosce i poteri di risoluzione dell’autorità, tali poteri potrebbero essere pregiudicati potenzialmente. Tuttavia, ad evitare tale scenario di debolezza, poiché l’autorità di risoluzione ha già monitorato la passività, è ragionevole immaginare che, appena il dissesto si materializza, verosimilmente l’autorità di risoluzione interagirà immediatamente con la controparte sulla scorta di un avvertimento iniziale che su quella passività azioni potenziali da parte dell’autorità di risoluzione saranno possibili.

Qualora l’autorità di risoluzione concluda che è giuridicamente o altrimenti impraticabile includere, nelle disposizioni contrattuali, una clausola a norma del par. 1 dell’art. 55 sopra citato, tenuto conto della necessità di garantire la possibilità di risoluzione dell’ente creditizio, essa richiede, entro un termine ragionevole a seguito della notifica di cui al primo comma, l’inclusione di tale clausola contrattuale. L’autorità di risoluzione può inoltre richiedere all’ente creditizio di modificare le loro prassi riguardanti l’applicazione dell’esenzione dal riconoscimento contrattuale del *bail-in tool*. Al di là dell’inclusione della clausola, la novellata BRRD precisa, forse in modo pedante o forse anche quale *excusatio non petita*, che il fatto che un

⁶⁷ Si pensi ad una passività derivante da una emissione obbligazionaria, destinata ad investitori internazionali e da quotarsi in un mercato regolamentare con un livello di standardizzazione così elevato che il regolamento del mercato non consente il ricorso ad un tale frasario o *wording*.

⁶⁸ L’ente o l’entità fornisce all’autorità di risoluzione tutte le informazioni richieste entro un termine ragionevole dalla data di ricezione della notifica, onde consentire all’autorità di effettuare le valutazioni conseguenti in ordine alle possibilità di risoluzione.

⁶⁹ L’autorità di risoluzione potrebbe risultare intrappolata in un contratto, retto da un diritto ove il potere di conversione/cancellazione non è consentito, perché contrario a norme di ordine pubblico.

⁷⁰ Ovviamente, quale riflesso di tali disposizioni, la direttiva 2019/879/UE prescrive che gli Stati membri debbano assicurarsi che, “nel caso di una notifica ai sensi del primo comma del presente paragrafo, l’obbligo di includere, nelle disposizioni contrattuali, una clausola richiesta a norma del paragrafo 1 sia automaticamente sospeso dal momento della ricezione della notifica da parte dell’autorità di risoluzione”.

ente o un'entità non includa, nelle disposizioni contrattuali che disciplinano una passività pertinente, una clausola contrattuale da azione di risoluzione, per effetto della novellata direttiva, l'autorità di risoluzione potrà comunque esercitare i poteri di svalutazione, di conversione e, si aggiunga in questa sede per correttezza, annullamento rispetto a tale passività.

In modo ancor più interessante, l'autorità di risoluzione può valutare la potenziale risolvibilità di una banca e può concludere che, nell'ambito di una classe particolare di passività le quali siano ricomprese fra le passività qualificate o assoggettabili a *bail-in*⁷¹, l'ammontare della passività ove la clausola da potere di risoluzione non è inclusa è pari o superiore al 10% di quella classe. In tale circostanza, l'autorità di risoluzione sarà facoltizzata a valutare tale dato quale circostanza autonoma che può giustificare la risolvibilità dell'ente creditizio⁷².

A rendere il sistema in parola ancor più persuasivo, viene prescritto che le passività per le quali l'ente creditizio non abbia incluso, nelle disposizioni contrattuali, una tale clausola da azioni di risoluzione, non entreranno nel calcolo del requisito minimo di fondi propri e passività ammissibili. *Ergo*, vi è una penalizzazione contabile e regolamentare per la banca che ne faccia uso, in quanto la semplice assenza della clausola farebbe presumere una sorta di intento fraudolento⁷³, *ex ante*, nei confronti di una possibile autorità di risoluzione che dovrebbe operare in caso di dissesto.

Davvero interessante e *sui generis*, anche se probabilmente tale *modus operandi* diverrà prassi nel prosieguo, è la previsione del par. 3 dell'art. 55 in parola, come ora novellato. Per effetto di tale previsione normativa, gli Stati membri “*provvedono* a che le autorità di risoluzione possano imporre agli enti e alle entità [bancarie] di fornire alle autorità un parere giuridico relativo all'applicabilità giuridica e all'efficacia della clausola contrattuale [da risoluzione di cui al *bail-in*]”. In altre parole, il legislatore della UE pensa che – come per il vecchio adagio – fidarsi è bene, non fidarsi è meglio. L'affermazione della banca circa il fatto che la clausola da potere di risoluzione non sia inseribile potrebbe essere una mossa da giocatore di *poker*, che però potrebbe non corrispondere al vero. In tal caso, sarà l'autorità di risoluzione ad esercitare il potere di imporre un parere legale che confermi la non fattibilità dell'esclusione stessa. A tal proposito si può fare qualche osservazione di tipo esegetico. Non è precisato, e ciò pare deprecabile, se il parere legale debba promanare o meno da un legale esterno indipendente. Sembra doversi affermare che, in chiave tuzioristica, dovrebbe esserlo, anche perché, verosimilmente, la prima comunicazione della banca circa il fatto che la clausola contrattuale da potere di risoluzione non è inseribile, è stata quanto meno vista, se non asseverata, da un legale interno e, dunque, non avrebbe senso chiedere una valutazione allo stesso organo legale interno. Peraltro, non appare del tutto comprensibile che un legislatore, quale quello bancario europeo, che è così dettagliato, sembri poi tralasciare aspetti ciò nondimeno

⁷¹ Nella versione inglese, queste sono le *eligible liabilities*. Sul concetto di passività eleggibili, da una prospettiva dottrinale di diritto italiano, cfr. per tutti R. LENER, *Profili*, cit., p. 13 ss.

⁷² La previsione fa il paio con quella per cui: “Laddove l'autorità di risoluzione stabilisca che, in base alla valutazione di cui al quinto comma del presente paragrafo [2], le passività che non includono, ai sensi del primo comma, la clausola contrattuale di cui al paragrafo 1 creino un rilevante impedimento alla possibilità di risoluzione, essa applica opportunamente i poteri di cui all'articolo 17 per rimuovere detto impedimento all'azione di risoluzione”.

⁷³ Si usa il termine in forma molto a-technica.

importanti. La mancata precisazione dell’aggettivo “esterno” potrebbe comunque dar luogo a disallineamenti fra ordinamenti giuridici in fase d’implementazione, con Paesi che potrebbero optare, per superficialità, per la terminologia generica, la quale comprenderebbe anche i legali interni⁷⁴. Non solo: consentire ai legali interni di alcuni Paesi, ad esclusione di altri, di esprimere il parere legale, potrebbe comportare, data la vaghezza terminologica, distorsioni di mercato, anche se lievi. Infatti, il costo di un parere legale interno, se permesso per questa attività ed in dato ordinamento, renderebbe teoricamente più basso l’onere connesso alla clausola da potere di risoluzione.

Da ultimo, l’EBA, ai sensi del par. 5, è facoltizzata ad elaborare “progetti di norme tecniche di regolamentazione al fine di determinare ulteriormente l’elenco delle passività alle quali si applica l’esclusione (...) e il contenuto della clausola contrattuale richiesta in detto paragrafo, tenendo conto dei diversi modelli di business degli enti”. Pertanto, la clausola contrattuale sarà standardizzata, per tipologia, e non lasciata all’immaginazione giuridica della banca e dei suoi legali. È stata comunque data delega alla Commissione al fine di “adottare le norme tecniche di regolamentazione di cui al primo comma conformemente agli articoli da 10 a 14 del regolamento (UE) n. 1093/2010”. In particolare, l’EBA elabora progetti di norme tecniche di regolamentazione nell’intento di precisare ulteriormente, in primo luogo, le condizioni in cui l’esclusione sarebbe giuridicamente o altrimenti impraticabile per un ente o un’entità bancaria. È altresì demandato alla stessa autorità il potere d’inclusione della clausola contrattuale in parola in determinate categorie di passività, che, intuitivamente, potrebbero essere ulteriori rispetto a quelle già indicate nelle previsioni legislative. L’autorità può anche dettare condizioni sulla cui base può richiedere l’inclusione della clausola contrattuale, nell’ambito di una passività. Da ultimo, il provvedimento dell’autorità tecnica può fissare il termine ragionevole entro il quale l’autorità di risoluzione può richiedere l’inclusione di una clausola contrattuale⁷⁵.

8. Se la parte principale delle modifiche riguarda il TLAC, meno sistematiche ma non meno importanti sono le altre modifiche apportate alla BRRD, che in questo paragrafo si passano in rassegna.

In primo luogo, all’art. 16 *bis* – Potere di vietare talune distribuzioni, si prevede che, “se un’entità si trova in una situazione in cui soddisfa il requisito combinato di riserva di capitale allorché considerato in aggiunta a ciascuno dei requisiti di cui all’articolo 141 *bis*, paragrafo 1, lettere a), b) e c) della direttiva 2013/36/UE, ma risulti inadempiente rispetto al suddetto requisito combinato di riserva di capitale allorché considerato in aggiunta ai requisiti di cui agli articoli 45 *quater* e 45 *quinquies* della presente direttiva, se calcolati conformemente all’articolo 45, paragrafo 2, lettera a), della presente direttiva, l’autorità di risoluzione di tale entità ha il potere, conformemente ai paragrafi 2 e 3 del presente articolo, di vietare a un’entità di distribuire, più dell’ammontare massimo distribuibile connesso al requisito

⁷⁴ Peraltro, ordinamenti professionali, come i tre esistenti in Gran Bretagna (Inghilterra/Galles, Scozia, Nord Irlanda), consentono l’iscrizione all’albo anche a soggetti dipendenti, non ravvisandosi incompatibilità, contrariamente a quanto prescritto in Italia.

⁷⁵ Tale microsistema è completato dalla previsione che impegna l’EBA a presentare alla Commissione, entro il 28 giugno 2020, progetti di norme tecniche di regolamentazione.

minimo di fondi propri e passività ammissibili ('M-MDA', *Maximum Distributable Amount related to the Minimum Requirement*) calcolato conformemente al paragrafo 4 del presente articolo". Le azioni attraverso cui la banca potrebbe violare tale precetto sono evidenziate dallo stesso articolato in commento: a) effettuare una distribuzione connessa al capitale primario di classe 1; b) creare un'obbligazione di pagare una remunerazione variabile o benefici pensionistici discrezionali o pagare una remunerazione variabile se l'obbligazione di pagamento è stata creata in un momento in cui l'entità non soddisfaceva il requisito combinato di riserva di capitale; c) effettuare pagamenti su strumenti di capitale aggiuntivo di classe 1. Se un'entità si trova in questa situazione, ne dovrà fornire notifica alla *resolution authority* in modo immediato.

Ai sensi del novellato art. 32 *bis*, rubricato "Condizioni per la risoluzione applicabili a un organismo centrale e agli enti creditizi affiliati permanentemente a un organismo centrale", gli Stati membri dovranno assicurare che "le autorità di risoluzione possano adottare un'azione di risoluzione in relazione a un organismo centrale e a tutti gli enti creditizi affiliati permanentemente che fanno parte dello stesso gruppo soggetto a risoluzione, se tale gruppo soggetto a risoluzione soddisfa nel suo insieme le condizioni di cui all'art. 32, paragrafo 1". Queste condizioni ricorrono quando: è intervenuta la dichiarazione di rischio di dissesto; non ci sono misure alternative alla risoluzione idonee a prevenirlo; la risoluzione è nell'interesse pubblico⁷⁶.

Più significativa è la novella della BRRD di cui all'art. 32 *ter*, rubricato "Procedure di insolvenza nei confronti degli enti e delle entità che non sono soggetti a un'azione di risoluzione". In base a questa previsione normativa, ciascun Stato provvede affinché un ente creditizio, "in relazione [al quale] le condizioni di cui all'art. 32, paragrafo 1, lettere a) e b), sono ritenute soddisfatte dall'autorità di risoluzione, ma l'azione di risoluzione non è nell'interesse pubblico a norma dell'art. 32, paragrafo 1, lettera c), [sia] liquidat[o] in modo ordinato in conformità del diritto nazionale applicabile". Dunque, l'assenza di un interesse pubblico deve rappresentare la condizione mancando la quale l'ente deve essere messo in liquidazione. La norma sembra un rinnovato monito alle autorità di risoluzione nazionali affinché, nell'applicare la risoluzione, si astengano da arbitraggi di ordine politico. Questo monito potrebbe essere rivolto, indirettamente, proprio all'Italia, Paese ritenuto non rispettoso del parametro anche se sembrerebbe trattarsi, nel caso di specie, di "mito urbano" ovvero di mera leggenda metropolitana. La presenza di un interesse pubblico, che tuttavia si può declinare nelle forme più articolate⁷⁷ e, si aggiunga, vaghe, dovrebbe essere terza condizione essenziale per l'applicazione della disciplina, la cui assenza dovrebbe precludere inevitabilmente, ora più che prima, alla liquidazione della banca. Rimane, anche per effetto della direttiva 2019/879/UE, il

⁷⁶ Sul concetto di interesse pubblico, uno dei tre parametri al ricorrere dei quali l'Autorità di risoluzione può assoggettare la paga ad uno o più strumenti di soluzione della crisi bancaria, si gioca ovviamente una delle battaglie più "cruenti" della ricapitalizzazione bancaria interna. Sul tale tema, cfr. E. CECCHINATO, *Dopo le "Banche venete". L'interesse pubblico nella risoluzione bancaria ed il caso ABLV Bank*, 26 giugno 2019, reperibile *online*.

⁷⁷ In dottrina (M. SPERANZIN, *op. cit.*, p. 33) si evidenzia che questo interesse pubblico è "il profilo teleologico della procedura", concettualmente, e nella sua portata molto ampio in quanto lo stesso comprenderebbe la "salvezza dell'impresa bancaria", "la stabilità finanziaria o la salvaguardia dei fondi pubblici", la "tutela dei depositanti e degli investitori".

presupposto del dissesto o rischio di dissesto, di cui all’art. 17, par. 1, lett. a), e par. 2, della BRRD, declinato peraltro in un’accezione così ampia e controversa, tanto da comprendere non solo le irregolarità amministrative, ma anche la insolvenza, nella forma di dissesto patrimoniale ed anche finanziario. In un tale scenario, che rimane immutato, resta nebulosa la linea di demarcazione fra insolvenza, che dovrebbe giustificare la liquidazione, e procedure di risoluzione⁷⁸.

Da ultimo, un nuovo art. 33 *bis*, rubricato in inglese “Power to suspend certain obligations”, è stato aggiunto alla BRRD. Questo stabilisce (art. 33 *bis*, par. 1) che gli Stati membri assicureranno che le autorità di risoluzione, dopo aver consultato le competenti autorità, le quali dovranno replicare in tempi ragionevoli, hanno il potere di sospendere ogni obbligo di pagamento ovvero obbligazioni di consegna, ai sensi di ogni contratto di cui l’ente creditizio sia parte, quando tutte le condizioni sono soddisfatte. Una tale potere di sospensione, dunque, è mitigato da questa connessione fra autorità di risoluzione e autorità competente. Poiché in alcuni Paesi le due coincidono, si assume che l’interazione sarà fra due uffici della stessa istituzione. In questo scenario, sarà utopistico credere che le due controparti saranno realmente indipendenti.

Al di là di ciò, un tale potere è soggetto alla determinazione che l’ente è in dissesto o a rischio dissesto, e che non vi sia immediatamente alcuna misura del settore privato che possa prevenire il fallimento dell’ente creditizio. Come chiaramente inferibile, questi sono gli stessi requisiti per l’applicazione degli strumenti di risoluzione. In aggiunta a ciò, il potere di sospendere dipenderà da un ulteriore parametro *ad hoc*: evitare un futuro deterioramento delle condizioni finanziarie dell’ente creditizio. In aggiunta a ciò, un quarto elemento è che l’esercizio del potere di sospendere sia necessario o per raggiungere le determinazioni di cui al punto c) dell’art. 32, par. 1, BRRD, (i.e. se esiste un interesse pubblico), ovvero al fine di scegliere le appropriate azioni di risoluzione, ovvero assicurare l’effettiva applicazione di uno o più strumenti di risoluzione.

Certe obbligazioni di pagamento non potranno essere sospese, quali ad esempio quelle ai sensi della direttiva 98/26/CE, quelle nei confronti di CCPS (*central counterparties*) e nei confronti di banche centrali. L’ultima eccezione sembra essere davvero anomala e irrazionale. Se la banca centrale è il prestatore di ultima istanza e c’è crisi della banca “commerciale”, la banca centrale dovrebbe essere il naturale e primario organo pubblico a fare il sacrificio, peraltro meramente temporale, di avere sospesi certi diritti a ricevere i pagamenti.

9. Con la presente disamina si è cercato di evidenziare che la direttiva in commento non rivoluziona la BRRD. Un testo legislativo imperfetto viene vagamente inciso, ma non sottoposto a quel riesame radicale auspicato dalla dottrina italiana, la più attenta e profonda, sul tema, fra quelle esistenti nei vari Paesi dell’Unione. Un riesame tanto più necessario se si considera che il testo legislativo – nato dalla esperienza, unica e straordinaria, delle crisi bancarie britanniche del 2007/2008, e dalla tipologia particolarissima di interventi che ne sono discesi⁷⁹ – viene, per forze oscure, ad essere imposto in tutta l’UE. Paradossalmente, la Gran Bretagna – la cui

⁷⁸ Si veda il par. successivo.

⁷⁹ Un tale nesso causale (crisi delle banche britanniche e BRRD/azioni di risoluzione) viene evidenziato in P. DE GIOIA CARABELLESE, *Ricapitalizzazione bancaria interna*, cit.

“casistica” ha ispirato la BRRD e, in particolare, il *bail-in tool* – potrà presto lasciare la UE e dunque la BRRD può essere l’ultimo dei diversi non così convenienti lasciti del Paese di Albione al “Continente”, con riferimento agli ultimi decenni⁸⁰.

Molti sono stati i commenti in tema di ricapitalizzazione bancaria interna. Le critiche più autorevoli, le quali si ritiene vengano principalmente dall’Italia (e con ragione), possono essere succintamente ricordate. Fra i numerosi indici puntati verso la BRRD, *in primis* quello concernente il “principio del nessun creditore danneggiato”, ovvero il più linguisticamente alla moda ma linguisticamente eterodosso “*no-creditor-worse-off principle*”, che malamente sostituirebbe il diritto dei creditori a chiedere il pagamento dalla banca in liquidazione con il diritto a chiedere una compensazione dal fondo di risoluzione⁸¹. Come evidenziato più recentemente⁸², una tale valutazione circa il fatto che i creditori sono stati “danneggiati” è basata su di una comparazione fra le somme liquidate ai creditori medesimi – quali soci e creditori ai sensi della procedura di risoluzione e dopo una valutazione indipendente della banca – e le somme che quei soci e creditori avrebbero ricevuto, teoricamente, nell’ambito di una normale procedura di insolvenza⁸³. In secondo luogo, viene rimarcato che un’autorità amministrativa viene a sostituirsi al giudice, il quale in una situazione di insolvenza presiede alla liquidazione con il rigore delle regole del concorso, laddove nella procedura di risoluzione è l’autorità amministrativa che “ammazza i crediti” secondo discrezionalità tecnica⁸⁴, tanto da essere definita da un autore “*quasi dictatorial*”⁸⁵ ovvero un *supremo*⁸⁶. Si osserva anche una generale carenza dell’intero impianto della BRRD sotto un profilo societario, ritenendosi che la ricapitalizzazione bancaria interna, “nel travolgere la tradizionale distinzione tra

⁸⁰ La crisi bancaria britannica è descritta nelle sue fasi iniziali da M. DE POLI, *Crisi finanziaria e salvataggio delle banche inglesi. Il Banking Act 2009*, in *Rivista trimestrale di diritto dell’economia*, 2009, suppl. Sul tema della ascrivibilità delle crisi bancarie europee al *mismanagement* di quelle britanniche cfr. P. DE GIOIA CARABELLESE, *Non-executive Directors and Auditors in the Context of the UK Corporate Governance*, in *European Business Law Review*, 2011, p. 759 ss.

⁸¹ T.C. MAGUZE, *op. cit.*, *passim*.

⁸² P. DE GIOIA CARABELLESE, *Bridge bank*, cit., p. 377 ss.

⁸³ Nella letteratura internazionale, lavori approfonditi su strumenti di ricapitalizzazione interna e diritti dei creditori, con riferimento al “NCWO principle”, si leggono in L. JANSSEN, *Bail-in from an Insolvency Law Perspective*, in *Journal of International Banking Law and Regulation*, 2018, p. 1 ss. Una efficace ed autorevole analisi del “NCWO principle” si legge, nella dottrina italiana, in G. FERRI Jr, *La posizione dei soci di società bancaria*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2016, p. 820 ss. Del pari G. PRESTI, *op. cit.*, p. 339 ss., particolarmente p. 357. Questi enfatizza correttamente che il “NCWO principle” sostituirebbe la *par condicio*, nella nuova architettura della BRRD.

⁸⁴ L’“ammazza crediti” (come in questa sede può essere battezzata), dunque la *resolution authority*, è criticata per la non totale adeguatezza delle tutele giurisdizionali di tipo amministrativo *vis-à-vis* le sue decisioni. In inglese cfr. ad esempio, H. MALEK, S. BOUSFIELD, *Bad Banks and the “No Creditor Worse Off” Compensation Scheme*, in *Journal of International Banking and Financial Law*, 2016, p. 339 ss.; V. DE SERIÈRE, D. VAN DER HOUWEN, “*No Creditor Worse Off*” in *Case of Bank Resolution: Food for Litigation?*, (in *Journal of International Banking and Financial Law*, 2016, p. 376 ss.; N. RUCCIA, *How “Unconventional” Is the Single Resolution Board in the Framework of EU Agencies?*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2018, p. 137 ss. In italiano, G. SCIASCIA, *Unione bancaria – La revisione quasi-giurisdizionale delle decisioni in materia di supervisione e risoluzione*, in *Banca impresa società*, 2015, p. 363 ss. V. anche N. RUCCIA, *The Single Resolution Mechanism and the Single Resolution Fund: Substantive Issues and the Contradictory Democratic Deficit*, in L. DANIELE, P. SIMONE, R. CISOTTA (eds.), *Democracy in the EMU in the Aftermath of the Crisis*, New York, 2017, p. 319 ss.

⁸⁵ R. LENER, *Profili*, cit., p. 15.

⁸⁶ P. DE GIOIA CARABELLESE, D. ZHANG, *op. cit.*, p. 487 ss.

capitale di rischio e capitale di credito [mercé l'imposizione di un] coinvolgimento esteso di tutti i finanziatori bancari, abbia innescato un circolo vizioso dal quale appare difficile uscire”⁸⁷. Sempre nella letteratura italiana, viene correttamente evidenziato⁸⁸ che la BRRD possa essere una sorta di accanimento etico, inizialmente della politica, ed ora più recentemente dei tecnocrati, verso l'azzardo morale dei banchieri, che si è certamente manifestato in modo patologico nel corso delle crisi finanziarie del 2007/2008, che non giustifica comunque il pregiudizio arrecato ai clienti (o, si aggiunga in questa sede, “controparti”), non assistiti da garanzia sui depositi.

A sintetizzare, l'ultima direttiva 2019/879/UE presenta diverse novità che si sono descritte. La principale è forse l'avvenuto allineamento fra TCAL e MREL, con il primo strumento che, insieme al secondo ed in un miglior coordinamento contabile-operativo, in parte “contrattualizza” lo strumento della ricapitalizzazione bancaria interna⁸⁹. In questa sede, non senza un certo azzardo “politico” ma si ritiene con pieno fondamento giuridico, si è avanzata una tesi che porterebbe *de lege ferenda*, ad un approccio puramente contrattuale del MREL/TLAC e alla esclusione di ogni potere di conversione, riduzione e/o annullamento; tutto ciò utopisticamente si potrebbe recepire in una nuova BRRD II⁹⁰.

Dei diversi altri interventi innovativi di cui alla direttiva 2019/879/UE, la clausola relativa al potere di risoluzione è forse quella di maggiore spessore. Questa clausola, riferita alle passività emesse dalla banca, assoggettabili teoricamente a risoluzione, da un lato dovrebbe rendere edotta la controparte del rischio risoluzione con ricorso alla ricapitalizzazione bancaria interna, dall'altro dovrebbe consentire un monitoraggio pieno delle passività del “banchiere” (*ergo* la banca), sicché, ove ne ricorrano i presupposti, *ergo* quando la banca è in dissesto, l'autorità di risoluzione ha contezza, nel dirla colloquialmente, degli strumenti immediatamente utilizzabili per la risoluzione. Anche in quest'ultimo caso, sebbene appaia meritevole che il legislatore bancario europeo si ingegni ulteriormente a costruire cartesianamente l'operare dell'impresa bancaria, viene da chiedersi se questa asfissiante normativa, che legifera così nel dettaglio il suo *agere*, sia davvero necessaria per come le banche sono ora organizzate.

⁸⁷ Così C. SANDEI, *Il Bail-in tra diritto dell'insolvenza e diritto dell'impresa*, in *Rivista di diritto civile*, 2017, p. 881 ss., particolarmente p. 919. Cfr. ad esempio la sentenza della Corte di giustizia del 12 maggio 1998, causa C-367/96, *Kefalas*, ove fu statuito che il potere decisionale dell'assemblea generale, il quale è uno dei pilastri della direttiva 2017/1132 in merito alle decisioni concernenti gli aumenti di capitale e le funzioni, si applica anche in casi in cui la società fosse in difficoltà finanziarie, dunque anche in connessione con i poteri della BRRD. Per contro, la BRRD chiaramente prescrive che i diritti di tali azionisti sarebbero sospesi.

⁸⁸ Cfr. M. MATTEI GENTILI, *Il bail-in: una risposta sbagliata ai dissesti bancari*, in *Banca impresa società*, 2017, p. 23 ss., particolarmente p. 31.

⁸⁹ Ancora, la vera contrattualizzazione, e maggiore efficienza, dello strumento della ricapitalizzazione bancaria interna, sarebbe la rimozione del potere di conversione e/o annullamento per titoli che non abbiano già insito, nel loro rapporto contrattuale, la clausola da espresso rischio *bail-in tool*. Al di là della conversione di tali passività esplicitamente “bail-inizzate”, ogni ulteriore potere è abusivo. Non può un'impresa, qual è pur sempre la banca, operare con la spada di Damocle che una platea sterminata di controparti creditrici possa essere assoggettata ad un “tecnocratico” potere di conversione, riduzione e/o annullamento.

⁹⁰ La tesi è in corso di approfondimento da parte dell'A. in più ampio scritto, in corso di pubblicazione.

In aggiunta, se da un lato l'intervento della direttiva 2019/879/UE appare *tranchant* su uno dei tre parametri o presupposti della risoluzione, rimane comunque poco chiara la collocazione ontologica, nell'ambito delle crisi, delle azioni di risoluzione e non solo della ricapitalizzazione bancaria interna. In particolare, il presupposto dell'azione di risoluzione è il dissesto, inclusa – parrebbe – l'insolvenza in tutte le sue accezioni, a leggere la BRRD. Tuttavia, la SRMR sembra affermare qualcosa di diverso: il 57° ‘considerando’, prima parte della SRMR, statuisce: “È opportuno che la decisione di assoggettare un'entità alla risoluzione sia adottata prima che un'entità finanziaria divenga insolvente a termini di bilancio (*balance-sheet insolvent*) e quando abbia ancora del capitale”.

Dunque, prima di tutto appaiono poco chiari i presupposti delle azioni di risoluzione, non essendo perspicuo se l'insolvenza bilancistica ovvero il disequilibrio patrimoniale siano da ricomprendersi⁹¹. Chi scrive ritiene che il legislatore (se così si può chiamare) voleva dire nel testo di rango primario (la SRMR) che l'insolvenza da bilancio non può mai costituire presupposto dell'azione della risoluzione, in quanto in tal caso ricorrerebbero le condizioni per la liquidazione. La BRRD ha poi precisato, in modo più tecnico, quali siano questi presupposti, ricomprendendo per errore l'insolvenza bilancistica (la illiquidità, ragionando *ad excludendum*, sulla scorta della SRMR) che invece non vi rientrerebbe.

Anche per effetto di tale dilemma, risulta nebulosa la linea di demarcazione fra liquidazione della banca e azioni di risoluzione⁹², e in tale tranello sembra sia rimasta intrappolata anche la più acuta dottrina⁹³. Anzi, sembra esservi un conflitto fra la SRMR, che è bensì ampia nello stabilire le condizioni al ricorrere delle quali le azioni di risoluzione possono essere disposte, ma che comunque esclude l'insolvenza vera a propria (quella da bilancio⁹⁴ mentre ammette quella finanziaria, la illiquidità), e la BRRD, la quale invece consentirebbe sostanzialmente “tutto”⁹⁵, la

⁹¹ Sembra che di no a leggersi la SRMR la quale – sulla base dei principi di diritto dell'Unione – è normativa di rango superiore rispetto alla direttiva, quest'ultima soltanto di livello tecnico ed implementativo.

⁹² Per elaborazioni manualistiche, in inglese, su quest'ultimo articolato normativo, cfr. M. HARENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *op. cit.*, II ed., cap. 8.

⁹³ Il tema è in corso di approfondimento da parte dell'A. in uno scritto di più ampia natura, di prossima pubblicazione. Ad ogni modo, la dottrina su questo specifico punto (K.P. WOJCIK, *op. cit.*, p. 91 ss., particolarmente p. 98) sembra essere apodittica: “A bank is failing or likely to fail [also] where a bank is over-indebted, illiquid or where it needs (in principle) extraordinary public financial support”. L'affermazione “over-indebted” non raccorda al meglio la BRRD con il SRMR, anzi la contraddice: ancora, *repetita iuvant*, la SRMR sembra prescrivere, o quanto meno fortemente suggerire, che l'insolvenza bilancistica ai sensi della SRMR dovrebbe costringere l'autorità di risoluzione ad assoggettare la banca a liquidazione, senza alcuna possibilità di applicare strumenti di risoluzione.

⁹⁴ Ad avviso di chi scrive il divieto di applicare uno strumento di risoluzione in presenza di insolvenza bilancistica dovrebbe prevalere anche rispetto al controverso parametro, pure nella BRRD, secondo cui la banca è in dissesto o prossima al dissesto se l'autorità di supervisione è in condizione di ritirare l'autorizzazione. È chiaro che l'ipotesi si riferisce al caso in cui la banca, *in bonis*, versa in una grave situazione di irregolarità amministrative, non di bilancio. Se anche il parametro si riferisse alla situazione bilancistica, la previsione speciale di cui alla SRMR (divieto di applicazione dell'azione di risoluzione in caso di insolvenza bilancistica) dovrebbe derogare al criterio più generale (le diverse e numerose cause di revoca dell'autorizzazione bancaria).

⁹⁵ Si rimanda all'art. 32, par. 4, BRRD, rubricato “Condizioni per la risoluzione”, per il quale l'ente è in dissesto, e dunque scatta uno dei tre fondamentali presupposti della risoluzione, in uno dei quattro fondamentali casi *ivi* precisati, fra i quali spicca quello di cui alla lett. b), le attività dell'ente sono, o

risoluzione sempre e comunque, purché l’autorità di risoluzione l’abbia decisa. In altre parole, se questa fosse la tesi (non del tutto supportata dal tenore delle norme, particolarmente la SRMR), il vero discrimine (risoluzione *versus* liquidazione) sarebbe quello, molto discrezionale, dell’interesse pubblico, che, se ritenuto ravvisabile dall’autorità, porterebbe alla risoluzione e, diversamente, alla liquidazione.

Potendo essere, si ammette senza concederlo, presupposto dell’azione di risoluzione anche il dissesto patrimoniale o finanziario (a leggere la BRRD, ma non la SRMR), peraltro *stricto sensu* presupposto delle liquidazioni bancarie (*winding-up proceedings*) – contrapposte alle misure preventive (*reorganization measures*), ai sensi della direttiva 2001/34/UE⁹⁶, formalmente mai stata abrogata – sembra potersi intravedere, per effetto della BRRD, una abrasione *de facto* della categoria della liquidazione bancaria, quest’ultima inserita in uno strumento legislativo ben pregresso alla BRRD, la direttiva 2001/34/UE, e partorito con finalità totalmente diverse⁹⁷. Se anche sia dimostrato che questa abrasione non si sia verificata, si potrebbe avanzare l’ipotesi che la tradizionale liquidazione bancaria, per effetto della BRRD, ha subito una “metamorfosi”, divenendo una *resolution tool* di natura residuale, seppur non nella *sedes materiae* della BRRD⁹⁸, utilizzato in combinazione con l’altro strumento tipico di risoluzione⁹⁹, il *bail-in tool*.

Anzi, se si analizza più a fondo la materia, si può finanche essere tentati di speculare, in uno sforzo di qualificazione giuridica, che l’unico e puro strumento di risoluzione è la ricapitalizzazione bancaria interna, mentre le tre “sorelle” non sono altro che, *de facto*, sorellastre della prima. A ben guardare, infatti, le tre “sorellastre”

vi sono elementi oggettivi a sostegno della convinzione che nel prossimo futuro saranno, inferiori alle passività.

⁹⁶ Su tale direttiva si permette di rinviare a P. DE GIOIA CARABELLESE, *The Bank Insolvency Directive (Directive 2001/24/EC) Halfway Between Scylla (Politics) and Charybdis (Finance): a Comparative and Empirical Analysis*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2015, p. 178 ss. Autorevole dottrina (M. DE POLI, *Fundamentals*, cit., p. 196) ritiene la direttiva 2001/24 abrogata per effetto della BRRD. È comunque da rilevare che la direttiva 2001/24 ha finalità diverse, di diritto internazionale privato, nella materia della crisi di banche, ma non ha obiettivi di regolamentazione della materia, nel dettaglio. In ogni caso, la direttiva 2001/24, allo stato dell’arte della legislazione bancaria europea, dovrebbe essere ancora vigente.

⁹⁷ Una tale conclusione non è confutata, anzi è finanche confermata, dal fatto che l’art. 117, BRRD, modificò già nel suo testo di origine il concetto di “reorganisation measures”, misure di riorganizzazione, ai sensi della direttiva 2001/24/UE. Di conseguenza, ai sensi dell’art. 2, alinea 7, della emendata direttiva 2001/24, “provvedimenti di risanamento”: i provvedimenti destinati a salvaguardare o ristabilire la situazione finanziaria di un ente creditizio o di un’impresa di investimento quali definiti all’art. 4, par. 1, punto 2, del regolamento (UE) n. 575/2013, e che possono incidere sui diritti preesistenti di terzi, compresi i provvedimenti che comportano la possibilità di una sospensione dei pagamenti, di una sospensione delle procedure di esecuzione o di una svalutazione dei crediti; tali provvedimenti comprendono l’applicazione degli strumenti di risoluzione e l’esercizio dei poteri di risoluzione previsti dalla direttiva 2001/24/UE”.

⁹⁸ Dunque, anche un *resolution tool* atipico. Non sembra a chi scrive che questa tesi sia stata mai avanzata, tanto in Italia che all’estero. La si introduce in questa sede, quindi, con un elevato grado di cautela e con i *caveat* necessari. Il tema sarà comunque oggetto di analisi da parte dell’A. in altro separato contributo, di prossima pubblicazione.

⁹⁹ A livello empirico, si può ricordare che, delle diverse risoluzioni bancarie negli anni di applicazione, nessuna si è materializzata con una “pura” ricapitalizzazione bancaria interna: vi è solitamente stata una combinazione di strumenti di risoluzione, in uno con il *bail-in tool* e/o con la liquidazione bancaria. Cfr. WORLD BANK GROUP, *Bank Resolution and “Bail-in” in the EU: Selected Case Studies Pre and Post BRRD*, Financial Sector Advisory Center, Vienna, 2016.

(banca ponte, acquisto del terzo acquirente, separazione degli attivi) potrebbero non essere strumenti di risoluzione essi stessi, piuttosto schemi societari/contrattuali “a valle” dello strumento di risoluzione (l’unico in realtà, la ricapitalizzazione bancaria interna o *bail-in*), cui può far seguito, se o meno ricorra l’interesse pubblico¹⁰⁰, lo strumento residuale della liquidazione.

Più in generale, si trae l’impressione che, in presenza di un articolato così dettagliato nella forma e punitivo e penalizzante in merito all’operare della banca, l’area dello *shadow banking* si vada assottigliando, anzi scompare del tutto, laddove la *shadow finance*, la finanza opaca, si allarghi come la nuova “bestia” da domare nell’industria bancaria, finanziaria e assicurativa¹⁰¹. Si è tentati di affermare: *we are fiddling while Rome burns!* Stiamo suonando il violino, mentre Roma brucia, essendo nell’immagine: il Nerone di turno, la nuova autorità di risoluzione; la Roma che brucia, la banca o quel che resta della banca.

Abstract

BRRD (or Bail-in Directive), ‘Second Act’

A recent piece of EU legislation, Directive 2019/879/UE, has amended the Bank Recovery and Resolution Directive, the notorious BRRD or, in common parlance, the ‘bail-in directive’. This goal has been achieved by way of a few significant, yet not revolutionary, changes to the ‘normative architecture’ of the original statute. Among the most macroscopic alterations, there is the final implementation of a new typology of debt instrument, the TLAC, whose specific function is to beef up the regulatory capital of the bank in contemplation of the specific ‘resolution action’ risk, rather than the business risk. In the post 2007/2008 financial crisis period, ‘cushions’ or ‘buffers’, duly increased by scared politicians who were traumatised by costly public bail-outs, represent of the most remarkable symbols of the G20 policies.

¹⁰⁰ Va detto che, anche alla luce delle crisi delle banche italiane, il concetto di pubblico si può atteggiare nelle forme più discrezionali, anche dal punto di vista politico. Per una analisi delle crisi italiane, si rimanda per tutti a S. BONFATTI, *Rescue Culture in Italy. The Recent Introduction to Key Incentives to Companies in Crises to Restructure Their Business and Future Perspective*, in *International Company and Commercial Law Review*, 2018, p. 195 ss.; Id., *Crisi bancarie in Italia 2015-2017*, in *Rivista di diritto bancario*, 2018, p. 247 ss.

¹⁰¹ Sullo *shadow banking*, a livello internazionale, si veda per tutti I.H.-Y. CHIU, I. MACNEIL (eds.), *Research Handbook on Shadow Banking: Legal and Regulatory Aspects. Edward Elgar’s Series*, Cheltenham, 2018. Sulla metafora della “foresta”, delle bestie addomesticate e di quelle che si vanno già scatenando (dunque la *shadow finance*), cfr. nella letteratura inglese, P. DE GIOIA CARABELLESE, *Securitizations*, *ivi*, p. 117 ss.

Marco Evola*

L'art. 50 TUE tra autointegrazione ed eterointegrazione del diritto dell'Unione europea

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Autointegrazione del diritto dell'Unione e revocabilità della notifica dell'intenzione di recedere dall'Unione europea. – 3. Autointegrazione del diritto dell'Unione, principio di leale cooperazione e obblighi dello Stato che ha notificato l'intenzione di recedere dall'Unione. – 4. Art. 50 TUE, Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati e diritto internazionale generale. – 5. Leale cooperazione, buona fede e limiti all'esercizio del diritto di recesso e del diritto di revoca della notifica di recesso. – 6. Conclusioni.

1. L'art. 50 TUE è stato oggetto di recenti interventi della Corte di giustizia, che nei casi *RO*¹, *Wightman*² e *M.A.*³ è stata chiamata a pronunciarsi su profili del recesso che non sono contemplati espressamente dalle regole del Trattato, come l'ammissibilità della revoca della notifica di recesso, o che in quelle trovano una disciplina solo parziale, come gli effetti della notifica dell'intenzione di recedere dall'Unione sugli obblighi dello Stato che ha proceduto alla notifica stessa.

Rimangono, peraltro, aperte diverse questioni. Alcune di queste erano state individuate dalla dottrina, già prima della Brexit, in sede di ricostruzione dell'istituto del recesso nel diritto dell'Unione (si pensi alla questione della partecipazione dei parlamentari europei dello Stato che intende recedere alla votazione che riguarda l'accordo di recesso ai sensi dell'art. 50, par. 2, TUE⁴; al problema della partecipazione dello stesso Stato alle procedure decisionali attraverso il proprio rappresentante in seno al Consiglio; al tema dell'esercizio delle funzioni da parte dei giudici del Tribunale e della Corte di giustizia designati dallo Stato che intende recedere⁵;

* Ricercatore di Diritto dell'Unione europea nella LUMSA di Palermo.

¹ Sentenza della Corte di giustizia del 19 settembre 2018, causa C-327/18 PPU, *RO*, ECLI:EU:C:2018:733. Sulla pronuncia cfr. C. SÁENZ PÉREZ, *Minister for Justice and Equality v RO: Brexit Means Nothing Changed...Yet*, in *European Law Review*, 2019, p. 548 ss.

² Sentenza della Corte di giustizia del 10 dicembre 2018, causa C-621/18, *Andy Wightman e a. c. Secretary of State for Exiting the European Union*, ECLI:EU:C:2018:999.

³ Sentenza della Corte di giustizia del 23 gennaio 2019, causa C-661/17, *M.A. e a. c. The International Protection Appeals Tribunal e a.*, ECLI:EU:C:2019:53.

⁴ H. HOFMEISTER, 'Should I Stay or Should I Go?' *A Critical Analysis of the Right to Withdraw from the European Union*, in *European Law Journal*, 2011, p. 594.

⁵ R.J. FRIEL, *Providing a Constitutional Framework for Withdrawal from the EU: Article 59 of the Draft European Constitution*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2004, p. 426.

o a quello del pagamento dei contributi finanziari all'Unione⁶).

Altre questioni sono emerse, invece, in sede di prassi applicativa. Si pensi all'esistenza di un obbligo dello Stato che ha deciso di recedere di organizzare le elezioni per il Parlamento europeo, questione che, in occasione delle prime due proroghe del termine concesse al Regno Unito ai sensi dell'art. 50, par. 3, TUE, ha visto questo Stato e il Consiglio europeo schierati su posizioni diverse⁷. Più di recente, un'analoga contrapposizione si è determinata in rapporto alla proposta di nomina di un componente della Commissione, atto al compimento del quale il Consiglio europeo ha ritenuto obbligato il Regno Unito nella decisione di proroga del termine di recesso adottata il 29 ottobre 2019⁸.

Infine, altre questioni sono strettamente legate alle soluzioni alle quali la Corte è pervenuta nelle sue pronunce. Viene sotto questo profilo in rilievo l'ammissibilità di un sindacato della stessa Corte sul rispetto delle norme costituzionali da parte dello Stato in sede di assunzione della decisione di procedere alla revoca della notifica di recesso⁹.

L'emersione di un così ampio spettro di problemi è il riflesso del carattere scarno della disciplina introdotta dal Trattato di Lisbona all'art. 50 TUE, la quale appare inidonea a regolare i molteplici aspetti dell'istituto. Ed invero, nei primi commenti dedicati all'art. 50 TUE, la dottrina aveva criticato la formulazione della disposizione, osservando che essa determinasse "uncertainties"¹⁰ per essere "incomplete"¹¹,

⁶ 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. 1757.

⁷ Com'è noto, il Regno Unito nelle due richieste di proroga del termine della procedura ex art. 50, par. 4, TUE aveva espresso il convincimento che non fosse opportuno lo svolgimento delle elezioni. Il Consiglio europeo, nel concedere la proroga, ha, però, affermato che esso era tenuto a celebrare la consultazione elettorale in quanto ancora Stato membro. Si vedano in proposito: decisione (UE) 2019/476 del Consiglio europeo adottata d'intesa con il Regno Unito, del 22 marzo 2019, che proroga il termine previsto dall'articolo 50, paragrafo 3, TUE; decisione (UE) 2019/584 del Consiglio europeo adottata d'intesa con il Regno Unito dell'11 aprile 2019, che proroga il termine previsto dall'articolo 50, paragrafo 3, TUE. Per una critica cfr. P. MANZINI, *Lo strano caso delle elezioni europee nel Regno Unito*, in *Eurojus*, 2019, p. 110 ss., reperibile *online*. Sul tema cfr. anche C. AMALFITANO, *Brexit ed elezioni del Parlamento europeo*, in *Federalismi.it*, 2019.

⁸ Decisione del Consiglio europeo (UE) 2019/1810 adottata d'intesa con il Regno Unito del 29 ottobre 2019, che proroga il termine previsto dall'articolo 50, paragrafo 3, TUE.

⁹ Sul punto v. G. MARCHEGIANI, *La Corte di giustizia e la revocabilità della dichiarazione di recesso ai sensi dell'art. 50 TUE*, in *Eurojus*, 2019, reperibile *online*, p. 5. Per la tesi del controllo della Corte di giustizia sulla costituzionalità della decisione di recedere v. R.J. FRIEL, *op. cit.*, p. 425; J.V. LOUIS, *Le droit de retrait de l'Union européenne*, in *Cahiers de droit européen*, 2006, p. 293 ss., p. 306; C.M. RIEDER, *The Withdrawal Clause of the Lisbon Treaty in the Light of the EU Citizenship: Between Disintegration and Integration*, in *Fordham International Law Journal*, 2013, p. 155; M.E. BARTOLONI, *La disciplina del recesso dall'Unione europea: una tensione mai sopita tra spinte "costituzionaliste" e resistenze "internazionaliste"*, in *Rivista AIC*, 2016, pp. 5-6; C. HILLION, *Leaving the European Union, the Union Way. A legal Analysis of Article 50 TUE*, Swedish Institute for European Policy Studies, 2016, p. 2, reperibile *online*; T. TRIDIMAS, *Article 50: An End Game without an End?*, in *King's Law Journal*, 2016, p. 302. Per una diversa impostazione cfr. A. WYROZUMSKA, *Article 50 [Voluntary Withdrawal from the Union]*, in H.J. BLANKE, S. MANGIAMELI (eds.), *The Treaty on European Union (TEU). A Commentary*, Berlin, 2013, p. 1406; H. HESTERMEYER, *How Brexit Will Happen: A Brief Primer on European Union Law and Constitutional Law Questions Raised by Brexit*, in *Journal of International Arbitration*, 2016, p. 429 ss.

¹⁰ P. NICOLAIDES, *Withdrawal from the European Union: A Typology of Effects*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, p. 209 ss.

¹¹ H. HOFMAISTER, *op. cit.*, p. 595.

“unclear”¹², ovvero “cryptic”¹³.

La lacunosità della disposizione può essere spiegata – almeno in parte – sulla base della scelta, che riproduce la medesima tecnica regolatrice già utilizzata rispetto all'ammissione, di delineare solo l'assetto generale e i principali passaggi della procedura, lasciando alla prassi l'integrazione del dettato normativo, in modo da adeguare il procedimento alle esigenze che emergeranno in fase applicativa¹⁴.

Non stupisce pertanto che nella giurisprudenza sulla Brexit la Corte abbia dovuto procedere ad una vera opera d'integrazione del dettato normativo per risolvere le questioni che le erano state poste, sia quando ha riconosciuto allo Stato il diritto di revocare la notifica dell'intenzione di recedere, sia quando ha affermato che fino al momento del recesso lo Stato è soggetto a tutti gli obblighi che derivano dal diritto UE.

Le conclusioni alle quali la Corte è giunta costituiscono il punto di approdo di un ragionamento che muove dalla riaffermazione della specificità dell'ordinamento giuridico dell'Unione. Nella pronuncia *Wightman* essa ha ribadito la sua consolidata giurisprudenza secondo la quale il Trattato istitutivo costituisce la carta costituzionale di un ordinamento giuridico di nuovo genere, basato su una cessione di poteri sovrani a favore del quadro istituzionale e sul riconoscimento degli individui quali soggetti dell'ordinamento stesso¹⁵. Così come la Corte ha riaffermato il principio dell'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'UE, sia in rapporto al diritto degli Stati membri, sia in relazione al diritto internazionale, autonomia che è determinata dalle caratteristiche essenziali dell'Unione e del suo diritto “relative, in particolare, alla struttura costituzionale dell'Unione nonché alla natura stessa di tale diritto”¹⁶.

In questa prospettiva ricostruttiva la norma dettata dall'art. 50 TUE assume natura di *lex specialis* rispetto al diritto internazionale generale, sicché le soluzioni delle questioni d'interpretazione e d'integrazione della disposizione devono essere ricercate all'interno dello stesso sistema giuridico dell'Unione. La Corte, dunque, ha dato vita ad un processo di *autointegrazione* della disciplina del recesso.

Ci si può chiedere peraltro se tutte le questioni che restano ancora aperte in materia di recesso, alle quali si è prima fatto cenno, possano essere risolte secondo il metodo appena delineato. Nelle pagine che seguono si avvanzerà la tesi che, se per la maggior parte di tali questioni, il ricorso a principi propri del diritto UE e, segnatamente, al

¹² R.J. FRIEL, *op. cit.*, p. 426.

¹³ A. ŁAZOWSKI, *Withdrawal from the European Union and Alternatives to Membership*, in *European Law Review*, 2012, p. 526.

¹⁴ *Ivi*, p. 529; C. HILLION, *Accession and Withdrawal in the Law of the European Union*, in A. ARNULL, D. CHALMERS (eds.), *Oxford Handbook of European Law*, Oxford, 2015, p. 126 ss. Sulla possibilità di un confronto con la prassi applicativa dell'art. 49 TUE cfr. L. DANIELE, *Brevi note sull'accordo di recesso dall'Unione europea ai sensi dell'art. 50 TUE*, in E. TRIGGIANI *et al.* (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 725 ss. Nell'ampia letteratura sul ruolo della prassi nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea cfr. J.P. JACQUÈ, *Cours général de droit communautaire*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1991, pp. 271-272; R. BARATTA, *Diritto e prassi evolutiva dell'Eurogruppo*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2015, p. 515; O. PORCHIA, *Il diritto non scritto nel funzionamento delle istituzioni dell'Unione europea*, in P. PALCHETTI (a cura di), *L'incidenza del diritto non scritto sul diritto internazionale ed europeo*, Napoli, 2016, p. 349 ss.

¹⁵ Sentenza *Wightman*, punto 44, dove si rinvia ad una nota ed ampia giurisprudenza, che inizia con la celebre sentenza *van Gend & Loos*.

¹⁶ *Ivi*, punto 45. Nello stesso senso la Corte si era già espressa nella sentenza del 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Slowakische Republik c. Achmea BV*, ECLI:EU:C:2018:158, punto 33 e nel parere 2/13, del 18 dicembre 2014, *Adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea sui diritti umani*, EU:C:2014:2454, punti 165-167.

principio di leale cooperazione, si rivela idoneo allo scopo, per un più ristretto numero di problemi, il diritto UE non può che fare ricorso, mediante un meccanismo di *ete-rointegrazione*, a principi esterni ad esso e ricavabili cioè dal diritto internazionale¹⁷. Sosterremo inoltre che l'idea della Corte secondo la quale lo statuto giuridico dello Stato che ha notificato al Consiglio europeo l'intenzione di recedere è identificato dall'insieme degli obblighi che il diritto dell'Unione pone a carico dei Paesi membri, non si presta ad essere applicata *alla fase dei negoziati* dell'accordo di recesso. In tale fase, infatti, lo Stato che ha intenzione di recedere è chiamato a rispettare gli obblighi che discendono dal principio di buona fede, quale norma generale del diritto internazionale, e non dal principio di leale cooperazione, proprio del diritto UE.

2. È nella sentenza *Wightman* che la Corte ricorre ad una sofisticata tecnica di autointegrazione del diritto dell'Unione. La questione oggetto del rinvio pregiudiziale operato dalla Court of Session, Inner House, First Division riguardava, come noto, l'ammissibilità della revoca della notifica di recesso dall'Unione¹⁸. La pronunzia è stata già ampiamente commentata dalla dottrina¹⁹, ciò che ci permette di procedere ad una breve sintesi.

¹⁷ F. CHERUBINI, "What is Done Is Done"?: recesso dall'Unione e ripensamenti britannici, in E. TRIGGIANI *et al.* (a cura di), *op. cit.*, p. 715 ss., p. 718 ha sostenuto che il diritto internazionale, particolarmente il diritto dei trattati, interviene ad integrazione dei Trattati istitutivi nella disciplina del recesso. P. MANZINI, *Sulla revoca della notifica di recesso dall'Unione europea*, *ivi*, p. 735 ss., p. 739 ss., p. 736, profila la possibilità di un ricorso al diritto consuetudinario per colmare gli spazi normativi lasciati dall'art. 50 TUE.

¹⁸ La tesi favorevole alla revoca è stata sostenuta da numerosi autori, tra i quali P. CRAIG, *Brexit: A Drama in Six Acts*, in *European Law Review*, 2016, pp. 464-465; P. EECKHOUT, E. FRANTZIOU, *Brexit and Article 50 TEU: A Constitutionalist Reading*, UCL European Institute WP, 2016, p. 37 ss.; P. MANZINI, *Brexit: il "lungo addio"*, tra diritto dell'Unione europea e diritto internazionale, in *Istituzioni del federalismo*, 2016, p. 96 ss.; *Id.*, *Sulla revoca*, *cit.*, p. 739 ss.; A. MIGLIO, *Brexit e il dilemma del prigioniero: sulla revocabilità della notifica del recesso prevista dall'art. 50 TUE*, in *Federalismi.it*, 2016, p. 9 ss.; C. CLOSA, *Is Article 50 reversible? On Politics Beyond Legal Doctrine*, in *Verfassungsblog*, 2017, reperibile online; J. DAMMANN, *Revoking Brexit: Can Member States Rescind Their Declaration of Withdrawal from the European Union?*, in *Columbia Journal of European Law*, 2017, p. 265 s.; A. SARI, *Reversing a Withdrawal Notification under Article 50 TEU: Can a Member State Change Its Mind?*, in *European Law Review*, 2017, p. 451 ss.; F. CHERUBINI, *op. cit.*, p. 715 ss.; L. DANIELE, *op. cit.*, p. 730. Per la tesi contraria alla revoca cfr. tra gli altri J.V. LOUIS, *op. cit.*, p. 308; 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*, in *SIDIBlog*, 2016, reperibile online; N. BARBER, T. HICKMAN, J. KING, *Pulling the Article 50 'Trigger': Parliament Indispensable Role*, in *UK Constitutional Law Blog*, 2016, reperibile online; J. RYLATT, *The Irrevocability of an Article 50 Notification: Lex Specialis and the Irrelevance of the Purported Customary Right to Unilaterally Revoke*, *ivi*; P. OSTENDORF, *The Withdrawal Cannot be Withdrawn: The Irrevocability of a Withdrawal Notification under Article 50(2) TEU*, in *European Law Review*, 2017, p. 767 ss.; S. WEATHERHILL, *Why the Withdrawal Notification under Article 50 TEU Is Not Unilaterally Revocable*, in *Eulawanalysis.blogspot*, 2018, reperibile online. Sulla necessità di un accordo tra lo Stato che intendeva recedere e gli altri Stati membri cfr. C. CURTI GIALDINO, *Oltre la Brexit: brevi note sulle implicazioni giuridiche e politiche per il futuro prossimo dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, 2016, p. 22; A. ŁAZOWSKI, *op. cit.*, p. 530.

¹⁹ Nell'ampia letteratura cfr. S. PEERS, *Brexit: You Can U-turn if You Want to. The CJEU Judgment in Wightman*, in *Eulawanalysis.blogspot*, 2018, reperibile online; M. CARTA, *L'incidenza sulla Brexit della sentenza della Corte di giustizia del 10 dicembre 2018*, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, 2019, n. 1, p. 30 ss., reperibile online; G. MARCHEGIANI, *op. cit.*; S. CRESPI, *Spunti di riflessione a margine della sentenza della Corte di giustizia relativa al diritto degli Stati membri di revocare la notifica di recesso dall'Unione europea*, in *Eurojus*, 2019, reperibile online; A. CUYVERS, *A Court of Justice Wightman, Brexit, and The Sovereign Right to Remain*, in *Common Market Law Review*, 2019, p. 1303 ss.

Nel merito la Corte giunge alla conclusione secondo la quale l'art. 50 TUE configura un diritto sovrano di revoca della notifica dell'intenzione di recedere, da esercitarsi peraltro nel rispetto delle norme costituzionali dello Stato ed entro un termine massimo, vale a dire prima dell'entrata in vigore dell'accordo di recesso o della scadenza del termine di due anni dalla notifica al Consiglio europeo o del più lungo termine stabilito dallo stesso Consiglio europeo d'intesa con lo Stato membro interessato secondo quanto previsto dall'art. 50, par. 3, TUE. La Corte aggiunge, inoltre, che la revoca deve essere comunicata al Consiglio europeo per iscritto e deve essere univoca e incondizionata "nel senso che sia diretta a confermare l'appartenenza all'Unione dello Stato membro interessato in termini immutati per quanto riguarda la sua condizione di Stato membro, e detta revoca pone fine alla procedura di recesso"²⁰.

Per giungere alle indicate conclusioni la Corte muove dalla considerazione che l'art. 50 TUE non si occupa esplicitamente della questione della revoca sicché esso "non la vieta né l'autorizza espressamente"²¹. Il Giudice di Lussemburgo, valorizzando la lettera della disposizione, ha così reso evidente che la soluzione del problema sollevato dalla giurisdizione scozzese costituirà il risultato di un'operazione volta a integrare la disciplina dettata dal Trattato più che di una operazione di tipo interpretativo²².

Un ragionamento di straordinaria sofisticazione permette alla Corte di agganciare il riconoscimento di tale diritto di revoca a principi e valori del diritto UE. Essa non nasconde certo che il diritto di revoca è espressione della sovranità dello Stato membro²³, ma osserva che, come la domanda di ammissione all'Unione presuppone il rispetto e la condivisione dei valori comuni sanciti all'art. 2 TUE, tra i quali libertà e democrazia, anche le decisioni in materia di recesso ai sensi dell'art. 50 TUE sono manifestazione di una volontà "espressa in esito a un processo democratico conforme alle sue norme costituzionali"²⁴, sicché considerarla non revocabile per effetto di una libera scelta democratica determinerebbe una violazione dei valori costitutivi dell'UE stessa. Nel medesimo ordine di idee, la pronunzia sottolinea che il recesso di uno Stato può avere effetti considerevoli sui diritti che compongono lo statuto giuridico dei cittadini UE e, in particolare, sui diritti di libera circolazione

²⁰ Sentenza *Wightman*, punto 74. La ricostruzione operata pone la Corte nella condizione di superare agevolmente la tesi, sostenuta da Consiglio e Commissione, secondo la quale il diritto di revoca è soggetto all'unanime approvazione nell'ambito del Consiglio europeo. Sul punto la pronunzia afferma, infatti, che "tale condizione trasformerebbe un diritto unilaterale sovrano in un diritto subordinato soggetto a una procedura di approvazione. Orbene, siffatta procedura di approvazione sarebbe incompatibile con il principio (...) secondo cui uno Stato membro non può essere costretto a recedere dall'Unione contro la sua volontà" (punto 72). Per una critica di questa soluzione cfr. R. McCREA, *Brexit II? The Legal Issues of Revoking the Notification to Leave the EU but then Notifying to Leave Again*, in *Eulawanalysis.blogspot*, 2018, reperibile online; G. MARCHEGIANI, *op. cit.*, p. 6; S. CRESPI, *op. cit.*, p. 7.

²¹ Sentenza *Wightman*, punto 48.

²² È sempre difficile distinguere tra interpretazione e integrazione. Vedi per tutti, R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, Milano, 2010, p. 346 ss. Ci pare, peraltro, che quando un giudice dichiara che una certa disposizione non si occupa di una determinata questione, che non vieta, ma neppure autorizza, entra apertamente nel campo dell'integrazione giuridica.

²³ La Corte costruisce da questo punto di vista un parallelismo tra la decisione di recedere e la revoca di tale decisione. L'art. 50 individua nel recesso l'oggetto di una scelta sovrana dello Stato. Da questa premessa la Corte ricava la conseguenza che lo Stato ha, in maniera simmetrica, il diritto di revocare la notifica della sua intenzione di recedere nel rispetto dei termini prima indicati. Cfr. sentenza *Wightman*, punto 56. In sostanza, nell'esercizio della sua sovranità lo Stato può decidere non solo di recedere dall'Unione, ma di mantenere lo status di membro di questa fino a quando la procedura di recesso non si sia conclusa (punto 59).

²⁴ *Ivi*, punto 66.

tanto per coloro che abbiano la cittadinanza dello Stato recedente, quanto per i cittadini degli altri Paesi UE²⁵. L'impossibilità di modificare la decisione di recedere comporterebbe allora una frustrazione degli obiettivi che l'Unione persegue e una violazione dei valori sui quali riposa, incidendo profondamente sul patrimonio di diritti collegati alla cittadinanza²⁶.

Il ricorso ai diversi criteri interpretativi permette così alla Corte di saldare gli interessi sovrani dello Stato e i valori dell'integrazione europea apparentemente inconciliabili o comunque di difficile mediazione in questa materia: la revoca della notifica di recesso si rivela funzionale a garantire le finalità del processo di integrazione e la protezione dei diritti che l'ordinamento giuridico attribuisce agli individui e rappresenta una manifestazione della dimensione assiologica che caratterizza l'Unione²⁷.

Secondo la Corte, d'altra parte, anche l'analisi della genesi dell'art. 50 TUE, che viene condotta alla luce dei lavori preparatori del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa in ragione della sostanziale identità tra le disposizioni contenute in quel trattato e in quello di Lisbona, conduce nella medesima direzione²⁸.

In questo quadro di analisi, il diritto internazionale non può che svolgere un ruolo marginale, venendo in rilievo quale argomento *ad adiuvandum* di un ragionamento del tutto sganciato da quello. La Corte osserva a tale riguardo che la conclusione raggiunta è corroborata dall'art. 68 della Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei trattati (CVDT)²⁹ che, com'è noto, ammette la revocabilità della dichiarazione di recesso fino a quando questo non diviene effettivo.

Si tratta di una scelta di tipo teorico o ideologico, peraltro, senza conseguenze pratiche rilevanti. La soluzione alla quale la Corte è giunta attraverso un'opera di integrazione interna all'ordinamento UE coincide infatti con quella che si può rica-

²⁵ *Ivi*, punto 64.

²⁶ *Ivi*, punto 67. Per una valorizzazione della finalità di garantire un'unione sempre più stretta v. P. MANZINI, *Brexit: Does Notification Mean Forever?*, in *SIDIBlog*, 2017, reperibile online. Critico, invece, C. CURTI GIALDINO, *Il progetto di accordo sul recesso del Regno Unito dall'Unione sonoramente bocciato alla Camera dei Comuni: quali scenari per la Brexit?*, in *Federalismi.it*, 2019, p. 9.

²⁷ Nello stesso ordine di idee la Corte non recepisce l'indicazione formulata nelle conclusioni dell'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona secondo il quale l'art. 50 TUE costituirebbe una manifestazione del rispetto da parte dell'Unione dell'identità costituzionale degli Stati membri ai sensi dell'art. 4, par. 2, TUE (ECLI:EU:C:2018:978, punti 131-132). Non ci sembrano condivisibili pertanto le critiche espresse da G. MARTINICO, *Scelte sovrane e doveri nella sentenza Wightman*, in *Diritti comparati*, 2018, reperibile online, il quale ritiene che la Corte abbia eccessivamente sottolineato il ruolo della sovranità statale, con un ragionamento che potrebbe essere utilizzato per finalità non compatibili con la funzione della norma. Per un'analisi delle conclusioni dell'Avvocato generale cfr. C. BRIÈRE, *The Advocate-general Opinion in Wightman: Article 50 Notification to Withdraw from The European Union Is Unilaterally Revocable*, in *Europeanlawblog*, 2018, reperibile online; S. PEERS, *Revoking The Notice to Withdraw From the EU? The Opinion in Wightman*, in *Eulawanalysis.blogspot*, 2018, reperibile online.

²⁸ Sentenza *Wightman*, punto 69. La valorizzazione del Trattato costituzionale nel quadro dei lavori preparatori è già avvenuta nella più recente giurisprudenza. Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 3 ottobre 2013, causa C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami e a. c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, ECLI:EU:C:2013:625, punti 50 e 59. L'uso da parte della Corte dei lavori preparatori, qualora siano disponibili, rende ancora più evidente che l'interpretazione dei Trattati istitutivi si colloca nel solco segnato dagli articoli 31 e 32 della CVDT. A. GIANELLI, *Unione europea e diritto internazionale consuetudinario*, Torino, 2004, p. 237, ha messo in evidenza che la giurisprudenza della Corte di giustizia si basa su un dosaggio particolare dei criteri interpretativi contemplati dalla CVDT, piuttosto che sul ricorso a metodi interpretativi completamente diversi da quelli previsti dal diritto internazionale generale.

²⁹ L'art. 68 della CVDT prevede: "A notification or instrument provided for in article 65 or 67 may be revoked at any time before it takes effect".

vare dal diritto internazionale. Basti ricordare a tale riguardo, in primo luogo, che in questo ordinamento gli atti unilaterali, tra i quali rientra la notifica dell'intenzione di recedere da un'organizzazione internazionale, sono in linea di principio revocabili, con il solo limite della non arbitrarietà della decisione, come confermano, altresì, i *Guiding principles* elaborati in materia di atti unilaterali dalla Commissione del diritto internazionale³⁰.

In secondo luogo, la revoca unilaterale della notifica di recesso trova una conferma certa nella prassi delle organizzazioni internazionali. Intendiamo riferirci, innanzitutto, al recesso di diversi Stati dall'OMS e dall'UNESCO all'inizio degli anni Cinquanta³¹. Di fronte alla successiva dichiarazione di voler riprendere la cooperazione, l'OMS e l'UNESCO consentirono agli Stati interessati di riprendere l'attività all'interno dell'organizzazione sul presupposto che vi fosse stata una semplice inattività e non una cessazione della *membership*³². Ancora più significativa la vicenda del recesso dell'Indonesia dall'ONU perché, a differenza dei casi appena indicati, la decisione statale non era stata contestata dall'organizzazione³³. Tuttavia, dopo la dichiarazione dell'Indonesia di “resume full cooperation with the UN and to resume participation in its activities”³⁴, l'ONU considerò che “the bond of membership has continued throughout the period of non-participation”³⁵. Nella prassi si è, dunque, affermata la revocabilità della notifica di recesso da un'organizzazione³⁶.

3. La convergenza sul piano dei risultati applicativi che abbiamo potuto registrare tra l'autointegrazione operata dalla Corte di giustizia e l'applicazione delle regole del diritto internazionale non si realizza invece rispetto alla diversa questione della condizione giuridica dello Stato che ha proceduto alla notifica dell'intenzione di recedere dall'Unione.

³⁰ Commissione del diritto internazionale, *Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations*, ILC Reports A/61/10, 2006. Questo il testo del principio n. 10: “A unilateral declaration that has created legal obligations for the State making the declaration cannot be revoked arbitrarily. In assessing whether a revocation would be arbitrary, consideration should be given to: (i) any specific terms of the declaration relating to revocation; (ii) the extent to which those to whom the obligations are owed have relied on such obligations; (iii) the extent to which there has been a fundamental change in the circumstances”.

³¹ Più esattamente, URSS, Ucraina, Bielorussia, Bulgaria, Romania, Albania, Cecoslovacchia, Ungheria, Polonia e Cina comunicarono il recesso dall'OMS e Polonia, Ungheria e Cecoslovacchia quello dall'UNESCO.

³² Per l'OMS cfr. *Official Records WHO*, n. 76. Cfr. P. BERTRAND, *La situation des “Membres inactifs” de l'Organisation Mondiale de la Santé*, in *Annuaire français de droit international*, 1956, p. 602 ss.

³³ Sul recesso dell'Indonesia cfr. F. DEHOUSSE, *Le droit de retrait aux Nations Unies*, in *Revue belge de droit international*, 1965, p. 30 ss., p. 39 ss.; Y.Z. BLUM, *Indonesia's Return to the UN*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1967, p. 522 ss.; E. SCHWELB, *Withdrawal from the United Nations, the Indonesian Intermezzo*, in *American Journal of International Law*, 1967, p. 661 ss.

³⁴ UN Doc. A/6419.

³⁵ *UN Repertory of the Practice of United Nations Organs*, Suppl. n. 3, 1972, p. 190.

³⁶ La circostanza che non vi sia stata alcuna interruzione nella partecipazione al trattato istitutivo è confermata dal pagamento, seppur in misura ridotta, dei contributi maturati *medio tempore* e dal fatto che i regolamenti sanitari, che erano stati adottati dopo la notifica del recesso, ma prima che la partecipazione riprendesse, abbiano vincolato gli Stati che non hanno notificato entro tre mesi una volontà contraria. Cfr. C.H. VIGNES, *Le Règlement sanitaire international*, in *Annuaire français de droit international*, 1965, p. 649 ss., p. 655. Per una disamina della prassi cfr. P. PUSTORINO, *Lo status di membro delle organizzazioni internazionali*, in A. DEL VECCHIO (a cura di), *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Napoli, 2012, p. 141 ss., p. 199.

L'art. 50, par. 4, TUE ricollega alla notifica la produzione di uno specifico effetto nella sfera giuridica dello Stato che vi ha proceduto, ossia l'obbligo di non partecipare alle deliberazioni e alle decisioni del Consiglio europeo e del Consiglio che lo riguardano. Ancora una volta ci troviamo di fronte ad una disposizione laconica che non sembra, però, esaurire le esigenze di regolazione della posizione dello Stato rispetto all'UE.

La Corte di giustizia ha affrontato la questione per la prima volta nella sentenza *RO*, affermando che la notifica “non ha l'effetto di sospendere l'applicazione del diritto dell'Unione nello Stato membro che ha notificato la propria intenzione di recedere dall'Unione”³⁷. Questa linea interpretativa è stata ribadita nella sentenza *Wightman*, nella quale la Corte ha statuito che l'avvio della procedura di recesso non determina una sospensione o alterazione dello *status* di Stato membro dell'Unione “fatto salvo soltanto l'art. 50, paragrafo 4, TUE”³⁸. Più di recente, nella pronuncia resa nel caso *M.A.*, essa ha riaffermato il principio della soggezione dello Stato al diritto UE con specifico riguardo agli obblighi che discendono dalla normativa dettata in materia di politica comune d'asilo³⁹. Secondo la Corte la conservazione della qualità di Stato membro comporta la soggezione non solo al diritto secondario, ma anche al diritto primario.

Questa impostazione consente alla Corte di rispondere ai quesiti formulati dai giudici nazionali, ma pone il problema della sua estensione ad eventuali ulteriori questioni sulle quali essa non è stata chiamata a pronunciarsi. Più esattamente, occorre chiedersi se l'autointegrazione consenta sempre di identificare l'intero spettro degli obblighi che compongono la posizione dello Stato nel corso della procedura di recesso. A nostro avviso deve escludersi che lo Stato sia sempre obbligato al rispetto del principio di leale cooperazione sancito dall'art. 4, par. 3, TUE, il quale, com'è noto, impone agli Stati UE un obbligo di carattere generale di collaborare con essa per garantire la realizzazione delle finalità previste dai Trattati istitutivi attraverso il rispetto dell'insieme di vincoli che nell'ordinamento UE hanno la loro genesi, assecondando così, in maniera evolutiva, un costante allineamento dell'azione dei Paesi membri a quella dell'organizzazione⁴⁰.

Proprio a causa della funzione principale assolta dal principio di leale cooperazione, ci sembra che la soluzione indicata dalla Corte contribuisca solo in parte a definire la posizione dello Stato recedente rispetto agli altri Stati membri e all'Unione. La decisione di recedere è espressione, infatti, di un progetto politico che non è più in linea con quello dell'Unione e la cui realizzazione esige il compimento di attività che possono non corrispondere agli obiettivi politici di quella. Com'è stato correttamente osservato, la notifica del recesso “non può non comportare un *affievolimento* del legame politico e istituzionale tra lo Stato interessato e l'Unione”⁴¹. Ebbene, ci pare che questo affievolimento assuma rilievo anche sul piano giuridico proprio in rapporto ai vincoli connessi al rispetto del principio di leale cooperazione, il cui campo di applicazione deve essere definito con riferimento allo Stato che vuole recedere, distinguendo tra la dimensione istituzionale della sua posizione e la dimensione negoziale.

³⁷ Sentenza *RO*, punto 45.

³⁸ Sentenza *Wightman*, punto 59.

³⁹ Sentenza *M.A.*, punto 54.

⁴⁰ Sull'attitudine del principio di leale cooperazione ad individuare gli obblighi degli Stati membri in funzione del grado di sviluppo del processo di integrazione cfr. E. NEFRAMI, *Le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l'Union européenne*, in *Revue de l'Union européenne*, 2012, p. 198.

⁴¹ P. MANZINI, *Lo strano caso*, cit., p. 115.

Come chiarito dalla Corte, per quanto riguarda la dimensione istituzionale, lo Stato recedente non può non essere tenuto a rispettare il principio di leale cooperazione, sicché, fino al completamento della procedura di recesso, deve garantire il corretto funzionamento delle istituzioni nelle quali operano i suoi rappresentanti, ossia il Consiglio europeo e il Consiglio. Esso non potrà, cioè, adottare una condotta preordinata a paralizzare l'attività istituzionale o a orientare le funzioni delle istituzioni verso il perseguimento di obiettivi coerenti con le sue scelte politiche⁴². Il principio di leale cooperazione dovrebbe cioè impedire allo Stato recedente l'esercizio delle sue prerogative nell'ambito dei processi decisionali in modo strumentale per garantire il consolidamento di interessi nazionali. Più in generale, esso continuerà non solo ad essere tenuto ad assicurare il rispetto del diritto UE e la sua efficacia, ma anche ad astenersi dall'adozione di norme o dalla realizzazione di attività che possano arrecare un pregiudizio agli interessi dell'Unione⁴³.

La soggezione dello Stato al principio di leale cooperazione sul piano istituzionale ci sembra trovi una conferma nella prassi che si è formata dopo il *referendum* sulla Brexit. Il Regno Unito, infatti, ha rinunciato, prima ancora di procedere alla notifica al Consiglio europeo *ex art. 50 TUE*, ad assumere la Presidenza del Consiglio con una condotta che costituisce una manifestazione, proprio sul piano degli obblighi negativi, del principio di leale cooperazione, in ragione della inconciliabilità del ruolo di promozione degli interessi dell'Unione con la scelta di uscire da essa. Nello stesso senso deve essere considerata la prima richiamata richiesta, formulata dal Governo inglese nella domanda di proroga del termine della procedura ai sensi dell'art. 50, par. 4, di esonero dallo svolgimento delle elezioni per il Parlamento europeo sino alla conclusione del procedimento.

All'opposto, riteniamo che il principio di leale cooperazione non possa trovare applicazione in relazione alla conduzione dei negoziati per la conclusione dell'accordo di recesso. Infatti, l'insieme degli obblighi che hanno origine nel principio di leale cooperazione hanno natura di obblighi di risultato che, com'è stato correttamente osservato in dottrina, è "rappresentato dal perseguimento effettivo degli obiettivi dei trattati e, più in generale, dall'agire dello Stato membro nell'interesse dell'Unione, comunque astenendosi da comportamenti contrari a tale interesse"⁴⁴. Tuttavia, la condotta negoziale dello Stato recedente non può essere improntata a scelte funzionali agli obiettivi dell'UE, perché ciò non gli permetterebbe di perseguire la realizzazione di quegli interessi, se non antagonisti, quantomeno disomogenei rispetto all'integrazione europea, e che sono all'origine della stessa scelta di recedere. Da questo punto di vista la soggezione al principio di leale cooperazione si rivelerebbe priva di senso, non solo da un punto di vista logico o politico, ma anche squisitamente giuridico.

⁴² M.E. BARTOLONI, *op. cit.*, p. 7, sostiene che la partecipazione dello Stato che intende recedere ai lavori del Consiglio e del Consiglio europeo sia espressione del patto di leale cooperazione.

⁴³ Sugli obblighi di contenuto negativo che discendono dal principio di leale cooperazione cfr. L.W. GORMLEY, *Some Further Reflections on the Development of General Principles of Law within Article 10 EC*, in U. BERNITZ, J. NERGELIUS, C. CARDNER (eds.), *General Principles of EC Law in a Process of Development*, The Hague 2008, p. 303 ss.; C. IANNONE, *Art. 4*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, II ed., p. 40, rileva che il dovere di astensione riguarda tutti gli atti e i comportamenti che possono in qualche modo compromettere la realizzazione degli scopi dei Trattati.

⁴⁴ M. CONDINANZI, *Leale cooperazione*, in G. AMATO, E. MOAVERO MILANESI, G. PASQUINO, L. REICHLIN (a cura di), *Europa. Un'utopia in costruzione*, Roma, 2018, p. 122 ss., p. 127.

L'inidoneità della soluzione profilata dalla Corte in ordine agli obblighi dello Stato che recede nel segmento della procedura che riguarda i negoziati per l'accordo di recesso fa sorgere il problema di individuare fuori dall'ordinamento giuridico dell'Unione la fonte mediante la quale integrare le regole stabilite dall'art. 50 TUE. In questa prospettiva riteniamo che si debba fare ricorso al diritto internazionale generale e, segnatamente, alla buona fede quale principio generale⁴⁵ per colmare le lacune presenti nell'art. 50 TUE, quantomeno relativamente agli aspetti procedurali del recesso, soluzione prospettata nelle conclusioni presentate nel giudizio *Wightman* dall'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona (peraltro in termini più ampi rispetto a quanto si propone in queste pagine)⁴⁶ e che ci sembra possa essere sostenuta per ragioni attinenti alla materia del recesso. Infatti, come è stato rilevato in dottrina, il recesso da un'organizzazione internazionale riporta le relazioni tra gli Stati membri ad una dimensione contrattuale, con la conseguenza che "the exiting IO member state moves at the cutting face of the law of treaties and institutional law"⁴⁷. Abbiamo ricordato prima che una simile prospettiva non può essere applicata in modo netto al caso dell'Unione europea. Tuttavia, proprio la circostanza che la materia del recesso, istituto tipico del diritto dei trattati, si collochi in una zona di confine tra il diritto dell'organizzazione e il diritto internazionale generale spinge a ritenere possibile l'applicazione di tale diritto in ordine ai profili procedurali non espressamente regolati nel diritto primario.

Appare, dunque, plausibile il ricorso al principio generale di buona fede ai fini della definizione degli obblighi che gravano sullo Stato nel corso dei negoziati aventi ad oggetto l'accordo di recesso⁴⁸, atteso che esso opera nella fase negoziale degli accordi internazionali quale che sia la funzione che il trattato è chiamato a svolgere nella regolamentazione dei rapporti tra le parti⁴⁹. È vero che entrambi i principi presentano un elevato grado di flessibilità ed elasticità che permette di modellare gli obblighi che da essi derivano in modo da adeguarne il contenuto alla specificità della situazione rispetto alla quale devono essere applicati⁵⁰. Ciò non significa, però, un'automatica sostanziale identità degli esiti applicativi dei principi stessi, i quali hanno, rispetto allo svolgimento dei negoziati relativi ad un accordo internazionale, un contenuto diverso e conducono pertanto a conseguenze differenti⁵¹.

⁴⁵ Cfr. J.P. COT, *La bonne foi en droit international public*, Paris, 1969, p. 3.

⁴⁶ Conclusioni *Wightman*, punto 82.

⁴⁷ C.M. BRÖLMANN, R. COLLINS, S. EL DROUBI, R.A. WESSEL, *Exiting International Organizations. A Brief Introduction*, in *International Organizations Law Review*, 2018, p. 248.

⁴⁸ La Corte di giustizia ha affermato che il diritto internazionale generale fa parte integrante dell'ordinamento giuridico dell'Unione. Cfr. tra le altre la sentenza del 16 giugno 1998, causa C-162/96, *A. Racke GmbH & Co. c. Hauptzollamt Mainz*, punto 46. In dottrina sui rapporti tra l'ordinamento giuridico UE e il diritto internazionale generale cfr. U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017, V ed., p. 284 ss.

⁴⁹ Corte internazionale di giustizia, sentenze del 20 dicembre 1974, *Nuclear Tests (Australia v. France)*, par. 46, e *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, par. 49.

⁵⁰ Su questi caratteri del principio di leale cooperazione cfr. M. STARITA, *Sul potere della Commissione europea di ritirare una proposta legislativa e sui suoi riflessi sugli equilibri istituzionali nel diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, 2016, p. 14 ss.

⁵¹ Per questa ragione non condividiamo la tesi di T. TRIDIMAS, *op. cit.*, p. 9, il quale fa riferimento in maniera indifferenziata a entrambi i principi per individuare gli obblighi dello Stato in sede di negoziati di recesso e neppure l'impostazione di G. DE BAERE, T. ROES, *EU Loyalty as Good Faith*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2015, p. 856 s., secondo i quali la distinzione tra il principio

Come detto, il principio di leale cooperazione impone agli Stati membri dell'Unione degli obblighi di risultato⁵² funzionali alla realizzazione degli obiettivi e degli interessi dell'Unione stessa. Questo carattere strumentale potrebbe comportare l'obbligo per lo Stato che intende recedere di accettare delle soluzioni nella negoziazione dell'accordo di recesso che si prestino a soddisfare gli interessi dell'Unione, ma che sacrificino significativamente le finalità da esso perseguite, e di procedere alla ratifica dell'accordo stesso.

L'applicazione del principio di buona fede alla negoziazione degli accordi internazionali determina, invece, il sorgere di un obbligo di condotta e non implica in alcun modo che le parti, oltre ad assumere nello svolgimento dei negoziati una condotta intesa a tutelare l'oggetto e lo scopo di quello, siano anche obbligate a pervenire ad un'intesa⁵³. La giurisprudenza internazionale ha, infatti, chiarito che il principio di buona fede non impone alle parti di concludere l'accordo oggetto del negoziato. In materia si può ricordare che la Corte permanente di giustizia internazionale, nel parere consultivo su *Railway Traffic Between Lithuania and Poland*, ha affermato che "the engagement incumbent on the two Governments (...) is not only to enter into negotiations, but also to pursue them as far as possible, with a view to concluding agreements (...). But an obligation to negotiate does not imply an obligation to reach an agreement"⁵⁴. Più di recente il principio è stato ribadito dalla Corte internazionale di giustizia nella sentenza resa nel caso *North Sea Continental Shelf*⁵⁵.

L'obbligo di assumere nel corso dei negoziati un comportamento coerente con la buona fede ci sembra che si presti a garantire in modo migliore del principio di leale cooperazione la posizione dello Stato che intende recedere e la sua sovranità di cui la decisione di recesso è, come ha indicato la stessa Corte di giustizia, una manifestazione.

In conclusione, riteniamo che il processo di integrazione dell'art. 50 TUE abbia un carattere più complesso rispetto a quanto sembra emergere dalla ricostruzione operata dalla Corte di giustizia. Il più ampio ventaglio di possibilità che la tesi qui sostenuta sembra aprire all'interprete in sede di integrazione della norma sul recesso si rivela utile per risolvere alcuni problemi collegati all'esercizio del diritto di recesso e della revoca della notifica dell'intenzione di recedere. Peraltro, il ricorso all'eterointegrazione non incide sul carattere di specialità dell'art. 50 TUE, ma appare coerente con il rapporto tra la disciplina del recesso nel diritto UE e nel diritto internazionale.

generale di buona fede nel diritto internazionale e quello di leale cooperazione ha carattere artificiale in quanto ambedue sono manifestazioni del principio *pacta sunt servanda*.

⁵² La dottrina è concorde nel ritenere che il principio di leale cooperazione generi obblighi di risultato per gli Stati. Cfr. M. CONDINANZI, *op. cit.*, p. 125; C. IANNONE, *op. cit.*, p. 29; E. NEFRAMI, *The Duty of Loyalty: Rethinking Its Scope through Its Application in the Field of EU External Relations*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 323 ss.

⁵³ Cfr. A. TANCREDI, *Il parere della Corte internazionale di giustizia sulla dichiarazione di indipendenza del Kosovo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 1037; G. PUMA, *Negoziato in malafede e cause di invalidità dei trattati internazionali*, *ivi*, 2016, p. 400.

⁵⁴ Corte permanente di giustizia internazionale, parere del 15 ottobre 1931, *Railway Traffic Between Lithuania and Poland (Railway Sector Landwarów-Kaisiadorys)*, in *P.C.I.J., Publications, Series A/B.*, n. 42, p. 116.

⁵⁵ Corte internazionale di giustizia, sentenza del 20 febbraio 1969, *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. The Netherlands)*, par. 87.

4. Prima di esaminare le ricadute applicative dell'uso dei principi di leale cooperazione e di buona fede è utile soffermarsi sulla questione dei rapporti di convergenza/divergenza tra l'art. 50 TUE, le norme di diritto internazionale generale in materia di recesso e le disposizioni della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati *in subiecta materia*. Che si consideri l'art. 50 TUE, in una prospettiva internazionalistica, quale *lex specialis* rispetto alle norme internazionali consuetudinarie ovvero, in una prospettiva ortodossa di diritto dell'Unione, quale norma specifica di un ordinamento autonomo, ci pare importante partire dalla considerazione che un'attenta verifica dei contenuti della norma indica che la disciplina del recesso contenuta nell'art. 50 TUE corrisponde sotto diversi aspetti a quella dettata dal diritto internazionale generale e dalla CVDT⁵⁶.

Nella sentenza *Wightman*, la Corte di giustizia ha affermato che la disciplina dell'art. 50 TUE risulta imperniata su due elementi: l'attribuzione agli Stati membri di un diritto "sovrano" di recedere e la previsione di una procedura mediante la quale garantire che "la fuoriuscita dall'organizzazione avvenga in modo ordinato"⁵⁷. Proprio questi due elementi collegano l'art. 50 TUE al diritto internazionale generale.

Si pensi alla previsione di un termine perché il recesso si compia. La procedura indicata all'art. 50 TUE ha inizio con la notifica al Consiglio europeo dell'intenzione di recedere e si conclude con l'entrata in vigore dell'accordo di recesso o, in ogni caso, decorsi due anni dalla notifica stessa o dall'eventuale termine prorogato con decisione del Consiglio europeo d'intesa con lo Stato interessato (art. 50, par. 3). Sotto questo profilo, l'art. 50 TUE corrisponde perfettamente all'art. 56, par. 2, CVDT, che impone la notifica dell'intenzione di recedere almeno dodici mesi prima⁵⁸ e realizza un'esigenza avvertita dal diritto internazionale generale. La natura consuetudinaria dell'obbligo avente ad oggetto un ragionevole preavviso, anche se non necessariamente coincidente con il termine di dodici mesi indicato dalla CVDT⁵⁹, è stata riconosciuta dalla Corte internazionale di giustizia prima nel

⁵⁶ Secondo P. CRAIG, *Brexit: Foundational Constitutional and Interpretive Principles: II*, 2018, reperibile *online*, "the very architecture of Article 50 TEU is informed by the VCLT principles concerning the giving of notification and the like". Nello stesso senso C. CLOSA, *Is Article 50 Reversible?*, cit. *Contra*, C. HILLION, *Accession and Withdrawal*, cit., p. 136, secondo il quale il recesso è "embedded in EU law".

⁵⁷ Sentenza *Wightman*, punto 56. La tesi secondo cui l'art. 50 TUE configuri un diritto dello Stato membro è ampiamente diffusa in dottrina. Tra gli altri si veda P.J. HERBST, *op. cit.*, p. 1755; P. ATHANASSIOU, *Withdrawal and Expulsion from the EU and the EMU: Some reflections*, European Central Bank Legal WP, 2009, p. 25; H. HOFMAISTER, *op. cit.*, p. 592; A.F. TATHAM, *Don't Mention Divorce at the Wedding, Darling! EU Accession and Withdrawal after Lisbon*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT, S. RIPLEY (eds.), *EU Law after Lisbon*, Oxford, 2012, p. 128 ss., p. 152; A. WYROZUMSKA, *op. cit.*, p. 1404; M. VELLANO, *Commento art. 50 TUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati sull'Unione europea e sul funzionamento dell'Unione europea*, Padova, 2014, II ed., p. 150 ss.; C. CLOSA, *Interpreting Article 50: Exit and Voice and...what About Loyalty?*, EUI Working Paper RSCAS 2016/71, p. 6; P. EECKHOUT, E. FRANTZIOU, *op. cit.*, p. 39; T. TRIDIMAS, *op. cit.*, p. 299. *Contra* C. HILLION, *Accession and Withdrawal*, cit., p. 141 ss., per il quale la norma non configura un diritto assoluto espressione di "State primacy", in quanto soggetto a condizioni di ordine sostanziale e procedurale. L'esistenza di un diritto in ragione della previsione di una procedura è altresì esclusa da M. GATTI, *The Article 50 Procedure for Withdrawal from the EU: A Well-Designed Secession Clause*, Paper presented at the EU Studies Association (EUSA) Conference, Miami, 4-6 May 2017, p. 2, reperibile *online*.

⁵⁸ Questo il testo dell'art. 56, par. 2, della CVDT: "(...) A party shall give not less than twelve months' notice of its intention to denounce or withdraw from a treaty under paragraph 1".

⁵⁹ Cfr. T. CRISTAKIS, *Article 56*, in O. CORTEN, P. KLEIN (dirs.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruxelles, 2006, p. 1951 ss., p. 1961; T. GIEGERICH, *Arti-*

parere consultivo reso il 20 dicembre 1980 sulla questione del trasferimento della sede dell'OMS⁶⁰ e poi nella sentenza resa il 26 novembre 1984 nel caso *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*⁶¹.

Peraltro, anche in questo caso, l'art. 50 TUE si inserisce in una più ampia prassi applicativa della regola di diritto internazionale generale che ha preso forma nei trattati istitutivi delle organizzazioni internazionali i quali prevedono un termine minimo tra la notifica della volontà di recedere e l'uscita dall'organizzazione, termine che normalmente è di un anno⁶², ma che in alcuni statuti è fissata in due anni⁶³. L'art. 50 TUE, attraverso la previsione di un *cooling off period*, non ha la sola funzione di impedire che il protrarsi dei negoziati per la conclusione dell'accordo di recesso non consenta allo Stato di uscire dall'UE, ma soddisfa anche la medesima esigenza che è all'origine dell'obbligo di preavviso previsto dal diritto internazionale, ossia garantire la possibilità di un "ripensamento" dello Stato⁶⁴.

Un secondo elemento di coincidenza tra la disciplina di diritto UE e quella delineata nella CVDT può essere individuato nella dimensione procedurale del recesso che connette l'art. 50 TUE agli articoli 65-67 CVDT. La procedura prevista dal TUE è essenzialmente preordinata alla conclusione di un accordo di recesso, che rappresenta la soluzione privilegiata dal Trattato, e alla definizione del quadro delle future

cle 56, in O. DÖRR, K. SCHMALENBACH (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Heidelberg, 2018, II ed., p. 1039 ss., p. 1058 ss.

⁶⁰ Corte internazionale di giustizia, parere del 20 dicembre 1980, *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, par. 49: "a duty upon the party which wishes to effect the transfer to give a reasonable period of notice to the other party for the termination of the existing situation regarding the Regional Office at Alexandria, taking due account of all the practical arrangements needed to effect an orderly and equitable transfer of the Office to its new site".

⁶¹ Respingendo la tesi sostenuta dagli Stati Uniti, secondo la quale la modifica della dichiarazione di accettazione della giurisdizione della Corte internazionale di giustizia doveva produrre effetti immediati, la Corte ha statuito che "it appears from the requirements of good faith that they should be treated, by analogy, according to the law of treaties, which requires a reasonable time for withdrawal from or termination of treaties that contain no provision regarding the duration of their validity". Corte internazionale di giustizia, sentenza del 26 novembre 1984, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility*, in *I.C.J. Reports*, 1984, p. 39 ss.

⁶² In particolare, si segnalano art. XIX FAO; art. 95 ICAO; art. 30, lett. a), WMO; art. 57, par. 2, ITU; art. 12, par. 2, UPU; art. 73, par. a), IMO; art. 35 UNWTO; art. 13 NATO; art. 17 OECD; art. 57 EFTA; art. 31 UA; art. 91 ECOWAS; art. 127 SEE; art. XIX FAO; art. XVIII Lega degli Stati arabi.

⁶³ Art. 1, par. 5, OIL; art. 143 OSA. Il termine previsto dall'art. II, par. 6, del Trattato UNESCO è compreso tra uno e due anni. Più in generale sul tema cfr. H.G. SCHERMERS, N.M. BLOKKER, *International Institutional Law. Unity within diversity*, Leiden, 2003, IV ed., p. 93. L'esistenza di clausole di recesso con effetto immediato nei trattati istitutivi di alcune organizzazioni internazionali di carattere economico (art. XXVI IMF; art. VI IBRD) non mette in discussione la natura consuetudinaria dell'indicato obbligo, trovando ragione nella peculiarità delle materie oggetto della cooperazione tra Stati all'interno di quelle e nella connessa necessità di garantire certezza nei rapporti giuridici.

⁶⁴ Per queste due possibili ricostruzioni della funzione del periodo di due anni cfr. C. CLOSA, *Interpreting Article 50*, cit., p. 7. U. VILLANI, *Recesso (diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, 1988, p. 50 ha sostenuto che il termine assolve la funzione di "evitare bruschi contraccolpi sulla vita dell'organizzazione", rilevando altresì che esso possa favorire una rivisitazione da parte dello Stato recedente della decisione adottata e la revoca della dichiarazione di recesso. Sul tema cfr. anche G.L. TOSATO, *Brexit means Brexit – è ammesso il pentimento oppure no?*, in *Affari internazionali*, 2016, reperibile online; F. CHERUBINI, *op. cit.*, p. 720 ss.

relazioni tra lo Stato che recede e l'UE⁶⁵. Gli articoli 65-67 CVDT⁶⁶ non disciplinano il recesso dai trattati, ma definiscono una procedura che gli Stati devono seguire per risolvere eventuali controversie in ordine all'esistenza del motivo di recesso invocato. La CVDT intende, dunque, attraverso le indicate disposizioni, assicurare la stabilità dei trattati e la sicurezza delle relazioni internazionali, impedendo un uso arbitrario e unilaterale delle clausole di recesso⁶⁷. Benché regolino oggetti diversi, l'art. 50 TUE e gli articoli 65-67 CVDT rispondono alla medesima *ratio*, ossia tutelare attraverso la procedura la posizione degli altri Stati parte dell'accordo e rimuovere ogni possibile ragione di contrasto tra questi e lo Stato che recede.

L'esistenza di diversi elementi di similitudine, se non di vera e propria coincidenza, tra l'art. 50 TUE, il diritto internazionale consuetudinario e la CVDT non significa però che la disciplina dettata dal TUE non abbia natura speciale. Quest'ultima sembra peraltro esprimersi essenzialmente nella regolamentazione degli aspetti procedurali dell'istituto. Non sono, infatti, riconducibili in alcun modo né al diritto internazionale generale né alla CVDT le norme che l'art. 50 TUE destina all'organizzazione e allo svolgimento della procedura, affidando al quadro istituzionale dell'Unione la negoziazione dell'accordo di recesso. La procedura, come si sa, ha inizio con la notifica al Consiglio europeo dell'intenzione di recedere, che, oltre a far decorrere il termine di due anni per il suo completamento, determina, altresì, il sorgere dell'obbligo per l'Unione europea di avviare i negoziati per la conclusione dell'accordo di recesso. Perché questa fase della procedura si realizzi, il Consiglio europeo è chiamato a formulare degli orientamenti generali che guideranno i negoziatori dell'Unione. In ordine ai negoziati l'art. 50 TUE rinvia alle disposizioni dettate dall'art. 218, par. 3, TFUE, il quale prevede che il loro avvio sia deciso dal Consiglio su raccomandazione della Commissione o dell'Alto rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza. Il Consiglio, inoltre, designa il negoziatore o il capo della squadra di negoziato dell'Unione. Le istituzioni dell'Unione intervengono anche nella fase del procedimento successiva alla chiusura dei negoziati. L'accordo è, infatti, concluso dal Consiglio a nome dell'Unione europea dopo l'approvazione da parte del Parlamento europeo (art. 50, par. 2, TUE). L'accordo di recesso non è dunque un accordo tra Stati, ma un accordo tra l'Unione europea e lo Stato che recede.

L'individuazione nelle regole sulla procedura del carattere di specialità dell'art. 50 TUE non contraddice la conclusione alla quale siamo giunti sull'applicabilità del principio di buona fede alla fase negoziale del procedimento. Il profilo di specialità, infatti, è dato dalle disposizioni che definiscono il ruolo delle singole istituzioni all'interno della procedura e il modo in cui queste collaborano per giungere all'accordo di recesso, mentre il principio di buona fede regola lo svolgimento dei negoziati tra l'UE e lo Stato.

⁶⁵ L'art. 50 TUE sembra escludere che l'accordo di recesso disciplini anche le future relazioni giuridiche tra lo Stato e l'Unione. Cfr. sul punto A. ŁAZOWSKI, *op. cit.*, p. 528 ss.; C. HILLION, *Leaving the European Union*, cit., p. 302; T. TRIDIMAS, *op. cit.*, p. 308. Nella prassi l'accordo di recesso negoziato dall'Unione europea e dal Regno Unito si limita a disciplinare il recesso.

⁶⁶ Gli articoli 65-67 CVDT, però, a differenza di quelli richiamati in precedenza, non hanno natura consuetudinaria. Corte internazionale di giustizia, sentenza del 25 settembre 1997, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, par. 109; Corte di giustizia, sentenza *Racke*, punto 59.

⁶⁷ Cfr. M. COSNARD, *Art. 65*, in O. CORTEN, P. KLEIN (dirs.), *op. cit.*, p. 2349; H. KRIEGER, *Art. 65*, in O. DÖRR, K. SCHMALENBACH (eds.), *op. cit.*, p. 1212.

5. Consideriamo ora la possibilità di ricorrere al principio della leale cooperazione o, in alternativa, al principio della buona fede in altre situazioni in cui si pone il problema dei limiti all'esercizio dei diritti dello Stato recedente.

Si deve partire dalla considerazione che la previsione di una clausola di recesso è stata oggetto di critiche legate al timore che essa offrirebbe, soprattutto agli Stati membri più grandi, uno strumento negoziale "improprio" perché la minaccia del recesso potrebbe essere impiegata allo scopo di ottenere delle concessioni dagli altri Stati membri⁶⁸. La revocabilità della notifica finirebbe, in questa prospettiva, per rendere più agevoli manovre politiche dell'indicata natura. Inoltre, una parte della dottrina ha sottolineato che la possibilità di revoca della notifica del recesso possa favorire un uso scorretto dell'istituto da parte dello Stato insoddisfatto dell'esito dei negoziati intercorsi con l'Unione europea e ha proposto, come correttivo, di circoscrivere l'esercizio del diritto in questione entro il perimetro segnato dai principi di leale cooperazione e di buona fede⁶⁹.

La riflessione dogmatica, al di là della sovrapposizione che spesso viene operata tra i principi di leale cooperazione e di buona fede, che invece, dal nostro punto di vista, vanno tenuti distinti, solleva il problema di fondo dell'individuazione dei limiti all'esercizio del diritto di recesso e del diritto di revoca della notifica dell'intenzione di recedere. La Corte non ha affrontato in maniera espressa la questione. Tuttavia, le considerazioni che abbiamo svolto nelle pagine precedenti ci permettono di affermare che il problema può essere risolto in parte attraverso l'applicazione di regole del diritto dell'Unione, secondo le indicazioni che emergono dalle sentenze della Corte stessa e, in parte, mediante il ricorso al principio di buona fede quale principio generale del diritto internazionale.

In relazione alle questioni sollevate dagli studi prima richiamati si possono, secondo noi, prefigurare quattro diverse fattispecie, a ciascuna delle quali corrisponde una differente soluzione.

Nella prima lo Stato minaccia il recesso, senza dare avvio alla procedura, allo scopo di ottenere delle modifiche che, per intuibili ragioni, non possono che riguardare la revisione dei Trattati o la riforma di regole la cui adozione richiede il consenso unanime degli Stati. La fattispecie che abbiamo profilato non costituisce un caso di scuola, ma corrisponde a ciò che è avvenuto nella fase iniziale della Brexit. È noto che il Governo Cameron ha indetto il *referendum* sulla permanenza nell'Unione europea in relazione al negoziato politico con gli altri Stati membri volto ad ottenere alcune concessioni destinate a modificare la posizione del Regno Unito nell'organizzazione⁷⁰. Questa strategia ha, peraltro, ottenuto un risultato politico, travolto dall'esito della consultazione referendaria, perché gli altri Stati membri, a margine del Consiglio

⁶⁸ Cfr. J. ZEH, *Recht auf Austritt*, in *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 2004, p. 173 ss., p. 204 ss.; A.F. TATHAM, *Don't Mention Divorce*, cit., p. 151.

⁶⁹ Cfr. P. CRAIG, *Brexit*, cit., p. 464 ss.; P. EECKHOUT, E. FRANTZIOU, *op. cit.*, p. 39 ss.; M. ALVIM, *The Right to Withdraw the Notification to Leave the European Union under Art. 50 TEU: Can We still Save the Marriage?*, in *EU Law Journal*, 2017, p. 147; J. CARMONA, C.C. CIRLIG, G. SGUEO, *UK Withdrawal from the European Union*, EP Research Service, 2017, p. 9; F. CHERUBINI, *op. cit.*, p. 722; D. EDWARD, F. JACOBS, J. LEVER, H. MOUTFIELD, G. FACENNA, *In the Matter of Article 50 of the Treaty on European Union*, 2017, par. 58 s., reperibile online; P. MANZINI, *Sulla revoca*, cit., p. 740; A. SARI, *op. cit.*, p. 464 ss.; D. BENRATH, *Bona Fide and Revocation of Withdrawal: How Article 50 TEU Handles the Potential Abuse of a Unilateral Revocation of Withdrawal*, in *European Law Review*, 2018, p. 242.

⁷⁰ Cfr. P. CRAIG, *op. cit.*, p. 447 ss.

europeo del 18 e 19 febbraio 2016, nel tentativo di rafforzare il fronte del *Remain*, concordavano la “Nuova intesa per il Regno Unito nell’Unione europea” con la quale stabilivano una serie di concessioni a favore dello Stato d’Oltremarica⁷¹.

L’individuazione in questa prima possibile fattispecie dei parametri giuridici da utilizzare deve muovere dalla considerazione che, come la Corte ha chiarito nelle sentenze *RO*⁷² e *Wightman*⁷³, fino a quando la procedura di recesso non ha avuto inizio, le norme applicabili sono quelle dell’ordinamento giuridico dell’Unione che definiscono gli obblighi degli Stati membri. Ne deriva che l’iniziativa di uno Stato che prospetti di esercitare il diritto attribuitogli dal Trattato per perseguire finalità che ad esso sono estranee costituisca una violazione del principio di leale cooperazione, in ragione del fatto che l’ordinamento dell’Unione prevede altri strumenti e procedure per modificare le regole in vigore. Tuttavia, gli Stati UE potrebbero rinunciare a far valere l’illiceità della condotta dello Stato, circostanza verificatasi proprio nel caso in esame allorché sono state accolte le proposte formulate dal Regno Unito nella fase in cui si limitava a minacciare il recesso.

In una seconda ipotesi, lo Stato avvia la procedura di recesso per ottenere vantaggi, come quelli derivanti da una modifica dei Trattati, o anche da una posizione del Consiglio in cui l’istituzione vota all’unanimità, per poi revocare la notifica di recesso, prima che questo si compia, non avendo conseguito il risultato sperato. Tale ipotesi differisce da quella precedente per il fatto che lo Stato non si è limitato a prospettare la possibilità di recedere dall’Unione. In questo secondo caso si potrebbe ricorrere alla figura dell’abuso del diritto che permette, attraverso una disamina delle modalità concrete di realizzazione di una determinata fattispecie, di qualificare in termini di illiceità un comportamento di per sé conforme alle previsioni di una norma astratta⁷⁴. Nel caso che ci occupa lo Stato è animato dall’intento di sottrarsi ad obblighi che derivano dalle regole dell’Unione, tentando di ottenerne una modifica secondo strumenti diversi da quelli stabiliti nel Trattato. Anche in questa seconda ipotesi, ci pare che il parametro di valutazione delle modalità di esercizio del diritto di recesso vada individuato nel principio di leale cooperazione. Infatti, l’avvio della procedura di recesso e lo svolgimento di attività negoziale sono preordinati a creare un’apparente coerenza con le regole che conferiscono un diritto in una situazione che in realtà è in contrasto con gli interessi dell’Unione e, conseguentemente, con gli obblighi che alla realizzazione di quell’interesse sono funzionali⁷⁵. Lo Stato, in altri termini, esercita il diritto di cui è titolare, ma non per realizzare le finalità per il cui

⁷¹ Consiglio europeo del 18 e 19 febbraio 2016, conclusioni della Presidenza, allegato I, Decisione dei Capi di Stato o di governo, riuniti in sede di Consiglio europeo, concernente una nuova intesa per il Regno Unito nell’Unione europea. Cfr. C. CURTI GIALDINO, *Il compromesso di Tusk per mantenere il Regno Unito nell’UE: una prospettiva ragionevole per l’integrazione europea?*, in *Federalismi.it*, 2016; E. PISTOIA, *Brexit: Should They Stay...*, 2016, in *SIDIBlog*, reperibile online; R. PULVIRENTI, *A New Settlement for the United Kingdom in the European Union: A New Challenge to EU Citizens’ Social Benefits and Freedom of Movement?*, in *European Papers*, 2016, reperibile online; G. ROSSOLILLO, *Patti chiari, amicizia lunga: l’accordo sullo status del Regno Unito nell’Unione europea*, 2016, in *SIDIBlog*, reperibile online.

⁷² Sentenza *RO*, punto 46.

⁷³ Sentenza *Wightman*, punto 51.

⁷⁴ M. GESTRI, *Considerazioni sulla teoria dell’abuso del diritto alla luce della prassi internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1994, p. 51 ss.

⁷⁵ M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell’ordinamento comunitario*, Milano, 2003, p. 8, nota 15 ha osservato che la Corte di giustizia ha applicato il principio di leale cooperazione a fattispecie che possono essere ricondotte alla categoria concettuale dell’abuso del diritto.

conseguimento quel diritto è attribuito dal Trattato. L'applicazione del principio di leale cooperazione permette così di smascherare il tentativo posto in essere e offre per tale ragione il parametro giuridico sulla base del quale procedere alla definizione dei limiti all'esercizio del diritto stesso.

Una terza fattispecie può essere individuata nella decisione di uno Stato, che ha avviato la procedura di recesso, perché determinato ad uscire dall'Unione europea, di revocare l'originaria notifica in quanto insoddisfatto dell'esito dei negoziati sull'accordo di recesso. Questo caso si distingue da quello precedente per il fatto che lo Stato è animato da una genuina intenzione di recedere, ma ritiene l'accordo raggiunto con l'Unione europea in contrasto con gli interessi e gli obiettivi di politica nazionale all'origine della scelta di dare vita al procedimento *ex art. 50 TUE*. Diversamente dai casi precedenti, questa terza fattispecie ricade nel campo di applicazione del principio di buona fede quale principio generale del diritto internazionale. Come visto, tale principio impone un obbligo di condotta il cui contenuto deve essere determinato in relazione all'oggetto e allo scopo dell'accordo che viene negoziato. Il rispetto del principio non implica, però, un obbligo di concludere l'accordo o di ratificarlo. La revoca della notifica di recesso non appare, dunque, idonea a integrare non solo un'infrazione del diritto dell'Unione, ma neppure un illecito internazionale dello Stato⁷⁶, a meno che non rappresenti un anello di una più lunga catena di condotte, di cui lo Stato si sia reso autore, che trasgrediscono l'obbligo di negoziare in buona fede.

Ci sembra che una conferma di quanto detto sia offerta dalla prassi della stessa Unione europea. Com'è noto, la Norvegia ha negoziato per due volte un accordo di ammissione, ma in entrambi i casi la procedura di ratifica si è conclusa negativamente in conseguenza dell'esito contrario dei *referenda* tenutisi in quello Stato⁷⁷. Di fronte alla mancata ratifica le Comunità e l'Unione non hanno posto il problema del rimborso da parte della Norvegia delle spese legate alla procedura di ammissione.

L'ultima fattispecie potrebbe essere integrata dal ricorso alla revoca della notifica di recesso per ottenere un prolungamento del termine di due anni per la conclusione della procedura a fronte del rifiuto da parte del Consiglio europeo di prorogare il termine stesso⁷⁸. Rispetto a questo caso ci sembra che si possa combinare l'applicazione del principio di buona fede con la condizione di genuinità richiesta in *Wightman* dalla Corte di giustizia secondo la quale la revoca deve essere sorretta dalla volontà di "confermare l'appartenenza all'Unione dello Stato membro interessato in termini immutati per quanto riguarda la sua condizione di Stato membro"⁷⁹. Nell'ipotesi descritta la condotta dello Stato integra un abuso del diritto che si determina per effetto della violazione degli obblighi che discendono dall'applicazione del principio di buona fede allo svolgimento dei negoziati che hanno ad oggetto l'accordo di recesso. A differenza della figura di abuso del diritto che potrebbe individuarsi nella seconda fattispecie esaminata, in questo caso il parametro di valutazione della condotta dello Stato è fornito dal principio di buona fede quale principio generale del diritto internazionale e non dal diritto UE. L'applicazione di

⁷⁶ In questo senso anche D. BENRATH, *op. cit.*, p. 243.

⁷⁷ Cfr. A.F. TATHAM, *Enlargement of the European Union*, Austin, 2009, p. 19 ss., p. 57 ss.

⁷⁸ Cfr. S. SMISMANS, *About the Revocability of Withdrawal: Why the EU (Law) Interpretation of Article 50 Matters*, in *UK Constitutional Law Blog*, 2016, reperibile online; D. EDWARD, F. JACOBS, J. LEVER, H. MOUTFIELD, G. FACENNA, *op. cit.*, par. 58; P. OSTENDORF, *op. cit.*, p. 771; D. BENRATH, *op. cit.*, p. 242.

⁷⁹ Sentenza *Wightman*, punto 74.

questo parametro giuridico è dovuta al fatto che lo Stato ha avviato la procedura di recesso con l'intenzione di uscire dall'Unione, ma ha tentato di piegare la revoca della notifica ad una funzione ad essa estranea, così ponendo in essere una condotta non conforme agli obblighi connessi al corretto svolgimento dell'attività di negoziazione. L'abuso di cui lo Stato si rende responsabile impedisce di considerare la revoca genuina nei termini richiesti dalla Corte di giustizia e conseguentemente idonea a determinare la cessazione della procedura.

6. La disposizione dell'art. 50 TUE può essere soggetta ad un duplice processo di integrazione: un'autointegrazione sulla base del diritto dell'UE e un'eterointegrazione attraverso il diritto internazionale generale. La Corte di giustizia ha applicato il primo dei due indicati metodi, facendo uso di norme e principi del diritto dell'Unione, con una scelta che però non offre sempre soluzioni soddisfacenti. Da qui la necessità dell'eterointegrazione, che ha permesso di individuare nel principio di buona fede, quale norma generale del diritto internazionale, la regola di condotta delle parti nel corso dei negoziati sull'accordo di recesso. Peraltro, il ricorso al diritto internazionale generale si spiega in ragione della natura della materia regolata dall'art. 50 TUE in quanto, in linea generale, il recesso da un'organizzazione internazionale si colloca in una zona grigia tra il diritto istituzionale e il diritto internazionale.

L'uso delle due tecniche di integrazione consente di definire un sistema di regole che stabilisce i limiti all'esercizio del diritto di recesso e del diritto di revocare la notifica dell'intenzione di recedere. Ma la coesistenza di autointegrazione ed eterointegrazione lascia emergere un profilo di rilevanza ulteriore delle sentenze della Corte di giustizia. Infatti, l'integrazione delle regole dei Trattati istitutivi rinvia alla più ampia e complessa questione dei rapporti tra il diritto dell'Unione e il diritto internazionale. In questa prospettiva l'individuazione delle fonti alle quali fare riferimento ai fini dell'integrazione delle regole sul recesso concorre a delimitare i confini entro i quali si colloca, in rapporto al diritto internazionale, l'ordinamento giuridico cui il diritto dell'Unione ha dato vita.

Sotto il profilo considerato può dirsi che la disamina condotta dimostra che l'ordinamento dell'Unione ha raggiunto un elevato grado di autonomia, quale risulta dall'attitudine dell'autointegrazione ad offrire soluzioni adeguate ad una larga parte dei problemi che discendono dal carattere scarno dell'art. 50 TUE.

Abstract

Article 50 TEU between Self-integration and Hetero-integration of EU Law

Article 50 TEU is an incomplete provision which has been giving rise to several interpretative problems since the UK triggered the withdrawal procedures. The CJEU shaped a self-integration process of Article 50 TEU in the judgments delivered in *RO*, *Wightman* and *M.A.* The paper argues that this approach fails to solve all of the problems arising from the withdrawal and highlights the need to adopt an hetero-integration approach. The paper contends that the *bona fide* principle as a general principle of international law has to be applied to the negotiations of the withdrawal agreement.



Note e Commenti

Sara De Vido*

La direttiva UE sulla plastica monouso alla luce del diritto umano ad un ambiente salubre

SOMMARIO: 1. Introduzione: dal presente “di plastica” al futuro *plastic-free*. – 2. Dalla strategia alla proposta di direttiva UE sulla plastica monouso: l’approccio economico della Commissione europea. – 3. Il contenuto della direttiva seguendo le “5Rs”. – 4. Prime osservazioni sulla direttiva: l’opportunità mancata di andare oltre un approccio antropocentrico. – 5. Le debolezze della direttiva: dall’assenza di un approccio basato sui diritti umani... – 6. Segue:... al silenzio sul principio di precauzione. – 7. Conclusioni.

1. Il “Moplen” entrò nelle case degli italiani negli anni Cinquanta del secolo scorso: era il materiale con cui venivano realizzati oggetti utili per la casa, pratici, economici e colorati. Fu Giulio Natta, premio Nobel per la chimica grazie a questa scoperta, a preparare un polimero con una elevata frazione di prodotto isotattico, poi realizzato su scala industriale dalla Montecatini e commercialmente indicato come “Moplen”¹. I caroselli dell’epoca celebravano questi prodotti nelle parole di Gino Bramieri, che invitava le signore ogni sera a verificare che i loro acquisti fossero fatti di “Moplen”. Nello stesso periodo, negli Stati Uniti, pubblicità (intrise, va riconosciuto, di stereotipi di genere) promuovevano l’utilizzo di “colourful practical plastics housewares made of styron” e di cellophane che “aiutava” le donne ad evitare lo spreco di cibo. Benché gli studi su quelle che noi conosciamo come plastiche, nonché i loro primi utilizzi, iniziarono alla fine dell’Ottocento, fu nel secondo dopoguerra che questo materiale non solo conquistò i mercati, ma entrò nell’immaginario collettivo come sinonimo di praticità e di economicità. Le pubblicità contribuirono a dipingere “un futuro di plastica” fatto di superfici scintillanti².

Come si è arrivati al punto in cui una delle più rivoluzionarie scoperte della storia umana si è trasformata in una minaccia globale per la salute degli umani e dei non umani?³ I bassi costi della plastica paragonati a quelli di altri prodotti hanno

* Associata di Diritto internazionale nell’Università Ca’ Foscari di Venezia.

¹ Voce Moplen, reperibile *online* all’indirizzo www.treccani.it/enciclopedia/moplen

² T. FISHER, *A World of Colour and Bright Shining Surfaces: Experiences of Plastics after the Second World War*, in *Journal of Design History*, 2013, p. 285.

³ La presenza di rifiuti derivanti dalla plastica è stata considerata una “global health crisis” nel rapporto del Centro per il diritto ambientale internazionale, Earthworks, Global Alliance for Incinerator Alternatives (GAIA), Healthy Babies Bright Futures (HBBF), IPEN, Texas Environmental Justice Advocacy Services (t.e.j.a.s.), Università di Exeter, UPSTREAM e BFFP, *Plastic & Health: The Hidden Costs of a Plastic Planet*, 2019, reperibile in www.ciel.org.

portato nel corso del ventesimo e ventunesimo secolo ad un “abuso” dell’uso di plastica, più di quanto la natura sia in grado di assorbire. Com’è stato dimostrato empiricamente, i Paesi ad alto reddito producono più rifiuti di plastica per persona, sebbene questi stessi Paesi presentino generalmente un sistema di riciclaggio più sviluppato⁴. Il web propone video divenuti virali che descrivono oceani traboccanti di rifiuti, fotografie di pezzi di cellophane ritrovati all’interno di pesci ed altri animali morti, immagini di spiagge colme di bottiglie e tappi di plastica.

La prima risposta giuridica a livello internazionale ai rischi per la salute umana derivanti dalla plastica è stata elaborata dall’Unione europea (UE), che ha recentemente disciplinato l’utilizzo e lo smaltimento della plastica monouso, attraverso la strategia europea per la plastica, adottata dalla Commissione europea nel gennaio 2018⁵, e la direttiva (UE) n. 2019/904 sulla riduzione dell’incidenza di determinati prodotti di plastica sull’ambiente, la c.d. “direttiva sulla plastica monouso”, adottata il 5 giugno 2019⁶. In queste pagine, che si propongono di fornire un commento “a caldo” del nuovo strumento legislativo dell’Unione, dimostreremo come, nonostante gli interessanti profili della direttiva approvata in prima lettura dal Parlamento europeo e dal Consiglio dell’Unione europea, qui accorpati nelle cinque “R” – *Reduction, Restrictions, Requirements, Responsibility, Recycling* – lo strumento legislativo non afferri la complessità del dibattito esistente a livello internazionale sul diritto umano ad un ambiente salubre. A tale scopo, spiegheremo il processo che ha portato all’adozione della direttiva sulla plastica monouso, che segna un passo senza precedenti a livello internazionale nel tentativo di ridurre l’inquinamento derivante da plastica nell’ambiente, specialmente nei mari e negli oceani, e analizzeremo criticamente l’approccio antropocentrico della UE, argomentando a favore dell’inclusione di considerazioni eco-centriche e naturo-centriche nella *governance* europea dell’ambiente.

2. Nel gennaio 2018, la Commissione europea ha pubblicato una comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni sulla “strategia europea per la plastica nell’economia circolare”⁷. La Commissione ha collocato la questione della plastica all’interno del più ampio dibattito sull’economia circolare, riconoscendo che “bisogna affrontare con urgenza i problemi ambientali che oggi giorno incombono sulla produzione, sull’uso e sul consumo della plastica” e che “i milioni di tonnellate di rifiuti di plastica che finiscono ogni anno negli oceani sono uno dei segnali più evidenti e allarmanti di questi problemi e destano crescente preoccupazione nell’opinione pubblica”⁸.

Lo scopo della strategia può essere apprezzato dal punto di vista del mercato interno. La Commissione europea fa invero riferimento ad “una economia della plastica”, in cui “la progettazione e la produzione di questo materiale e dei suoi prodotti rispondano pienamente alla esigenze di riutilizzo, riparazione e riciclaggio

⁴ H. RITCHIE, M. ROSER, *Plastic Pollution*, 2018, reperibile online all’indirizzo ourworldindata.org/plastic-pollution.

⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Strategia europea per la plastica nell’economia circolare*; COM(2018)28 final.

⁶ Direttiva (UE) 2019/904 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 giugno 2019, sulla riduzione dell’incidenza di determinati prodotti di plastica sull’ambiente, PE/11/2019/REV/1.

⁷ COM(2018)28 final.

⁸ *Ivi*, p. 2.

e in cui il loro sviluppo avvenga all'insegna della sostenibilità", al fine di perseguire un'Unione energetica e per dare un contributo tangibile agli obiettivi di sviluppo sostenibile del 2030⁹. Tale approccio, puramente economico, trascura alcuni aspetti, quali il riferimento al principio di precauzione sancito nei trattati istitutivi della UE, nonché la protezione della flora e della fauna.

Per quanto riguarda i dati, la Commissione europea ha evidenziato come circa 25.8 milioni di tonnellate di rifiuti di plastica siano generati in Europa ogni anno, di cui meno del 30% viene raccolto e riciclato¹⁰. Da 150.000 a 500.000 tonnellate di rifiuti plastici entrano nell'oceano ogni anno, finendo in zone particolarmente vulnerabili quali l'Oceano Artico o il Mar Mediterraneo. È stato stimato che tra le 75.000 e 300.000 tonnellate di microplastica vengano rilasciate nell'Unione europea ogni anno. Data la natura di questi piccoli frammenti, è difficile misurare l'impatto che potrebbero avere sugli esseri umani, sugli esseri non umani e l'ambiente in generale. La Commissione europea fa inoltre riferimento nel testo sia alla direttiva quadro sulla strategia per l'ambiente marino¹¹ sia alla direttiva sulle borse di plastica¹² adottate rispettivamente nel 2008 e nel 2015, nonché alla direttiva acqua potabile¹³ al fine di elaborare ciò che è stata definita "una visione per una nuova economia della plastica in Europa". Tale economia si caratterizza per l'essere "un'industria della plastica intelligente, innovativa e sostenibile, in cui la progettazione e la produzione rispettino pienamente le esigenze di riutilizzo, riparazione e riciclaggio, genera crescita e occupazione in Europa e contribuisce a ridurre le emissioni di gas a effetto serra dell'UE e la sua dipendenza dalle importazioni di combustibili fossili"¹⁴.

L'obiettivo da raggiungere entro il 2030 è triplice: primo, eliminare i prodotti di plastica monouso, con la conseguente esigenza di cambiamenti nel design e nella produzione per rendere tutti i contenitori di plastica riutilizzabili ovvero riciclabili in modo economicamente vantaggioso; secondo, riciclare più della metà dei rifiuti di plastica generati in Europa; terzo, aumentare la capacità di selezione e di riciclaggio con la creazione di nuovi posti di lavoro in Europa. Entro il 2030, tutti i contenitori di plastica che confluiscono nel mercato europeo dovranno essere riutilizzabili ovvero riciclabili in modo economicamente vantaggioso. Inoltre, più della metà dei rifiuti generati in Europa dovrà essere riciclata, con la conseguente necessità di rendere la raccolta differenziata della plastica più diffusa. Entro il medesimo anno, la capacità di selezione e di riciclaggio dovrà risultare aumentata di quattro volte rispetto a quella del 2015, portando alla creazione di 200.000 posti di lavoro, distribuiti in tutta Europa. L'intera strategia si concentra sui mercati: un mercato d'innovazione legato alla produzione delle plastiche e mercati per le plastiche riutilizzabili e riciclabili. L'enfasi sui mercati non va criticata *per se*. È del tutto evidente che per incoraggiare le aziende ad investire e a lavorare nel settore dell'innovazione sia necessario mettere in luce i benefici economici dell'intera operazione. Non sor-

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ COM(2018)28 final, p. 3.

¹¹ Direttiva 2008/56/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, che istituisce un quadro per l'azione comunitaria nel campo della politica per l'ambiente marino.

¹² Direttiva (UE) 2015/720 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2015, che modifica la direttiva 94/62/CE per quanto riguarda la riduzione dell'utilizzo di borse di plastica in materiale leggero.

¹³ Direttiva 98/83/CE del Consiglio del 3 novembre 1998 concernente la qualità delle acque destinate al consumo umano.

¹⁴ COM(2018)28 final, p. 5.

prende dunque che la Commissione europea abbia deciso di lavorare su un aspetto prettamente economico. Tuttavia, come si vedrà oltre, la strategia non è in grado di determinare un cambio radicale di approccio al problema, in quanto non pone al centro della strategia la tutela dei diritti umani fondamentali e la protezione dell'ambiente quale interesse pubblico. La parola "diritti" è del resto del tutto assente.

A distanza di pochi mesi dall'adozione della strategia, la Commissione europea ha presentato la proposta per una nuova direttiva sulla riduzione dell'incidenza di determinati prodotti di plastica sull'ambiente, la c.d. "direttiva sulla plastica monouso", che attinge dalla strategia e converte meri "impegni" in diritto derivato della UE¹⁵. La base giuridica dello strumento legislativo è stata individuata nell'art. 192, par. 1, TFUE. Questa disposizione costituisce la base giuridica generale per l'adozione di misure in materia ambientale, riconoscendo alla UE il potere di agire sia all'interno sia al di fuori dei propri confini¹⁶ per il raggiungimento degli obiettivi di cui all'art. 191 TFUE, ovvero, la salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente; la protezione della salute umana; l'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali; la promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale e, in particolare, a combattere i cambiamenti climatici¹⁷. Le competenze dell'Unione in materia, "come è apparso evidente fin dall'avvio della politica ambientale dell'Unione"¹⁸, sono concorrenti. La politica della UE si fonda, come indicato all'art. 191, par. 2, sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio "chi inquina paga".

Nel preambolo della proposta di direttiva, si riconosce che la plastica è "onnipresente nella vita quotidiana". L'approccio orientato al mercato della Commissione europea emerge dalla lettura dell'art. 1 della proposta, che individua tra gli obiettivi della direttiva da un lato la prevenzione e la riduzione dell'incidenza di determinati prodotti di plastica sull'ambiente, in particolare l'ambiente acquatico, e sulla salute umana, dall'altro "la transizione verso un'economia circolare con modelli imprenditoriali, prodotti e materiali innovativi, contribuendo in tal modo al buon funzionamento del mercato interno". Il *focus* dell'azione della Commissione è principalmente l'ambiente marino, come riporta il *memorandum* esplicativo sulla direttiva in questione: "data la sua persistenza, l'impatto dei rifiuti di plastica cresce in concomitanza con il loro accumularsi negli oceani"¹⁹. La direttiva, ritenuta dalla Commissione lo strumento giuridico più appropriato alla luce dei principi di proporzionalità e sussidiarietà, è stata concepita come complementare alla normativa esistente in materia. Inoltre, la Commissione ha sottolineato come la strategia per la plastica preveda già misure specifiche sulla microplastica, le quali costituiscono una parte importante dei rifiuti marini (vedi ad esempio il caso delle reti da pesca). Va tuttavia rilevato, come emergerà in maggior dettaglio nel prossimo paragrafo, che la

¹⁵ Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla riduzione dell'incidenza di determinati prodotti di plastica sull'ambiente, COM(2018)340 final.

¹⁶ A. PROELLS, *The Scope of the EU's Competences on the Field of the Environment*, in Y. NAKANISHI (ed.), *Contemporary Issues in Environmental Law*, Tokyo, p. 17.

¹⁷ P. FOIS, *Il diritto ambientale dell'Unione europea*, in G. CORDINI, P. FOIS, S. MARCHISIO, *Diritto ambientale. Profili internazionali, europei e comparati*, Torino, 2017, p. 70 ss.

¹⁸ *Ivi*, pp. 82-83.

¹⁹ COM(2018)340 final, p. 1.

direttiva, nel testo finale adottato congiuntamente dal Parlamento e dal Consiglio, esclude esplicitamente dal campo di applicazione le microplastiche.

L'analisi condotta dalla Commissione europea sulla tipologia delle plastiche ha portato all'identificazione di tre differenti categorie di oggetti: a) quelli per cui esistono alternative sostenibili; b) quelli per i quali le alternative non esistono e per cui è unicamente possibile limitare i danni informando i consumatori e prevenendo responsabilità in capo ai produttori; c) quelli per cui è necessario unicamente assicurare la raccolta differenziata e il riciclo²⁰. La politica in materia di plastiche monouso che è stata scelta dalla Commissione europea può essere riassunta nelle già menzionate "5R", delle quali discuteremo analizzando il contenuto della direttiva. Va altresì rilevato che la Commissione ha espressamente indicato come la proposta non abbia "conseguenze per la protezione dei diritti fondamentali": questa affermazione sembra quantomeno inusuale considerando l'impatto che le disposizioni della direttiva riguardanti la plastica potrebbero avere sul diritto umano alla salute. Da ultimo, è opportuno osservare che la proposta fa riferimento, al suo art. 12, al diritto di accesso alla giustizia, profilo, questo, assente – come si vedrà – nella versione finale dell'atto adottato dal Parlamento e dal Consiglio.

3. La direttiva è stata approvata in prima lettura sia dal Parlamento europeo sia dal Consiglio; all'interno di quest'ultima istituzione con il voto favorevole di tutti i membri ad eccezione dell'Ungheria che si è astenuta. Nel preambolo si sottolinea come le plastiche monouso e le reti da pesca che contengono plastica siano "un problema particolarmente serio nel contesto dei rifiuti marini", mettano "pesantemente a rischio gli ecosistemi marini, la biodiversità e la salute umana" e danneggino "attività quali il turismo, la pesca e i trasporti marittimi" (5° 'considerando'). L'impatto "sulla salute umana" costituisce il riferimento più vicino che si possa trovare nella direttiva alle preoccupazioni per la tutela dei diritti umani come conseguenza dell'inquinamento ambientale derivante da plastica. Nella versione finale della direttiva è venuto meno l'avverbio "potenzialmente" ("potentially" nella versione inglese) incluso nella proposta della Commissione, che poteva ritenersi implicito riferimento al principio di precauzione. Il preambolo riconosce inoltre che "i rifiuti marini sono un fenomeno transfrontaliero" e un "problema a livello mondiale di dimensioni sempre più vaste". La direttiva risponde alla necessità di ridurre la plastica monouso che viene rinvenuta sulle spiagge dell'Unione, come emerge dal 7° 'considerando': "Per concentrare gli sforzi là dove è più necessario, la presente direttiva dovrebbe considerare solo quei prodotti di plastica monouso più frequentemente rinvenuti sulle spiagge dell'Unione, come anche gli attrezzi da pesca contenenti plastica e i prodotti realizzati con plastica oxo-degradabile. Si stima che i prodotti di plastica monouso cui si riferiscono le misure della presente direttiva rappresentino circa l'86% dei prodotti di plastica monouso rinvenuti sulle spiagge dell'Unione. La presente direttiva non dovrebbe applicarsi ai contenitori in vetro e in metallo per bevande, dato che questi non sono tra i prodotti di plastica monouso più frequentemente rinvenuti sulle spiagge dell'Unione".

La direttiva esclude i contenitori di bevande di vetro e metallo dal suo ambito di applicazione, così come le microplastiche, con riferimento alle quali l'Unione dovrebbe "incoraggiare tutti i produttori" a limitarle rigorosamente nelle loro for-

²⁰ *Ivi*, p. 14.

mulazioni (8° ‘considerando’). L’art. 3 della direttiva definisce la plastica quale “materiale costituito da un polimero (...) cui possono essere stati aggiunti additivi o altre sostanze, e che può funzionare come componente strutturale principale dei prodotti finiti, a eccezione dei polimeri naturali che non sono stati modificati chimicamente” e i “prodotti di plastica monouso” come “quei prodotti fatti di plastica in tutto o in parte, non concepiti, progettati o immessi sul mercato per compiere più spostamenti o rotazioni durante la loro vita essendo rinviati a un produttore per la ricarica o riutilizzati per lo stesso scopo per il quale sono stati concepiti”.

Per l’analisi della direttiva procederemo secondo le cinque parole chiave di cui si è detto: *Reduction, Restrictions, Requirements, Responsibility, Recycling*.

a) *Reduction* (art. 4). Gli Stati membri sono obbligati a intraprendere “le misure necessarie per conseguire una riduzione ambiziosa e duratura del consumo dei prodotti di plastica monouso elencati nella parte A dell’allegato” ovvero: tazze per bevande, inclusi i relativi tappi e coperchi; contenitori per alimenti, ossia recipienti quali scatole con o senza coperchio, usate per contenere alimenti destinati al consumo immediato senza altra preparazione, o da asporto. Lasciando margine di attuazione agli Stati in merito al tipo di misure scelte per il perseguimento dello scopo indicato dalla direttiva, l’art. 4 richiede agli Stati di fornire una descrizione delle misure che adotteranno entro il 3 luglio 2021 e fornisce allo stesso tempo alcuni esempi, inclusa la disponibilità di alternative riutilizzabili ai prodotti di plastica monouso disponibili per il consumatore finale nel luogo di vendita. La Commissione è altresì autorizzata ad adottare un atto di esecuzione per stabilire la metodologia per il calcolo e la verifica della riduzione nel consumo dei prodotti di plastica monouso elencati nella parte A dell’allegato.

b) *Restrictions* (art. 5). La norma in oggetto obbliga gli Stati a proibire i prodotti di plastica monouso elencati nella parte B dell’allegato (bastoncini cotonati, posate, piatti, cannucce, agitatori per bevande, aste da attaccare a sostegno dei palloncini, assieme a contenitori per alimenti, per bevande e tazze di polistirene espanso) e i prodotti fatti di plastica oxo-degradabile. Quest’ultima include materiali che, per mezzo di alcuni additivi, si possono ridurre in micro-frammenti o sono destinati alla decomposizione chimica come conseguenza dell’ossidazione.

c) *Requirements* (articoli 6 e 7). I requisiti possono fare riferimento tanto al prodotto quanto alla marcatura. Per quanto riguarda il primo aspetto, gli Stati membri hanno l’obbligo di provvedere “a che i prodotti di plastica monouso elencati nella parte C dell’allegato i cui tappi e coperchi sono di plastica possano essere immessi sul mercato solo se i tappi e i coperchi restano attaccati ai contenitori per la durata dell’uso previsto del prodotto”. Tali prodotti comprendono recipienti per le bevande con una capienza fino a tre litri, come bottiglie per bevande e imballaggi compositi per bevande. Non sono invece inclusi i recipienti per bevande pensati e utilizzati a fini medici speciali. Per raggiungere tale obiettivo, la Commissione è tenuta ad invitare le organizzazioni europee di normazione ad elaborare degli standard *ad hoc*. Per quanto riguarda le bottiglie per bevande con una capacità fino a tre litri, gli Stati membri devono assicurare che, entro il 2025, le bottiglie saranno realizzate con almeno il 25% di plastica riciclata e, dal 2030, con almeno il 30% di plastica riciclata. Dal 1° gennaio 2022, la Commissione adotterà atti di esecuzione che stabiliranno le regole per il calcolo e la verifica degli obiettivi. Per quanto riguarda la marcatura, agli Stati membri è richiesto di assicurare che i prodotti di plastica monouso di cui alla parte D

dell'allegato (assorbenti e tamponi igienici e applicatori per tamponi; salviette umidificate, ossia salviette pre-inumidite per l'igiene personale e per uso domestico; prodotti del tabacco con filtri e filtri commercializzati in combinazione con i prodotti del tabacco; tazze per bevande) recchino sull'imballaggio o sul prodotto stesso una marcatura in caratteri grandi, chiaramente leggibili e indelebili con lo scopo di informare il consumatore in merito alle modalità corrette di gestione del rifiuto, sulla presenza di plastica nel prodotto e dell'impatto negativo per l'ambiente in seguito ad un'inaappropriata disposizione del rifiuto. Rientra nella competenza della Commissione lo stabilire mediante atto di esecuzione l'armonizzazione della marcatura.

d) *Responsibility* (art. 8). La direttiva richiede agli Stati di prevedere regimi di responsabilità estesa del produttore per i seguenti prodotti di plastica monouso: recipienti di cibo usati per contenere cibo per il consumo immediato o d'asporto; contenitori ed involucri fatti di materiale flessibile contenenti cibo; recipienti per bevande con una capacità fino a tre litri; tazze per bevande, includendo coperchi e tappi; borse di plastica in materiale leggero. I produttori copriranno i costi delle misure di sensibilizzazione, della raccolta dei rifiuti nei sistemi pubblici di raccolta, della rimozione dei rifiuti derivanti da questi prodotti dispersi, nonché il loro successivo trasporto e trattamento. Per quanto riguarda le salviettine umidificate, palloncini non per uso professionale e prodotti del tabacco, gli Stati membri devono assicurare che i produttori coprano anche i costi della raccolta e della comunicazione dei dati, secondo l'art. 8 *bis*, par. 1, lett. c), della direttiva 2008/98/CE come emendato nel 2018 (“[gli Stati membri] garantiscono la presenza di un sistema di comunicazione delle informazioni per raccogliere i dati sui prodotti immessi sul mercato dello Stato membro dai produttori di prodotti assoggettati al regime di responsabilità estesa del produttore e i dati sulla raccolta e sul trattamento di rifiuti risultanti da tali prodotti, specificando, se opportuno, i flussi dei materiali di rifiuto e di altri dati pertinenti”²¹). Per quanto riguarda i prodotti del tabacco con filtri e filtri commercializzati in combinazione con i prodotti del tabacco, la direttiva è particolarmente rigorosa e suggerisce che i costi della raccolta di rifiuti includano la creazione di specifiche infrastrutture, “per esempio appositi recipienti nei luoghi in cui i rifiuti sono abitualmente gettati” (par. 3). Il par. 4 si pone a tutela dei produttori, richiedendo che i costi previsti non eccedano i costi per fornire i servizi in modo economicamente efficiente e che siano decisi in modo trasparente tra tutti gli attori coinvolti. Due paragrafi sono dedicati alle imprese transnazionali. Ogni Stato membro deve consentire ai produttori stabiliti in un altro Stato membro e operanti nel suo mercato, o stabiliti nel suo territorio ma operanti nel mercato di un altro Stato membro, di designare un rappresentante autorizzato che adempia gli obblighi del produttore connessi ai regimi di responsabilità estesa del produttore sul proprio territorio o su quello di un altro Stato membro. I regimi di responsabilità estesa devono contemplare anche gli attrezzi da pesca contenenti plastica e devono garantire che i produttori di questi prodotti sostengano i costi della raccolta differenziata dei rifiuti degli attrezzi da pesca contenenti plastica, nonché i costi delle misure di sensibilizzazione. Infine, alla Commissione è richiesto di incoraggiare le organizzazioni europee di normazione di sviluppare “norme armonizzate relative alla progettazione circolare degli attrezzi da pesca per incoraggiare la preparazione al riutilizzo e agevolare la riciclabilità al termine del ciclo di vita”.

²¹ Direttiva 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, relativa ai rifiuti e che abroga alcune direttive, ultima versione consolidata del 5 luglio 2018.

Com'è noto, la responsabilità estesa dei produttori consiste in “un approccio di politica ambientale in cui la responsabilità del produttore in merito ad un prodotto è estesa fino allo stadio del dopo-consumo del ciclo di vita di un prodotto”²². Questo concetto, originariamente applicato in Germania, implica uno spostamento della responsabilità nella gestione dei rifiuti da governi locali e consumatori all'industria privata. È stato pienamente condiviso ed incorporato nella propria azione dall'OECD e dall'Unione europea, la quale ha adottato una prima direttiva su imballaggio e rifiuti da imballaggio nel 1994 che includeva tale principio²³. Esso costituisce anche uno dei pilastri della direttiva 2008/98.

e) *Recycling* (art. 9). Il riciclo è assicurato tramite la raccolta differenziata. Le tempistiche sono le seguenti: entro il 2025, gli Stati membri dovranno assicurare la raccolta differenziata di una quantità di bottiglie per bevande con una capacità fino a tre litri uguale al 77% degli stessi prodotti di plastica monouso immessi sul mercato in un dato anno per peso; e per il 2029, di una quantità uguale al 90%. Si raccomandano determinate misure agli Stati membri, inclusi sistemi di cauzione-rimborso e la definizione di obiettivi di raccolta differenziata per i pertinenti regimi di responsabilità estesa del produttore. La Commissione è invitata ad adottare un atto di esecuzione per verificare gli obiettivi di raccolta differenziata. Inoltre, alla Commissione è richiesto di assicurare lo scambio di informazioni e la condivisione delle *best practices* tra gli Stati membri.

È interessante notare come la direttiva miri altresì a sensibilizzare l'opinione pubblica sull'impatto della plastica sull'ambiente, in particolare i mari e gli oceani. L'art. 10 obbliga gli Stati membri ad intraprendere delle misure “volte a informare i consumatori e a incentivarli ad adottare un comportamento responsabile al fine di ridurre la dispersione dei rifiuti derivanti dai prodotti contemplati dalla presente direttiva, nonché misure volte a comunicare ai consumatori di prodotti di plastica monouso elencati nella parte G dell'allegato di attrezzi da pesca contenenti plastica” circa: la disponibilità di alternative riutilizzabili e di sistemi di riutilizzo e opzioni per la gestione dei rifiuti; l'impatto dell'inquinamento e di altri metodi impropri di smaltimento dei rifiuti di prodotti di plastica monouso e degli attrezzi da pesca sull'ambiente, specialmente quello marino; l'impatto sulla rete fognaria.

L'attuazione della direttiva negli Stati membri è soggetta a linee guida che potranno, se del caso, essere pubblicate dalla Commissione europea, per esempio per quanto riguarda la stessa definizione di prodotti di plastica monouso (art. 12). Gli Stati membri sono obbligati inoltre ad allinearsi ad un preciso sistema di segnalazione, che porterà all'adozione di una relazione complessiva da parte della Commissione (art. 13). Il sistema di segnalazione è anch'esso basato su atti di esecuzione della Commissione europea. Le sanzioni in caso di violazione delle disposizioni nazionali che traspongono la direttiva vengono decise dagli Stati membri, ma dovranno essere efficaci, proporzionate e dissuasive (art. 14). La Commissione valuterà la direttiva e il suo impatto entro luglio 2027. La data di scadenza per la trasposizione della direttiva nel diritto interno è il 3 luglio 2021 (art. 17).

²² Cfr. www.oecd.org.

²³ Direttiva 94/62/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 1994, sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio (versione consolidata del 4 luglio 2018).

4. La direttiva dev'essere sicuramente accolta favorevolmente, poiché è all'avanguardia per quanto riguarda la gestione dei rifiuti della plastica e la riduzione (in alcuni casi persino l'eliminazione) dei prodotti di plastica monouso. Essa potrebbe altresì contribuire all'evoluzione del diritto ambientale, specialmente a livello nazionale e regionale, nei prossimi anni. L'atto di diritto derivato della UE potrebbe stimolare i governi a cooperare nella gestione dei rifiuti della plastica e incoraggiare l'adozione di strumenti normativi sia di *hard* sia di *soft law* a livello internazionale, consolidando, per questa via, la riduzione della plastica quale "interesse pubblico" a livello internazionale. Inoltre, l'Unione europea potrebbe inserire la riduzione della plastica nei negoziati incipienti o in corso relativi ad accordi commerciali con Paesi terzi ed incoraggiare l'emendamento di accordi già in vigore²⁴. Sebbene l'attuazione della direttiva implichi alcuni costi per i produttori, come evidenziato dalla strategia, ciò non preclude, ma anzi incentiva, la ricerca tecnologica attraverso lo studio di nuovi imballaggi sostenibili e la creazione di infrastrutture per la gestione dei rifiuti di plastica.

La direttiva presenta nondimeno due principali debolezze, di cui discuteremo nei paragrafi che seguono: la prima, l'assenza di un approccio basato sui diritti umani (incluso il diritto umano ad un ambiente salubre) e la visione antropocentrica dell'ambiente sostenuta dall'Unione europea; la seconda, il mancato riferimento al principio di precauzione incardinato nei Trattati e ciononostante completamente "dimenticato" nel quadro della politica per la riduzione della plastica.

5. Nell'esplorare le principali debolezze della direttiva, sosterremo che l'Unione europea non è stata capace di avanzare la sua *governance* in ambito ambientale fino al punto di superare il limitato approccio antropocentrico della sua normativa. Come si è detto, la Commissione europea, sostenuta dal Parlamento e dal Consiglio, ha scelto un approccio di gestione della plastica che è stato guidato fin dall'inizio da considerazioni economiche e volto a promuovere l'economia circolare. Tale approccio, come anticipato, non è privo di interesse e potrebbe certo incoraggiare i produttori ad anticipare misure nazionali di attuazione che incontrino le preoccupazioni dei consumatori. Ciononostante, l'Unione europea, e in particolare la Commissione, non è riuscita a compiere quel passo in avanti nel collegare la protezione dell'ambiente con il rispetto dei diritti umani fondamentali.

Innanzitutto, la direttiva non contiene alcun riferimento ai diritti umani. Nel preambolo e all'art. 1, la direttiva contraddice in un certo senso la sua visione ambientale innovativa, limitandosi a menzionare l'impatto della plastica sulla salute umana. Si dovrebbe sottolineare che il linguaggio utilizzato è precisamente "salute" e non "diritto umano alla salute". Non si tratta di un mero tecnicismo. La salute è uno *status*, al più un "interesse", mentre un diritto è azionabile di fronte alle corti²⁵. È interessante notare che nella proposta presentata dalla Commissione europea vi era un riferimento, poi scomparso nella versione finale, all'accesso alla giustizia. Secondo l'art. 12 della proposta: "Gli Stati membri provvedono a che le persone

²⁴ Sul rapporto tra tutela dell'ambiente e diritto del commercio internazionale, si veda F. FRANCONI, *Il rapporto fra protezione dell'ambiente, libertà del commercio e disciplina degli investimenti*, in A. FODELLA, L. PINESCHI (a cura di), *La protezione dell'ambiente nel diritto internazionale*, Torino, 2009, p. 163 ss.

²⁵ Sul punto, si vedano gli studi di J. Tasioulas, che evidenzia come giuridicamente sia necessario parlare di "diritto alla salute" e di distinguerlo dal mero "interesse". In particolare, v. J. TASIIOULAS, E. VAYENA, *The Place of Human Rights and the Common Good in Global Health Policy*, in *Theoretical Medicine and Bioethics*, 2016, p. 365 ss.

fisiche, giuridiche o le relative associazioni, organizzazioni o gruppi, secondo la legislazione o la prassi nazionale, abbiano accesso a un procedimento di ricorso dinanzi ad un organo giurisdizionale o ad un altro organo indipendente ed imparziale istituito dalla legge, per contestare la legittimità sostanziale o procedurale di decisioni, azioni od omissioni inerenti all'attuazione degli articoli 5, 6, 7 e 8 se è soddisfatta una delle seguenti condizioni: (a) vantano un interesse sufficiente; (b) fanno valere la violazione di un diritto, nei casi in cui il diritto processuale amministrativo dello Stato membro esiga tale presupposto”.

Tale articolo, come spiegato dalla Commissione, aveva lo scopo di attuare la Convenzione di Aarhus²⁶ riguardante l'accesso alla giustizia e si poneva in linea con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Nonostante la riluttanza mostrata dalla Commissione in merito all'uso della parola “diritto”²⁷, la disposizione contenuta nella proposta avrebbe potuto in parte rispondere alla nostra critica sull'assenza di un approccio basato sui diritti umani. Sebbene gli obblighi sanciti dalla Convenzione di Aarhus abbiano natura procedurale, i diritti procedurali nello stile di questo trattato sono stati incorporati nel diritto internazionale dei diritti umani, rafforzando la partecipazione pubblica quale mezzo per la realizzazione dello sviluppo sostenibile²⁸. Sorprende, dunque, la mancanza di un riferimento ai diritti umani fondamentali nella direttiva sulla plastica monouso. La giurisprudenza di corti nazionali e regionali ha invece applicato, sempre più frequentemente, norme sui diritti umani alle questioni ambientali. Sentenze della Corte europea dei diritti umani, ad esempio, hanno contribuito all'evoluzione di una giurisprudenza dei diritti umani orientata verso la tutela dell'ambiente, pur nell'assenza nella Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali di una specifica disposizione sul diritto umano ad un ambiente salubre²⁹. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, così come quella di altre corti regionali e nazionali, ha dimostrato come i diritti umani “possano essere usati per obbligare i governi a regolare i rischi ambientali, applicare il diritto ambientale, o divulgare informazioni ambientali (...) i governi inoltre hanno un obbligo positivo di intraprendere le misure appropriate per assicurare tali diritti”³⁰. I giudici di Strasburgo hanno esaminato casi in materia ambientale applicando alcune delle norme della Convenzione, quali l'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare).

L'accertamento dell'esistenza del diritto umano ad un ambiente salubre sul piano del diritto positivo non è affatto semplice alla luce dello stato della prassi internazionale. Alcuni autori si sono espressi nel senso di una concettualizzazione del diritto umano ad un ambiente salubre da collocarsi nel quadro dei diritti economici, sociali e culturali. Secondo Boyle, ad esempio, “clarifying the existence

²⁶ Commissione economica per l'Europa (UNECE), Convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale (Aarhus, 25 giugno 1998, entrata in vigore il 30 ottobre 2001).

²⁷ Il riferimento alla parola “accesso” all'acqua, nei documenti della Commissione europea, al posto di “diritto” è un esempio.

²⁸ A. BOYLE, *Human Rights and the Environment: Where Next?*, in B. BOER (ed.), *Environmental Law Dimensions of Human Rights*, Oxford, 2015, p. 213.

²⁹ Si vedano a riguardo, CONSIGLIO D'EUROPA, *Manuale sui diritti umani e l'ambiente*, Strasburgo, 2012, II ed., e O. PEDERSEN, *The European Court of Human Rights and the International Environmental Law*, in J.H. KNOX, R. PEJAN (eds.), *The Human Right to a Healthy Environment*, Cambridge, 2018, p. 86 ss.

³⁰ A. BOYLE, *Human Rights*, cit., p. 237.

of such a right would entail giving greater weight to the global public interest in protecting the environment and promoting sustainable development”, e “the further elaboration of procedural rights (...) would facilitate the implementation of such a right”³¹. Boyle sostiene inoltre che il diritto ad un ambiente salubre debba riferirsi all’ambiente quale “bene pubblico”³². Un altro autore sostiene che il collegamento tra tutela dell’ambiente e diritti umani è ampiamente riconosciuto nel diritto internazionale, “anche se non si è ancora consolidato un autonomo ‘diritto all’ambiente’”, e che l’evoluzione in materia di diritto internazionale dell’ambiente ha da un lato consentito ad individui e gruppi di accedere a procedure di tutela dei diritti umani per l’affermazione di interessi ambientali, dall’altro ha permesso il riconoscimento di una nuova forma di “democrazia ambientale” implicante l’attivo coinvolgimento di individui, gruppi e popoli interessati nelle decisioni in materia ambientale³³.

Sull’autonomia del diritto ad un ambiente salubre si è espressa favorevolmente la Corte interamericana dei diritti umani, nel suo parere consultivo del 15 novembre 2017, riconoscendo di questo diritto una dimensione individuale ed una collettiva³⁴. Nella sua dimensione collettiva, esso costituisce un “interesse universale”, che deve essere garantito tanto alle generazioni presenti quanto a quelle future. Nella sua dimensione individuale, la sua violazione potrebbe avere un impatto su altri diritti, sia direttamente che indirettamente, quali il diritto alla salute, all’integrità personale, e, tra gli altri, il diritto alla vita. La Corte ha sostenuto che il progressivo degrado dell’ambiente può causare danni irreparabili a tutti gli esseri umani, con la conseguenza che il riconoscimento del diritto ad un ambiente salubre diventa fondamentale per garantire l’esistenza stessa degli esseri umani³⁵.

Non discuteremo in questa sede se ad animali e fiumi, mari ed oceani debbano o meno essere riconosciuti diritti azionabili davanti a corti interne o regionali; profilo, questo, di grande interesse, ma che esula dallo scopo del presente scritto³⁶. Ciò che ci preme analizzare, nel quadro della politica europea sulla plastica monouso, è che la riduzione della plastica è un beneficio per gli umani, i non umani e l’ambiente stesso. Come anticipato da Boyle, il diritto ad un ambiente soddisfacentemente salubre risulterebbe meno “antropocentrico” del diritto attuale, in quanto beneficerebbe la società nel suo complesso³⁷. Il degrado ambientale è peggiorato così rapidamente in questi anni al punto che la protezione dei diritti della natura è fondamentale per il rispetto dei diritti umani, primo tra tutti il diritto alla vita. È chiaro che possono esserci casi in cui gli interessi della natura si trovino in conflitto con i diritti umani – si considerino ad esempio i casi sulla biodiversità nel diritto dell’Unione europea³⁸ – tuttavia, parafrasando la decisione di una corte ecuadoregna, i due interessi non collidono quando

³¹ *Ivi*, p. 221.

³² *Ibidem*.

³³ C. PITEA, *Protezione dell’ambiente e tutela dei diritti umani*, in A. FODELLA, L. PINESCHI (a cura di), *op. cit.*, p. 133 ss. Si veda inoltre, per il profilo dei ricorsi individuali, T. SCOVAZZI, *Il diritto dell’individuo ad agire per la tutela dell’ambiente: descrizioni e impressioni*, in *Jus*, 1999, p. 495 ss.

³⁴ Parere consultivo della Corte interamericana dei diritti umani (CIDU) del 15 novembre 2017, OC-23-17.

³⁵ *Ivi*, par. 59.

³⁶ Si veda sul punto L. CANO PECHARROMAN, *Rights of Nature: Rivers That Can Stand in Court*, in *Resources*, 2018, p. 13 ss.

³⁷ A. BOYLE, *Human Rights or Environmental Rights? A Reassessment*, in *Fordham Environmental Law Review*, 2007, p. 471 ss. pp. 471 ss.

³⁸ Per un’analisi, si veda S. DE VIDO, *Protecting Biodiversity in Europe: The Habitats and Birds Directives and Their Application in Italy in an Evolving Perspective*, in Y. NAKANISHI (ed.), *op. cit.*, p. 115 ss.

la realizzazione di un interesse può essere ottenuta rispettando l'altro³⁹. Sebbene il diritto internazionale ambientale, quantomeno allo stato attuale, debba ritenersi antropocentrico, si sono manifestati degli interessanti sviluppi non antropocentrici che rivelano un crescente riconoscimento dell'ambiente quale interesse pubblico.

Antropocentrismo e non-antropocentrismo possono riconciliarsi nell'etica ambientale, che indaga la relazione degli esseri umani con l'ambiente naturale. La riduzione dei prodotti di plastica monouso ha un valore sia intrinsecamente, sia in quanto beneficio per le generazioni umane presenti e future. Come sostenuto da un autore, che ha indagato la possibilità che gli alberi avessero “standing” davanti alle corti, ancor prima che il diritto ambientale iniziasse a svilupparsi a livello internazionale, poiché la salute e il benessere del genere umano dipendono dalla salute dell'ambiente, “these goals will often be so mutually supportive that one can avoid deciding whether our rationale is to advance ‘us’ or a new ‘us’ that includes the environment”⁴⁰. Questo è esattamente il punto colto anche dalla Corte interamericana dei diritti umani, che ha enfatizzato nel suo parere consultivo del 2017 come, paragonato ad altri diritti umani, il diritto ad un ambiente salubre protegga la natura, anche nel caso in cui non vi siano possibili rischi per la salute umana, a causa della sua importanza per le restanti creature viventi che meritano protezione⁴¹. Ha osservato inoltre Francioni come sia necessaria una “more advanced jurisprudence in the field of human rights which recognizes the collective dimension of the right to a decent and sustainable environment as an indispensable condition of human security and human welfare” e che “it does not make much sense to engage human rights language to combat environmental degradation only when such degradation affects the rights to life, property, and the privacy of certain directly affected individuals”⁴². È precisamente il “noi” che include l'ambiente previsto da Stone; un ambiente che deve essere concepito come inclusivo tanto della flora quanto della fauna. Ne consegue che agli esseri umani spetti la responsabilità di proteggere questo valore, e che, attraverso le loro azioni, si sviluppi una coscienza ambientale⁴³. Come si è visto, la sensibilizzazione è uno degli obiettivi della direttiva e il filo rosso dell'ambiente quale interesse pubblico avrebbe potuto connettere tutte le misure mirate alla riduzione o all'eliminazione dei prodotti di plastica monouso.

L'affermarsi del diritto ad un ambiente salubre sul piano del diritto internazionale dei diritti umani implicherebbe dunque un rinnovato ruolo per la strategia europea per le plastiche e la direttiva sulla plastica monouso. La direttiva avrebbe potuto – quantomeno nel preambolo – enfatizzare che essa è volta alla realizzazione, nell'Unione europea, del diritto ad un ambiente salubre. Essa avrebbe potuto inoltre richiamare una delle disposizioni della Carte dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che, seppur timidamente, evidenzia l'importanza della protezione dell'ambiente nelle politiche della UE. L'art. 37 della Carta stabilisce infatti: “Un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile”.

³⁹ Sentenza della *Sala Penal de la Corte Provincial*, Ecuador, del 30 marzo 2011, n. 11121-2011-0010.

⁴⁰ C.D. STONE, *Should Trees Have Standing? Towards Legal Rights for Natural Objects*, in *Southern California Law Review*, 1972, p. 489.

⁴¹ Parere consultivo del 15 novembre 2017, par. 180.

⁴² F. FRANCONI, *International Human Rights in an Environmental Horizon*, in *The European Journal of International Law*, 2010, pp. 44 e 55.

⁴³ S. IOVINO, *Le filosofie dell'ambiente*, Bari, 2008, p. 83.

6. Spostandoci alla seconda debolezza individuata, l'assenza di riferimento al principio di precauzione nel testo della direttiva, si deve preliminarmente notare come, sebbene dapprima espresso in atti di *soft law*, tale principio (o approccio) è stato poi incorporato in numerosi atti vincolanti, incluso il TFUE. È stato osservato che tale principio è stato "accolto in modo diverso in contesti diversi", ad esempio come principio sostanziale e vera e propria regola di comportamento, come obbligo procedurale, come linea guida, o, con esiti piuttosto interessanti, quale criterio interpretativo per i giudici internazionali e nazionali⁴⁴. Nel sistema dell'Unione europea, il principio è menzionato all'art. 191, par. 2, del TFUE: "La politica dell'Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell'Unione. Essa è fondata sui principi della precauzione (...)". Nonostante l'unicità di questa disposizione nel sistema dei trattati, lo scopo del principio di precauzione è assai più vasto, come indicato dalla Commissione europea nel 2000 in una comunicazione sul tema: "[il principio] trova applicazione in tutti i casi in cui una preliminare valutazione scientifica obiettiva indica che vi sono ragionevoli motivi di temere che i possibili effetti nocivi sull'ambiente e sulla salute degli esseri umani, degli animali e delle piante possano essere incompatibili con l'elevato livello di protezione prescelto dalla comunità"⁴⁵.

Come confermato nel preambolo, i prodotti di plastica monouso "mettono pesantemente a rischio gli ecosistemi marini, la biodiversità e la salute umana" (5° 'considerando'). L'impatto dei rifiuti derivanti dalla plastica nel lungo periodo non è ancora completamente quantificabile, così come non si conoscono con certezza gli effetti delle microplastiche, peraltro poi escluse dal campo di applicazione della direttiva, sull'organismo umano. A causa della diffusione delle microplastiche nell'ambiente, specialmente in quello marino, ogni essere umano potrebbe essere esposto alle microplastiche, mangiando cibo, anche (probabilmente) respirando. Ciononostante, il principio di precauzione è (quasi inspiegabilmente) assente dal testo della direttiva.

Sebbene silente per quanto riguarda il principio di precauzione, la direttiva fa tuttavia riferimento, in maniera molto vaga, al principio di sviluppo sostenibile. Nel preambolo si afferma come lo strumento legislativo contribuisca al raggiungimento dell'obiettivo di sviluppo sostenibile n. 12 dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite, che ha lo scopo di garantire modelli sostenibili di sviluppo e di consumo. Ciononostante, a parte un riferimento nel preambolo, il principio non viene poi utilizzato quale parametro per la realizzazione delle misure previste dalla direttiva.

7. In queste pagine si è proposto un primo commento alla direttiva sulla plastica monouso adottata dal Parlamento europeo e dal Consiglio nel giugno 2019. Dall'analisi delle sue disposizioni principali e delle misure che gli Stati membri sono obbligati ad adottare a livello nazionale (con ampio margine d'azione) emerge chiaramente l'impatto innovativo della direttiva. Per la prima volta a livello internazionale, la direttiva fornisce una risposta alle preoccupazioni derivanti dalla presenza di rifiuti di plastica nei mari e negli oceani. Ciononostante, nel trattare questo argomento, l'Unione europea ha dimostrato di essere guidata dalle sole – seppur importanti – considerazioni economiche, che si inquadrano nel dibattito generale sull'economia circolare. L'aspetto di cui si è discusso nelle pagine precedenti è la mancanza

⁴⁴ A. FODELLA, *I principi generali*, in A. FODELLA, L. PINESCHI (a cura di), *op. cit.*, p. 108.

⁴⁵ Commissione europea, comunicazione sul principio di precauzione – COM(2000)1 final –, p. 2.

nella strategia e nella direttiva di un approccio orientato ai diritti umani, che avrebbe potuto prendere in considerazione l'evoluzione del diritto ad un ambiente salubre nel quadro del diritto internazionale dei diritti umani. Tale diritto umano avrebbe consentito di superare la visione antropocentrica che ha sempre caratterizzato le misure ambientali dell'UE. La protezione dell'ambiente è la *conditio sine qua non* per la salvaguardia della vita umana e non⁴⁶. Come delineato dallo Special rapporteur per i diritti umani e l'ambiente, John H. Knox, nei suoi "Framework Principles": "States should ensure a safe, clean, healthy and sustainable environment in order to respect, protect and fulfil human rights"⁴⁷. Il diritto ambientale ed i diritti umani sono strettamente ed inevitabilmente correlati. Sebbene non si possa affermare che il diritto ad un ambiente salubre si sia chiaramente consolidato a livello internazionale quale diritto autonomo – nonostante le numerose spinte in tal senso – l'Unione europea avrebbe dovuto cogliere l'occasione di evolvere le proprie politiche in materia ambientale in un senso allo stesso tempo meno antropocentrico e più inclusivo. Inoltre, l'assenza del principio di precauzione dal testo della direttiva impedisce di riflettere sul possibile impatto dei rifiuti di plastica sugli esseri umani e non umani⁴⁸. Von Homeyer ha fornito un'analisi, basata su osservazioni empiriche, dei quattro stadi principali dello sviluppo della *governance* ambientale dell'Unione europea: il regime "dell'ambiente" che risale al 1972, il regime "del mercato interno" (1982), il regime di integrazione, una volta che la politica ambientale è divenuta parte integrante delle politiche dell'UE (1992); infine, il regime dello "sviluppo sostenibile" (1998). È tempo che l'Unione europea evolva verso un regime del "diritto ad un ambiente salubre" che comprenda, allo stesso modo, tanto considerazioni individuali quanto collettive (dove per collettive si intende il "noi" umani, non-umani ed ambiente).

Abstract

The EU Single-Use Plastics Directive in Light of the Right to a Healthy Environment

The article aims at providing a first analysis of the European Strategy for Plastics, adopted by the European Commission in January 2018, and of Directive No. 2019/904 on the reduction of the impact of certain plastic products on the environment, also known as 'Single-Use Plastics Directive', which was adopted on 5 June 2019. The main argument of this article is that, despite the important achievements of this Directive, which will be summarised following the five 'Rs' – reduction, restrictions, requirements, responsibility, recycling – this legal instrument does not grasp the complexity of the evolving debate on the human right to a healthy environment.

⁴⁶ Si veda anche il progetto di patto globale per l'ambiente (cfr. Y. AGUILA, *L'adozione di un Patto internazionale per la protezione dell'ambiente*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2016, p. 563 ss.; A. POSTIGLIONE, *Verso un Patto mondiale per l'ambiente*, in *Rivista di diritto dell'ambiente*, 2017, p. 407 ss.; T. SCOVAZZI, *Il progetto di patto globale per l'ambiente*, in *Rivista di diritto dell'ambiente*, *ivi*, p. 375 ss.), che riconosce il diritto di ogni persona a vivere in un ambiente ecologicamente sano.

⁴⁷ Framework Principle No. 1, www.ohchr.org.

⁴⁸ I. VON HOMEYER, *The Evolution of EU Environmental Governance*, in J. SCOTT (ed.), *Environmental Protection: European Law and Governance*, Oxford, 2009, p. 3.

Giacomo Di Federico*

Abogados di seconda generazione, *avocats* della struttura Unbr Bota e “triangolati”. Il sistema IMI e il diritto a una tutela giurisdizionale piena ed effettiva

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La direttiva 98/5/CE e il suo recepimento nell'ordinamento nazionale. – 3. La via spagnola e la nuova via romena: *abogados* di seconda generazione, *avocat* della struttura Bota Unbr e “triangolati”. – 4. La cancellazione dall'albo speciale degli avvocati stabiliti (e dall'albo ordinario) tramite il sistema IMI. – 5. La compatibilità dei provvedimenti di cancellazione con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali. – 6. Conclusioni.

1. Il processo di integrazione europea ha ben presto evidenziato l'esigenza di armonizzare le condizioni di accesso ed esercizio della professione di avvocato in un Paese diverso da quello in cui si è acquisito il titolo professionale. Tuttavia, mentre la libera prestazione dei servizi legali in un altro Stato membro è stata disciplinata già nella direttiva 77/249/CEE¹, la libertà di stabilimento dei professionisti stranieri è stata oggetto di regolamentazione solo con la direttiva 98/5/CE².

La giurisprudenza della Corte di giustizia sulla libera circolazione degli avvocati è copiosa³. L'intervento dei giudici di Lussemburgo – nell'ambito di cause pregiudiziali ovvero di ricorsi per infrazione – ha consentito di individuare e rimuovere misure e prassi restrittive a livello nazionale senza evidenziare criticità di carattere sistematico.

Con particolare riguardo allo stabilimento, però, l'ordinamento italiano presenta una serie di peculiarità. Il riferimento è al noto fenomeno degli *abogados* spagnoli

* Associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università di Bologna.

¹ Direttiva 77/249/CEE del Consiglio, del 22 marzo 1977, intesa a facilitare l'esercizio effettivo della libera prestazione di servizi da parte degli avvocati. La direttiva è stata recepita nel nostro ordinamento tramite la l. 9 febbraio 1982, n. 31, Libera prestazione di servizi da parte degli avvocati cittadini degli Stati membri delle Comunità europee.

² Direttiva 98/5/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 1998, volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata la qualifica.

³ In generale, sulla libera circolazione degli avvocati nel diritto dell'Unione europea, v. B. NASCIMBENE, *La professione forense nell'Unione europea*, Milano, 2010 e, più di recente, E. BERGAMINI, *Avvocati e disciplina della professione nel diritto dell'Unione europea: il caso italiano*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 299 ss.

e, più di recente, degli *avocat* romeni appartenenti alla struttura Unbr Bota, che da tempo impegna i Consigli dell'Ordine degli Avvocati (COA), il Consiglio Nazionale Forense (CNF), ma anche i Tribunali amministrativi regionali (TAR), il Consiglio di Stato e la Suprema Corte di cassazione, nonché, a livello di Unione europea, la Commissione e la Corte di giustizia⁴.

Ricostruito brevemente il quadro normativo e giurisprudenziale rilevante, il contributo intende prendere in esame le vicende degli *abogados* – di prima e seconda generazione – e degli *avocat* romeni della Associazione Unbr Bota – compresi i cosiddetti “triangolati” – soffermandosi, in particolare, sui provvedimenti di cancellazione dall'albo speciale degli avvocati stabiliti (ma anche da quello ordinario) recentemente adottati nei loro confronti da alcuni COA sulla base delle informazioni caricate sul Sistema di Informazione del Mercato Interno (IMI) da parte delle autorità spagnole e romene. Più precisamente, ci si interrogherà, in primo luogo, sull'applicabilità del sistema IMI allo stabilimento degli avvocati e, in secondo luogo, sull'impatto che tale applicazione in concreto ha sui diritti degli interessati.

Come si avrà modo di evidenziare nel prosieguo, benché l'esigenza di evitare comportamenti abusivi, garantire il buon andamento della giustizia e tutelare i consumatori giustifichi lo scambio di informazioni riguardanti le qualifiche professionali dei soggetti che esercitano le loro libertà economiche fondamentali, questo scambio deve avvenire conformemente a quanto previsto dalla direttiva 98/5 e non ai sensi del regolamento 1024/2012 (in appresso regolamento IMI)⁵, che non risulta applicabile agli avvocati. E sebbene non si possa chiedere alle autorità nazionali di soffrire di “amnesia acuta” quando ricevono informazioni concernenti il soddisfacimento dei requisiti necessari all'iscrizione presso l'albo degli avvocati stabiliti, queste sono comunque tenute – quando attuano il diritto dell'Unione – ad assicurare il rispetto dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, di percióché la condivisione di tali informazioni non può comportare un'indebita compressione del diritto a una tutela giurisdizionale piena ed effettiva.

2. In base al d.lgs. 96/2001, che recepisce in Italia la direttiva 98/5, l'esercizio permanente della professione di avvocato viene consentito ai cittadini dell'Unione e degli Stati membri aderenti allo Spazio economico europeo (Norvegia, Islanda, Liechtenstein) in possesso dei titoli professionali riconosciuti nello Stato di origine⁶. A tal fine è necessario iscriversi in una sezione speciale dell'albo costituito nella circoscrizione del tribunale in cui si risiede o si ha il domicilio professionale⁷.

In virtù dell'art. 3 della direttiva n. 98/5, “l'autorità competente dello Stato membro ospitante procede all'iscrizione dell'avvocato su presentazione del documento attestante l'iscrizione di questi presso la corrispondente autorità competente

⁴ Secondo una rilevazione effettuata dell'Ufficio Studi del CNF, nel 2014 erano ben 3759 gli avvocati stabiliti, di cui 3452 di nazionalità italiana (circa il 92%). Tra questi, l'83% aveva conseguito il titolo in Spagna e il 4% in Romania. Lo studio è reperibile *online* sul sito del Consiglio Nazionale Forense.

⁵ Regolamento (UE) n. 1024/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno e che abroga la decisione 2008/49/CE della Commissione.

⁶ D.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96, Attuazione della direttiva 98/5/CE volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquisita la qualifica professionale, art. 2.

⁷ *Ivi*, art. 6.

dello Stato membro di origine”⁸. Come precisato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Wilson*, la disposizione ha proceduto ad una “armonizzazione completa delle condizioni necessarie per l’iscrizione all’albo degli avvocati stabiliti”⁹, con la conseguenza che agli Stati è fatto divieto di imporre ulteriori condizioni¹⁰.

Il COA competente dispone di un termine di trenta giorni dalla data di presentazione della domanda (ovvero dalla sua integrazione) per verificare la regolare iscrizione del richiedente presso l’ordine dello Stato membro di origine e accertare eventuali motivi di incompatibilità¹¹. La direttiva 98/5 lascia gli Stati membri liberi di disciplinare il procedimento, ma in ossequio al suo art. 9 la decisione con cui si nega l’iscrizione deve comunque essere suscettibile di ricorso giurisdizionale di diritto interno.

Nel nostro ordinamento, il diniego può essere espresso o implicito. Nel primo caso occorre preliminarmente sentire l’interessato, motivare il provvedimento e notificarlo entro quindici giorni al medesimo soggetto ed al procuratore della Repubblica¹². In assenza di un provvedimento adottato dal COA, invece, l’interessato dispone di dieci giorni dalla scadenza del summenzionato termine di trenta giorni per presentare (avverso il silenzio-diniego) ricorso giurisdizionale al CNF, “il quale decide sul merito dell’iscrizione”¹³. Le decisioni del CNF possono essere impugnate, entro trenta giorni dalla notificazione, dinanzi alla Corte di cassazione per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge¹⁴.

L’avvocato iscritto presso l’albo speciale dovrà utilizzare il titolo rilasciato nello Stato membro di origine¹⁵ e sarà tenuto al rispetto delle regole professionali – ivi incluse quelle relative alle incompatibilità¹⁶ – e deontologiche applicabili agli avvocati, sia per quanto attiene all’attività di consulenza, sia per quel che attiene all’assistenza e rappresentanza in giudizio¹⁷. A tal riguardo, è d’uopo ricordare che, mentre per le prestazioni di carattere stragiudiziale il soggetto non incontra alcuna limitazione formale, per l’attività di difesa in giudizio egli deve agire d’intesa con un professionista abilitato ad esercitare la professione con il titolo di *avvocato*¹⁸.

Anche alla luce di quanto verrà detto nel prosieguo, poi, non può tralasciarsi la circostanza che dopo tre anni di attività effettiva e regolare nel Paese di stabilimento è possibile iscriversi all’albo ordinario ed esercitare col titolo di *avvocato*, presen-

⁸ Sulla genesi della direttiva si rinvia, per tutti, a M.P. BELLONI, *La libera circolazione degli avvocati nella Comunità europea*, Padova, 1999.

⁹ Sentenza del 19 settembre 2006, causa C-506/04, *Wilson*, ECLI:EU:C:2006:587, punto 66.

¹⁰ *Ivi*, punto 70. In tal senso, occorre rilevare che, secondo la direttiva, la procedura di iscrizione all’albo speciale degli avvocati stabiliti consente alle autorità dello Stato membro ospitante di accertare che vengano ottemperate le “regole professionali e deontologiche ivi vigenti” (8° “considerando”).

¹¹ D.lgs. 96/2001, art. 6, co. 6.

¹² *Ivi*, co. 7.

¹³ *Ivi*, co. 8.

¹⁴ L. 31 dicembre 2012, n. 247, Nuova disciplina dell’ordinamento della professione forense, art. 36.

¹⁵ D.lgs. 96/2001, art. 7, co. 1.

¹⁶ *Ivi*, art. 5, co. 2. In tema di incompatibilità v. le sentenze della Corte di giustizia del 2 dicembre 2010, causa C-225/09, *Jakubowska*, ECLI:EU:C:2010:729, e del 7 maggio 2019, causa C-431/17, *Monacos Eirinaios*, ECLI:EU:C:2019:368, su cui v., rispettivamente, A. MARI, *La vicenda degli avvocati/dipendenti pubblici part-time: tre Corti a confronto nello “spazio giuridico europeo”*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2011, p. 735 ss., E. BERGAMINI, *La Corte di giustizia e le incompatibilità all’esercizio della professione di avvocato: l’abito non fa il monaco... e la toga non fa l’avvocato*, in *Eurojus.it*, 2019, n. 2.

¹⁷ D.lgs. 96/2001, art. 11, co. 1.

¹⁸ *Ivi*, art. 8, par. 1.

tando al COA competente istanza di dispensa dalla prova attitudinale di cui al d.lgs. 115/1992 – che recepisce in Italia la direttiva 89/48/CEE, successivamente abrogata e sostituita dalla direttiva 2005/36/CE¹⁹. In difetto di deliberazione entro tre mesi dalla data di presentazione della domanda (ovvero dalla scadenza del termine per la sua integrazione), gli interessati (e il pubblico ministero) “possono presentare ricorso, entro venti giorni dalla scadenza di tale termine, al Consiglio nazionale forense, il quale decide sul merito delle iscrizioni”²⁰.

Qualora il richiedente non abbia dimostrato la durata triennale della pratica nel diritto nazionale, ivi incluso il diritto comunitario²¹, è comunque possibile ottenere una dispensa dalla prova attitudinale se, a seguito di un colloquio da tenersi presso il Consiglio medesimo²², i requisiti di effettività e regolarità necessari per l’integrazione (o stabilizzazione) possono ugualmente ritenersi soddisfatti, in considerazione dell’attività svolta e della “capacità di proseguirla”²³, delle conoscenze e delle esperienze professionali acquisite nel diritto italiano, “nonché [della] partecipazione a corsi o seminari sul diritto italiano, anche relativi all’ordinamento forense e alla deontologia professionale”²⁴. Resta comunque salva, in qualsiasi momento, la possibilità di sottoporsi alla prova attitudinale di cui al d.lgs. 115/1992²⁵.

Ciò detto, è importante sottolineare che l’avvio di procedimenti disciplinari promossi nei confronti degli avvocati stabiliti deve essere immediatamente comunicato²⁶ ed è prevista la possibilità di richiedere direttamente le informazioni necessarie all’ordine di appartenenza ovvero “all’autorità giurisdizionale davanti alla quale l’avvocato stabilito è ammesso ad esercitare la professione”²⁷. Allo stesso modo,

¹⁹ D.lgs. 27 gennaio 1992, n. 115. La direttiva 89/48 è stata sostituita dalla direttiva 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, trasposta nel nostro ordinamento con d.lgs. 9 novembre 2007, n. 206. Attuazione della direttiva 2005/36/CE relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, nonché della direttiva 2006/100/CE che adegua determinate direttive sulla libera circolazione delle persone a seguito dell’adesione di Bulgaria e Romania. Le ulteriori modifiche risultanti dalla direttiva 2013/55/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 novembre 2013, recante modifica della direttiva 2005/36/CE relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali e del regolamento (UE) n. 1024/2012 relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno («regolamento IMI») sono state recepite tramite il d.lgs. 28 gennaio 2016, n. 15.

²⁰ D.lgs. 96/2001, art. 13, co. 6.

²¹ Secondo il Conseil des Barreaux Européens (CCBE), ciò mira a garantire il principio di parità di trattamento rispetto agli avvocati dello stato ospitante (*Guidelines for Bars & Law Societies on Free Movement of Lawyers within the European Union*, 2016, p. 37, reperibile online).

²² D.lgs. 96/2001, art. 14, co. 3.

²³ *Ivi*, co. 1.

²⁴ *Ivi*, co. 2.

²⁵ Come chiarito dalla Corte di giustizia nelle sentenze *Koller* (del 22 dicembre 2010, causa C-118/09, ECLI:EU:C:2010:805) ed *Ebert* (del 3 febbraio 2011, causa C-359/09, ECLI:EU:C:2011:44) tale disciplina si aggiunge e completa quella prevista nella direttiva 98/5 ai fini dell’integrazione (o stabilizzazione). Ciò detto, viene comunque prevista una clausola di salvaguardia, che consente all’autorità competente dello Stato membro ospitante – con decisione motivata soggetta a un ricorso giurisdizionale di diritto interno – di negare l’integrazione per motivi di ordine pubblico, in particolare “a causa di procedimenti disciplinari, di reclami o di altri incidenti di qualsiasi natura” (par. 4).

²⁶ D.lgs. 96/2001, art. 11, co. 2.

²⁷ L’organizzazione professionale dello Stato membro di origine, peraltro, potrà assistere, tramite rappresentanti, alle udienze e “presentare osservazioni, anche dinanzi al Consiglio nazionale forense nel caso di ricorso avverso la decisione del Consiglio dell’ordine” (art. 11, co. 4). Più in generale, per facilitare l’applicazione della direttiva “ed evitare che le sue disposizioni siano eluse al solo scopo di sottrarsi all’osservanza della normativa vigente nello Stato membro ospitante”, le autorità competenti

dovranno essere tempestivamente comunicate le decisioni adottate in materia disciplinare²⁸.

Inoltre, coerentemente con quanto previsto dall’art. 7, par. 5, della direttiva 98/5, il d.lgs. 96/2001 stabilisce che “[i] provvedimenti dell’organizzazione professionale dello Stato membro di origine che comportano il divieto definitivo o temporaneo di esercizio della professione determinano automaticamente il divieto definitivo o temporaneo di esercitare in Italia la professione con il titolo professionale di origine”²⁹.

Infine, merita ricordare che dopo l’iscrizione all’albo speciale od ordinario troverà applicazione la l. 247/2012 (ordinamento forense), secondo cui le deliberazioni in materia di cancellazione devono essere notificate entro quindici giorni all’interessato, il quale dispone di un termine di sessanta giorni dalla notificazione per presentare ricorso (con effetto sospensivo) al CNF³⁰.

3. Delineato il quadro normativo applicabile, occorre ora concentrarsi sulla posizione dei cittadini italiani che hanno acquisito il titolo professionale in Spagna dopo il 31 ottobre 2011 e in Romania dalla Associazione Unbr Bota. Dopo l’adozione della direttiva 98/5, un numero cospicuo di laureati in giurisprudenza chiedeva, conformemente alla direttiva 89/48, il riconoscimento del titolo di studio in Spagna (*grado en derecho*) al fine di potersi iscrivere, sulla base della normativa nazionale, all’albo degli avvocati competente per territorio. Diversamente da quanto stabilito negli altri Stati membri, infatti, era questa l’unica condizione di accesso alla professione. Una volta ottenuto il titolo professionale di *abogado*, gli interessati facevano prontamente ritorno in patria e chiedevano di essere iscritti nel registro speciale degli avvocati stabiliti ai sensi dell’art. 6, co. 1, del d.lgs. 96/2001.

Il movimento circolare posto in essere dagli *abogados* italiani ha sollevato numerose perplessità nella classe forense e le resistenze mostrate da diversi COA nei confronti del fenomeno si sono tradotte in una serie di prassi restrittive: l’organizzazione di esami di lingua spagnola con la presenza di un interprete, la previsione di misure compensative sul diritto interno, la richiesta di documentazione per dimostrare l’esercizio dell’attività professionale per un periodo di un anno in Spagna e in taluni (isolati) casi addirittura il pagamento di una tassa di iscrizione. Il mancato rispetto delle condizioni (ultronee rispetto a quanto richiesto dal diritto dell’Unione) imposte – e verificate per via documentale ovvero nel corso di un colloquio – deter-

(dello Stato membro di origine e di stabilimento) “collaborano strettamente e si accordano reciproca assistenza” (art. 13, co. 1).

²⁸ *Ivi*, art. 14, co. 5. Specularmente, “[s]e il procedimento disciplinare riguarda un avvocato che esercita stabilmente la professione in altro Stato membro con il titolo di avvocato, il Consiglio dell’ordine dà le comunicazioni di cui ai commi 2 e 5 all’organizzazione dello Stato membro presso la quale l’avvocato è iscritto” (art. 11, co. 7).

²⁹ D.lgs. 96/2001, art. 11, co. 6.

³⁰ L. 31 dicembre 2012, n. 247, Nuova disciplina dell’ordinamento della professione forense, art. 17, commi 13 e 14. Benché, considerate nel loro complesso, le tutele offerte durante il procedimento dinanzi ai COA appaiano adeguate, è bene rilevare che dopo avere inizialmente riconosciuto carattere disciplinare alla procedura di cancellazione di cui all’art. 17 della l. 247/2012, con conseguente necessità per il COA competente di citare l’interessato a comparire a pena di nullità insanabile del relativo provvedimento (cfr. Cassazione civile, SS.UU., sentenze del 1° marzo 2012, n. 3182, e del 17 marzo 2017, n. 6963), la Corte di cassazione si è di recente espressa nel senso contrario, ritenendo comunque soddisfatto il contraddittorio poiché, oltre alla possibilità di presentare osservazioni scritte, è riconosciuta la facoltà di richiedere di essere ascoltati dal COA competente (Cassazione civile, SS.UU., sentenza 7 febbraio 2019, n. 3706).

minava il rigetto della richiesta.

Com'è noto, della questione si sono occupate le Sezioni unite della Suprema Corte di cassazione, che con la sentenza n. 28340 del 22 dicembre 2011 hanno recepito la menzionata giurisprudenza *Wilson* della Corte di giustizia e riconosciuto l'illegittimità "di ogni ostacolo frapposto, al di fuori delle previsioni dalla normativa comunitaria, al riconoscimento, nello Stato di appartenenza, del titolo professionale ottenuto dal soggetto interessato in altro Stato membro in base all'omologazione"³¹.

Nonostante l'intervento chiarificatore del giudice di legittimità, nuove criticità sono emerse in relazione ai cittadini italiani che si sono avvalsi della direttiva 98/5. Più di recente, infatti, l'iscrizione è stata negata, da un lato, agli *abogados* italiani di "seconda generazione" e, dall'altro lato, ad alcuni *avocat* italiani provenienti dalla Romania. Quanto ai primi, si tratta di coloro che hanno presentato domanda di iscrizione in Spagna dopo il 31 ottobre 2011³². Per effetto della riforma introdotta con la ley 34/2006³³, l'iscrizione all'albo degli avvocati in quel Paese è ora condizionata al possesso di un *Master en Abogacia y Practica Juridica*, che include un periodo di pratica presso studi legali o enti pubblici convenzionati con l'Università, e al superamento di un esame di stato³⁴. Per altro verso, a seguito della riforma realizzata in Spagna si è rapidamente affermata una "via romena", con un flusso importante di laureati in giurisprudenza che si sono recati a Bucarest per ottenere il titolo di *Avocat* rilasciato dalla Associazione Unbr Bota. Esiste, poi, una terza via, emersa dopo il 31 ottobre 2011: ottenuta l'iscrizione nell'albo speciale come *Avocat* in Spagna, dopo un triennio di esercizio regolare della professione, ovvero a seguito del superamento di una prova attitudinale, si acquisisce la qualifica di *Avogado* in Spagna e si chiede infine l'iscrizione presso un (qualsiasi) COA italiano evitando discriminazioni fondate sull'origine del titolo³⁵. Sono i cosiddetti "triangolati".

Le nuove ondate di migranti avvocati hanno generato preoccupazione nei COA: da un lato, alcuni ordini locali spagnoli continuavano a iscrivere sulla base del solo titolo di "*graduado en derecho*"; dall'altro lato, le modalità di svolgimento della prova e la poca trasparenza del procedimento di acquisizione del titolo in Romania facevano dubitare della stessa legittimità del titolo rilasciato. Così, sulla base di una nota del Ministero della giustizia del 20 settembre 2013, il CNF ha prontamente adottato una circolare (20-C-2013 del 25 settembre 2013) con cui invitava i COA ad

³¹ Per completezza, merita altresì ricordare che con la delibera del 23 aprile 2013, invece, l'AGCM ha accertato la violazione dell'art. 101 TFUE da parte di cinque COA poiché le misure restrittive adottate apparivano "idonee a condizionare le possibilità, da parte di avvocati qualificati in un altro Stato membro dell'Unione Europea, di *accedere al mercato* della prestazione di servizi legali sul territorio italiano". Per una ricostruzione più completa della vicenda e delle pratiche restrittive poste in essere da alcuni COA, sia consentito un rinvio a G. DI FEDERICO, *L'iscrizione all'albo degli avvocati stabiliti: la "via spagnola" e il divieto di abuso del diritto*, in *Il Corriere giuridico*, 2012, p. 653 ss.

³² Ovvero di coloro che, avendo presentato istanza di riconoscimento del titolo prima del 31 ottobre 2011, non avevano completato la procedura entro i ventiquattro mesi successivi.

³³ Cfr. ley n. 34/2006, in *BOE* del 31 ottobre 2006, n. 260, real decreto n. 775/2011, *ivi*, 16 giugno 2011 n. 143, e real decreto n. 150/2014, *ivi*, 8 marzo 2014 n. 58.

³⁴ È curioso rilevare che la legge è stata animata proprio dal desiderio dell'allora Ministro della giustizia Juan Lopez Aguilar di allineare le regole di accesso alla professione con quelle presenti negli altri Stati membri, a conferma della rilevanza politica della via spagnola nonché dell'enorme potenziale della direttiva 98/5 in termini di convergenza normativa. Per una descrizione più dettagliata della procedura di accesso alla professione in Spagna, si rinvia alla pagina web del Ministero della giustizia spagnolo.

³⁵ Il percorso, naturalmente, è diverso da quello spagnolo (dove si fa valere il titolo accademico e non quello professionale). In altri termini, ci si avvale solo della direttiva 98/5/CE, mentre è in Romania che si è (verosimilmente) fatto ricorso alla direttiva 2005/36.

acquisire maggiori informazioni relativamente al percorso seguito in Romania prima di procedere all’iscrizione e respingere le domande presentate da coloro che hanno ottenuto il titolo dalla struttura Unbr Bota. Inoltre, e per l’effetto, occorre procedere, “in sede di revisione degli albi (...) alla cancellazione dei soggetti precedentemente iscritti sulla base del titolo concesso da istituzioni non competenti ai sensi della legge romena”. Secondo le informazioni IMI inviate dal Ministero della giustizia romeno a quello italiano, infatti, la sola autorità competente a rilasciare il titolo di *avocat* acquisito in Romania è la Uniunea Nationala a Barouilor din Romania. E non sono mancati i provvedimenti di cancellazione da parte dei COA, che in alcuni casi hanno riguardato addirittura avvocati integrati, già iscritti all’albo ordinario³⁶. In altri casi, però, i COA competenti si sono rifiutati di procedere alla cancellazione³⁷.

Il 12 maggio 2017, in attuazione di quanto deciso dalla conferenza dei servizi del 9 giugno 2016, il Ministero della giustizia italiano ha rigettato con decreto 332 richieste di riconoscimento del titolo professionale di *abogado* conseguito in Spagna da parte di cittadini italiani che ivi avevano richiesto l’omologazione della laurea italiana dopo il 31 ottobre 2011³⁸, invitando il CNF a raccomandare ai COA di effettuare gli opportuni controlli e adottare, laddove necessario, i “provvedimenti di competenza”. Il provvedimento viene allegato alla circolare del CNF del 15 maggio 2017 (7-C-2017) e si basa anche in questo caso su informazioni ricevute dal Ministero della giustizia spagnolo (e non più di quello dell’istruzione, che ha ceduto al primo siffatta competenza con l’entrata in vigore della riforma del 2006) tramite il sistema IMI. Come per gli *avocat*, alcuni COA si sono prontamente allineati alla circolare del CNF, altri no³⁹.

Naturalmente, anche i “triangolati” sono oggi esposti al rischio di non essere iscritti o di venire cancellati per effetto di informazioni scambiate attraverso il sistema IMI. Di qui l’opportunità di verificare, dapprima, natura, ambito di applicazione e funzioni del sistema IMI, così come il valore probatorio delle informazioni ivi scambiate tra le autorità nazionali competenti; successivamente, come anticipato in premessa, ci si interrogherà sulla compatibilità dell’attuale quadro giuridico con l’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

4. Secondo la definizione offerta sul sito della Commissione europea, il sistema IMI – istituito, come detto, con il regolamento 1024/2012 – “è uno strumento online, multilingue e sicuro, che facilita lo scambio di informazioni tra le autorità pubbliche impegnate nell’attuazione pratica della legislazione UE”. Si tratta di un meccanismo relativamente giovane e poco conosciuto, certamente utile, ma complesso. Esso consente alle autorità nazionali competenti di reperire, acquisire, richiedere e caricare informazioni strumentali alla corretta ed uniforme applicazione del diritto dell’Unione.

³⁶ V. delibera del COA di Caltagirone del 27 ottobre 2016.

³⁷ V. ad esempio, le delibere del COA di Chieti del 17 luglio 2017, con cui vengono revocate in autotutela le cancellazioni di due *avocat* mantenendoli nella sezione speciale degli stabiliti.

³⁸ Sul provvedimento, v. E. SACCHETTINI, *Abogados in Italia, stop del Ministero al sistema “exequatur”*, in *Guida al diritto*, 2017, p. 14 ss.

³⁹ Cfr. delibera del COA di Pescara del 20 luglio 2017, in cui si prende atto della nota del CNF ma si decide di interpellare il Ministero spagnolo e gli ordini di appartenenza degli iscritti per richiedere informazioni senza prendere alcuna decisione sul merito; delibera del COA di Torino del 22 maggio 2017, che dispone accertamenti, ma non apre alcuna procedura di cancellazione; e delibera del COA di Verona del 19 giugno 2017, che conferma le iscrizioni degli *abogados*.

A seguito di un accordo raggiunto dagli Stati membri nel 2006 circa la necessità di potenziare la cooperazione amministrativa in materia di mercato interno, la Commissione ha lanciato un progetto pilota concepito per semplificare, anche dal punto di vista linguistico, il proficuo scambio di informazioni sull'applicazione della legislazione del mercato interno nel suo insieme. Come evidenziato dalla stessa Commissione nella relazione sullo stato di avanzamento del sistema IMI del 2008, tra i principi fondamentali del sistema va annoverata la struttura modulare, capace di “supportare con lo stesso sistema tutta una serie di testi legislativi sul mercato interno, evitando quindi il moltiplicarsi dei sistemi informatici”⁴⁰. La prima applicazione concreta del sistema, tuttavia, avrebbe riguardato solo l'applicazione della nuova direttiva sulle qualifiche professionali⁴¹ e della direttiva sui servizi⁴².

Il ricorso al sistema IMI diviene formalmente vincolante con l'adozione del citato regolamento 1024/2012. In base all'art. 3, par. 1, verrà impiegato “per l'attuazione degli atti dell'Unione (...) elencati nell'allegato”, tra cui figurano, oltre alle predette due direttive, la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2011, concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera e il regolamento (UE) n. 1214/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, sul trasporto transfrontaliero professionale su strada di contante in euro tra gli Stati membri dell'area dell'euro.

In virtù della struttura modulare e flessibile dell'IMI, viene fatta salva la possibilità di estendere l'ambito di applicazione del regolamento, previo lancio e positiva valutazione di un progetto pilota⁴³. Così, nel corso degli anni non sono mancate modifiche del regolamento, che ne hanno ampliato la portata. Ciò si è verificato, più precisamente, con riguardo alla direttiva 2014/60/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa alla restituzione dei beni culturali usciti illecitamente dal territorio di uno Stato membro; alla direttiva 2014/67/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi; al regolamento (UE) 2016/1191 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 luglio 2016, che promuove la libera circolazione dei cittadini semplificando i requisiti per la presentazione di alcuni documenti pubblici nell'Unione europea (ad es., nascita, decesso, morte, matrimonio ecc.); al regolamento (UE) 2016/1628 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2016, relativo alle prescrizioni in materia di limiti di emissione di inquinanti gassosi e particolato inquinante e di omologazione per i motori a combustione interna destinati alle macchine mobili non stradali; e al regolamento (UE) 2018/1724 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 2 ottobre 2018, che istituisce uno sportello digitale unico per l'accesso a informazioni, procedure e servizi di assistenza e di risoluzione dei pro-

⁴⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 6 novembre 2008, Beneficiare pienamente del mercato interno attraverso una più stretta cooperazione amministrativa, COM(2008)703 def.

⁴¹ Direttiva 2005/36.

⁴² Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno.

⁴³ Regolamento 1024/2012, art. 4, par. 1. Sull'architettura e il funzionamento del sistema IMI, v. la pagina web della Commissione europea e, in dottrina, M. LOTTINI, *The Instrument of Intensified Informal Mutual Assistance: The Internal Market Information System (IMI) and the Protection of Personal Data*, in *European Public Law*, 2014, p. 107 ss.; M. CARTA, *Quando i migranti sono avvocati: la “via spagnola” alla prova, questa volta, del principio del mutuo riconoscimento nel diritto dell'UE?*, in *Federalismi.it*, 2017, spec. p. 17 ss.

blemi. L'idea è di estenderlo anche alle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE sugli appalti⁴⁴, alla direttiva sulle licenze di conduzione dei treni⁴⁵ nonché alla direttiva sul commercio elettronico⁴⁶.

Sotto il profilo operativo, il sistema IMI è composto da diversi attori. La struttura è piramidale. Al vertice si trova la Commissione europea, con compiti di supporto e coordinamento. Sul piano interno operano i coordinatori nazionali, che agiscono come punti di contatto e organi responsabili del corretto funzionamento del sistema. A tal fine, essi possono delegare talune delle proprie prerogative (ad esempio, fornire risposte tempestive e adeguate agli altri partecipanti all'IMI) ad uno o più coordinatori IMI, secondo la propria struttura amministrativa interna⁴⁷. Ai coordinatori si aggiungono le autorità competenti, con il compito precipuo di garantire “che, conformemente all'atto dell'Unione applicabile, sia fornita una risposta adeguata il più rapidamente possibile e comunque entro la scadenza fissata da tale atto”⁴⁸. Il coordinatore (o i coordinatori) IMI e le autorità competenti sono registrati sul sistema dal coordinatore nazionale⁴⁹, e a loro volta possono abilitare altri utenti. Infatti, le autorità competenti agiscono “tramite gli utenti IMI”, ovvero soggetti autorizzati ad operare sulla piattaforma con privilegi e livello di accesso distinti.

Le funzioni del sistema IMI sono molteplici. Tra gli strumenti più utilizzati figurano: la richiesta di informazioni alle autorità competenti IMI degli altri Stati membri riguardanti una professione o un professionista, la notifica di variazioni nella formazione o nella denominazione professionale, l'allerta riguardante un prestatore di servizi e la richiesta di documenti comprovanti il soddisfacimento di taluni requisiti. Ulteriori forme di cooperazione amministrativa “rafforzata” sono previste nei progetti pilota relativi al commercio elettronico (richiesta di prendere provvedimenti) e alle licenze di conduzione treni (richiesta di sospendere la licenza).

Lo scambio di informazioni circa le qualifiche conseguite da cittadini dell'Unione che svolgono la professione in un altro Stato membro costituisce uno dei pilastri del sistema IMI e rappresenta uno strumento essenziale per lo sviluppo del mercato interno. Per facilitare la comunicazione nelle 24 lingue ufficiali, sono state elaborate domande e risposte standardizzate. La risposta, che può essere trasmessa in modalità *one-on-one* ovvero ad un gruppo di utenti, non è priva di conseguenze poiché l'autorità competente ricevente potrà “invocare come prova qualsiasi informazione, documento, risultato, dichiarazione o copia certificata conforme che abbia ricevuto per via elettronica mediante l'IMI, sulla stessa base di informazioni simili ottenute nel proprio paese, per fini compatibili con quelli per i quali i dati sono stati inizialmente raccolti”⁵⁰.

⁴⁴ Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, art. 86, par. 3; e direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE, art. 102, par. 3.

⁴⁵ Decisione di esecuzione 2014/89/UE della Commissione, del 14 febbraio 2014, su un progetto pilota per attuare gli obblighi di cooperazione amministrativa di cui alla direttiva 2007/59/CE del Parlamento europeo e del Consiglio attraverso il sistema di informazione del mercato interno.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ Regolamento 1024/2012, art. 6, par. 2.

⁴⁸ *Ivi*, art. 7, par. 1.

⁴⁹ *Ivi*, art. 6, par. 1, lett. a).

⁵⁰ *Ivi*, art. 7, par. 2.

Da quanto precede risulta chiaro che, indipendentemente dall'uso concreto che è stato fatto delle informazioni ricevute dai Ministeri della giustizia romeno e spagnolo, il regolamento 1024/2012 non è applicabile alla professione di avvocato. Ciò, peraltro, non deve sorprendere, poiché la direttiva 98/5 prevede già, come detto, forme di cooperazione amministrativa semplificate ed efficaci tra le autorità competenti in materia di iscrizione e cancellazione degli avvocati nonché di procedimenti disciplinari; forme che offrono ai soggetti interessati rimedi giurisdizionali pieni ed effettivi, senza presunzioni.

Il ricorso al sistema IMI da parte delle autorità italiane, ed in particolare del Ministero della giustizia, è dunque improprio, ma soprattutto illegittimo. Sebbene ad una prima lettura le operazioni effettuate sulla piattaforma possano apparire giuridicamente fondate, una disamina più attenta di note, circolari, delibere e sentenze rivela una – più o meno consapevole – forzatura delle forme di collaborazione previste nel regolamento 1024/2012. Il coordinatore nazionale IMI per l'Italia è il Dipartimento delle politiche europee (DPE) e tra le autorità competenti rientrano, oltre al Ministero della giustizia, una serie di consigli degli ordini professionali (ad esempio, giornalisti, psicologi, geometri), ma non il CNF, né i COA, i quali, peraltro, non figurano nemmeno tra gli utenti IMI⁵¹. L'uso strumentale del regolamento 1024/2012 e l'applicazione (analogica) delle regole ivi affermate alla libertà di stabilimento degli avvocati, del resto, emerge chiaramente dal fatto che lo stesso Ministero della giustizia si qualifica espressamente come autorità competente ai fini dell'applicazione della direttiva 2005/36⁵² – senza mai menzionare la direttiva 98/5 – e che le informazioni pervenute dal Consejo de la Abogacia e dalla Unionea Nationala a Barourilor din Romania (U.N.B.R.) sono comunque state scambiate, per mezzo di richiesta e risposta IMI, tra i ministeri (italiano, spagnolo e romeno) competenti in materia di qualifiche professionali e non direttamente tra gli organi competenti in materia di iscrizione e cancellazione dall'albo, ovverosia i COA e gli ordini spagnoli e romeni in qualità di coordinatori, autorità competenti o semplici utenti IMI.

5. Il ricorso al sistema IMI con riferimento agli avvocati è problematico non solo – e forse nemmeno tanto – per l'applicazione analogica di norme vincolanti in materie che non rientrano tra quelle indicate nell'allegato I del regolamento 1024/2012 quanto, piuttosto e comunque, per le conseguenze che tale applicazione determina sui diritti dei destinatari del menzionato decreto ministeriale e dei singoli provvedimenti di cancellazione adottati dai COA.

Quali garanzie vengono riconosciute agli *avocat* romeni della struttura Bota, agli *abogados* italiani di seconda generazione e, in prospettiva, ai triangolati raggiunti da provvedimenti di cancellazione – dall'albo speciale e ordinario (a seguito di integrazione) – emanati dai COA su indicazione del CNF e del Ministero della giustizia in base a informazioni trasmesse tramite il sistema IMI? Non ci si intratterà in questa sede sulla possibile violazione dell'art. 3 Cost., che discende dalla diversa posizione assunta dai COA rispetto agli inviti formulati dal CNF in merito alle delibere da adottare nei confronti degli *avocat* della struttura Unbr Bota e degli *abogados* di seconda generazione. Di contro, come più volte anticipato, si vuole insistere sul potenziale pregiudizio che un uso strumentale del regolamento IMI può determinare per il principio generale di tutela giurisdizionale effettiva che, come ci

⁵¹ La lista completa delle autorità competenti è disponibile sulla pagina web del DPE.

⁵² Circolare 4 marzo 2015 e, da ultimo, nota del 16 maggio 2017.

ricorda la Grande sezione della Corte di giustizia ancora nella recentissima sentenza *Commissione c. Polonia*, del 24 giugno 2019, “deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, che è stato sancito dagli articoli 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e che è attualmente affermato all’art. 47 della Carta”⁵³.

Sono due i profili meritevoli di attenzione. In primo luogo, la mancanza (in molti casi, perlomeno) di un provvedimento impugnabile nel Paese di origine, ovverosia in Spagna e Romania. Ai sensi della clausola di omogeneità di cui all’art. 52, par. 3, Carta, l’art. 47 della Carta deve interpretarsi alla luce della rilevante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo sugli articoli 6 e 13 CEDU. Ciò richiede, innanzitutto, la sussistenza di un provvedimento nazionale impugnabile. Nella celebre sentenza *Jegò-Queré*, infatti, il Tribunale (allora ancora di primo grado) dell’Unione – in linea con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo⁵⁴ – ha riconosciuto che “non si può chiedere ai singoli di violare la legge per avere accesso alla tutela giurisdizionale”⁵⁵. L’assunto è stato confermato in appello dalla Corte di giustizia⁵⁶ e v’è dunque da chiedersi “se la nullità spagnola e, quindi, la cancellazione in detto paese non debbano essere accertate da un provvedimento o da una decisione giudiziaria spagnola”⁵⁷. In altri termini, non si può chiedere agli *abogados* e *avocat* cancellati dall’albo speciale od ordinario in Italia sulla base di informazioni caricate sul sistema IMI di esercitare in Spagna o Romania sino a quando non verrà loro contestata l’illegittimità del titolo e adottato nei loro confronti un provvedimento di cancellazione suscettibile di ricorso giurisdizionale⁵⁸.

In mancanza di un reale interesse da parte delle autorità spagnole e romene ad

⁵³ Causa C-619/18, *Commissione c. Polonia*, ECLI:EU:C:2019:531, punto 49. La sentenza è ovviamente carica di significato in merito alla natura e alla portata di questo principio. Sul punto si rinvia al recente contributo di L. PECH, S. PLATON, *The beginning of the end for Poland’s so-called “judicial reforms”? Some thoughts on the ECJ ruling in Commission v Poland (Independence of the Supreme Court case)*, in *EU Law Analysis*, 30 giugno 2019, reperibile online. Per un commento alla norma della Carta, v. P. AALTO, H. HOFMANN, L. HOLOPAINEN, E. PAUNIO, L. PECH, D. SAYERS, D. SHELTON, A. WARD, Art. 47 - *Right to an effective remedy and to a fair trial*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, 2014, p. 1197 ss., e D. DOMENICUCCI, F. FILPO, *La tutela giurisdizionale effettiva nel diritto dell’Unione europea*, in R. MASTROIANNI et al. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Milano, 2017, p. 863 ss.

⁵⁴ La necessità di violare la legge (esercitando nel Paese di origine con il titolo considerato invalido sulla base dell’informazione caricata sul sistema IMI) per ottenere un provvedimento suscettibile di impugnazione è contraria all’art. 6 CEDU (v. Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 24 settembre 2002, *Posti e Rahko c. Finlandia*, par. 64).

⁵⁵ Sentenza del Tribunale di primo grado del 3 maggio 2002, causa T-177/01, *Jegò-Queré*, ECLI:EU:T:2002:112, punto 45, che rinvia alle conclusioni dell’Avvocato generale Jacobs del 21 marzo 2002, causa C-50/00 P, *Unión de Pequeños agricultores*, ECLI:EU:C:2002:197, punto 43.

⁵⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 1° aprile 2004, causa C-263/02 P, *Jegò-Queré*, ECLI:EU:C:2004:210, punto 35.

⁵⁷ B. NASCIBENE, *Avvocati e abogados. Norme di diritto UE e norme nazionali a confronto*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2018, p. 491 ss, spec. p. 498.

⁵⁸ La situazione in cui versano gli *abogados* di seconda generazione, gli *avocat* romeni della struttura Bota e i triangolati, a ben vedere, è profondamente diversa da quella riguardante gli *abogados* italiani che hanno cessato di pagare le quote di iscrizione annuali in Spagna proprio perché in questi casi manca un provvedimento suscettibile di ricorso giurisdizionale nel Paese di origine. A riguardo, sia qui sufficiente menzionare che in data 8 febbraio 2017 il CNF ha comunicato ai presidenti dei COA la delibera con la quale l’Illustre Colegio de Abogados de Madrid disponeva la cancellazione di numerosi *abogados* italiani per morosità da parte dei competenti organi disciplinari a livello locale con la precisazione che, laddove richiesta, la reinscrizione era subordinata al pagamento delle quote in vase (2-C-2017).

intervenire tramite centinaia di provvedimenti individuali rivolti a soggetti che verosimilmente non eserciteranno sul loro territorio, quindi, resta il problema relativo al rispetto dell'art. 47 della Carta nel Paese di destinazione (ovverosia l'Italia). In proposito, la Cassazione, chiamata a decidere in merito alla sentenza con cui il CNF aveva rigettato il ricorso di un *avocat* italiano proveniente dalla struttura Bota Unbr avverso la deliberazione COA di Chieti che ne aveva disposto la cancellazione dall'albo degli avvocati stabiliti, ha sottolineato come l'inesattezza delle informazioni trasmesse dal Ministero della giustizia romeno, in qualità di autorità competente IMI designata ai sensi del regolamento 1024/2012, vada contestata innanzi alle autorità giudiziarie di quello Stato di tal guisa che un eventuale accertamento possa essere "fatto constare all'ordinamento italiano, in occasione di una nuova iscrizione"⁵⁹.

In base alla direttiva, la cancellazione dall'albo speciale, ed eventualmente da quello ordinario, presuppone sempre un provvedimento giustiziabile in Spagna e in Romania. Se la revoca definitiva dell'abilitazione all'esercizio della professione nello Stato membro di origine è suscettibile di comportare l'automatico divieto di esercitare nello Stato membro di stabilimento, è pur vero che in base all'art. 7, par. 5, della direttiva 98/5 – correttamente recepito nel nostro ordinamento attraverso l'art. 11, co. 6, del d.lgs. 96/2001 – tale misura non costituisce "una condizione preliminare" del provvedimento di cancellazione adottato dai COA.

A ben vedere, però, il regolamento IMI non impone l'adozione di una misura individuale giustiziabile (sia essa di natura meramente dichiarativa ovvero costitutiva). Esso, del resto, non è stato concepito per situazioni come quelle in discussione, dove non sempre si realizzano le condizioni necessarie all'avvio di un procedimento suscettibile di condurre all'adozione di un provvedimento di cancellazione nello Stato membro di origine⁶⁰. Ebbene, l'obbligo per le autorità spagnole e romene di adottare un provvedimento suscettibile di impugnazione deriva direttamente dall'art. 47 della Carta, che viene in rilievo poiché la situazione rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione e più precisamente della direttiva 98/5⁶¹.

Il secondo profilo meritevole di attenzione riguarda il difetto di tutela giurisdizionale piena ed effettiva nello Stato membro di stabilimento, e, quindi, in Italia. Qui il dovere di adottare un provvedimento individuale nei confronti degli *avocat*

⁵⁹ Cassazione civile, SS.UU., sentenza del 12 settembre 2017, n. 21114, par. 5.

⁶⁰ Si pensi, in particolare, al caso degli *avocat* della struttura Unbr Bota.

⁶¹ Alcuni autori hanno individuato un ancoraggio giurisprudenziale nella sentenza *Oleificio Borelli* (sentenza della Corte di giustizia del 3 dicembre 1992, causa C-97/91, ECLI:EU:C:1992:491), ove essa era chiamata a pronunciarsi sulla validità della decisione con cui la Commissione, basandosi sul parere negativo emanato dalla Regione Liguria, informava la ricorrente di non poter accogliere la sua domanda di contributo del FEAOG. Pur respingendo il ricorso, in quanto le irregolarità che colpiscono il provvedimento interno "non possono in alcun caso incidere" sulla validità dell'atto comunitario (punto 12), i giudici di Lussemburgo riconoscono che è "compito dei giudici nazionali statuire, se necessario previo rinvio pregiudiziale alla Corte, sulla legittimità dell'atto nazionale di cui trattasi conformemente alle modalità di controllo giurisdizionale applicabili a qualsiasi atto definitivo che, emanato dalla stessa autorità nazionale, possa recare pregiudizio a terzi, e di conseguenza considerare ricevibile il ricorso proposto a questo scopo, anche se le norme procedurali nazionali non lo prevedono in un caso del genere" (punto 13, richiamato più di recente anche nella sentenza del 19 dicembre 2018, causa C-219/17, *Berlusconi e Fininvest*, ECLI:EU:C:2018:1023, punto 46). Si tratterebbe dunque di estendere la portata della sentenza alle procedure composite di tipo orizzontale come quelle in esame (M. ELIANTONIO, *Information Exchange in European Administrative Law: A Threat to Effective Judicial Protection?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, p. 544). A nostro avviso, tuttavia, si tratta di una interpretazione quanto meno ardita del precedente. Il ricorso all'art. 47 della Carta, oggi, pare più fondato e corretto.

provenienti dalla struttura Bota Unbr e degli *abogados* di seconda generazione discende dall’art. 9 della direttiva, ai sensi del quale “le decisioni con cui viene (...) revocata l’iscrizione di cui all’articolo 3 e le decisioni che infliggono sanzioni disciplinari devono essere motivate e soggette a ricorso giurisdizionale di diritto interno”. Tuttavia, gli argomenti relativi alla legittimità del titolo professionale fatti valere dagli interessati in sede di impugnazione dei provvedimenti di cancellazione non vengono accolti proprio perché le informazioni che giustificano i provvedimenti del Ministero, del CNF e dei COA sono state scambiate ai sensi del regolamento 1024/2012 e hanno pertanto carattere ufficiale e obbligatorio. Le stesse Sezioni unite della Cassazione hanno ritenuto dirimente ai fini della cancellazione la circostanza che l’informazione fosse stata inviata tramite il sistema IMI, il quale legittimerebbe *per se* l’uso che ne è stato fatto nei confronti degli *avocat* (e degli *abogados* di seconda generazione)⁶².

Com’è noto, però, l’art. 47 della Carta comporta il dovere per gli Stati membri – quando attuano il diritto dell’Unione – di prevedere mezzi di ricorso effettivi avverso provvedimenti interni suscettibili di pregiudicare la sfera giuridica dei singoli. A venire in rilievo non sono unicamente i termini di ricorso⁶³ ovvero le condizioni per esperire l’azione⁶⁴, ma anche (e soprattutto) la concreta possibilità di rivolgersi ad un giudice indipendente e imparziale con una competenza a sindacare nel merito la decisione impugnata⁶⁵. Secondo la giurisprudenza della Corte europea, il giudice chiamato a pronunciarsi su provvedimenti amministrativi incidenti su diritti di “carattere civile” deve avere piena cognizione sui fatti⁶⁶. L’intensità del sindacato – e, quindi, la sua adeguatezza – dipende da una molteplicità di fattori, tra cui la specifica pretesa avanzata dal singolo e le garanzie che caratterizzano il procedimento amministrativo.

Nel caso dello stabilimento degli avvocati, tenendo in debita considerazione gli effetti del diniego di iscrizione ovvero della cancellazione dall’albo (speciale e ordinario)⁶⁷, il controllo esercitato dal CNF sui provvedimenti dei COA dovrebbe

⁶² Sentenza del 12 settembre 2017, n. 21114, par. 5. Nella circostanza, il giudice di legittimità ha precisato anche che la cancellazione non è in alcun modo basata sulla necessità – come sembrava invece emergere da alcune sentenze del CNF (v. sentenza del 22 marzo 2017, n. 21) – che l’autorità dello Stato membro che si assuma avere rilasciato il titolo risulti iscritta nell’IMI, ragion per cui il fatto che la struttura Bota Unbr non figuri tra le autorità competenti ai sensi del regolamento è irrilevante ai fini decisorii. Sul punto, merita ricordare che secondo il CNF, in difetto dei requisiti di cui all’art. 6, co. 2, del d.lgs., la cancellazione in autotutela dell’eventuale iscrizione all’albo degli avvocati stabiliti può intervenire (alla luce del principio di legalità) in qualsiasi momento, non sussistendo alcun diritto acquisito del richiedente all’iscrizione (v. provvedimento del 1° marzo 2016, n. 26).

⁶³ V. *inter alia*, le sentenze della Corte di giustizia del 10 luglio 1997, causa C-261/95, *Palmisani*, ECLI:EU:C:1997:351; del 28 luglio 2011, causa C-69/10, *Samba Diouf*, ECLI:EU:C:2011:524; e del 26 settembre 2013, causa C-418/11, *Texdata Software GmbH*, ECLI:EU:C:2013:588.

⁶⁴ V., ad esempio, le sentenze della Corte di giustizia del 18 marzo 2010, cause riunite da C-317 a 320/08, *Alassini e a. c. Telecom Italia SpA e a.*, ECLI:EU:C:2010:146, e del 6 ottobre 2015, causa C-61/14, *Orizzonte Salute*, ECLI:EU:C:2015:655.

⁶⁵ In tal senso v. la presa di posizione dell’Avvocato generale Spuznar del 14 maggio 2014, causa C-146/14 PPU, *Migratsia*, ECLI:EU:C:2014:1936, punto 70.

⁶⁶ Sentenza del 21 luglio 2011, *Sigma RadioTelevision Ltd. c. Cipro*. In tema, v. L. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della costituzione*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2018, n. 2, p. 237 ss., spec. p. 241, reperibile *online*.

⁶⁷ Con particolare riguardo agli *abogados* e agli *avocat*, sia qui sufficiente rilevare che il decreto ministeriale e le delibere dei COA sono suscettibili di arrecare pregiudizio all’esercizio del diritto fondamentale di impresa, riconducibile alle garanzie *sub* art. 8 CEDU (Corte europea dei diritti dell’uomo,

quanto meno riguardare il merito degli argomenti svolti dagli interessati e, quindi, la veridicità e la fondatezza delle informazioni caricate delle autorità spagnole e romene degli altri Stati membri. Per effetto della clausola di omogeneità di cui al richiamato art. 52, par. 3, della Carta, lo standard minimo di tutela da assicurarsi nell'applicazione dell'art. 47 Carta è quello desumibile dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che in merito all'intensità del sindacato richiesto al fine di rispettare l'art. 6, par. 1, CEDU in materia di diritti di carattere civile (e non penale) richiede – in particolare e per quel che qui più interessa⁶⁸ – il potere di prendere in esame, singolarmente e nel merito, gli argomenti addotti dalle parti senza rifiutarsi di considerarne alcuni, e offrire ragioni chiare per il loro rigetto⁶⁹. E il rifiuto di condurre una valutazione indipendente su di una questione pregiudiziale alla risoluzione della controversia può certamente comportare una violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU⁷⁰.

L'illegittimo ricorso al regolamento IMI, dunque, finisce col precludere alle autorità nazionali un sindacato sugli argomenti avanzati dalle parti per contestare l'esattezza dei dati caricati ovvero l'applicabilità dei medesimi alla loro situazione⁷¹, come invece imporrebbe (*rectius*, impone) l'art 47 della Carta. Questo *vulnus* di tutela giurisdizionale – ancora più evidente se si considera che le informazioni caricate sul sistema IMI possono riguardare, come in alcuni dei casi in esame, una risposta ad una domanda standard volta a conoscere le riforme legislative intervenute rispetto ad una data professione e la loro entrata in vigore – è stato colto da alcuni COA, i quali, come già riferito, si sono rifiutati di procedere alla cancellazione degli *avocat* appartenenti alla struttura Bota Unbr ovvero degli *abogados* italiani di seconda generazione (poiché questi avevano comunque documentato la propria iscrizione)⁷². Tale *deficit* di tutela giurisdizionale, invero, è stato avvertito anche dagli *abogados* di seconda generazione. Alla luce di quanto detto in precedenza, infatti, ci potrebbe legittimamente chiedere per quale ragione alcuni si siano rivolti direttamente al Ministero della giustizia anziché ai COA competenti, conformemente all'art. 6, co. 1, del d.lgs. 96/2001. La scelta non è causale e pare potersi ricondurre alla volontà di adire la giurisdizione amministrativa, nella speranza che il sindacato giurisdizionale dei TAR risulti conforme all'art. 47 della Carta.

Non sorprende, allora, che attualmente penda dinanzi al Consiglio di Stato un ricorso (avverso una sentenza di rigetto del TAR Lazio) presentato da un *abogado* italiano cancellato dall'albo degli stabiliti per effetto del decreto ministeriale di rigetto della domanda di riconoscimento del titolo acquisito in Spagna nel 2016⁷³. Questa strategia processuale, tra l'altro, aumenta le possibilità di ottenere un chiarimento da parte della Corte di giustizia in merito alla portata del regolamento IMI, specialmente in considerazione del fatto che le Sezioni unite della Cassazione, pur

sentenze del 7 agosto 1996, *C. c. Belgio*, par. 25, e del 9 gennaio 2013, *Oleksandr Volkov c. Ucraina*, par. 165) ed espressamente sancito dall'art. 16 della Carta.

⁶⁸ Sentenza del 21 luglio 2011, *Sigma Radio c. Cipro*, paragrafi 151-157.

⁶⁹ Sentenza del 4 ottobre 2001, *Potocka e a. c. Polonia*, paragrafi 56-59. Ma v. anche le sentenze del 21 settembre 1993, *Zumtobel c. Austria*, paragrafi 31-32, e del 25 novembre 1994, *Ortenberg c. Austria*, paragrafi 33 e 34.

⁷⁰ Sentenza del 17 dicembre 1996, *Terra Woningen B.V. c. Paesi Bassi*, paragrafi 53-55.

⁷¹ Come rilevato correttamente in dottrina, ciò verifica per effetto di una dissociazione strutturale tra le autorità che forniscono l'informazione e le autorità chiamate ad adottare il provvedimento finale sulla base di quell'informazione (M. ELIANTONIO, *op. cit.*, p. 536).

⁷² V. delibere riportate *supra*, note 37 e 39 (in particolare, per quanto riguarda gli *abogados*, la delibera del COA di Verona del 19 giugno 2017, n. 24).

⁷³ TAR Lazio, sentenza del 28 febbraio-19 marzo 2018, n. 3066.

sollecitate dal ricorrente, si sono rifiutate di effettuare un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267, par. 3, TFUE perché “il CNF non ha posto in discussione la operatività delle disposizioni comunitarie, recepite dal D.lgs. n. 96 del 2001 (...), ma si è limitato a ritenere che il titolo esibito non fosse stato rilasciato da un'autorità a tanto abilitata (...) sulla base (...) di informazioni acquisite dal Ministero della Giustizia nazionale attraverso l'Internal Market Information System, peraltro verificate attraverso un accesso al sistema informatico dell'organismo dichiarato competente”⁷⁴. In altri termini, non sussiste alcun dubbio interpretativo da chiarire, ma unicamente il dovere di riconoscere il valore probatorio attribuito a tali informazioni dal regolamento, il che consente (correttamente, secondo la Suprema corte) al CNF di ritenere infondati i motivi adottati dal ricorrente riguardanti decisioni e sentenze delle autorità romene, “inidonei comunque ad inficiare il sistema IMI”⁷⁵.

6. Ancorché unico, il caso italiano dimostra come forme semplificate di cooperazione amministrativa intra-UE possano arrecare pregiudizio all'esercizio dei diritti fondamentali. Il ricorso a sistemi informatici di condivisione di dati amministrativi utili all'adozione di provvedimenti di diritto amministrativo con conseguenze di “carattere civile” sui loro destinatari non è esente da critiche sotto il profilo della tutela giurisdizionale. Si pensi, ad esempio, agli effetti che possono avere le informazioni scambiate tramite i sistemi *RAPEX*⁷⁶ e *SIS II*⁷⁷. In questo scritto, si è cercato di mettere in evidenza i pericoli che possono derivare da un uso illegittimo del sistema IMI. Per gli *avocat* della struttura Bota Unbr e gli *abogados* di seconda generazione, il ricorso al regolamento 1024/2012 è ritenuto legittimo e giustificato dall'esigenza di scongiurare il rischio che soggetti privi delle qualifiche professionali richieste esercitino la professione forense in Italia. Invece, il regolamento IMI non risulta applicabile alla libera circolazione di avvocati, dovendosi ricorrere alle procedure contemplate nella direttiva 98/5.

Nulla impone alle autorità competenti di scambiare informazioni sulla piattaforma IMI; nulla impone loro di soffrire di amnesia acuta una volta che vengono a conoscenza di un possibile uso abusivo del titolo professionale nel nostro Paese. Tuttavia, l'utilizzo delle informazioni di carattere generale caricate sul sistema IMI da parte delle competenti autorità nazionali al fine di cancellare dall'albo degli stabiliti – e, nel caso degli integrati, dall'albo ordinario – non sembra conciliabile con quanto previsto dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che in assenza di precedenti sul punto specifico deve interpretarsi, attraverso l'interposizione dell'art. 52, par. 3, della Carta medesima, alla luce dell'art. 6, par. 1, CEDU (secondo l'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo). I profili di compatibilità sono due: per un verso, non viene garantita l'esistenza di un provvedimento impugnabile nel Paese di origine per mancanza di interesse da parte delle

⁷⁴ Cassazione civile, sentenza del 4 novembre 2016, n. 22398, par. 5. Ancorché si precisi che la valutazione del CNF si è fondata “tra l'altro” sulle informazioni caricate sul sistema IMI, dalla sentenza non emerge alcun altro elemento di valutazione.

⁷⁵ CNF, sentenza n. 199 del 2015.

⁷⁶ Direttiva 2001/95/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 dicembre 2001, relativa alla sicurezza generale dei prodotti.

⁷⁷ Regolamento (CE) n. 1987/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006, sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione Schengen di seconda generazione (SIS II), e decisione 2007/533/GAI del Consiglio, del 12 giugno 2007, sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione Schengen di seconda generazione.

autorità spagnole e romene a provvedere alla cancellazione di un numero importante di soggetti che in molti casi non esercitano (e mai eserciteranno) sul loro territorio; per l'altro verso, gli argomenti avanzati dagli interessati vengono rigettati esclusivamente sulla base del carattere ufficiale e obbligatorio delle sole informazioni IMI, indipendentemente dal carattere generale o individuale delle stesse.

In tal senso, il richiamo indiretto effettuato dalla Corte di cassazione nella citata pronuncia del 4 novembre 2016, n. 22398, alla giurisprudenza *CILFIT*, e alla teoria dell'*acte claire*, e il mancato rinvio alla Corte di giustizia *ex art. 267*, par. 3, TFUE, rende ancora più grave l'indebita compressione del diritto ad una tutela giurisdizionale piena ed effettiva. Il rifiuto di rivolgersi ai giudici di Lussemburgo per verificare l'applicabilità del regolamento 1024/2012, il valore probatorio delle informazioni scambiate volontariamente sulla piattaforma IMI nonché la compatibilità con l'art. 47 della Carta dell'uso che ne è stato fatto in relazione agli *avocat* della struttura Bota Unbr e agli *abogados* di seconda generazione, peraltro, potrebbe addirittura determinare la responsabilità patrimoniale dello Stato italiano nei confronti degli interessati⁷⁸.

L'auspicio, *ça va sans dire*, è che in futuro le informazioni relative a coloro che esercitano la professione forense nell'Unione europea vengano scambiate conformemente alla direttiva 98/5, che si rimedi prontamente al difetto di tutela giurisdizionale per i soggetti interessati in Spagna e Romania e che il CNF, la Corte di cassazione, un TAR o il Consiglio di Stato si rivolgano prontamente alla Corte di giustizia per chiarire – oltre alla (in)applicabilità del regolamento 1024/2012 alla libertà di stabilimento degli avvocati – la compatibilità con l'art. 47 della Carta di un provvedimento di cancellazione adottato dal Paese di stabilimento sulla base di una informazione, generale o relativa al singolo, caricata sul sistema IMI, in particolare laddove manchi una misura suscettibile di impugnazione nel Paese di origine.

Abstract

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

This paper addresses some controversial aspects related to the application of Directive 98/5/EC in Italy, having due regard to the domestic practice and case-law. Most notably, the Author argues that resorting to the IMI system for the purpose of avoiding abuses of law by those Italian citizens, who decide to acquire their professional title abroad (i.e. in Spain or Romania) and then return to their Home Country to provide legal services, is capable of hindering the right to a full and effective judicial protection, in accordance with Article 47 of the Charter.

⁷⁸ Cfr. Corte di giustizia, sentenze del 9 settembre 2015, causa C-160/14, *Ferreira da Silva*, ECLI:EU:C:2015:565, e del 4 ottobre 2018, causa C-416/17, *Commissione c. Francia*, ECLI:EU:C:2018:811, su cui v., *ex multis*, A. KORNEZOV, *The New Format of the Acte Clair Doctrine and Its Consequences*, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 1317 ss.; P. MENGOZZI, *La responsabilità dello Stato per atti del potere giudiziario: dalla sentenza Köbler alla sentenza Ferreira da Silva e Brito*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2016, p. 401 ss.; F. CROCI, *Nuove riflessioni sull'obbligo di rinvio pregiudiziale interpretativo alla luce delle sentenze "Ferreira da Silva" e "X"*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, p. 427 ss.; D. SARMIENTO, *Judicial Infringements at the Court of Justice - A Brief Comment on the Phenomenal Commission/France (C-416/17)*, in *Despite Our Differences*, 9 ottobre 2018, reperibile online; e C. FASONE, *Violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale e ricorso per inadempimento: verso un sistema di giustizia costituzionale "composito" nell'Unione? (Prime riflessioni a partire dalla sentenza Commissione c. Francia, C-416/17)*, in *Diritti comparati*, 3 dicembre 2018, reperibile online.

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**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I test per la tutela dei diritti fondamentali: da *N.S.* ad *Aranyosi* e *Căldăraru* e *LM*. – 3. Le decisioni quadro 2008/909, 2008/947 e 2009/829. – 4. I diritti potenzialmente violabili nell'applicazione delle decisioni quadro 2008/909, 2008/947 e 2009/829. – 5. Il test *Aranyosi* e *Căldăraru* è applicabile alle decisioni quadro 2008/909, 2008/947 e 2009/829? – 6. Conclusioni.

1. L'applicazione del principio del reciproco riconoscimento all'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale ha portato allo sviluppo di un numero significativo di meccanismi diretti a favorire la libera circolazione delle decisioni giudiziarie¹

* Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea dell'Università degli studi di Torino.

** Questa ricerca è stata finanziata, nell'ambito del progetto di ricerca *RePers (Mutual Trust and Social Rehabilitation into Practice)*, dal Programma Giustizia dell'Unione europea (2014-2020). Il contenuto del presente contributo riflette unicamente le opinioni dell'A., le quali sono di sua sola responsabilità. La Commissione europea non è in alcun modo responsabile per le informazioni qui contenute e per il loro uso.

¹ Per un'introduzione al tema, si vedano C. JANSSENS, *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford, 2013, e L. KLIMEK, *Mutual Recognition of Judicial Decisions in European Criminal Law*, Berlino, 2017. Per una panoramica sugli atti adottati nel corso del tempo nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale (nonché sulla sterminata bibliografia relativa a tale settore), si veda M. DI FILIPPO, *Unione europea e lotta alla criminalità*, in M. DI FILIPPO (a cura di), *Organizzazioni regionali, modello sovranazionale e metodo intergovernativo: i casi dell'Unione europea e del Mercosur*, Torino, 2012, p. 303 ss. A p. 349, l'A. ricorda giustamente che lo sviluppo progressivo delle libertà di circolazione delle persone e delle merci ha condotto a un processo di convergenza relativo alla materia penale e processuale penale ineludibile, alla luce del bisogno di contrastare determinate forme di criminalità a carattere transnazionale. Al tempo stesso, però, il processo in parola si è dovuto

e, di conseguenza, la lotta all'impunità nell'Unione europea (UE)².

L'abolizione del requisito della doppia incriminazione in relazione a una serie di categorie di reati³, la predeterminazione dei motivi di rifiuto del riconoscimento e dell'esecuzione⁴ e la previsione di termini entro cui provvedere hanno portato al superamento dell'istituto dell'*exequatur*⁵ e all'affermazione di un sistema in cui le decisioni rese da parte delle autorità giudiziarie di uno Stato membro possono produrre i propri effetti negli ordinamenti degli altri Stati senza il bisogno di attendere lo svolgimento di procedure complesse e defatiganti. Inoltre, il fatto che la cooperazione avvenga non tra autorità governative, bensì giudiziarie, ha permesso di eliminare quell'elemento di discrezionalità politica che è sempre stato e che continua a essere caratteristico degli strumenti di tipo intergovernativo⁶.

Da parte sua, la dottrina, pur sostenendo l'intento di rendere più celeri le procedure e contrastare, in tal modo, la libera circolazione della criminalità⁷, ha rilevato un problema di fondo proprio di tale approccio, relativo alla tutela dei diritti fondamentali. Propriamente, si è sottolineato che la quasi-automaticità del sistema così definito avrebbe portato al riconoscimento anche di quelle decisioni che fossero state emesse senza rispettare i diritti suddetti, solo perché rese da parte dell'autorità giudiziaria di uno Stato membro⁸. Al riguardo, prendendo a modello la decisione quadro sul mandato d'arresto europeo (MAE)⁹, si è posta in evidenza, in particolar

confrontare con l'esigenza di assicurare che l'esercizio delle suddette libertà non venisse scoraggiato dall'assenza di determinate garanzie, quali quelle derivanti dall'applicazione del principio del *ne bis in idem* o del diritto di difesa.

² Obiettivo, questo, che è considerato legittimo dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, tanto da giustificare misure restrittive della libertà di circolazione delle persone, a condizione che esse risultino necessarie ai fini della tutela degli interessi che mirano a garantire e nei limiti in cui tali obiettivi non possano essere raggiunti mediante misure meno restrittive (sentenza della Corte di giustizia del 6 settembre 2016, causa C-182/15, *Petruhhin*). Sul tema, si veda L. MARIN, S. MONTALDO (eds.), *The Fight Against Impunity*, Oxford, 2020 (in corso di pubblicazione).

³ Al riguardo, si rinvia a N. KEIJZER, *The Fate of the Dual Incrimination Requirement*, in E. GUILD, L. MARIN (eds.), *Still Not Resolved? Constitutional Issues of the European Arrest Warrant*, Tilburg, 2009, p. 61 ss., e a E. VAN SLIEDREGT, *The Dual Criminality Requirement*, in N. KEIJZER, E. VAN SLIEDREGT (eds.), *The European Arrest Warrant in Practice*, The Hague, 2009, p. 51 ss.

⁴ Sul punto, L. KLIMEK, *European Arrest Warrant*, Berlin, 2015, p. 145 ss.

⁵ Sul tema, C.M. PAOLUCCI, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, Torino, 2011, p. 673 ss.

⁶ Al riguardo, J.R. SPENCER, *The Principle of Mutual Recognition*, in R.E. KOSTORIS (ed.), *Handbook of European Criminal Procedure*, Berlin, 2018, p. 281 ss.

⁷ Per quest'espressione, si veda J.R. SPENCER, *EU Criminal Law – the Present and the Future?*, in A. ARNULL, C. BARNARD, M. DOUGAN, E. SPAVENTA (eds.), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Oxford, 2011, p. 341 ss. Parla invece di libera circolazione della giustizia penale, quanto all'azione dell'UE, S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs*, Oxford, 2016, p. 140 ss., a p. 187.

⁸ Si vedano, ad esempio, S. PEERS, *Mutual Recognition and Criminal Law in the European Union: Has the Council Got It Wrong?*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 5 ss., V. MITSILEGAS, *The Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 1277 ss., T. WYSCHMEYER, *Generating Trust Through Law? Judicial Cooperation in the European Union and the "Principle of Mutual Trust"*, in *German Law Journal*, 2017, p. 339 ss. e C. RIZCALLAH, *The Challenges to Trust-Based Governance in the European Union: Assessing the Use of Mutual Trust as a Driver of EU Integration*, in *European Law Journal*, 2019, p. 37 ss.

⁹ Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri.

modo, l'assenza dalla lista dei motivi di non riconoscimento e non esecuzione di una specifica figura relativa alla protezione dei diritti fondamentali.

Alla luce di tali critiche, nel 2014, il Parlamento europeo è intervenuto con una propria risoluzione, sollecitando la Commissione europea ad avanzare una proposta di riforma della decisione quadro sul MAE che contemplasse un motivo di non esecuzione obbligatoria, attivabile quando vi fossero state importanti ragioni per ritenere che l'esecuzione della misura sarebbe stata incompatibile con l'obbligo del rispetto dei diritti umani per lo Stato membro di esecuzione, in conformità dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea (TUE) e della Carta dei diritti fondamentali¹⁰.

Tale richiesta non ha portato ad alcun esito e, ancora oggi, la decisione quadro sul MAE non prevede un motivo di non esecuzione relativo alla tutela dei diritti fondamentali. Tuttavia, va considerato come, da allora e *aliunde*, si sia registrato un qualche cambiamento sul piano normativo.

Nello stesso anno, infatti, è stata approvata la direttiva 2014/41 relativa all'ordine europeo di indagine penale (OEI)¹¹. All'art. 11, par. 1, lett. f) della stessa, si stabilisce che l'autorità dello Stato di esecuzione possa rifiutare il riconoscimento o l'esecuzione di un OEI qualora sussistano seri motivi per ritenere che l'esecuzione dell'atto di indagine richiesto nell'OEI sia incompatibile con gli obblighi dello Stato stesso ai sensi dell'art. 6 TUE e della Carta dei diritti fondamentali.

Una previsione analoga può ravvisarsi anche negli articoli 8 e 19 del regolamento 2018/1805 che applica il principio del reciproco riconoscimento ai provvedimenti di congelamento e di confisca¹².

Può quindi darsi atto di un mutamento nell'approccio normativo che, ancorché limitato ad alcuni strumenti specifici, risulta innegabile, soprattutto se letto alla luce di altri interventi in materia. Si deve infatti dare conto di una serie di direttive relative al diritto all'interpretazione e alla traduzione¹³, all'informazione¹⁴, a valersi di un difensore e a informare terzi al momento della privazione della libertà personale¹⁵,

¹⁰ Risoluzione del Parlamento europeo, del 27 febbraio 2014, recante raccomandazioni alla Commissione sul riesame del mandato d'arresto europeo.

¹¹ Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale. Per un'introduzione, si rinvia a M. KUSAK, *Mutual Admissibility of Evidence and the European Investigation Order: Aspirations Lost in Reality*, in *ERA Forum*, 2019, reperibile online.

¹² Regolamento (UE) 2018/1805 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca (sul quale A.M. MAUGERI, *Il regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca: una pietra angolare per la cooperazione e l'efficienza*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, reperibile online). Tanto l'art. 8, con riferimento ai provvedimenti di congelamento, quanto l'art. 19, in relazione a quelli di confisca, prevedono la possibilità di non riconoscere o non eseguire se in situazioni eccezionali sussistono seri motivi per ritenere, sulla base di elementi specifici e oggettivi, che l'esecuzione comporti, nelle particolari circostanze del caso, una palese violazione di un pertinente diritto fondamentale previsto dalla Carta, in particolare il diritto a un ricorso effettivo, il diritto a un giudice imparziale e i diritti della difesa.

¹³ Direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali.

¹⁴ Direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali.

¹⁵ Direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari.

alla presunzione di innocenza e alla partecipazione al processo¹⁶, nonché ai diritti dei minori indagati o imputati¹⁷ e al patrocinio a spese dello Stato¹⁸. Tali direttive hanno infatti permesso l'armonizzazione dei diritti processuali di indagati e imputati negli Stati membri, determinando un tendenziale innalzamento del livello di tutela, soprattutto negli Stati di più recente adesione¹⁹.

A questo cambiamento sul piano normativo ne è corrisposto uno sul piano giurisprudenziale. La Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE), dopo che in sentenze quali *Radu*²⁰ e *West*²¹ aveva riconosciuto che gli Stati membri fossero tenuti a dar corso a un MAE ove non sussistesse una delle ipotesi tipiche di non esecuzione, nella pronuncia *Aranyosi e Căldăraru* ha modificato la propria impostazione, riconoscendo che, in presenza di determinate circostanze, un'autorità giudiziaria può sospendere l'esecuzione di un MAE per ragioni connesse alla violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti nello Stato di emissione²². Ciò è stato in seguito ribadito nella sentenza *Minister for Justice and Equality*, in relazione a una possibile violazione del diritto a un processo equo quale conseguenza della mancanza di indipendenza dell'autorità giudiziaria dello Stato di emissione²³.

Tanto sul versante normativo, quanto su quello giurisprudenziale²⁴, quindi, si è preso atto di come la fiducia reciproca, quale fondamento del reciproco riconoscimento e, di conseguenza, degli strumenti di cooperazione giudiziaria, non abbia

¹⁶ Direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali.

¹⁷ Direttiva (UE) 2016/800 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2016, sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali.

¹⁸ Direttiva (UE) 2016/1919 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2016, sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo.

¹⁹ Sul tema, A. IERMANO, *Garanzie minime nello spazio europeo di giustizia penale*, Napoli, 2014.

²⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 29 gennaio 2013, causa C-396/11, *Radu*, sulla quale A. TINSLEY, *The Reference in Case C-396/11 Radu: When Does the Protection of Fundamental Rights Require Non-execution of a European Arrest Warrant?*, in *European Criminal Law Review*, 2012, p. 338 ss.

²¹ Sentenza della Corte di giustizia del 28 giugno 2012, causa C-192/12, *West*.

²² Sentenza della Corte di giustizia del 5 aprile 2016, cause riunite C-404 e 659/15 PPU, *Aranyosi e Căldăraru*, sulla quale G. ANAGNOSTARAS, *Mutual Confidence Is Not Blind Trust! Fundamental Rights Protection and the Execution of the European Arrest Warrant: Aranyosi and Căldăraru*, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 1675 ss. e N. LAZZERINI, *Gli obblighi in materia di protezione dei diritti fondamentali come limite all'esecuzione del mandato di arresto europeo: la sentenza "Aranyosi e Căldăraru"*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 445 ss.

²³ Sentenza della Corte di giustizia del 25 luglio 2018, causa C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality*, sulla quale P. BÁRD, W. VAN BALLEGOOI, *Judicial Independence as a Precondition for Mutual Trust? The CJEU in Minister for Justice and Equality v. LM*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2018, p. 353 ss. e D. SARMIENTO, *A Comment on the CJEU's Judgment in LM*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, p. 385 ss. Per completezza, si segnala che l'impostazione in parola è stata confermata nell'ulteriore sentenza della Corte di giustizia del 25 luglio 2018, causa C-220/18 PPU, *Generalstaatsanwaltschaft (Conditions de détention en Hongrie)*, e sostanzialmente ripresa anche da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo (si veda Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 17 luglio 2018, *Pirozzi c. Belgio*).

²⁴ Riguardo al quale si veda l'approfondita ricostruzione fatta in E. REGAN, *The Role of the Principles of Mutual Trust and Mutual Recognition in EU Law*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2018, p. 231 ss. e S. MARINO, *La mutua fiducia ai tempi della crisi dei valori: il caso del mandato d'arresto europeo*, *ivi*, p. 633 ss.

carattere assoluto, ma imponga di procedere a una verifica circa il fatto che gli Stati membri siano rispettosi dei diritti fondamentali²⁵.

Scopo del presente scritto è valutare se il cd. test *Aranyosi* e *Căldăraru* possa essere validamente applicato anche con riferimento a strumenti di cooperazione giudiziaria in materia penale diversi dal MAE. A tal fine, vengono qui prese in considerazione le decisioni quadro sul trasferimento dei detenuti, sulla sospensione condizionale e le sanzioni sostitutive e sull'ordinanza cautelare europea, considerate quali "pacchetto di normative coerenti e complementari diretto ad affrontare la questione della detenzione dei cittadini dell'UE in altri Stati membri"²⁶.

Pertanto, dopo una spiegazione dei tratti salienti del test e della sua applicazione (par. 2), una panoramica relativa alle tre decisioni quadro considerate (par. 3) e un'analisi, alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU), inerente i diritti potenzialmente violabili nell'applicazione delle stesse (par. 4), si forniscono ragioni a favore e contro la riproponibilità del test, proponendosi una soluzione alternativa, identificata nell'approccio c.d. *reverse Solange* (par. 5).

2. Nella sentenza *N.S.*, relativa al sistema europeo comune di asilo, la CGUE ha avuto modo di statuire che, al fine di permettere all'UE e ai suoi Stati membri di rispettare i loro obblighi di tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo, gli Stati membri sono tenuti a non trasferire un richiedente verso lo Stato membro individuato come competente sulla base della disciplina in materia quando non possono ignorare che le carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza in tale Stato costituiscono motivi seri e comprovati di credere che il richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti²⁷.

L'impostazione espressa dalla Corte in tale sentenza è nel senso di rimettere agli Stati membri il compito di verificare che ciascuno di essi assicuri una tutela adeguata dei diritti fondamentali al fine di permettere alla cooperazione tra essi di continuare a operare. Ciò significa che, fintantoché gli Stati si conformeranno pienamente a quelle esigenze di protezione, la cooperazione potrà mantenersi e funzio-

²⁵ Al riguardo, si ricorda la ben nota definizione fornita in parere della Corte di giustizia del 18 aprile 2014, 2/13, *Adesione dell'Unione europea alla CEDU*, punto 191, ove la fiducia reciproca è individuata quale principio di importanza fondamentale che consente la creazione e il mantenimento di uno spazio senza frontiere interne e che impone a ciascuno degli Stati membri, segnatamente per quanto riguarda lo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, di ritenere, tranne in circostanze eccezionali, che tutti gli altri Stati rispettano il diritto dell'Unione e, più in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo. Sul tema, E. SPAVENTA, *A Very Fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2015, p. 35 ss., e K. LENAERTS, *La vie après l'avis: Exploring the Principle of Mutual (Yet Not Blind) Trust*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 805 ss.

²⁶ Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione da parte degli Stati membri delle decisioni quadro 2008/909/GAI, 2008/947/GAI e 2009/829/GAI relative al reciproco riconoscimento delle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, delle decisioni di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive e delle misure alternative alla detenzione cautelare, COM(2014)57 final del 5 febbraio 2014, p. 4.

²⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 2011, cause riunite C-411 e 493/10, *N.S. e a.*, punto 94, sulla quale si possono vedere G. MELLON, *The Charter of Fundamental Rights and the Dublin Convention: An Analysis of N.S. v. Secretary of State for the Home Department (C-411/10)*, in *European Public Law*, 2012, p. 655 ss., e G. MORGESE, *Regolamento Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra Stati membri: la pronunzia della Corte di giustizia nel caso N.S. e altri*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 147 ss.

nare. Tuttavia, nel momento in cui uno Stato dovesse rendersi responsabile di una violazione qualificabile come sistemica, la cooperazione dovrebbe essere sospesa.

Il ragionamento è stato poi riproposto nella pronuncia *C.K.* con riferimento al caso, tra l'altro, del trasferimento dalla Slovenia alla Croazia (quale Stato competente all'esame della domanda d'asilo) di una richiedente siriana in stato di gravità. Sul punto, la Corte di giustizia ha chiarito che il trasferimento può avere luogo soltanto in condizioni in cui sia escluso un rischio reale e acclarato che il soggetto interessato subisca trattamenti inumani o degradanti, spettando alle autorità dello Stato membro richiedente rimuovere qualsiasi dubbio serio circa l'impatto che una simile iniziativa possa avere sullo stato di salute del richiedente asilo e adottare le precauzioni necessarie²⁸.

La peculiarità di tale impostazione ha portato certa dottrina a ribattezzare il meccanismo così definito *horizontal Solange*. Infatti, esso impone agli Stati membri di svolgere una funzione di controllo quanto al rispetto dei diritti fondamentali nei confronti l'uno dell'altro, applicando pertanto al rapporto tra gli Stati membri quanto il Tribunale costituzionale federale tedesco aveva affermato nella giurisprudenza *Solange* in relazione all'ordinamento comunitario²⁹.

In seguito, lo schema concettuale ora descritto è stato ripreso, adattato e applicato nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale con specifico riferimento al MAE. Infatti, nella sentenza *Aranyosi e Căldăraru* la CGUE ha riconosciuto che il divieto di pene o di trattamenti inumani o degradanti, di cui all'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e corrispondente all'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), ha carattere assoluto in ragione della sua stretta connessione con il concetto di dignità umana, quale valore fondante la Carta. Da ciò deriva l'obbligo per l'autorità dello Stato di esecuzione di verificare l'eventuale sussistenza di un rischio concreto di trattamento inumano o degradante dei detenuti nello Stato membro di emissione. A tal fine, essa deve ricorrere a elementi oggettivi, attendibili, precisi e opportunamente aggiornati, comprovanti la presenza di carenze sistemiche o generalizzate, o che colpiscono determinati gruppi di persone, o determinati centri di detenzione. Tali elementi vanno ricavati in particolare da decisioni giudiziarie internazionali, da decisioni giudiziarie dello Stato membro emittente, nonché da decisioni, relazioni e altri documenti predisposti dagli organi del Consiglio d'Europa o appartenenti al sistema delle Nazioni Unite³⁰.

Una volta che si sia proceduto a tale valutazione di carattere generale e che essa abbia dato esito positivo, l'autorità dello Stato di esecuzione deve stabilire, in modo concreto e preciso, se siano ravvisabili motivi gravi e comprovati che portino a ritenere che l'interessato – ossia, il soggetto destinatario del MAE, da trasferirsi in esecuzione di quello – corra effettivamente il rischio di vedere violato il proprio diritto a non subire trattamenti inumani o degradanti. L'autorità in parola deve allora richiedere con urgenza informazioni all'autorità dello Stato emittente e, ove sia

²⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 16 febbraio 2017, causa C-578/16 PPU, *C.K. e a.*, punto 96, ove si chiarisce anche che, nell'ipotesi in cui lo stato di salute del richiedente asilo non dovesse migliorare a breve termine o una sospensione di lunga durata della procedura rischiasse di aggravare lo stato di tale soggetto, lo Stato membro richiedente può scegliere di esaminare la domanda.

²⁹ Si veda al riguardo I. CANOR, *My Brother's Keeper? Horizontal Solange: "An Ever Closer Distrust among the Peoples of Europe"*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 383 ss.

³⁰ Sentenza *Aranyosi e Căldăraru*, punto 89.

dimostrata la sussistenza del rischio, l'esecuzione deve essere rinviata disponendo le misure necessarie a evitare che il destinatario del MAE si dia alla fuga³¹.

Nel caso in cui, invece, sia possibile escludere il rischio suddetto, l'autorità giudiziaria di esecuzione deve adottare la propria decisione, fermo il fatto che l'interessato, una volta consegnato, potrà ricorrere nell'ordinamento dello Stato membro emittente ai meccanismi di tutela ivi previsti per contestare la legalità delle proprie condizioni di detenzione³².

Successivamente, è stato richiesto alla CGUE di chiarire se il test sviluppato in *Aranyosi e Căldăraru* potesse applicarsi anche in relazione a potenziali violazioni sistemiche o generalizzate di ulteriori diritti. Più precisamente, la questione ha riguardato la possibile lesione del diritto a un processo equo in conseguenza delle riforme dell'ordinamento giudiziario approvate in Polonia dal 2015 in poi³³. La Corte non ha avuto difficoltà a confermare la posizione già espressa in precedenza, sottolineando in particolar modo come, ai fini dello svolgimento della prima parte del test ad opera dell'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione, la proposta motivata formulata da parte della Commissione europea quanto all'attivazione del meccanismo di tutela di cui all'art. 7 TUE³⁴ costituisca elemento di particolare rilevanza³⁵.

3. Nel 1999, il Consiglio europeo invitò il Consiglio e la Commissione ad adottare un programma di misure attuative del principio del reciproco riconoscimento in materia penale³⁶. Tale programma fu pubblicato agli inizi del 2001, definendo una serie di interventi da realizzarsi al fine di rafforzare la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri³⁷. Tra questi interventi, figurava anche l'adozione di strumenti che consentissero, rispettivamente, il riconoscimento e l'esecuzione immediata delle misure di controllo, di sorveglianza o di sicurezza non privative della libertà personale disposte da un'autorità giudiziaria anteriormente al giudizio di merito³⁸, il trasferimento delle persone condannate³⁹ e il controllo di soggetti sottoposti a obbli-

³¹ *Ivi*, punti 92-95.

³² *Ivi*, punto 103. Sempre in relazione alle condizioni di detenzione si può leggere la sentenza della Corte di giustizia del 25 luglio 2018, causa C-220/18, *Generalstaatsanwaltschaft (Conditions de détention en Hongrie)*.

³³ Per una ricostruzione del contesto polacco, si vedano C. CURTI GIALDINO, *La Commissione europea dinanzi alla crisi costituzionale polacca: considerazioni sulla tutela dello stato di diritto nell'Unione*, in *Federalismi.it*, 15 giugno 2016; K.L. SCHEPPELE, K. KOVÁCS, *The Fragility of an Independent Judiciary: Lessons from Hungary and Poland—and the European Union*, in *Communist and Post-Communist Studies*, 2016, p. 189 ss. e W. SADURSKI, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, 2019. Quanto al rinvio pregiudiziale, A. ROSANÒ, *Il caso Celmer dinanzi all'Alta Corte d'Irlanda: il 'test' Aranyosi e Căldăraru e il diritto a un processo equo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 432 ss.

³⁴ Quanto all'art. 7 TUE, si vedano W. SADURSKI, *Adding a Bite to a Bark? A Story of Article 7, the EU Enlargement, and Jörg Haider*, in *Columbia Journal of European Law*, 2009, p. 385 ss. e L.F.M. BESSELINK, *The Bite, the Bark and the Howl Article 7 TEU and the Rule of Law Initiatives*, in A. JAKAB, D. KOCHENOV (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford, 2017, p. 128 ss.

³⁵ Sentenza *Minister for Justice*, punto 61.

³⁶ Consiglio europeo di Tampere. Conclusioni della Presidenza, 15 e 16 ottobre 1999, punto 37.

³⁷ Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali.

³⁸ *Ivi*, misura n. 10.

³⁹ *Ivi*, misura n. 16.

ghi o misure di sorveglianza e di assistenza a titolo di sospensione condizionale o liberazione condizionale⁴⁰.

L'attuazione di tali priorità si è registrata a distanza di qualche anno. Il primo provvedimento adottato è stato la decisione quadro 2008/909 sul trasferimento dei detenuti⁴¹, con la quale si è cercato di definire un meccanismo che permetta a quanti siano stati condannati a una pena detentiva in uno Stato membro di scontare la parte residua della sanzione in un altro Stato membro con il quale presentino dei legami significativi, in particolare sul piano familiare, linguistico, culturale, sociale o economico, in vista del loro reinserimento sociale⁴².

Da un punto di vista operativo, è previsto che la decisione definitiva sia trasmessa alle autorità competenti dello Stato di esecuzione, individuato nello Stato membro di cittadinanza del detenuto, nello Stato membro di cittadinanza nel quale questi dovrebbe essere espulso in ragione di un provvedimento amministrativo adottato nei suoi confronti o in qualsiasi altro Stato membro che acconsenta alla trasmissione della decisione.

Il detenuto ha il diritto di esprimere la propria opinione quanto al trasferimento e di ciò deve tenere conto l'autorità dello Stato di condanna prima di stabilire se trasmettere la decisione. Tuttavia, in un'ottica di velocizzazione della procedura, il consenso del detenuto non è necessario nel caso in cui la decisione sia trasmessa alle autorità dello Stato membro di cittadinanza in cui il soggetto viva, o a quelle dello Stato membro di cittadinanza verso cui il soggetto dovrebbe essere espulso, o ancora a quelle dello Stato membro in cui il soggetto si sia recato prima della conclusione del procedimento penale avviato nei suoi confronti o successivamente alla sua condanna.

⁴⁰ *Ivi*, misura n. 23. Va comunque detto che tale misura prevedeva che si provvedesse a perfezionare l'applicazione della Convenzione europea per la sorveglianza delle persone condannate o liberate con la condizionale del 30 novembre 1964, conclusa nell'ambito del Consiglio d'Europa, sottolineando in particolare la necessità di stabilire in quale misura si potessero rendere inopponibili tra Stati membri riserve e motivi di rifiuto dell'esecuzione, se del caso mediante uno strumento specifico.

⁴¹ Decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea. Quanto a tale provvedimento, è stato sottolineato come esso rappresenti di certo un'innovazione rispetto alla forma di cooperazione preesistente, basata sulla Convenzione di Strasburgo del 1983, data l'introduzione di una procedura molto meno burocratica, rigida e inefficace (così A. MARTUFI, *Assessing the Resilience of 'Social Rehabilitation' as a Rationale for Transfer: A Commentary on the Aims of Framework Decision 2008/909/JHA*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2018, p. 44). Al tempo stesso, tuttavia, sono state individuate delle carenze relative, soprattutto, alla mancata previsione di termini relativi alla procedura nello Stato di emissione e di un obbligo per tale Stato di informare il detenuto quanto alle condizioni di detenzione nello Stato di esecuzione (I. DURNESCU, *Obstacles and Solutions in the Implementation of the FD 2008/909/JHA*, febbraio 2016, reperibile *online*) e all'eccessiva attenzione prestata da parte degli Stati alla riduzione dei costi connessi alla detenzione di soggetti stranieri, mediante il loro trasferimento (M. PLEIĆ, *Challenges in Cross-border Transfer of Prisoners: EU Framework and Croatian Perspective*, in D. DUIĆ, T. PETRAŠEVIĆ (eds.), *EU Law in Context – Adjustment to Membership and Challenges of the Enlargement*, Osijek, 2018, p. 375 ss.).

⁴² Sul tema del reinserimento sociale nel diritto dell'UE, si vedano S. MONTALDO, *Offenders' Rehabilitation: Towards a New Paradigm for EU Criminal Law?*, in *European Criminal Law Review*, 2018, p. 223 ss., e A. MARTUFI, *The Paths of Offender Rehabilitation and the European Dimension of Punishment: New Challenges for an Old Ideal?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2019, p. 1 ss.

I motivi di rifiuto del riconoscimento della sentenza e dell'esecuzione della pena sono predeterminati⁴³, con la conseguenza che, ove essi non sussistano e ove non vi siano ragioni per disporre il rinvio del riconoscimento, l'autorità competente dello Stato di esecuzione riconosce la decisione straniera, potendo provvedere all'adattamento della pena originaria, se essa non risulta compatibile, per natura o per durata, con la normativa dello Stato di esecuzione. In seguito, ha luogo il trasferimento del detenuto e la pena viene eseguita nello Stato di esecuzione, secondo la disciplina di tale Stato⁴⁴.

Passando alla decisione quadro 2008/947 sulla sospensione condizionale e le sanzioni sostitutive⁴⁵, anch'essa è finalizzata a favorire il reinserimento sociale del soggetto condannato a una pena detentiva o sottoposto a una misura restrittiva della libertà personale, la cui esecuzione sia però sospesa condizionalmente. Propriamente, essa mira a permettere il riconoscimento di misure quali, ad esempio, l'obbligo di comunicare il cambiamento di residenza o del posto di lavoro, il divieto di frequentare determinate persone o località, l'obbligo di presentarsi presso una determinata autorità in certi orari, di risarcire i danni causati dal reato, di svolgere un lavoro o una prestazione socialmente utile o di assoggettarsi a trattamenti terapeutici o di disintossicazione.

L'autorità dello Stato di emissione trasmette la decisione all'autorità competente dello Stato di esecuzione, ossia lo Stato membro nel quale la persona condannata risiede legalmente e abitualmente, ove questa sia tornata o voglia tornare in tale Stato. Ulteriormente, la trasmissione può essere fatta, su richiesta della persona condannata, a qualsiasi altro Stato membro, previo consenso di questo.

⁴³ Ai sensi dell'art. 9, si tratta delle ipotesi di certificato incompleto o non corrispondente alla sentenza, mancato rispetto dei criteri di individuazione dello Stato competente ai fini dell'esecuzione, contrasto con il principio del *ne bis in idem*, reato non rientrante tra quelli per i quali è abolito il requisito della doppia incriminazione, intervenuta prescrizione della pena nello Stato di esecuzione, immunità riconosciuta dallo Stato di esecuzione al condannato, pena irrogata nei confronti di minore non punibile, durata residua della pena inferiore a sei mesi, procedimento svoltosi *in absentia* non per volontà del condannato, rifiuto opposto dallo Stato di emissione quanto alla deroga del principio di specialità, pena che ricomprende una misura di trattamento medico o psichiatrico o privativa della libertà personale la quale non può essere eseguita nello Stato di esecuzione in ragione del sistema giuridico o sanitario proprio di quest'ultimo, reati commessi in tutto o in parte nel territorio dello Stato di esecuzione.

⁴⁴ Al riguardo, si ricorda sentenza della Corte di giustizia dell'8 novembre 2016, causa C-554/14, *Ognyanov*, ove la Corte ha specificato che la disciplina dello Stato di esecuzione che permetta una riduzione della pena e la liberazione anticipata del soggetto trasferendo nel caso di attività lavorativa svolta da quest'ultimo successivamente alla condanna nello Stato di emissione non può trovare applicazione, in quanto inciderebbe sulla determinazione della pena, operando retroattivamente. Per un commento alla sentenza, si vedano J.D. MUJUZI, *The Transfer of Offenders between European Countries and Remission of Sentences*, in *European Criminal Law Review*, 2017, p. 289 ss., e S. MONTALDO, *Judicial Cooperation, Transfer of Prisoners and Offenders' Rehabilitation: No Fairy-tale Bliss. Comment on Ognyanov*, in *European Papers*, 2017, p. 709 ss., reperibile online.

⁴⁵ Decisione quadro 2008/947/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive, sulla quale S. NEVEU, *Probation Measures and Alternative Sanctions in Europe: From the 1964 Convention to the 2008 Framework Decision*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2013, p. 134 ss., e S. MARCOLINI, *La circolazione delle decisioni di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive*, in F. RUGGIERI (a cura di), *Processo penale e regole europee: atti, diritti, soggetti e decisioni*, Torino, 2017, p. 151 ss.

Anche in tale caso è prevista la predeterminazione tassativa dei motivi di non riconoscimento⁴⁶ e la possibilità di adattare le misure alla luce della normativa dello Stato di esecuzione. Non sussistendo ragioni per opporre il rifiuto, l'autorità dello Stato di esecuzione riconosce la decisione; la sorveglianza e l'applicazione delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive proseguono secondo la disciplina di tale Stato, compreso per quel che riguarda l'eventuale inosservanza delle misure disposte e l'imposizione, in tal caso, di una pena detentiva o di una misura restrittiva della libertà personale.

Infine, è stata adottata la decisione quadro 2009/829 sull'ordine cautelare europeo⁴⁷. Posti gli obiettivi di assicurare il regolare corso della giustizia e la comparizione dell'interessato in giudizio, il ricorso a misure non detentive per i soggetti non residenti nello Stato membro in cui ha luogo il procedimento e la protezione delle vittime e della collettività in generale, tale decisione quadro favorisce il riconoscimento reciproco delle misure cautelari, individuate in figure di obblighi, divieti e restrizioni sostanzialmente analoghe a quelle della decisione quadro 2008/947. La decisione su queste misure può essere trasmessa all'autorità competente dello Stato membro in cui l'interessato risiede legalmente e abitualmente, ove questi acconsenta a ritornare in tale Stato, oppure, su richiesta di quest'ultimo, all'autorità di un altro Stato, previo consenso di quest'ultima.

Come nel caso delle decisioni quadro sopra descritte, è prevista la possibilità di adattare la misura cautelare alla disciplina dello Stato di esecuzione e i motivi di non riconoscimento sono tassativamente predeterminati⁴⁸. Ove non sussista nessuno di tali motivi, l'autorità competente riconosce la misura, la sorveglianza della quale avviene nel rispetto della disciplina dello Stato di esecuzione. Quest'ultima si applica anche per quanto attiene alla proroga, al riesame, alla revoca e alla modifica della misura, nonché all'emissione di un mandato d'arresto o di altra decisione giudiziaria esecutiva.

4. In presenza di determinate condizioni, l'applicazione delle decisioni quadro ora menzionate può condurre alla violazione di alcuni diritti fondamentali propri del soggetto che sia interessato dalle procedure da queste definite.

Considerando la decisione quadro 2008/909, è innegabile che il tema principale, sotto questo punto di vista, attenga alle condizioni di detenzione cui la persona condannata verrà sottoposta nello Stato membro di esecuzione. Adottando come parametro di riferimento quello offerto dalla giurisprudenza della Corte EDU, va notato come, nel corso del tempo, numerosi Stati membri dell'Unione siano stati condannati per lo stato delle loro carceri. La temperatura elevata degli ambienti dovuta all'assenza di ventilazione e di finestre⁴⁹, le condizioni igieniche

⁴⁶ Si tratta dei medesimi motivi previsti dalla decisione quadro 2008/909.

⁴⁷ Decisione quadro 2009/829/GAI del Consiglio, del 23 ottobre 2009, sull'applicazione tra gli Stati membri dell'Unione europea del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare, sulla quale I. DURNESCU, *Framework Decisions 2008/947 and 2009/829: State of Play and Challenges*, in *ERA Forum*, 2017, p. 355 ss.

⁴⁸ Anche in questo caso, si tratta dei medesimi motivi previsti dalla decisione quadro 2008/909.

⁴⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 19 aprile 2001, *Peers c. Grecia*.

precarie⁵⁰, i maltrattamenti a opera di altri detenuti⁵¹ o delle guardie carcerarie⁵², le perquisizioni condotte da quest'ultime al fine di umiliare i prigionieri⁵³, la mancanza di strutture e interventi sanitari diretti a far fronte alle particolari condizioni di salute del detenuto⁵⁴ sono alcune delle ragioni che hanno portato i giudici di Strasburgo a ravvisare una violazione dell'art. 3 della CEDU relativo al divieto di trattamenti inumani o degradanti.

In particolar modo, la Corte ha posto l'attenzione sul tema dell'insufficienza di spazio nelle celle. In un primo orientamento giurisprudenziale, la Corte EDU aveva ricondotto la violazione dell'art. 3 al fatto che il detenuto avesse a disposizione uno spazio personale inferiore ai tre metri quadri⁵⁵. Successivamente, nella sentenza *Muršić c. Croazia*, è stato chiarito che in tale ipotesi sussiste una presunzione grave di violazione dell'art. 3 ma che essa non è assoluta e può essere superata nel caso in cui si verificano tre condizioni, individuate come cumulative: la limitazione della libertà personale è occasionale e di durata limitata; il soggetto può godere di una sufficiente libertà di movimento al di fuori della cella e dedicarsi ad attività adeguate sotto questo punto di vista; non vi sono ulteriori elementi che determinino un aggravio del contesto di limitazione della libertà personale⁵⁶.

Quanto al tema del sovraffollamento nelle carceri, va notato come i giudici di Strasburgo abbiano fatto ricorso più volte al meccanismo delle sentenze pilota per individuare delle violazioni e sollecitare gli Stati ad adottare, in relazione a contesti caratterizzati da carenze sistematiche, dei rimedi che andassero oltre il mero risarcimento pecuniario⁵⁷. Ad oggi, tale soluzione è stata adottata per sanzionare e sollecitare riforme in Stati quali Polonia⁵⁸, Italia⁵⁹, Bulgaria⁶⁰, Ungheria⁶¹ e Romania⁶². Ulteriormente, per quanto non siano state pronunciate sentenze pilota,

⁵⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze del 25 aprile 2013, *Canali c. Francia*, e del 25 novembre 2014, *Vasilescu c. Belgio*.

⁵¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze del 29 ottobre 2013, *D.F. c. Lettonia*, e del 15 gennaio 2019, *Gjini c. Serbia*.

⁵² Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze del 13 febbraio 2014, *Tali c. Estonia*, e del 26 ottobre 2017, *Cirino e Renne c. Italia*.

⁵³ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze del 24 luglio 2001, *Valašinas c. Lituania*, e del 15 novembre 2001, *Iwańczuk c. Polonia*.

⁵⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze del 14 novembre 2002, *Mouisel c. Francia*, del 2 novembre 2006, *Serifis c. Grecia*, del 12 luglio 2007, *Testa c. Croazia*, del 24 luglio 2012, *Iacov Stanciu c. Romania*, del 5 giugno 2009, *Stawomir Musiał c. Polonia*, del 21 dicembre 2010, *Raffray Taddei c. Francia*, dell'8 novembre 2011, *Z.H. c. Ungheria*, e del 23 febbraio 2012, *G. c. Francia*.

⁵⁵ Si veda, ad esempio, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*.

⁵⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 20 ottobre 2016, *Muršić c. Croazia*.

⁵⁷ Sul tema, si vedano F.M. PALOMBINO, *La "procedura di sentenza pilota" nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, p. 91 ss., P. LEACH, H. HARDMAN, S. STEVENSON, B. BLITZ, *Responding to Systemic Human Rights Violations: An Analysis of 'Pilot Judgments' of the European Court of Human Rights and Their Impact at National Level*, Cambridge, 2010, e D. HAIDER, *The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, Leiden, 2013.

⁵⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze del 22 ottobre 2009, *Norbert Sikorski c. Polonia*, e del 22 ottobre 2009, *Orchowski c. Polonia*.

⁵⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 27 maggio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*.

⁶⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 27 gennaio 2015, *Neshkov e altri c. Bulgaria*.

⁶¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 10 giugno 2015, *Varga e altri c. Ungheria*.

⁶² Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 25 luglio 2017, *Rezmiveş e altri c. Romania*.

va fatto presente che situazioni di particolare gravità hanno portato alla condanna di altri Stati, quali la Slovenia⁶³ e la Grecia⁶⁴.

Va poi ricordato che, con riferimento a una vicenda conclusasi con il suicidio del detenuto posto in isolamento a fini disciplinari nonostante questi fosse affetto da disturbi mentali, la Corte ha riconosciuto la violazione dell'art. 2 della CEDU, relativo al diritto alla vita⁶⁵. In altri casi, è stata riscontrata una violazione dell'art. 5, quanto al diritto alla libertà e alla sicurezza, a causa del mantenimento in stato detentivo di soggetti le condizioni di salute dei quali non risultavano compatibili con la permanenza in carcere⁶⁶. Infine, si è ravvisata una violazione dell'art. 8, quanto al diritto al rispetto della vita privata e familiare, perché non era stato previsto un accesso ai servizi igienici separato dal resto della cella e tale da garantire la riservatezza dei detenuti⁶⁷ o per via del controllo della corrispondenza dei detenuti in assenza di una base legale sufficientemente chiara⁶⁸ e per l'assenza di garanzie procedurali al riguardo⁶⁹.

Per quanto attiene alle misure che ricadono nell'ambito di applicazione delle decisioni quadro 2008/947 e 2009/829, va detto che la giurisprudenza della Corte EDU in materia è estremamente limitata. È stata riscontrata una violazione dell'art. 5 della Convenzione nel caso di due detenuti trasferiti con un ritardo di undici giorni dal carcere alla loro abitazione a seguito della decisione con cui era stata disposta la revoca della detenzione cautelare e la sostituzione di questa con la misura degli arresti domiciliari⁷⁰ e in un caso in cui la detenzione cautelare e gli arresti domiciliari si erano protratti troppo a lungo⁷¹. Ulteriormente, è stata pronunciata una sentenza di condanna per violazione dell'art. 6, relativo al diritto a un processo equo, a seguito della revoca della sospensione condizionale disposta prima che il soggetto, accusato di un nuovo reato, fosse stato dichiarato colpevole per quest'ultimo con sentenza passata in giudicato⁷².

Va comunque ricordato che, per quel che riguarda l'applicazione tanto della procedura definita dalla decisione quadro 2008/909, quanto di quelle individuate nelle decisioni quadro 2008/947 e 2009/829, assume rilievo l'esigenza di vedere garantita l'indipendenza del potere giudiziario, mancando la quale potrebbe essere riscontrata

⁶³ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze del 20 gennaio 2012, *Mandić e Jović c. Slovenia e Štrucl e altri c. Slovenia*.

⁶⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 28 febbraio 2012, *Samaras e altri c. Grecia*.

⁶⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 16 gennaio 2009, *Renolde c. Francia*.

⁶⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze del 2 gennaio 2013, *L.B. c. Belgio*, e del 6 settembre 2016, *W.D. c. Belgio*.

⁶⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 15 marzo 2016, *Szafrański c. Polonia*.

⁶⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze del 4 luglio 2000, *Niedbala c. Polonia*, e del 16 marzo 2004, *Mianowski c. Polonia*.

⁶⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 19 marzo 2003, *Satapa c. Polonia*.

⁷⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 12 dicembre 2001, *Mancini c. Italia*.

⁷¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 30 dicembre 2004, *Nikolova c. Bulgaria (No. 2)*.

⁷² Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 21 maggio 2003, *Böhmer c. Germania*.

una violazione – potenzialmente, di carattere sistematico, considerando le situazioni al momento in atto in alcuni Stati europei⁷³ – dell’art. 6 della CEDU⁷⁴.

5. Considerato allora che è possibile che si verificano delle violazioni dei diritti fondamentali dei soggetti interessati dall’applicazione delle decisioni quadro 2008/909, 2008/947 e 2009/829, e che tali violazioni possono assumere carattere sistematico o generalizzato, si pone il problema di stabilire quale meccanismo di tutela sia attivabile nell’ambito del diritto dell’UE.

Dato che nessuno di tali atti prevede un motivo di rifiuto del riconoscimento e dell’esecuzione che si ricolleggi alla protezione dei diritti⁷⁵ e posto che, *de iure condendo*, è auspicabile un intervento al riguardo che tenga conto della nuova linea di tendenza sviluppata attraverso la direttiva 2014/41 e il regolamento 2018/1805, la questione *de iure condito* è se il test *Aranyosi* e *Căldăraru* possa rappresentare la soluzione più adeguata sotto questo punto di vista.

In linea generale e teorica, non sembrerebbero esservi delle ragioni che si oppongano a tale soluzione. L’eventuale violazione deriverebbe dal ricorso a uno strumento che applica il principio del reciproco riconoscimento, il quale si fonda sul principio della fiducia reciproca. Questo, a sua volta, deve essere interpretato non come espressivo di un contesto definitivamente acquisito quanto alla tutela dei diritti fondamentali, bensì di una situazione in divenire che impone agli Stati di assicurare e mantenere un alto livello di protezione. Posto allora che il test è stato introdotto al fine di correggere una stortura derivante dall’applicazione automatica del primo di tali principi e una lettura scorretta del secondo in relazione alla decisione quadro sul MAE e posto che le decisioni quadro in commento si basano sui medesimi principi, la risposta dovrebbe essere, di necessità, che risulta possibile fare ricorso al test *Aranyosi* e *Căldăraru* anche nell’ambito degli altri strumenti di cooperazione giudiziaria in materia penale.

Tuttavia, vi sono delle ragioni che paiono porre in discussione tale conclusione preliminare. Va infatti svolta una comparazione tra il modo in cui il test viene condotto con riferimento al MAE e il modo in cui esso verrebbe condotto con riferimento alle decisioni quadro 2008/909, 2008/947 e 2009/829.

Nel caso del MAE, è l’autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione che verifica la possibilità di una violazione sistematica o generalizzata e, poi, di una violazione in concreto nello Stato di emissione del mandato d’arresto. Nel caso delle

⁷³ Oltre ai testi citati in precedenza, si vedano, per quanto riguarda l’Ungheria, G. HALMAI, *From the “Rule of Law Revolution” to the Constitutional Counter-Revolution in Hungary*, in *European Yearbook of Human Rights*, 2012, p. 367 ss., N. CHRONOWSKI, M. VARJU, *Two Eras of Hungarian Constitutionalism: From the Rule of Law to Rule by Law*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2016, p. 271 ss., e K. KELEMEN, *The New Hungarian Constitution: Legal Critiques from Europe*, in *Review of Central and East European Law*, 2017, p. 1 ss. Quanto alla Polonia, si rinvia a T.T. KONCEWICZ, *The Capture of the Polish Constitutional Tribunal and Beyond: Of Institution(s), Fidelities and the Rule of Law in Flux*, *ivi*, 2018, p. 116 ss.

⁷⁴ Per un’introduzione al tema, si rinvia a L.F. MÜLLER, *Judicial Independence as a Council of Europe Standard*, in *German Yearbook of International Law*, 2009, p. 461 ss.

⁷⁵ Nelle decisioni quadro, si ravvisano riferimenti (contenuti tanto nei preamboli, quanto negli articoli) al fatto che tali strumenti sarebbero rispettosi dei diritti fondamentali e osserverebbero i principi fissati in materia nel TUE e nella Carta dei diritti fondamentali. L’approccio di cui danno prova queste previsioni è evidentemente quello basato sulla valenza assoluta della fiducia reciproca, anteriore al 2014.

tre decisioni quadro oggetto dell'analisi, sarebbe l'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione che svolgerebbe la medesima verifica, ma stavolta in relazione allo Stato di esecuzione medesimo. Dunque, non sarebbe un'autorità esterna a valutare il contesto di un altro Stato membro, bensì un'autorità dello Stato di esecuzione a valutare il contesto in cui essa stessa si inserisce.

Pertanto, vi è un primo problema quanto alla riproponibilità del test, che si ricollega a una differenza strutturale tra la procedura prevista nella decisione quadro sul MAE e quella definita nelle altre tre decisioni quadro.

Da ciò, derivano delle ulteriori complicazioni di ordine prettamente pratico. Da un lato, viene da chiedersi se un'autorità giudiziaria, per quanto indipendente ed autonoma, sia disposta ad assumersi la responsabilità scaturente dall'accertare e dichiarare che, nello Stato che, in ragione dei propri poteri, essa rappresenta, si verificano non singole violazioni di diritti fondamentali, bensì violazioni sistemiche o generalizzate, ossia situazioni che revocano in dubbio la tenuta della democrazia e dello stato di diritto in quello Stato.

Dall'altro lato, vanno valutate le conseguenze giuridiche derivanti dal caso in cui una simile eventualità venga a realizzarsi. Appare evidente, infatti, che una decisione resa da parte di un'autorità giudiziaria di uno Stato membro circa la sussistenza di una violazione sistemica o generalizzata di uno o più diritti fondamentali fornirebbe materiale probatorio sufficiente per fondare una serie di pretese avverso lo Stato in parola e, ove esse non fossero accolte dalle corti nazionali, una serie di ricorsi dinanzi alla Corte EDU che difficilmente andrebbero incontro a una dichiarazione di inammissibilità, prima, o di infondatezza, poi. Questo, proprio in ragione del fatto che un'autorità giudiziaria dello Stato convenuto – quindi, un soggetto titolare di uno dei tre poteri fondamentali dello Stato – avrebbe ammesso espressamente l'esistenza di un problema strutturale inerente a quello Stato.

Uno spazio di iniziativa da parte delle autorità dello Stato membro emittente pare non sussistere nella misura in cui la trasposizione delle decisioni quadro nell'ordinamento interno ha condotto alla definizione di procedure nelle quali non si registra il coinvolgimento effettivo di autorità giurisdizionali. Guardando, ad esempio, al sistema italiano, nel caso delle decisioni quadro qui considerate, l'autorità competente a disporre la trasmissione all'estero della decisione e del certificato che deve essere compilato ai fini del trasferimento è sempre e solo il pubblico ministero, il quale svolge autonomamente le proprie valutazioni quanto alla sussistenza delle condizioni di emissione. È previsto un coinvolgimento del Ministero della giustizia al fine di facilitare l'invio e la ricezione della documentazione rilevante, però una contestazione in sede giudiziaria non può avvenire in Italia, ma solamente nello Stato di esecuzione⁷⁶.

Indubbiamente, può ritenersi che, ove si convinca della sussistenza di un rischio serio, il pubblico ministero non procederà alla trasmissione, provvedendo allora o all'individuazione di un altro Stato di esecuzione, ove sussistano i necessari legami tra quello e il soggetto trasferendo, o ad abbandonare la procedura. Tuttavia, rimane

⁷⁶ Si vedano al riguardo gli articoli 4 e 5 del d. lgs. 7 settembre 2010, n. 161, con il quale è stata recepita la decisione quadro 2008/909, gli articoli 5 e 6 del d. lgs. 15 febbraio 2016, n. 38, relativo alla decisione quadro 2008/947, e gli articoli 5 e 6 del d. lgs. 15 febbraio 2016, n. 36, inerente la decisione quadro 2009/829.

il problema dell'assenza di un controllo giurisdizionale nell'ambito dello Stato membro emittente caratterizzato da garanzie di effettività e di terzietà.

A ciò, si deve aggiungere un'ulteriore considerazione. Come dimostrato da alcune vicende successive alla sentenza *LM*, l'applicazione del test *Aranyosi* e *Căldăraru* può condurre a delle pronunce incoerenti. Nel caso che ha portato alla decisione da ultimo citata, l'Alta Corte di Irlanda ha disposto in senso favorevole alla consegna alle autorità polacche, rilevando che, per quanto sussistessero delle violazioni sistemiche e generalizzate, non vi fossero elementi per ritenere che il soggetto interessato sarebbe andato incontro a una violazione in concreto del suo diritto a un processo equo⁷⁷. Poche settimane prima, l'Alta Corte britannica aveva reso una decisione nello stesso senso, sollevando dei dubbi di ordine generale quanto all'indipendenza del potere giudiziario in Polonia, ma non ravvisando la possibilità di una lesione in concreto dei diritti fondamentali di tre soggetti⁷⁸. Tuttavia, un mese prima, il tribunale di Amsterdam aveva sospeso l'esecuzione di un MAE emesso da un'autorità polacca, ritenendo che il diritto a un processo equo non sarebbe stato garantito al destinatario del mandato, ove questi fosse stato consegnato⁷⁹.

Si rileva, pertanto, una difficoltà connessa al fatto che, ancorché in presenza di un contesto gravemente critico – come, ad esempio, quello polacco dopo le riforme dell'ordinamento giudiziario – sensibilità differenti possano portare a pronunce contrastanti tra loro, mettendo a rischio il principio di non contraddizione e delineando una situazione in cui un'autorità giudiziaria può essere e non essere indipendente al tempo stesso e una violazione in concreto può verificarsi e non verificarsi al tempo stesso.

Potrebbe obiettarsi che le valutazioni rese da parte delle corti irlandese, britannica e olandese non riguardassero necessariamente le medesime autorità giudiziarie e che, quindi, l'obiezione da ultimo svolta sarebbe infondata. Tuttavia, va notato che la valutazione negativa resa da parte del tribunale di Amsterdam ha riguardato il tribunale di Poznań⁸⁰, ossia una delle tre autorità giudiziarie che avevano emesso i MAE la cui esecuzione era stata autorizzata da parte dell'Alta Corte d'Irlanda⁸¹.

Da tutto ciò deriva la difficoltà di ricorrere al test *Aranyosi* e *Căldăraru*. Si impone, allora, la ricerca di un altro strumento che permetta di assicurare un controllo quanto al rispetto dei diritti fondamentali nell'applicazione dei meccanismi di cooperazione giudiziaria in materia penale nell'UE.

Un'alternativa potrebbe essere individuata nell'idea, già avanzata in dottrina, di un test denominato *reverse Solange*⁸². Al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 51, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione⁸³, opererebbe una

⁷⁷ R. GIBLIN, *Court Orders Surrender of Polish Man After Concerns Over Fair Trial*, in *The Irish Times*, 19 novembre 2018, reperibile online.

⁷⁸ *UK to Extradite Polish Suspects Despite Concerns*, in *EUObserver*, 2 novembre 2018, reperibile online.

⁷⁹ N. NIELSEN, *Dutch Refuse Polish Arrest Warrant Over Judicial Fears*, *ivi*, 5 ottobre 2018.

⁸⁰ Si veda www.uitspraken.rechtspraak.nl.

⁸¹ Per una conferma quanto all'autorità di emissione, si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale Tanchev del 28 giugno 2018, causa C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality*, punto 18.

⁸² A. VON BOGDANDY, M. KOTTMANN, C. ANTPOHLER, J. DICKSCHEN, S. HENTREI, M. SMRKOLI, *Reverse Solange – Protecting the Essence of Fundamental Rights Against EU Member States*, in *Common Market Law Review*, 2012, p. 489 ss.

⁸³ Ai sensi del quale le disposizioni della Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione

presunzione di conformità degli Stati membri rispetto ai diritti fondamentali quali valori costitutivi dell'UE ai sensi dell'art. 2 TUE⁸⁴. Questa presunzione potrebbe essere superata solo in presenza di violazioni di diritti verificatesi in numero tale o con una gravità tale da far ritenere che sia in atto una crisi sistemica, alla quale le autorità nazionali non siano in grado di dare una risposta adeguata. In tal caso, la CGUE dovrebbe essere investita della questione mediante un rinvio pregiudiziale⁸⁵.

Applicato al caso delle decisioni quadro 2008/909, 2008/947 e 2009/829, il test ora descritto permetterebbe alle autorità giudiziarie più sensibili al tema della tutela dei diritti di far fronte a un eventuale contesto di violazioni sistemiche e generalizzate senza un'esposizione in prima persona e senza porre i presupposti per un accertamento indefettibile dinanzi alla Corte EDU della responsabilità dello Stato che rappresentano. Il compito di riconoscere la sussistenza di una simile situazione spetterebbe alla CGUE, la quale potrebbe quindi rendere una valutazione terza e coerente, in quanto centralizzata, mentre alle autorità giudiziarie statali rimarrebbe il compito di sospendere l'applicazione dei meccanismi di cooperazione, in conseguenza della decisione resa dalla Corte.

Si è consapevoli del fatto che numerose critiche sono state rivolte al test *reverse Solange*. Condivisibile appare la posizione di chi ritiene che non si tratti di qualcosa di assolutamente dirompente e rivoluzionario, bensì di un approccio che sviluppa quanto sostenuto da parte dei giudici di Lussemburgo in alcune sentenze in materia di cittadinanza europea⁸⁶.

Non sembra però potersi aderire all'impostazione, ancorché autorevole, di chi ritiene che, attraverso il test in parola, si arriverebbe a un'obliterazione del ruolo delle corti interne, soprattutto quelle costituzionali⁸⁷. Infatti, l'applicazione del meccanismo sopra descritto rimarrebbe confinata a casi limite, permettendo agli organi giurisdizionali nazionali di mantenere un loro ruolo.

Ulteriormente, vi è stato chi ha affermato che la Corte di giustizia non sarebbe in grado di fornire soluzioni di natura sistematica, visto che essa opererebbe caso per caso. Tuttavia, va sottolineato che l'elaborazione di test nell'ambito della disciplina delle richieste d'asilo o della cooperazione giudiziaria in materia penale è diretta a fornire ai giudici nazionali strumenti di carattere sistematico, ossia riproponibili con

del diritto dell'Unione.

⁸⁴ A. VON BOGDANDY, M. KOTTMANN, C. ANTPÖHLER, J. DICKSCHEN, S. HENTREI, M. SMRKOLJ, *op. cit.*, p. 512.

⁸⁵ *Ivi*, p. 513 s.

⁸⁶ Si veda J. CROON-GESTEFELD, *Reverse Solange: Union Citizenship as a Detour on the Route to European Rights Protection against National Infringements*, in D. KOCHENOV (ed.), *EU Citizenship and Federalism. The Role of Rights*, Cambridge, 2017, p. 665 ss., a p. 669 e le pronunce *ivi* richiamate, tra cui sentenza della Corte di giustizia dell'8 marzo 2011, causa C-34/09, *Ruiz Zambrano*. Ulteriormente, sulla rilevanza della cittadinanza europea ai fini della tutela dei diritti fondamentali, M. VAN DEN BRINK, *EU Citizenship and (Fundamental) Rights: Empirical, Normative, and Conceptual Problems*, in *European Law Journal*, 2019, p. 21 ss.

⁸⁷ D. KOCHENOV, *Von Bogdandy's 'Reverse Solange': Some Criticism of an Important Proposal*, 4 aprile 2012, reperibile *online*, p. 3, che sul punto richiama G. DAVIES, *Constitutional Disagreement in Europe and the Search for Pluralism*, in J. KOMAREK, M. AVBELJ (eds.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, 2012, p. 269, secondo il quale "where there are multiple sources of apparently constitutional law one always takes precedence and the other is then no longer constitutional. Dialogue may help legal the legal sources reconcile, but it does not change the normative hierarchy between them".

riferimento a situazioni ulteriori rispetto a quella concreta che abbia dato luogo al rinvio pregiudiziale⁸⁸.

Inoltre, si è detto che lo sviluppo di un test quale quello *reverse Solange* integrerebbe una violazione del principio di attribuzione⁸⁹, ma la lettura estensiva degli articoli 2 e 3 TUE proposta dagli autori della proposta sembra convincente, nella misura in cui permette al meccanismo di non mettere in discussione il limite posto dall'art. 6, par. 1, TUE, quanto al fatto che le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali non determinano un ampliamento delle competenze dell'Unione.

Su di un piano più propriamente politico, si pone di certo la questione relativa alla volontà della Corte di giustizia di esporsi tanto da rivendicare per sé un ruolo di controllo quale quello sopra delineato quanto al rispetto dei diritti fondamentali, soprattutto dopo l'esito della vicenda *Taricco*⁹⁰. Autorevole dottrina dubita che ciò sia realizzabile nell'attuale contesto⁹¹, soprattutto alla luce del fatto che una simile scelta potrebbe comportare un aumento del carico di lavoro della Corte⁹².

Il superamento di queste ultime obiezioni dipende, evidentemente, dalla composizione della Corte e dalle scelte che i suoi membri decideranno di fare. Mantenendo la discussione su di un piano più propriamente giuridico, non sembra potersi negare che il test *reverse Solange* assicurerebbe una valutazione terza e coerente, pertanto preferibile rispetto a quella derivante dall'approccio definito in *Aranyosi* e *Căldăraru*.

6. Dopo una prima stagione della cooperazione giudiziaria in materia penale caratterizzata da un approccio fideistico quanto alla protezione dei diritti fondamentali, l'applicazione degli strumenti di cooperazione ha posto in discussione certi assunti.

Ciò ha condotto a dei cambiamenti, tanto sul piano normativo, permettendo l'introduzione in alcuni atti di motivi di rifiuto di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni giudiziarie straniere per ragioni connesse alla tutela dei diritti, quanto sul piano giurisprudenziale, con l'elaborazione del test *Aranyosi* e *Căldăraru* e la sua successiva conferma in *LM*, quale strumento idoneo a permettere di sospendere l'esecuzione di un MAE ove sussista una violazione sistemica e generalizzata nello Stato di emissione e il destinatario rischi di essere esposto a una violazione in concreto di un suo diritto fondamentale.

Il differente approccio ora seguito sul piano normativo imporrebbe una riforma di tutti gli strumenti attualmente in vigore e l'introduzione in ciascuno di essi di uno

⁸⁸ P. LINDSETH, *Rescue Package for Fundamental Rights*, in *Verfassungsblog*, 18 febbraio 2012, reperibile online, e A.M. RUSSO, *La cittadinanza 'sostanziale' dell'UE alla luce della proposta del gruppo di Heidelberg: verso una 'reverse Solange'?*, in *Federalismi.it*, 8 gennaio 2014, p. 16.

⁸⁹ A.M. RUSSO, *op. cit.*, e S. IGLESIAS SÁNCHEZ, *Fundamental Rights and Citizenship of the Union at a Crossroads: A Promising Alliance or a Dangerous Liaison?*, in *European Law Journal*, 2014, a p. 466.

⁹⁰ D. GALLO, *La Corte costituzionale chiude la "saga Taricco": tra riserva di legge, opposizione de facto del controlimito e implicita negazione dell'effetto diretto*, in *European Papers*, 2018, p. 885 ss., e C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco e il dialogo (?) tra giudici nazionali e Corte di giustizia*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2018, p. 153 ss.

⁹¹ D. KOCHENOV, *On Policing Article 2 TEU Compliance – Reverse Solange and Systemic Infringements Analyzed*, in *Polish Yearbook of International Law*, 2013, p. 157 s.

⁹² M. HAILBRONNER, *Rescue Package for Fundamental Rights*, in *Verfassungsblog*, 17 aprile 2012, reperibile online.

specifico motivo di rifiuto fondato sulla tutela dei diritti fondamentali. In mancanza di un tale intervento, nel caso in cui sorgessero questioni connesse al rispetto di tali diritti nell'applicazione delle procedure di cooperazione giudiziaria, si potrebbe ipotizzare il ricorso al test *Aranyosi* e *Căldăraru* al fine di colmare una simile lacuna.

Nel presente articolo, si è cercato di verificare se ciò sia possibile con riferimento alla decisione quadro 2008/909 sul trasferimento dei detenuti nell'UE, alla decisione quadro 2008/947 sulla sospensione condizionale e le sanzioni sostitutive e alla decisione quadro 2009/829 sull'ordinanza cautelare europea. In ragione delle peculiarità strutturali dei meccanismi definiti in tali atti – propriamente, in ragione del fatto che il test dovrebbe essere condotto in relazione allo Stato di esecuzione da parte delle autorità dello stesso Stato, e non da quelle di un altro Stato membro – e dei problemi di coerenza che paiono derivare dal test *Aranyosi* e *Căldăraru*, si è sostenuta la tesi che quest'ultimo non rappresenterebbe la soluzione ideale al problema evidenziato.

Pertanto, si è avanzata l'idea alternativa di valorizzare un approccio di tipo *reverse Solange* che, per quanto non esente da limiti, permetterebbe una valutazione terza e coerente, in quanto centralizzata.

Abstract

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

In recent years, the approach to mutual trust as the basis of judicial cooperation in criminal matters has changed. The relevant normative and jurisprudential paradigm has shifted from blind trust to the need to be sure that fundamental rights are adequately protected in the Member States of the European Union. For what concerns the CJEU's case law, this has led to the ruling given in *Aranyosi* and *Căldăraru*, where the Court developed a test related to the protection of fundamental rights in the framework of the European Arrest Warrant procedure. The issue that this article tries to tackle is whether that test might apply to other instruments of judicial cooperation in criminal matters, focusing on the framework decision on the transfer of sentenced persons, the framework decision on probation and alternative sanctions, and the framework decision on the European Supervision Order.

Claudia Cinnirella*

Sul dialogo tra Corti in materia di doppio binario sanzionatorio: il nuovo principio del *ne bis in idem*, tra proporzionalità e (restituito) margine d'apprezzamento

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Le coordinate giurisprudenziali europee di riferimento. – 3. La ridefinizione dello *standard* di tutela sovranazionale. – 4. Da Strasburgo a Lussemburgo. Quali convergenze interpretative? – 5. Tra proporzionalità e margine d'apprezzamento. – 6. La risposta della Corte costituzionale. – 7. La giurisprudenza di legittimità, tra parametri convenzionali, primato ed efficacia diretta. – 8. Considerazioni conclusive.

1. Nel corso degli ultimi anni, il panorama giurisprudenziale europeo in materia di *ne bis in idem* ha registrato un progressivo avvicinamento tra le posizioni della Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito Corte EDU) e della Corte di giustizia dell'Unione europea. Una tale convergenza emerge, oltre che dai sempre più frequenti rinvii contenuti nelle decisioni delle Corti europee, dalle scelte interpretative adottate, ed appare legata alla acquisita e condivisa consapevolezza che posizioni troppo radicali stessero mettendo a dura prova l'architettura dei sistemi sanzionatori nazionali.

Com'è noto, sia l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che l'art. 4 del Protocollo 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dell'uomo (CEDU) e delle libertà fondamentali delineano la garanzia del *ne bis in idem* quale divieto di perseguire o condannare un medesimo individuo per un reato per il quale esso sia già stato assolto o condannato con sentenza penale passata in giudicato¹. Le spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali chiariscono che

* Dottoranda di ricerca in Diritto dell'Unione europea dell'Università degli studi di Napoli "Parthenope".

¹ Per una completa disamina sul tema si rimanda a S. ALLEGREZZA, *Sub Art. 4, Prot. 7*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, pp. 894-905; B. VAN BOCKLE (ed.), *Ne Bis in Idem in EU Law*, Cambridge, 2016; E.M. MANCUSO, F. VIGANÒ, *Diritto a non essere giudicato o punito due volte (Art. 4 Prot. 7)*, in G. UBERTIS, F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, pp. 374-390; C. AMALFITANO, R. D'AMBROSIO, *Diritto a non essere giudicato o punito per due volte per lo stesso reato (Art. 50)*, in R. MASTROIANNI et al. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017, pp. 1015-1041; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Guide on Article 4 of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights*, 30 aprile 2019, www.echr.coe.int.

al principio del *ne bis in idem* in essa delineato deve essere attribuito il medesimo significato e identica portata rispetto al corrispondente diritto sancito dalla CEDU².

Al centro del dibattito vi è una garanzia tesa ad evitare la reiterazione dello *ius puniendi* dello Stato nei confronti del singolo, in virtù del rispetto di esigenze di giustizia sostanziale, stabilità dei rapporti giuridici, certezza del diritto, tutela del singolo e proporzionalità della pena³. Non da ultimo, nella sua dimensione transazionale delineata dall'art. 50 della Carta, il principio del *ne bis in idem* è volto a garantire la libertà di circolazione delle persone nel territorio dell'UE, al fine di evitare che una persona venga sottoposta a procedimento penale per i medesimi fatti sul territorio di più Stati membri⁴.

A seguito di un articolato percorso interpretativo, entrambe le Corti europee sono giunte a ravvisare i presupposti applicativi del divieto in parola nell'identità del soggetto destinatario del duplice procedimento o della duplice sanzione (*eadem personam*), nella sussistenza di due procedimenti (*bis*) di cui uno si sia concluso con decisione passata in giudicato, nonché nell'identità dei fatti materiali alla base delle accuse (*idem factum*)⁵. Da tempo, entrambe le Corti hanno altresì attratto nell'ambito applicativo *ratione materiae* del divieto le sanzioni amministrative che, a dispetto del *nomen iuris*, possano ritenersi aventi natura penale alla luce dei c.d. "criteri Engel"⁶.

Il tema ha interessato anche l'Italia, principalmente con riguardo alle ipotesi di doppia sanzione – penale e amministrativa – per fatti di omesso versamento IVA e di *market-abuse*⁷. Nelle more di un intervento legislativo interno, le soluzioni

² Con il termine *principio* non si intende riferirsi alla nota distinzione tra "*principi*" e "*diritti*" contenuta nell'art. 52, par. 5, della Carta, più volte evidenziata da dottrina e giurisprudenza, quanto all'originaria valenza del *ne bis in idem* quale principio generale del diritto dell'Unione. Sulla distinzione tra *principi* e *diritti* contenuti nella Carta dei diritti fondamentali si rimanda a: F. FERRARO, N. LAZZERINI, *Portata e interpretazione dei diritti e dei principi* (Art. 52), in R. MASTROIANNI *et al.* (a cura di), *op. cit.*, pp. 1076-1080; nonché K. LENAERTS, *Exploring the Limit of EU Charter of Fundamental Rights*, in *European Constitutional Law Review*, 2012, p. 375 ss.

³ Sul punto si veda B. VAN BOCKLE (ed.), *op. cit.*; R. NORMANDO, *Il valore, gli effetti e l'efficacia del giudicato penale*, in G. SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, IV, Torino, 2009, pp. 5-68; G. DE LUCA, *Sui limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963.

⁴ Sul punto si veda la sentenza della Corte di giustizia dell'11 dicembre 2008, causa C-297/07, *Bouquain*, punti 49-50. In dottrina, in particolare, si rimanda a C. VAN DER WYNGAERT, G. STESENS, *The International non bis in idem Principle: Resolving some of Unanswered Questions*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1999, pp. 779-804; C. AMALFITANO, *Dal Ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2002, p. 923 ss.; C. AMALFITANO, R. D'AMBROSIO, *op. cit.*; B. NASCIBENE, *Ne bis in idem, diritto internazionale e diritto europeo*, in *Eurojus*, 22 marzo 2018, www.rivista.eurojus.it.

⁵ Per una sistematica ricostruzione del principio in esame si rimanda alla dottrina sopra citata alla nota 1. Con riguardo alla prospettiva nazionale si rimanda a Corte di cassazione, Ufficio del Ruolo e del Massimario. Settore penale. *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea*, rel. n. 35/2014, www.cortedicassazione.it.

⁶ Si tratta dei criteri formulati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza dell'8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*, par. 82, poi fatti propri anche dalla Corte di giustizia nella sentenza del 5 giugno 2012, causa C-489/10, *Bonda*, punto 37, nonché ripresi nella sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åklagraren c. Hans Åkerberg Fransson*, punto 35.

⁷ Sul tema del *ne bis in idem* in relazione ai reati tributari si rimanda a P. DE PASQUALE, *Il divieto di ne bis in idem ed i reati tributari*, in G. CAGGIANO (a cura di), *Integrazione europea e sovranazionalità*, Bari, 2018, p. 294 ss. Sul *ne bis in idem* nell'ambito dei c.d. reati di *market abuse*, A. ROSANÒ, *La migliore offerta, ovvero il principio del ne bis in idem tra abusi di mercato, CEDU, diritto dell'Unione europea e diritto interno*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, pp. 763-780. In una prospettiva più ampia, relativa all'applicazione del principio del *ne bis in idem* nei rapporti tra processo penale e proce-

adottate delle Corti europee hanno rilevato profili di contrasto con l'ordinamento nazionale⁸. Questo è avvenuto per il difficile coordinamento dei risultati interpretativi raggiunti a livello europeo con i principi costituzionali nazionali che regolano la materia penale nonché per il – conseguente – gravoso compito, ricaduto sui giudici interni, di “ideare” soluzioni di compromesso volte a conformare l'ordinamento interno alla giurisprudenza comunitaria e sovranazionale.

Nel perimetro Corte EDU-Corte di giustizia-Corte costituzionale-Corte di cassazione si è così sviluppato un dialogo proteso all'individuazione di soluzioni di sistema comuni, tali da consentire la coesistenza tra i diritti fondamentali riconosciuti ed elaborati all'interno dello spazio giuridico europeo e convenzionale ed i principi costituzionali posti a fondamento della materia penale. Nell'attuale sistema giurisdizionale “ibrido” si tratta di uno sforzo culturale non di secondo momento⁹.

Sul piano normativo, il raccordo tra i diritti garantiti dalla Carta e i corrispondenti diritti conferiti dalla CEDU è demandato, com'è noto, all'art. 52, par. 3, della Carta. Si tratta di un rinvio dinamico non soltanto al testo della Convenzione e ai relativi protocolli, ma anche alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, al fine di prevenire o risolvere eventuali divergenze interpretative che possano sorgere nei casi, come quello in esame, in cui entrambe le Corti europee si trovino ad interpretare principi aventi il medesimo contenuto e salvo che il diritto dell'Unione non conceda una protezione più estesa¹⁰.

Il presente lavoro si prefigge due obiettivi: in primo luogo, intende delineare il modo in cui le due Corti europee siano giunte a riconoscere un margine d'apprezzamento statale nella regolamentazione del rinnovato principio del *ne bis in idem*. Dall'altra, il contributo mira a dimostrare come l'interazione tra la giurisprudenza europea e la giurisprudenza nazionale abbia avuto l'effetto di ridefinire il contenuto del divieto di *bis in idem* sancito nei due citati cataloghi dei diritti fondamentali, estendendolo dal divieto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso fatto al divieto di irrogare un trattamento sanzionatorio sproporzionato rispetto al fatto illecito commesso, in ragione di interpretazioni elastiche di tale principio e delle conseguenti scelte di compromesso adottate.

La prima parte del contributo delinea l'equiparazione delle tutele offerta dalle due Corti, come conseguenza dell'allineamento delle ultime pronunce della Corte di giu-

dimento disciplinare si rinvia a A. PROCACCINO, *Oltre la matière pénale. I bis in idem tra procedimento penale e procedimenti disciplinari*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019, pp. 1073-1112.

⁸ La disciplina in tema di abusi di mercato è stata modificata dal d.lgs. del 10 agosto 2018 n. 107, recante norme di adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) n. 596/2014, relativo agli abusi di mercato e che abroga la direttiva 2003/6/CE e le direttive 2003/124/UE, 2003/125/CE e 2004/72/CE. Per un commento si rimanda a F. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina*, in *Diritto penale contemporaneo*, 10 ottobre 2018, www.penalecontemporaneo.it. Per l'individuazione dei modelli sanzionatori adottati nei vari Stati membri, con specifico riguardo alla materia degli abusi di mercato, v. lo studio dell'European Securities and Markets Authority (ESMA), *Report: Actual Use of Sanctioning Powers under MA*, 26 aprile 2012, ESMA/2012/270.

⁹ L'espressione è presa in prestito da B. CORTESE, *L'ordinamento dell'Unione Europea, tra autocostruzione, collaborazione e autonomia*, Padova, 2018, p. 172. Riprendendo quanto già sviluppato dal citato A., in questa sede si intende riferirsi all'attuale meccanismo di tutela dei diritti fondamentali affidato alla collaborazione tra giudici nazionali e Corti europee, che comporta un elevato livello di accettazione delle divergenze legate all'autonomia procedurale degli Stati membri, alla differente funzione svolta dalle due Corti europee nonché alla pluralità di fonti normative di riferimento.

¹⁰ Sul tema, v. F. FERRARO, N. LAZZERINI, *op. cit.*, pp. 1076-1080.

stizia ai preesistenti orientamenti della Corte di Strasburgo. Il contributo si focalizza poi sulla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, volta ad elaborare soluzioni di “compromesso” al fine di consentire l’estensione della garanzia del *ne bis in idem* anche alla materia formalmente amministrativa. L’ultima parte del lavoro si concentra sulle soluzioni individuate dalla giurisprudenza di legittimità, nell’ottica della leale collaborazione di cui all’art. 4, par. 3, TUE, al fine di colmare le lacune di sistema e salvaguardare la tenuta complessiva dell’attuale assetto sanzionatorio nazionale.

2. Negli ultimi anni, il tema del *ne bis in idem* ha ripreso centralità in virtù dei profili di frizione fatti emergere dall’*affaire Grande Stevens* tra il procedimento sanzionatorio amministrativo e il procedimento penale, in ragione di una interpretazione “sostanzialistica” della nozione di “*matière pénale*”¹¹.

In quella occasione, alla Corte di Strasburgo era giunta una complessa vicenda finanziaria conclusasi con una duplice condanna dei ricorrenti, per i medesimi fatti storici di manipolazione del mercato, consistente sia nel pagamento di una sanzione amministrativa, *ex art.* 187 *ter* del d.lgs. n. 58 del 1998 (di seguito TUF), sia alla pena prevista dall’art. 185 TUF. Modificando la sua giurisprudenza, la Corte EDU aveva vietato il cumulo di procedimenti *sostanzialmente* penali, interpretati alla luce dei c.d. criteri *Engel*, a carico della medesima persona e per gli stessi fatti storicamente intesi.

È appena il caso di ricordare che i criteri *Engel* rappresentano autonomi parametri di giudizio formulati dalla Corte di Strasburgo, poi fatti propri anche dalla Corte di giustizia, utilizzati al fine di individuare quando una sanzione qualificata *formalmente* come amministrativa, fiscale, doganale o disciplinare nell’ordinamento giuridico di provenienza, rivesta, in realtà, natura *sostanzialmente* penale ai fini della Convenzione o della Carta dei diritti fondamentali¹². Tali criteri concernono a) la qualificazione giuridica data alla sanzione dal diritto interno; b) la natura dell’illecito; c) la natura e gravità della sanzione. Mentre il primo criterio ha generalmente una funzione orientativa, il secondo e il terzo sono utilizzati in modo alternativo,

¹¹ Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*. Per un commento alla sentenza si vedano, *ex multis*, M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, p. 1053 ss.; G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e “doppio binario” sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza “Grande Stevens” nell’ordinamento italiano*, in *Diritto penale contemporaneo*, 30 giugno 2014, www.penalecontemporaneo.it; Id., *Diritto dell’UE e della CEDU e problema del bis in idem*, in *Libro dell’anno del diritto 2015*, Roma, 2015, p. 664 ss.; G.M. FLICK, V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? “Materia penale”, giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte Edu, 4 marzo 2014, sul market abuse*, in *Rivista AIC*, 2014, n. 3; G.M. FLICK, V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall’affaire Grande Stevens: dal bis in idem all’e pluribus unum?*, in *Rivista delle società*, 2015, p. 868 ss.; B. LAVARINI, *Corte europea dei diritti umani e ne bis in idem: la crisi del “doppio binario” sanzionatorio*, in *Diritto penale e processo*, 2014, pp. 87-89; M. MANETTI, *Il paradosso della Corte EDU, che promuove la Consob benché non sia imparziale e blocca il giudice penale nel perseguimento dei reati di “market-abuse”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, p. 2942 ss.; B. NASCIMBENE, *Autorità amministrative indipendenti e sanzioni “penali”. Un’occasione di confronto fra CEDU e diritto UE*, in *Eurojus*, 2014, www.rivista.eurojus.it; A.F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L’Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 marzo 2014, www.penalecontemporaneo.it. L’orientamento inaugurato con *Grande Stevens* è stato confermato in numerose pronunce, tra le quali si ricordano: sentenza del 20 maggio 2014, *Nykanen c. Finlandia*; sentenza del 27 novembre 2014, *Lucky Dev. c. Svezia*.

¹² Sentenza *Engel c. Paesi Bassi*, par. 82; sentenze della Corte di giustizia *Bonda*, punto 37; *Åkerberg Fransson*, punto 35.

senza tuttavia escludere una valutazione cumulativa qualora l'analisi distinta di ciascun criterio non consenta di pervenire ad una chiara conclusione circa l'esistenza di un'accusa in materia penale¹³.

La soluzione *Grande Stevens* aveva paventato cortocircuiti in diversi sistemi sanzionatori nazionali tra cui anche quello italiano. Ciò in quanto la garanzia del *ne bis in idem* prevista dall'art. 649 c.p.p. non può essere applicata anche alle sanzioni aventi natura *formalmente* amministrativa. Particolare preoccupazione sembrava destare, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, la possibilità che l'estensione del divieto del *bis in idem* anche alle sanzioni amministrative avrebbe portato alla determinazione del trattamento sanzionatorio in via del tutto casuale, a seconda del procedimento conclusosi per primo¹⁴.

Al fine di evitare la conseguente e tendenziale messa al bando dei sistemi a "doppio binario" sanzionatorio, la Corte EDU ha successivamente rimodulato le sue posizioni tramite il ricorso, in *A e B c. Norvegia*, e poi in *Jóhannesson e altri c. Islanda*, alla "clausola di salvaguardia" della "sufficient close connection in substance and time" tra i procedimenti e le sanzioni¹⁵. In entrambi i casi, che avevano ad oggetto la doppia imposizione di una sanzione penale ed una para-penale per gli stessi fatti storici di frode fiscale, la Corte ha chiarito che in presenza di un nesso temporale e materiale sufficientemente stretto tra i procedimenti e le sanzioni può ritenersi esclusa la configurazione di una eventuale ripetizione di procedimenti e di pene¹⁶. Di tal guisa, i giudici di Strasburgo hanno ridotto la portata applicativa del divieto in esame, tornando ad ammettere il cumulo tra sanzioni penali e sanzioni amministrative – ma sostanzialmente penali – in presenza di taluni indici sintomatici di raccordo tra i procedimenti e le sanzioni, che saranno nel seguito esaminati.

Sullo stesso tema, qualche tempo prima, alla Corte di giustizia era stato chiesto se fosse compatibile con il diritto dell'Unione, e in particolare con l'art. 50 della Carta, il simultaneo avvio di procedimenti penali nei confronti di un imputato già condannato in via amministrativa per i medesimi fatti di frode fiscale aggravata. Nella sentenza *Åkerberg Fransson*, la Corte di giustizia chiariva che l'art. 50 della Carta non vieta una convergenza di potestà sanzionatorie, penale e amministrativa, su un medesimo fatto, essendo rimessa agli Stati membri la scelta delle sanzioni applicabili al fine di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione¹⁷. Tuttavia, una tale discrezionalità, secondo i Giudici di Lussemburgo, trova un limite in presenza di un cumulo di sanzioni che, alla luce dei menzionati criteri *Engel*, sono da conside-

¹³ Sul punto, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 23 novembre 2006, *Jussilia c. Finlandia*, paragrafi 30-31. L'operazione di riqualificazione di una sanzione amministrativa comporta la sua riconduzione al corollario delle garanzie penali sancite tanto dalla Convenzione europea quanto dalla Carta dei diritti fondamentali, tra cui il divieto di *bis in idem* previsto dall'art. 4 del Protocollo n. 7, CEDU e dall'art. 50 della Carta.

¹⁴ Per una completa disamina delle criticità sorte a seguito della pronuncia *Grande Stevens* si rimanda alla dottrina sul tema già estensivamente citata.

¹⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, con nota di G. DE MARZO, *Nota a Corte eur. Dir. Uomo Grande camera 15 novembre 2016 (A e B c. Norvegia)*, in *Il Foro italiano*, 2017, c. 53 s.; R. RUDONI, *Sul ne bis in idem convenzionale: le irriducibili aporie di una giurisprudenza casistica*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, pp. 825-849. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 18 maggio 2017, *Jóhannesson e a. c. Islanda*.

¹⁶ Sentenza *A e B c. Norvegia*, par.130.

¹⁷ S. MONTALDO, *L'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il principio del "ne bis in idem"*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, pp. 574-580.

rarsi “sostanzialmente” penali. In tali circostanze, il giudice nazionale, investito del compito di valutare la natura delle sanzioni, ha il potere-dovere di “disapplicare” la normativa interna ritenuta in contrasto con il divieto di *bis in idem* a condizione che le rimanenti sanzioni siano effettive, dissuasive e proporzionate e, pertanto, idonee a tutelare gli interessi finanziari dell’Unione¹⁸.

Un tale intreccio giurisprudenziale ha generato, soprattutto all’interno delle corti nazionali, una notevole incertezza applicativa. In particolare, posto che le ultime sopraccitate pronunce della Corte EDU avevano avuto l’effetto pratico di “ridurre” il livello di tutela approntato dal *ne bis in idem*, nel senso di ammettere, a determinate e piuttosto larghe condizioni, il cumulo di procedimenti *sostanzialmente* penali, ci si chiedeva se il diritto dell’Unione avesse dovuto equiparare tale livello o, per converso, concedere “una protezione più estesa” alla luce dell’art. 52, par. 3, della Carta.

3. In tre più recenti pronunce, tutte di matrice italiana, la Corte di giustizia, superando il “metodo *Fransson*”, consistente nel “bilanciamento” tra diritti fondamentali e obiettivi di interesse generale dell’Unione, ha vagliato la compatibilità del doppio binario sanzionatorio alla luce dell’art 50 della Carta per il tramite del ricorso alla clausola orizzontale contenuta nell’art. 52, par. 1 della stessa¹⁹. Si tratta delle cause *Luca Menci*, *Garlsson Real Estate SA e a. c. Consob* e *Enzo di Puma c. Consob* e *Consob c. A. Zecca*.

Il primo caso riguarda il Signor Menci, al quale era stata irrogata, da parte dell’amministrazione finanziaria italiana, una sanzione amministrativa divenuta definitiva per fatti di omesso versamento IVA. Poco dopo, nei confronti dello stesso veniva avviato un procedimento penale per i medesimi fatti storici. Nella situazione opposta si trovava il sig. Ricucci, protagonista della seconda causa, il quale, nel corso di un procedimento volto a contestare una sanzione amministrativa pecuniaria irrogata per fatti di manipolazione del mercato, faceva valere il divieto di *bis in idem* in ragione di una condanna penale passata in giudicato e irrogata a fronte dei medesimi fatti storici. In entrambi i casi alla Corte di giustizia veniva chiesto se l’art. 50 della Carta, interpretato alla luce dell’art. 4 Protocollo 7 CEDU, potesse essere inteso nel senso di impedire la celebrazione di un procedimento – rispettivamente penale o amministrativo – avente ad oggetto un fatto per cui il medesimo soggetto avesse già riportato una condanna ad una sanzione – amministrativa o penale – divenuta irrevocabile.

Con riguardo alla sentenza *Enzo Di Puma*, è indispensabile qualche considerazione ulteriore, legata alla parziale diversità della vicenda alla base della pronuncia. In questo caso, il ricorrente faceva valere, ai sensi dell’art 654 c.p.p., l’autorità della

¹⁸ Sentenza *Åkerberg Fransson*, punto 36. In *Grande Stevens*, par. 229, la Corte di Strasburgo richiamava proprio questa pronuncia per disattendere le argomentazioni del Governo italiano e supportare la propria soluzione.

¹⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 20 marzo 2018, causa C-524/15, *Luca Menci*; sentenza del 20 marzo 2018, causa C-537/16, *Garlsson Real Estate*; sentenza del 20 marzo 2018, cause riunite C-596 e 597/16, *Di Puma* e *Zecca*. Sul punto si vedano E. BINDI, A. PISANESCHI, *La Corte di Giustizia: il doppio binario nei reati di market abuse è illegittimo e l’art. 50 della Carta europea dei diritti fondamentali è norma direttamente applicabile*, in *Osservatorio costituzionale*, 2018, n. 2, pp. 1-19; F. CONSULICH, *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del giudice eurounitario*, in *Diritto penale e processo*, 2018, pp. 949-959; B. NASCIBENE, *Ne bis in idem*, cit.; B. PEETERS, *The Ne Bis in Idem Rule: Do the EUCJ and the ECtHR Follow the Same Track?*, in *Ec Tax Review*, 2018, pp. 182-185; N. RECCHIA, *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di Giustizia dell’Unione Europea in tema di Ne bis in Idem*, in *Eurojus*, 22 marzo 2018, www.rivista.eurojus.it; A. ROSANÒ, *op. cit.* Per un’analisi sulla portata applicativa dell’art. 52 della Carta si rimanda a F. FERRARO, N. LAZZERINI, *op. cit.*, p. 1066.

res iudicata di una sentenza penale di assoluzione nel procedimento amministrativo pendente davanti alla Consob. Entrambi i procedimenti avevano ad oggetto condotte di c.d. *insider trading*, previste e sanzionate, in ambito penale dall'art. 184 TUF e, in ambito amministrativo, dall'art. 187 *bis* TUF. In tale contesto, il giudice remittente si era interrogato sul rapporto tra l'art. 14, par. 1, della direttiva 2003/6/CE, che impone agli Stati membri di reprimere gli abusi di informazioni privilegiate con sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive e il *ne bis in idem*. In particolare, alla Corte veniva chiesto se l'art. 14, par. 1, della summenzionata direttiva, letto alla luce dell'art. 50 della Carta, dovesse essere inteso nel senso di imporre al giudice nazionale di irrogare una sanzione amministrativa per gli stessi fatti su cui si fosse già formato un giudicato penale di assoluzione, con pregiudizio del valore della cosa giudicata.

In primo luogo, la Corte ha sottolineato la necessità che le misure imposte dal diritto nazionale siano previste dalla legge, circostanza legata alla sussistenza di una espressa previsione normativa tanto delle sanzioni penali quanto di quelle amministrative. In secondo luogo, eventuali limitazioni al principio del *ne bis in idem* devono rispettarne il contenuto essenziale, essendo dunque necessario che il cumulo di sanzioni sia sorretto da condizioni fissate tassativamente dalla legge. In terzo luogo, tali limitazioni devono rispondere ad un obiettivo di interesse generale dell'Unione, riferimento che comprende gli obiettivi citati dall'art. 3 TUE, gli obiettivi tutelati da specifiche disposizioni dei Trattati – come la tutela degli interessi finanziari dell'Unione sancita dall'art. 325 TUE e dagli articoli 2 e 273 della direttiva 2006/112 –, nonché gli obiettivi riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, come la tutela dei mercati finanziari dell'Unione e la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari²⁰.

La Corte ha altresì chiarito che il cumulo tra i procedimenti e le sanzioni può essere giustificato se, in vista del perseguimento dei sopracitati obiettivi, detti procedimenti e dette sanzioni perseguano scopi complementari, concernenti aspetti diversi della medesima condotta interessata. Tale condizione ricorrerebbe, per esempio, qualora le sanzioni amministrative mirino a scoraggiare e reprimere ogni violazione, intenzionale o meno, del divieto, rimettendo alle sanzioni penali il compito di prevenire o sanzionare solo quelle condotte particolarmente dannose per la società che giustificano l'adozione di sanzioni più severe.

Tuttavia, il nucleo centrale del nuovo *iter* interpretativo della Corte di giustizia sembra risiedere nel richiamo al principio di proporzionalità. In particolare, da una parte, la normativa nazionale deve prevedere strumenti di coordinamento tra i due procedimenti che si svolgono in modo indipendente tra loro, al fine di ridurre a quanto strettamente necessario l'ulteriore aggravio che un siffatto cumulo comporta per gli interessati (c.d. *proporzionalità materiale*). Dall'altra, la normativa interna deve garantire che la severità risultante dal cumulo delle sanzioni inflitte sia proporzionata all'effettiva gravità dell'illecito commesso nonché al principio di proporzionalità delle pene, ai sensi dell'art. 49, par. 3, della Carta (c.d. *proporzionalità formale*)²¹.

²⁰ Sul punto si veda sentenza della Corte di giustizia del 23 dicembre 2009, causa C-45/08, *Spector Photo Group e Van Raemdonck*, punti 37 e 42; sentenza *Garlsson Real Estate*, punto 46.

²¹ Per una chiara disamina sulle declinazioni del principio di proporzionalità, come elaborato nella dimensione europea all'interno della materia penale si rimanda a V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2012, p. 839 ss.; A.M. MAUGERI, *Il principio di proporzione nelle scelte punitive del legislatore europeo: l'alternativa delle sanzioni amministrative comunitarie*, in G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato*

Così, nel caso *Menci*, la Corte ha ritenuto la normativa tributaria italiana conforme ai requisiti appena illustrati. Nello specifico, il coordinamento tra i procedimenti è stato ritenuto integrato dalla previsione di soglie di punibilità che subordinano l'esercizio dell'azione penale a reati di una certa gravità²². Quanto alla proporzionalità delle sanzioni, l'art. 21 del d.lgs. n. 74 del 2000 non solo sospende, ma osta definitivamente all'esecuzione della sanzione amministrativa una volta che sia intervenuta la condanna penale dell'interessato. A ciò si aggiunge il fatto che il pagamento volontario del debito tributario, purché comprenda anche la sanzione amministrativa irrogata, costituisce una circostanza attenuante speciale di cui tener conto nel processo penale²³. Ciò, nel complesso, è apparso idoneo sia a ridurre l'aggravio derivante dal cumulo dei procedimenti quanto a garantire che la severità delle sanzioni imposte non ecceda la gravità dell'illecito commesso.

Per contro, nel caso *Garlsson Real Estate*, pur in presenza di uno strumento di coordinamento tra i due procedimenti, individuabile nell'obbligo di cooperazione e coordinamento tra il pubblico ministero e la Consob, ai sensi dell'art. 187 *decies* TUF, l'aggravio derivante dal cumulo delle sanzioni inflitte è stato ritenuto sproporzionato rispetto al conseguimento degli obiettivi perseguiti²⁴. Questo perché l'art. 187 *terdecies* TUF consente, in presenza di un cumulo tra la sanzione amministrativa *ex* art. 187 *ter* TUF e la multa irrogata *ex* art. 185 TUF, l'esazione della sanzione penale pecuniaria nei limiti eccedenti quella amministrativa, senza tuttavia prevedere alcun tipo di raccordo per i casi in cui il cumulo comprenda anche una pena detentiva. Alla luce di quanto appena illustrato, la normativa italiana in materia di abusi di mercato è stata ritenuta sproporzionata rispetto a quanto strettamente necessario per tutelare l'integrità dei mercati finanziari dell'Unione e la fiducia degli investitori²⁵.

Nel terzo caso, la Corte di giustizia, lasciata impregiudicata l'autorità della cosa giudicata e riqualficata la sanzione amministrativa alla luce dei criteri *Engel*, ha riconosciuto che la tutela conferita dal divieto di *bis in idem* si estende anche ai casi di assoluzione definitiva, così precludendo la celebrazione di un nuovo procedimento volto all'irrogazione di una sanzione para-penale²⁶. Di conseguenza, l'avvio di un procedimento amministrativo inteso a sanzionare i medesimi fatti su cui fosse intervenuta una sentenza definitiva di assoluzione è stato ritenuto sproporzionato rispetto all'obiettivo di proteggere l'integrità dei mercati finanziari e la fiducia degli investitori, oltretutto sprovvisto di qualsivoglia fondamento, posto che una pronuncia aveva già accertato l'insussistenza dei fatti alla base del nuovo procedimento²⁷.

In definitiva, la Corte ha vagliato la compatibilità della normativa nazionale con il disposto degli articoli 50 e 52, par. 1, della Carta, alla luce del principio di proporzionalità *materiale* rimettendo, per contro, l'individuazione del canone di proporzionalità *formale*, e dunque della concreta individuazione della sanzione irrogabile, alla discrezionalità del giudice nazionale, in ragione delle peculiarità del caso concreto²⁸.

di Lisbona, Milano, 2011, p. 67 ss.; S. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, n. 1, pp. 111-122.

²² Sentenza *Menci*, punto 54.

²³ *Ivi*, punto 56.

²⁴ Sentenza *Garlsson Real Estate*, punto 57.

²⁵ *Ivi*, punti 60-61.

²⁶ Sentenza *Di Puma*, punto 40.

²⁷ *Ivi*, punti 43-44.

²⁸ Sentenza *Menci*, punto 59.

Non da ultimo, è opportuno ricordare che, conformemente alle conclusioni dell'Avvocato generale Sánchez-Bordona, la Corte ha chiarito che l'art. 50 della Carta è norma idonea a produrre effetti diretti, poiché sufficientemente precisa ed incondizionata²⁹. È compito del giudice nazionale dare applicazione al divieto di *bis in idem* sancito dalla Carta, come interpretato dalla più recente giurisprudenza della Corte, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione nazionale con esso contrastante, anche posteriore. Inoltre, dalla sopraesposta giurisprudenza sembrerebbe emergere che l'effetto di disapplicazione connesso all'art. 50 della Carta attenga esclusivamente al piano sanzionatorio, impedendo non tanto il procedimento di irrogazione della seconda sanzione quanto la sua esecuzione, qualora il cumulo complessivo dei provvedimenti appaia sproporzionato rispetto al disvalore del fatto. Sotto questo profilo, il piano applicativo – o *disapplicativo* – del divieto di *bis in idem* di cui all'art. 50 della Carta sembra confondersi con quello del principio di proporzionalità delle pene di cui all'art. 49, par. 3, della stessa. Allo stadio attuale, tali considerazioni sembrerebbero essere suffragate dai recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità che verranno analizzati nel prosieguo³⁰.

4. Come sopra accennato, la clausola di omogeneità prevista dall'art. 52, par. 3, della Carta stabilisce che qualora “la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla [CEDU], il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione”, senza che ciò precluda al diritto dell'Unione di fornire una protezione più estesa. Le stesse spiegazioni relative all'art. 50 della Carta precisano che, nei casi di applicazione del principio del *ne bis in idem* per fatti commessi all'interno di un solo Stato membro – e dunque con riguardo alle medesime situazioni contemplate dall'art. 4, Protocollo 7 CEDU – “il diritto garantito [dalla Carta] ha lo stesso significato e la stessa portata del corrispondente diritto sancito dalla CEDU”.

Come sopra ricordato, con *A e B c. Norvegia*, la Corte EDU ha ridimensionato lo standard di tutela offerto dall'art. 4, Protocollo 7 CEDU, ammettendo il doppio binario sanzionatorio in presenza di una “sufficient close connection in substance and time” tra i procedimenti e le sanzioni. Ai fini della valutazione del parametro sostanziale, la Corte EDU ha imposto di accertare a) se i distinti procedimenti perseguono finalità complementari in modo da investire, in concreto, aspetti diversi della medesima condotta; b) se la pluralità di procedimenti sia una conseguenza prevedibile, sia a livello normativo, che in pratica, della medesima condotta in esame; c) se i procedimenti siano condotti in modo da evitare ogni possibile duplicazione nella raccolta e nella valutazione delle prove, tramite adeguate interazioni tra le autorità competenti, tali da consentire l'utilizzo dell'accertamento dei fatti operato in un procedimento nel corso dell'altro; d) se, soprattutto, la sanzione imposta nel procedimento che viene definito anteriormente sia presa in considerazione ai fini dell'irrogazione della sanzione nel procedimento successivo, in modo da non gravare il soggetto con un onere eccessivo. La Corte EDU ha ulteriormente chiarito che tale ultimo requisito può essere soddisfatto attraverso norme che prevedano meccanismi compensativi idonei ad assicurare la proporzionalità tra il fatto commesso e le san-

²⁹ Sentenza *Garlsson Real Estate*, punti 65-67; sentenza *Åkerberg Fransson*, punti 45-46. Sul tema si rimanda a F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, nn. 3-4, pp. 219-238.

³⁰ Si rimanda al par. 7 del presente contributo.

zioni complessivamente irrogate³¹. Quanto alla connessione temporale, essa deve essere colta non tanto in termini di simultaneo svolgimento dei procedimenti ma in vista dell'obiettivo perseguito dall'art. 4, Protocollo 7, di evitare che l'individuo sia sottoposto ad incertezze e ritardi procedurali. Quanto più il nesso temporale sarà debole, tanto più, sostiene la Corte, incombe in capo allo Stato l'onere di giustificare l'eccessiva protrazione dei procedimenti nel tempo³².

L'Avvocato generale, nelle conclusioni presentate per la causa *Menci*, aveva auspicato che la Corte di giustizia non aderisse al nuovo orientamento di Strasburgo³³. Ciò in quanto, a sua detta, l'art. 50 della Carta enucleerebbe un diritto fondamentale non derogabile, tale da richiedere, da parte dei giudici di Kirchberg, uno standard di tutela autonomo rispetto a quello creato dalla Corte EDU. Inoltre, l'adozione, da parte della Corte di giustizia, del criterio della "sufficient close connection" avrebbe aggiunto notevole incertezza e complessità nel riconoscimento di un diritto fondamentale che, per converso, richiederebbe prevedibilità e certezza applicativa³⁴.

Dal canto suo, la Corte di giustizia, sin dalla mancata adesione dell'Unione alla Convenzione EDU, ha in diverse pronunce ricordato che sebbene "come confermato dall'articolo 6, par. 3, TUE, i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali e anche se l'articolo 52, par. 3, della Carta impone di dare ai diritti in essa contemplati e corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU lo stesso significato e la stessa portata di quelli loro conferiti dalla suddetta Convenzione, quest'ultima non costituisce, fintantoché l'Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione"³⁵. Nelle pronunce in esame, tuttavia, pur continuando a rivendicare l'autonomia interpretativa del diritto dell'Unione, i giudici di Lussemburgo sono giunti a risultati pratici molto vicini a quelli adottati dalla Corte EDU, consentendo limitazioni al *ne bis in idem* in presenza delle condizioni elencate nell'art. 52, par. 1, della Carta³⁶. Tant'è che, nel delineare i nuovi confini europei del divieto, la Corte di giustizia ha richiamato la "sufficient close connection in substance and time" delineata da Strasburgo al fine di vagliare la conformità del nuovo standard di tutela conferito all'art. 50 della Carta con quello riconosciuto dall'art. 4, Protocollo 7, CEDU³⁷.

La parziale sovrapposizione tra i due sistemi di tutela emerge se si guarda ai criteri della complementarità degli scopi delle sanzioni, della prevedibilità della risposta sanzionatoria e della necessaria previsione di strumenti di raccordo tra i procedimenti e le sanzioni, nonché, soprattutto, del richiamo alla proporzionalità tra disvalore del fatto e carico sanzionatorio. Diformità sembrerebbero permanere invece laddove si guardi alla mancata condivisione della connessione temporale tra i procedimenti che è tenuta in debito conto solo dalle ultime menzionate pronunce

³¹ Sentenza *A e B c. Norvegia*, par. 132.

³² *Ivi*, par. 134.

³³ Conclusioni dell'Avvocato generale M. Campos Sánchez-Bordona del 12 settembre 2017, causa C-524/15, *Luca Menci*, con commento di P. DE PASQUALE, *Note a margine delle conclusioni nel caso Menci: la storia del divieto di ne bis in idem non è ancora finita*, in *Il Diritto dell'Unione Europea (Osservatorio Europeo)*, 31 ottobre 2017, www.dirittounioneeuropea.eu.

³⁴ Conclusioni *Menci*, punti 63-73.

³⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2013, causa C-501/11, *Schindler Holding e altri c. Commissione*, punto 32.

³⁶ Sentenza *Menci*, punti 22-24; sentenza *Garlsson Real Estate*, punti 24-26.

³⁷ Sentenza *Menci*, punti 61-62.

della Corte EDU. Nel complesso, entrambe le Corti hanno voluto restituire spazio, dopo la sofferta parentesi *Grande Stevens*, all'autonomia procedurale degli Stati nella definizione e nella articolazione dei sistemi sanzionatori nazionali. Il criterio della "sufficient close connection in substance and time" tra i procedimenti e le sanzioni, adottato dalla Corte EDU, ha restituito cittadinanza al doppio binario sanzionatorio nell'ambito della Convenzione, reintroducendo altresì considerazioni legate alla adeguatezza della sanzione. Similmente sembra aver fatto la Corte di giustizia, estendendo l'interpretazione del principio del *ne bis in idem* dall'ambito strettamente procedurale, di cui all'art. 50 della Carta, a quello sostanziale, di cui all'art. 49, par. 3, della stessa³⁸. La medesima Corte, anche laddove ha censurato la disciplina italiana, non ha tuttavia mancato di rimettere l'ultima parola al giudice nazionale, restituendogli ampio margine interpretativo in un'ottica di leale collaborazione³⁹.

5. Come sopra accennato, sia la giurisprudenza convenzionale che quella comunitaria sembrano convergere nel voler restituire agli ordinamenti nazionali uno spazio di discrezionalità nella strutturazione dei rispettivi sistemi sanzionatori. In entrambi i casi emerge la natura sussidiaria dei due cataloghi dei diritti fondamentali rispetto alla normativa nazionale in materia di doppio binario sanzionatorio.

Tale circostanza è stata resa nota dalla Corte EDU laddove ha affermato che "whilst a particular duty of care to protect the specific interests of the individual sought to be safeguarded by Article 4 of Protocol No. 7 is incumbent on the Contracting States, there is also, (...), a need to leave the national authorities a choice as to the means used to that end" in quanto "it is in the first place for the Contracting States to choose how to organize their legal system, including their criminal-justice procedures"⁴⁰. La Corte ha posto alla base di tale scelta la diversità tra i sistemi sanzionatori degli Stati contraenti, la mancata ratifica del Protocollo 7 da parte di alcuni di essi nonché le riserve e le dichiarazioni interpretative emesse in sede di ratifica al fine di limitare l'applicazione dell'art. 4 alla sola materia penale qualificata tale dal diritto nazionale. Tale apparato argomentativo è stato altresì rafforzato mediante il richiamo alle considerazioni espresse dall'Avvocato generale Cruz Villalón nella causa *Åkerberg Fransson*, il quale aveva evidenziato l'ampia

³⁸ Per una riflessione sul nuovo modello sostanziale del *ne bis in idem* si rimanda a M. DONINI, *Septies in idem. Dalla «materia penale» alla proporzione delle pene multiple nei modelli italiano ed europeo*, in *Cassazione penale*, 2018, p. 2284 ss; A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, pp. 1049-1086. L'esigenza di giustizia sostanziale non è estranea alla giurisprudenza comunitaria. In materia di concorrenza, nella sentenza della Corte di giustizia del 13 febbraio 1969, causa 14/68, *Walt Wilhelm e altri c. Bundeskartellamt*, punto 11, nel riconoscere la compatibilità con il diritto dell'Unione della irrogazione di una duplice sanzione ad esito dei procedimenti condotti davanti la Commissione e la competente autorità nazionale per la concorrenza a fronte di un medesimo illecito, la Corte di giustizia precisava che "in virtù dell'esigenza generale di equità, che del resto trova espressione all'articolo 90, n. 2, ultima parte, del trattato CECA, (...) si tenga conto, nel determinare la sanzione, delle decisioni repressive anteriori". Nell'ambito Convenzionale, la precedente giurisprudenza di Strasburgo ha in prevalenza attribuito al divieto di *bis in idem* di cui all'art. 4, Protocollo 7, CEDU, natura procedurale. Tuttavia, l'esigenza di giustizia sostanziale si ritrova in talune più datate pronunce, tra cui: Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze del 23 ottobre 1995, *Gradinger c. Austria*; del 30 maggio 2002, *W.F. c. Austria*; del 6 giugno 2002, *Sailer c. Austria*. In dottrina si veda E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, p. 88.

³⁹ Sentenza *Garlsson Real Estate*, punto 59.

⁴⁰ Sentenza *A e B c. Norvegia*, rispettivamente paragrafi 117 e 120.

diffusione, all'interno dell'Unione, di sistemi a doppio binario sanzionatorio nonché la pluralità delle modalità di raccordo e cumulo tra le sanzioni⁴¹. In questo contesto, il margine d'apprezzamento lasciato agli Stati contraenti consente loro di optare per una pluralità di soluzioni funzionali al raccordo, materiale e temporale, dei procedimenti e delle sanzioni. I singoli Stati possono propendere “for conducting the proceedings progressively in instances where doing so is motivated by interests of efficiency and the proper administration of justice, pursued for different social purposes, and has not caused the applicant to suffer disproportionate prejudice”, purché tramite il raccordo temporale si tuteli l'individuo “from being subjected to uncertainty and delay and from proceedings becoming protracted over time”⁴².

Il compito della Corte diventa quello di verificare se, nel complesso, le risposte giuridiche combinate adottate dai singoli ordinamenti non rappresentino un onere eccessivo per il soggetto interessato. Il *test* di legittimità “europea” della “sufficient close connection in substance and time” parrebbe fungere da limite all'esercizio del margine d'apprezzamento restituito agli Stati, consentendo ai giudici di Strasburgo di esercitare il vaglio sulla ragionevolezza delle misure adottate a livello nazionale⁴³.

Tanto in *A e B c. Norvegia* quanto in *Jøhannesson e altri c. Islanda*, la Corte EDU conclude il proprio esame valutando la proporzionalità della risposta giuridica integrata subito dai ricorrenti, così da determinare la legalità delle misure adottate nei loro confronti⁴⁴. Si tratta di una valutazione riassuntiva di bilanciamenti operati mediante il ricorso ai criteri elaborati dalla Corte EDU, riguardo ai quali si è già ampiamente discusso. Similmente accade a Lussemburgo, ove la misura della discrezionalità lasciata allo Stato membro sembra legata all'utilizzo più o meno stringente da parte della Corte di giustizia del principio di proporzionalità⁴⁵. In dottrina è stato delineato come il principio di proporzionalità possa essere inteso come l'altra faccia del margine di apprezzamento posto che più è intenso lo *standard* di valutazione della proporzionalità più si riduce la discrezionalità lasciata allo Stato membro, delineandosi con più precisione i confini entro i quali possono muoversi le autorità statali⁴⁶. Proprio nell'analisi sulla proporzionalità sembra risiedere l'equipa-

⁴¹ *Ivi*, par. 118.

⁴² *Ivi*, par. 134. Quanto appena detto si riferisce all'applicazione del divieto del *ne bis in idem* solamente nell'ambito del doppio binario sanzionatorio. Solo in questi casi parrebbe infatti ammettersi un margine d'apprezzamento a favore degli Stati contraenti, con la conseguente esclusione di tale materia dalla clausola di inderogabilità sancita nello stesso art. 4, par. 3, Protocollo 7, che per contro, sembrerebbe rimanere confinata al solo “nucleo duro” del diritto penale. Di contrario avviso si è mostrato il giudice P. Pinto de Albuquerque nella sua *dissenting opinion* alla sentenza *A e B c. Norvegia*, par. 49.

⁴³ Sentenza *A e B c. Norvegia*, par. 124. In dottrina, sul tema del margine d'apprezzamento si rimanda, in particolare, a R. SAPIENZA, *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1991, pp. 571-614; Y. ARAI-TAKASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Cambridge, 2001; J.P. COT, *Margin of Appreciation*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013; P. AGHA (ed.), *Human Rights between Law and Politics. The Margin of Appreciation in Post-National Contexts*, Oxford, 2017.

⁴⁴ Sentenza *A e B c. Norvegia*, paragrafi 144-153; sentenza *Jøhannesson e altri c. Islanda*, par. 54 s.

⁴⁵ Per una disamina sul principio di proporzionalità nel diritto UE si rinvia a N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*, London, 1991; T.I. HARBO, *The Function of the Proportionality Principle in EU Law*, in *European Law Journal*, 2010, pp. 158-185; K. SHAW, *The Court of Justice of the European Union. Subsidiarity and Proportionality*, Leiden, 2018.

⁴⁶ Y. ARAI-TAKASHI, *op. cit.*, p. 14, che così delinea la stretta connessione tra proporzionalità e margine d'apprezzamento: “it is possible to consider the application of the proportionality principle as the

razione dei livelli di tutela approntata dalla giurisprudenza delle due Corti europee⁴⁷.

Richiamando – con i dovuti accorgimenti – le argomentazioni adottate dalla Corte EDU, anche la Corte di giustizia ha chiarito che “in assenza di armonizzazione del diritto dell’Unione in materia, gli Stati membri possono (...) legittimamente prevedere tanto un regime nel quale i reati in materia di IVA possono costituire oggetto di procedimenti e di sanzioni unicamente una volta, quanto un regime che autorizza un cumulo di procedimenti e di sanzioni”⁴⁸. In questo contesto, il livello di armonizzazione della materia sembrerebbe essere inversamente connesso al livello di discrezionalità che la Corte di giustizia riconosce agli Stati membri, insieme ad un maggior margine di manovra che dovrebbe consentire agli stessi di tutelare l’identità nazionale⁴⁹.

A partire dall’art. 52, par. 1, della Carta, la Corte di giustizia ha utilizzato il test di proporzionalità per vagliare la compatibilità con il diritto UE della normativa nazionale, articolandolo su due livelli. Il primo attiene alla proporzionalità materiale e concerne l’esame sulla idoneità e necessità delle misure adottate rispetto allo scopo perseguito. Sul punto, la Corte di giustizia – come d’altronde anche la Corte EDU – si è occupata di verificare la prevedibilità della risposta sanzionatoria e l’adeguatezza della misura adottata rispetto allo scopo perseguito⁵⁰. Il secondo livello attiene invece al piano della proporzionalità della pena rispetto alla gravità dell’illecito commesso, alla luce dell’art. 49, par. 3, della Carta. Sul punto, la Corte di giustizia ha chiarito che compito del giudice nazionale è quello di valutare “la proporzionalità dell’applicazione concreta della summenzionata normativa nell’ambito del procedimento principale, ponderando, da un lato, la gravità del reato (...) in discussione e, dall’altro, l’onere risultante concretamente per l’interessato dal cumulo dei procedimenti e delle sanzioni di cui al procedimento principale”, ossia la c.d. proporzionalità formale⁵¹. Il peculiare ruolo della Corte di giustizia nonché le finalità proprie del rinvio pregiudiziale hanno consentito ai giudici di Lussemburgo di rimettere al giudice nazionale il compito di verificare l’aderenza al caso concreto delle considerazioni sviluppate in sede europea, in un’ottica di leale collaborazione. Per converso, la Corte EDU ha dovuto essa stessa valutare la proporzionalità delle misure adottate in sede nazionale, in ragione delle caratteristiche proprie del giudi-

other side of the margin of appreciation. The more intense the standard of proportionality becomes, the narrower the margin allowed to national authorities. If a reasonable or fair balance is found, the national authorities are considered to remain within the bounds of appreciation. It is proposed that the principle of proportionality should be deployed as a device to ascertain whether national authorities have overstepped their margin of appreciation”.

⁴⁷ *Ex multis*, D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1999, p. 744 ss.; YUTAKA ARAI-TAKASHI, *op. cit.*; A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford, 2012; F. MENA PARRAS, *From Strasbourg to Luxembourg? Transposing the Margin of Appreciation Concept into EU Law*, Centre Perelman de Philosophie du Droit Working Papers Series, WP n. 7, 2015.

⁴⁸ Sentenza *Menci*, punto 47; sentenza *Garlsson Real Estate*, punto 49.

⁴⁹ M. FOROWICZ, *The Ricochets of Convergence in EU Law and the ECHR: Much Ado about the Margins of Appreciation?*, in S. BESSON, N. LEVRAT, E. CLERC (eds.), *Interprétation en droit européen / Interpretation in European Law*, Ginevra, 2011, pp. 101, 103.

⁵⁰ Sentenza *Menci*, punti 48-54; sentenza *A e B c. Norvegia*, paragrafi 144-147.

⁵¹ Sentenza *Menci*, punti 59 e 64.

zio di cui essa è garante e della necessità di accertare l'esistenza di una asserita violazione ad un diritto garantito dalla Convenzione⁵².

Nel complesso, sembra che entrambe le Corti abbiano tracciato percorsi argomentativi paralleli in egual modo ossequiosi della discrezionalità statale. Entrambe le Corti hanno infatti tentato di costruire un sapiente equilibrio tra l'esigenza di tutela dei diritti fondamentali e le diversità strutturali esistenti tra i vari ordinamenti, rimettendo alle autorità nazionali un margine di discrezionalità nella valutazione sulla compatibilità delle soluzioni di volta in volta adottabili.

In definitiva, la convergenza tra i criteri delineati dalle due Corti per vagliare la compatibilità dei sistemi sanzionatori nazionali rispettivamente con l'art. 4, Protocollo 7, CEDU e l'art. 50 della Carta – delineata nel par. precedente – dovrebbe portare ad un sostanziale allineamento dei confini della discrezionalità lasciata agli Stati, realizzando una sostanziale conformità o difformità delle scelte nazionali rispetto ad entrambe le fonti. Ciò consentirebbe di escludere il paventato rischio che le soluzioni adottate dal giudice nazionale si mostrino in linea con uno solo dei due ordinamenti, circostanza che si sarebbe potuta verificare qualora la Corte avesse creato un autonomo *standard* di tutela, seguendo le posizioni espresse dall'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona nelle pronunce *Menci* e *Garlsson*⁵³.

6. Com'è noto, nell'ordinamento interno, l'art. 649 c.p.p., enunciando il divieto di un secondo giudizio penale per il medesimo fatto, opera solo se l'imputato è stato già giudicato con “sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili”, senza occuparsi delle vicende relative alla sanzione amministrativa⁵⁴. Per tale ragione, non sono mancati i tentativi della giurisprudenza di individuare soluzioni tecniche adeguate al recepimento dei nuovi orientamenti sovranazionali. Sebbene la Costituzione italiana non contempli il principio del *ne bis in idem*, la Corte costituzionale lo ha ritenuto un valore costituzionalmente protetto in quanto legato al diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, di cui all'art. 24 Cost., e al principio della ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 Cost.⁵⁵.

Nello scenario aperto dalla pronuncia *Grande Stevens*, con la sentenza n. 102 del 2016 la Corte costituzionale chiariva che sebbene il divieto di *bis in idem*, come interpretato dalla Corte EDU, potesse “di fatto risolversi in una frustrazione del sistema del doppio binario, nel quale alla diversa natura, penale o amministrativa, della sanzione si collegano normalmente procedimenti anch'essi di natura diversa (...) spetta anzitutto al legislatore stabilire quali soluzioni debbano adottarsi per porre rimedio alle frizioni

⁵² Sentenza *Garlsson Real Estate*, punto 61; sentenza *A e B. c. Norvegia*, paragrafi 145-146.

⁵³ Conclusioni *Menci*, punti 78-94, e conclusioni dell'Avvocato generale M. Campos Sánchez-Bordona del 12 settembre 2017, causa C-537/16, *Garlsson Real Estate*, punto 74. Di contrario avviso si mostra P. GAETA, *Appunti su ne bis in idem e sanzione autonoma*, in F. BUFFA, M.G. CIVININI (a cura di), *La Corte di Strasburgo – Gli speciali di Questione giustizia*, 2019, pp. 354-359; A. ROSANÒ, *op. cit.*

⁵⁴ Tuttavia occorre ricordare che la giurisprudenza di legittimità ha progressivamente inteso attribuire al citato art. 649 c.p.p. una dimensione applicativa più ampia di quella che traspare dalla sua enunciazione letterale, giungendo a stabilire che non può essere nuovamente promossa l'azione penale per un fatto e contro una persona per i quali un processo già sia pendente (anche se in fase o grado diversi) nella stessa sede giudiziaria e su iniziativa del medesimo ufficio del P.M., di talché nel procedimento eventualmente duplicato dev'essere disposta l'archiviazione oppure, se l'azione sia stata esercitata, dev'essere rilevata con sentenza la relativa causa di improcedibilità, in Cassazione penale, SS.UU., sentenza del 28 giugno 2005, n. 34655, *Donati*.

⁵⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 129 del 2000.

che tale sistema genera tra l'ordinamento nazionale e la CEDU"⁵⁶. Il giudice delle leggi rifiutava pertanto di intervenire in via additiva sul testo dell'art. 187-*bis*, co. 1, del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 nella parte in cui prevede "salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato" anziché "salvo che il fatto costituisca reato", in modo da rendere la sanzione amministrativa sussidiaria, piuttosto che cumulativa, rispetto all'illecito penale previsto nell'art. 184, lettera b), del d.lgs. n. 58 del 1998.

Nella medesima pronuncia, la Corte costituzionale rifiutava altresì di intervenire sul testo dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui non prevede la sua applicazione ai casi in cui la persona è stata giudicata in via definitiva per il medesimo fatto punito con una sanzione amministrativa alla quale debba essere riconosciuta natura penale, ai sensi dell'art. 4 del Protocollo 7 alla CEDU. Per la Consulta, un tale intervento non avrebbe determinato un ordine di priorità né altra forma di coordinamento tra i due procedimenti – penale e amministrativo – facendo scattare la preclusione rispetto all'una o all'altra sanzione a seconda del provvedimento dichiarato irrevocabile per primo. Ciò avrebbe prodotto incertezza e casualità nella individuazione della sanzione applicabile, circostanza che avrebbe potuto dar luogo, a sua volta, alla violazione di altri principi costituzionali quali quelli di determinatezza e di legalità della sanzione penale, prescritti dall'art. 25 Cost., di ragionevolezza e di parità di trattamento, di cui all'art. 3 Cost., nonché di effettività, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni, riconosciuti dalla pronuncia *Åkerberg Fransson*, in violazione, secondo il giudice delle leggi, degli articoli 11 e 117 Cost. Per converso, in materia IVA, la Corte costituzionale restituiva gli atti al giudice remittente per una nuova valutazione di rilevanza della questione (attinente al giudizio di costituzionalità dell'art. 649 c.p.p., per violazione dell'art. 4, Protocollo 7, CEDU e 117 Cost., in relazione all'art. 10 *ter* del citato d.lgs. n. 74 del 2000) alla luce delle modifiche normative apportate dal d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158⁵⁷.

La medesima questione è stata riproposta a breve distanza dal Tribunale di Monza⁵⁸. Nell'ordinanza di rinvio, il giudice remittente riteneva che l'impossibilità di applicare l'art. 649 c.p.p. anche ad una sanzione amministrativa definitiva, avente natura penale ai sensi dell'art. 4, Protocollo 7 CEDU, sottoponesse l'imputato ad una "fisiologica duplicazione" dei procedimenti, in aperto contrasto con gli indirizzi Convenzionali sopra citati. Tuttavia, in questa occasione, il riconoscimento legislativo del principio di specialità tra reato e illecito amministrativo tributario, di cui all'art. 19 del d.lgs. n. 74 del 2000, limitava la lamentata violazione al mero piano

⁵⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 102 del 2016, con commenti di R. RUDONI, *La disciplina sanzionatoria degli abusi di mercato a confronto con il ne bis in idem convenzionale: il ruolo della Corte costituzionale in attesa dell'intervento legislativo. Nota a margine della sentenza della Corte Costituzionale 102 del 2016*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 2016, n. 2, pp. 1-15; F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, n. 1, p. 186 ss. Una ricostruzione della pronuncia all'interno del panorama giurisprudenziale sovranazionale è offerta da E. BINDI, A. PISANESCHI, *op. cit.*

⁵⁷ Corte costituzionale, ordinanza n. 112 del 2016, con commento di F. VIGANO, *Ne bis in idem e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti per jus superveniens*, in *Diritto penale contemporaneo*, 23 maggio 2016, www.penalecontemporaneo.it.

⁵⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 43 del 2018, con commento di F. PEPE, *La Corte Costituzionale prende atto della metamorfosi del ne bis in idem europeo: fine della storia?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, p. 520 ss.; A.F. TRIPODI, *Il nuovo volto del ne bis in idem convenzionale agli occhi del giudice delle leggi. Riflessioni sul doppio binario sanzionatorio in materia fiscale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, p. 530 ss.

procedurale, posto che una volta conclusi entrambi i procedimenti sarebbe stata irrogata la sola sanzione penale.

Sebbene la Corte costituzionale si sia rifiutata nuovamente di intervenire sul testo dell'art. 649 c.p.p., in questa occasione ha riconosciuto l'acquisita natura sostanziale del principio di *ne bis in idem*, circostanza che introdurrebbe nell'ambito applicativo del divieto un necessario controllo di proporzionalità sulla misura della sanzione complessivamente irrogata. Inoltre, la Corte ha chiarito che con la pronuncia *A e B c. Norvegia* “si è passati dal divieto imposto agli Stati aderenti di configurare per lo stesso fatto illecito due procedimenti che si concludono indipendentemente l'uno dall'altro, alla facoltà di coordinare nel tempo e nell'oggetto tali procedimenti, in modo che essi possano reputarsi nella sostanza come preordinati a un'unica, prevedibile e non sproporzionata risposta punitiva, avuto specialmente riguardo all'entità della pena (in senso convenzionale) complessivamente irrogata”. Pertanto, nella nuova logica costituzionale il “criterio eminente per affermare o negare il legame materiale è proprio quello relativo all'entità della sanzione complessivamente irrogata”⁵⁹. In questo contesto, solo un approccio casistico, rimesso al giudice comune, e rispettoso delle peculiari dinamiche con cui le vicende procedurali si sono atteggiare nel caso concreto consentirebbe di garantire la conformità dell'ordinamento interno alla rinnovata garanzia del *ne bis in idem*.

Il divieto di *bis in idem* cessa pertanto di operare come mera regola procedurale volta ad impedire la celebrazione di un secondo processo in presenza di un giudicato penale, per intervenire, alla luce del principio di proporzionalità, sul piano della congruità della pena. Si badi bene che queste considerazioni coinvolgono direttamente l'applicazione degli articoli 4, Protocollo 7 CEDU, 50 della Carta e le norme interne comminanti le sanzioni, senza coinvolgere l'art. 649 c.p.p. il quale, in assenza di un intervento additivo, continua ad applicarsi alla “sola materia penale in senso proprio”⁶⁰.

7. Come ricordato da autorevole dottrina, “proportionality (...) is a framework that must be filled with content”⁶¹, motivo per cui la giurisprudenza di legittimità è stata investita del gravoso compito di individuare criteri idonei a strutturare il contenuto del rinnovato divieto di *bis in idem*.

Dai provvedimenti della Corte di cassazione trapela, da una parte, una chiusura “di protezione” nei confronti degli iniziali orientamenti di Strasburgo, potenzialmente idonei a de-strutturare gli equilibri processual-penalistici interni. Con prevalente giudizio di inammissibilità, supportato da un diverso ordine di ragioni,

⁵⁹ Nella già citata sentenza n. 102/2016, la Corte costituzionale, alla luce della giurisprudenza convenzionale del tempo, si era distanziata da ogni lettura in chiave sostanzialistica del principio di *ne bis in idem* precisando che “è infatti pacifico, in base alla consolidata giurisprudenza europea, che il divieto di *bis in idem* ha carattere processuale, e non sostanziale. Esso, in altre parole, permette agli Stati aderenti di punire il medesimo fatto a più titoli, e con diverse sanzioni, ma richiede che ciò avvenga in un unico procedimento o attraverso procedimenti fra loro coordinati, nel rispetto della condizione che non si proceda per uno di essi quando è divenuta definitiva la pronuncia relativa all'altro”. Sulla diversa declinazione del principio di *ne bis in idem* si rimanda, *ex multis*, a G. RANALDI, F. GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in *Archivio penale*, 2017, pp. 103-127.

⁶⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 43/2018.

⁶¹ A. BARACK, *Proportionality*, in M. ROSENFELD, A. SAJO (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, p. 741.

i giudici di legittimità hanno infatti escluso, da *Grande Stevens* fino ai più recenti sviluppi, la violazione del principio del *ne bis in idem* in presenza di una doppia sanzione, penale e para-penale a fronte del medesimo fatto⁶².

D'altra parte, queste posizioni accompagnano l'avvertita necessità della Suprema Corte di porsi quale interlocutore privilegiato nell'oramai annoso dialogo tra Corti sul tema, così finendo per essere veicolate e modulate dal progressivo inserimento della criteriologia di matrice convenzionale e comunitaria all'interno del *corpus* motivazionale delle sentenze. A fronte di un iniziale e timido accenno alla sussistenza della "sufficient close connection in substance and time" tra i procedimenti e le sanzioni⁶³, la Suprema Corte giunge progressivamente, soprattutto dopo il via libera reso dalla Corte costituzionale⁶⁴, ad una articolata disamina sulla sussistenza degli elementi integranti i criteri di cui si è a lungo discusso⁶⁵. Nel complesso, la Corte di cassazione, ossequiosa della discrezionalità legislativa, sembra, soprattutto nelle ultime pronunce, centralizzare il principio di proporzionalità delle pene, così coniugando l'attuale architettura sanzionatoria con le esigenze legate all'equità del caso concreto.

Sulla scorta di quanto appena detto, meritano una più approfondita analisi le pronunce della V sezione penale n. 4589 del 2018 e n. 49869 del 2018, nelle quali sembra avvenuta una "compiuta" sistematizzazione giurisprudenziale della materia in analisi, rendendo altresì il controllo sulla proporzionalità un "criterio prevalente per verificare la presenza della stretta connessione" e, dunque, elemento legittimante la persistenza del cumulo sanzionatorio⁶⁶.

⁶² Cassazione penale, sentenza del 8 aprile 2014, n. 20266, ove la Corte ha sostenuto l'inconferenza dei principi affermati in *Grande Stevens* in casi attinenti ai reati tributari, insieme al fatto che con l'orientamento inaugurato da *Åkerberg Fransson*, in linea di principio, sarebbe ammesso il cumulo tra la sanzione amministrativa avente natura penale e la sanzione propriamente tale. In Cassazione penale, sentenza del 11 febbraio 2015, n. 19334 e sentenza del 27 settembre 2016 n. 53917, la Suprema Corte ha sostenuto l'impossibilità di dedurre "per la prima volta davanti alla Corte di cassazione la violazione del divieto del '*ne bis in idem*' sostanziale, in quanto l'accertamento relativo alla identità del fatto oggetto dei due diversi procedimenti, (...), implica un apprezzamento di merito, né è consentito alle parti produrre in sede di legittimità documenti concernenti elementi fattuali". Più di recente, in Cassazione penale, sentenza del 10 luglio 2018, n. 47717, la Corte ha censurato la produzione nel giudizio di legittimità del documento attestante la definitività del provvedimento amministrativo e, insieme, ha chiarito, senza alcun riferimento specifico alla vicenda, che "nel caso di specie, non emerge affatto che tra il procedimento amministrativo e quello penale non sussista una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta, sicché, anche sotto tale profilo, non sono ravvisabili i presupposti per l'applicazione dell'art. 649 c.p.p."

⁶³ Cassazione penale, sentenza del 22 settembre 2017, dep. 14 febbraio 2018, n. 6993, ove si accenna alla sussistenza della connessione materiale e temporale sufficientemente stretta per la prossimità della data di notifica degli avvisi di accertamento e di contestazione con la data di conclusione dei primi due gradi di giudizio. Similmente, con riferimento all'applicazione della "sufficient close connection" ai reati di cui agli articoli 2 e 3 d. lgs. n. 74 del 2000 ed alla contestuale confisca per equivalente si veda Cassazione penale, sentenza del 1° marzo 2017, n. 35156.

⁶⁴ Il riferimento è alla già citata pronuncia 43/2018.

⁶⁵ Cassazione penale, sentenza del 22 maggio 2018, n. 41007 e sentenza del 21 settembre 2018, n. 49869, ove la Corte procede ad un'analitica individuazione della "sufficient close connection"; diversamente, in Cassazione penale, sentenza del 6 luglio 2018, n. 52142, la Corte annulla con rinvio il provvedimento impugnato rimettendo in capo al giudice di merito il compito di individuare gli elementi integranti la "sufficient close connection".

⁶⁶ La sentenza giustifica altresì l'utilizzo del solo principio di proporzionalità al fine di vagliare la compatibilità del cumulo di sanzioni con la giurisprudenza convenzionale e comunitaria, chiarendo che

Nel corso di una vicenda “simmetrica” a quella oggetto del caso *Garlsson*, dopo aver riconosciuto la “connessione sufficientemente stretta” tra i due procedimenti, la Suprema Corte ha ritenuto che “non sussiste la violazione del principio di *ne bis in idem* nel caso in cui le sanzioni, penale ed amministrativa, complessivamente irrogate rispettino il principio di “proporzionalità”, alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione Europea (...) e della Corte europea dei diritti dell’uomo (...)”⁶⁷. Superando le censure di incompatibilità tra la normativa nazionale e i parametri sovranazionali sollevate dalla sentenza *Garlsson Real Estate*, la Suprema Corte ha chiarito che, sebbene l’art. 187 *terdecies* TUF non possa essere assunto quale parametro normativo per integrare il principio di proporzionalità, dal momento che consente di raccordare il cumulo tra le sole sanzioni pecuniarie, e non tra pena detentiva e sanzione pecuniaria, il giudice comune ha, tuttavia, il dovere di commisurare la pena alla “gravità” del fatto commesso in ossequio all’art. 133 c.p., così da valutare la necessità di una eventuale rimodulazione della sanzione penale. Si tratta di una soluzione facilitata dal fatto che, a differenza di quanto accaduto nel caso *Garlsson*, la sanzione penale è intervenuta in un momento successivo rispetto a quella amministrativa.

Nella seconda pronuncia citata, la Suprema Corte ha escluso che il riconoscimento degli effetti diretti all’art. 50 della Carta dei diritti fondamentali possa far sorgere un problema di “controlimiti” rispetto al principio di obbligatorietà dell’azione penale sancito dall’art. 112 Cost., e al principio di legalità di cui all’art. 25 Cost. Per i giudici di legittimità, l’obbligatorietà dell’azione penale non può infatti operare “come una sorta di generalizzata preclusione al ‘recepimento’, nell’ordinamento interno, della riconducibilità nel *genus* della sanzione penale, così come delineato dalla CEDU, di sanzioni formalmente non qualificate come tali, rilievo, questo, all’evidenza riferibile anche al ‘recepimento’ dell’interpretazione del diritto dell’Unione europea – e, segnatamente, dell’art. 50 CDFUE – offerta dalla Corte di giustizia”⁶⁸. Sulla scorta delle medesime considerazioni, neanche il principio di legalità può essere invocato per giustificare una indiscriminata preclusione per il diritto interno di conformarsi al diritto dell’Unione europea in materia penale⁶⁹.

Tuttavia, la parte più interessante del provvedimento in esame risiede nel tentativo operato dalla cassazione di modulare gli effetti diretti dell’art. 50 della Carta. A giudizio della Suprema Corte, tale efficacia diretta consentirebbe al giudice nazionale di disapplicare *in toto* la sola sanzione amministrativa nei casi in cui la sanzione penale, divenuta definitiva, sia ritenuta da sola proporzionata rispetto

tra i sub-criteri più volte citati, quello relativo alla “proporzionalità” del trattamento sanzionatorio fosse l’unico specificamente contestato negli atti di impugnazione (punto 5).

⁶⁷ Cassazione penale, sentenza del 16 luglio 2018, n. 45829. In sintesi, i tre ricorrenti erano stati condannati, per concorso nel reato di manipolazione del mercato, di cui all’art. 185 d.lgs. 58/1998 e contestualmente sanzionati in via amministrativa dalla Consob, per i medesimi fatti, *ex art.* 187 *ter quater* TUF, con provvedimento divenuto irrevocabile nelle more del procedimento di ultima istanza.

⁶⁸ Cassazione penale, sentenza del 21 settembre 2018, n. 4989. Questo orientamento è stato confermato da Cassazione penale, sentenza del 9 novembre 2018, n. 5679 e più di recente da Cassazione penale, sentenza del 7 febbraio 2019, n. 22033.

⁶⁹ Sul punto la Corte richiama quanto già statuito in diverse pronunce in tema di immigrazione, alla luce della direttiva 2008/115/CE e della sentenza della Corte di giustizia del 28 aprile 2011, causa C-61/11 PPU, *El Dridi*, tra cui Cassazione penale, sentenza del 29 aprile 2011, n. 20130, o in tema di scommesse, alla luce degli articoli 49 e 56 TFUE e di varie decisioni della Corte di Lussemburgo, tra cui Cassazione penale, sentenza del 15 settembre 2016, n. 43955, nonché dalla Corte costituzionale, sentenza n. 48/2017, in tema di giochi d’azzardo.

al disvalore del fatto illecito. Per contro, la disapplicazione *in toto* della sanzione penale potrà venire in rilievo solamente in casi del tutto eccezionali, ove la preesistente sanzione amministrativa (comminata per ovvie ragioni nei massimi edittali) risponda, da sola, al canone della proporzionalità rispetto al complessivo disvalore del fatto compiuto. Nella maggior parte dei casi, il ricorso all'art. 50 della Carta dovrebbe consentire solamente una disapplicazione definita "*in mitius*" della norma penale, con conseguente – ed esclusiva – rideterminazione del carico penale irrogato, mediante il ricorso al già noto art. 133 c.p., le cui maglie saranno allargate dalla necessità di valutare il fatto commesso nei diversi aspetti propri dei due illeciti nonché al trattamento sanzionatorio complessivamente esteso alla sanzione amministrativa irrogata. Si badi bene che, nell'ambito dei reati di *market abuse*, il giudice potrà procedere alla disapplicazione *in mitius* della sola pena della reclusione e non dell'eventuale multa, posto che l'art. 187 *terdecies* prevede già un meccanismo di raccordo tra le due concomitanti sanzioni pecuniarie.

Il delineato costruito giurisprudenziale è intervenuto con funzione supplente rispetto alle "lacune" di sistema evidenziate dalla Corte di giustizia nella pronuncia *Garlsson* e non colmate dalla Corte costituzionale italiana. La Suprema Corte ha così completato il quadro giurisprudenziale sopra delineato, fugando le preoccupazioni sottese alle decisioni di inammissibilità della Corte costituzionale secondo cui, sulla scorta degli orientamenti sovranazionali, il provvedimento amministrativo intervenuto per primo avrebbe potuto avere la meglio su quello penale. Infine, dalla giurisprudenza nazionale sul tema parrebbe emergere che l'utilizzo del principio di proporzionalità, a cui entrambe le Corti europee avevano ampiamente rimandato, abbia consentito al giudice nazionale di estendere il margine di discrezionalità statale ben oltre le censure formalmente mosse dalla Corte di giustizia nel caso *Garlsson* in relazione alla normativa italiana in materia di *market abuse*, confermando l'idea che anche la giurisprudenza nazionale ha interpretato i criteri dettati dalle due Corti europee quale vaglio ultimo di ragionevolezza rispetto al restituito margine d'apprezzamento statale.

8. Il percorso interpretativo finora condotto ha tentato di ricostruire la sfera d'azione e le dinamiche applicative di un principio che oramai da anni si sviluppa a cavallo tra ordinamenti e livelli, tutti tra loro comunicanti.

Come è stato osservato, il fondamento del *nuovo* divieto di *bis in idem* sembra risiedere proprio nel principio di proporzionalità. Con riferimento ai casi di doppio binario sanzionatorio, dal divieto di iniziare o proseguire un nuovo processo nei confronti di un individuo già giudicato per il medesimo fatto con sentenza definitiva si è giunti al divieto di eccessi punitivi rispetto al disvalore della condotta illecita. Il tutto all'interno della cornice della "sufficient close connection in substance and time", modulabile nel caso concreto (quantomeno in relazione all'esperienza interna) in ragione della specifica normativa in gioco e non ostativa, salvo casi eccezionali, all'irrogazione congiunta delle due sanzioni.

Se la genesi delle aporie di sistema può essere individuata nella iniziale e "forzata" interpretazione estensiva dell'art. 4, Protocollo 7 CEDU, il successivo re-indirizzamento interpretativo della Corte EDU ha scongiurato profilate crisi di sistema. D'altro canto, anche le scelte interpretative della Corte di giustizia hanno dimostrato una rinnovata sensibilità nei confronti delle difficoltà applicative ricadenti, *in primis*,

sui giudici nazionali, dovute all'innesto – e al raccordo – negli ordinamenti nazionali dei principi sviluppati a Strasburgo e Lussemburgo. Di fatto, sono state le vesti del diritto europeo, forte dei principi del primato e della efficacia diretta, a consentire ai giudici nazionali di far transitare il *nuovo ne bis in idem* all'interno degli ordinamenti nazionali, consentendo la costruzione di un nuovo e poco ostile equilibrio di sistema.

I risultati raggiunti dalle due Corti europee appaiono condivisibili per un duplice ordine di ragioni. Innanzitutto, nelle aree normative oggetto delle ultime pronunce del giudice comunitario non sembrano ravvisabili tradizioni costituzionali comuni ai diversi Stati membri, circostanza che renderebbe l'interpretazione restrittiva fornita dalla Corte di giustizia più armonica con l'attuale assetto⁷⁰. Ugualmente sembrerebbe potersi dire con riguardo alla dimensione CEDU, ove il Protocollo 7 non è ancora stato ratificato da tutti gli Stati e rispetto al quale numerose riserve sono state apposte, in sede di ratifica, al fine di limitare la portata dell'art. 4 ai soli illeciti *stricto sensu* penali⁷¹. Piuttosto, sembrerebbe legittimo chiedersi se proprio l'opera dinamizzante di questa giurisprudenza ed il dialogo instauratosi tra le Corti sul tema non stia progressivamente delineando una nuova tradizione costituzionale comune.

Sul versante interno quanto appena detto sembra riscontrabile nelle soluzioni adottate dalla Corte costituzionale, ove si rinviene quell'atteggiamento di leale collaborazione che, come ricordato dalla medesima, “comporta che le parti siano unite nella diversità”, senza pretendere che proprio tale diversità cancelli il nucleo dei valori su cui si regge lo Stato membro⁷². Il delicato equilibrio è stato raggiunto mediante il recepimento della criteriologia sovranazionale e la centralizzazione del canone della proporzionalità sanzionatoria, preservando al contempo l'ordinamento nazionale dall'imbarazzo legato ad una eventuale ibridazione dell'art. 649 c.p.p. Su questa scia, anche la “parziale” disapplicazione dell'art. 184, co. 1, lett. b), TUF, operata dalla Corte di cassazione, si inserisce perfettamente nel quadro di quella leale collaborazione, assicurando le esigenze di tutela sostanziale dei singoli mediante una interpretazione conforme al dato europeo delle esistenti regole procedurali nazionali. La valorizzazione del principio di proporzionalità consente l'esercizio della discrezionalità statale e risulta essere altresì un monito ad un atteggiamento di *self restraint* per il giudice nazionale, al quale si chiede adesso una valutazione prudentiale intorno all'impatto della sanzione penale sul complessivo cumulo sanzionatorio.

In secondo luogo, nel settore degli abusi di mercato, lo stesso legislatore dell'Unione si è manifestato neutro rispetto alla scelta del sistema sanzionatorio adottabile dai singoli

⁷⁰ Sul punto si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale P. Cruz Villalón presentate il 12 giugno 2012, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*, punti 83-86, in cui si sostiene che, per converso sia ravvisabile una tradizione costituzionale comune nel doppio binario sanzionatorio. Si rimanda altresì alle conclusioni *Menci*, punto 65. Con riguardo alla materia degli abusi di mercato si rinvia al già citato studio dell'European Securities and Markets Authority, ESMA/2012/270, in cui emerge l'estrema diversità nelle scelte di politica sanzionatoria adottate dai vari Stati membri.

⁷¹ Germania, Austria, Italia, Francia, Portogallo hanno limitato la portata dell'art. 4, Protocollo 7 agli illeciti aventi natura penale nel senso stabilito dal diritto interno. Germania, Paesi Bassi e Regno Unito non lo hanno ancora ratificato. Le informazioni sono reperibili all'indirizzo www.coe.int. È appena il caso di ricordare che nella sentenza *Grande Stevens c. Italia*, paragrafi 202-210, la Corte EDU ha dichiarato la riserva apposta dall'Italia, in sede di ratifica del Protocollo 7, nulla per contrarietà all'art. 57 della Convenzione. Nella sentenza *Gradinger c. Austria*, par. 51, la Corte EDU ha dichiarato nulla la medesima riserva apposta dall'Austria.

⁷² Corte costituzionale, sentenza n. 47/2017.

Stati, seppur nel rispetto dei diritti garantiti dalla Carta⁷³. Un atteggiamento di chiusura della Corte di giustizia, nel senso di una giurisprudenza ostativa alla comminazione della doppia sanzione, avrebbe potuto creare una forzatura all'interno della logica di sistema.

Sul fronte interno, proprio nella materia di *market abuse*, è stato emanato il d.lgs. 107/2018 che adegua l'ordinamento italiano alle previsioni del reg. (UE) 596/2014, mentre la parallela direttiva 2014/57/UE sulle sanzioni penali per gli abusi di mercato continua a rimanere inattuata⁷⁴. Come è già stato evidenziato in dottrina, la modifica dell'art. 187 *terdecies* TUF appare del tutto insufficiente per colmare le criticità evidenziate dalla Corte di giustizia, posto che lo stesso articolo continua ad occuparsi del mero cumulo di sanzioni pecuniarie⁷⁵. Dal canto suo il legislatore ne è apparso sin dall'inizio consapevole, tanto che nella relazione illustrativa al disegno di legge delega precisava che “dopo l'entrata in vigore della legge delega, sono intervenute le sentenze della CGUE del 20 marzo 2018 sulla nota questione del *ne bis in idem*. Pertanto, in attesa di ulteriori approfondimenti sulla corretta applicazione dei principi contenuti nelle sentenze della Corte, l'intervento modificativo che si propone nel TUF è quello minimale rispetto alla norma vigente”⁷⁶.

Dal quadro appena descritto si discosta la recente pronuncia della Corte EDU, *Bjarni Ármannsson c. Islanda*⁷⁷. Anche questa volta la Corte si è occupata della compatibilità con il principio del *ne bis in idem* di una doppia sanzione (prima amministrativa e poi penale) irrogata nei confronti di uno stesso soggetto per i medesimi fatti di omesso versamento IVA. Contraddicendo l'approccio fino ad ora descritto, la seconda sezione della Corte di Strasburgo ha ritenuto integrata la violazione dell'art. 4, Protocollo 7, CEDU, per via del fatto che nei due procedimenti le prove erano state raccolte e valutate in modo indipendente e perché i procedimenti si erano svolti simultaneamente solo per un breve periodo di tempo⁷⁸. A nulla è valso, per la Corte, il fatto che i due procedimenti avessero natura complementare, che entrambe le sanzioni fossero prevedibili nonché il fatto che la sanzione amministrativa fosse stata tenuta in considerazione ai fini del calcolo della sanzione penale⁷⁹. Si tratta, di una sentenza in cui riecheggiano le posizioni già adottate in

⁷³ Si vedano la direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato (direttiva abusi di mercato), con specifico riferimento al 23° e al 27° ‘considerando’; regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato (regolamento sugli abusi di mercato) che abroga la direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE della Commissione, con specifico riferimento al 71°, 72° e 77° ‘considerando’, nonché all'art. 30, par. 1.

⁷⁴ Per un esame della nuova disciplina si rimanda a F. MUCCIARELLI, *op. cit.*

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ Relazione illustrativa dello Schema di disegno di legge recante delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2016 (poi divenuto l. 163/2017).

⁷⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 16 aprile 2019, *Bjarni Ármannsson c. Islanda*.

⁷⁸ Nello specifico un anno e cinque mesi.

⁷⁹ Sentenza *Bjarni Ármannsson c. Islanda*, paragrafi 54-54. Con riguardo alla connessione temporale la Corte ha palesemente contraddetto l'orientamento promosso in *A e B c. Norvegia*, al par. 134: “The requirement of a connection in time nonetheless remains and must be satisfied. This does not mean, however, that the two sets of proceedings have to be conducted simultaneously from beginning to end. It should be open to States to opt for conducting the proceedings progressively in instances where doing so is motivated by interests of efficiency and the proper administration of justice, pursued for different social purposes, and has not caused the applicant to suffer disproportionate prejudice. However, as

Grande Stevens per via della rigidità valutativa dimostrata che, a sua volta, esprime una netta preferenza per i sistemi a binario unico. Alla luce di quanto già esposto, la soluzione prescelta appare criticabile posto che, laddove dovesse essere seguita da altre pronunce, tornerebbe ad erodere la discrezionalità statale, riesumando le criticità già proposte dallo scenario *Grande Stevens* e compromettendo gli equilibri precariamente raggiunti.

È chiaro che, sul piano interno, per ricondurre il divieto di *bis in idem* alla sua vera origine è indispensabile un intervento legislativo che coordini chiaramente i due procedimenti e le rispettive sanzioni, individuando regole e parametri che le rendano alternative o cumulative entro certi e chiari limiti. Ciò sarà possibile fin quando a livello europeo si continuerà a lasciare discrezionalità ai singoli Stati rispetto al modello sanzionatorio adottabile.

Nelle more, la chiave di tenuta del sistema continua ad essere rimessa nelle mani del giudice nazionale, forgiata dal dialogo ed elasticamente modellata sul piano interno, in ragione di una (restituita) discrezionalità e dell'ormai centrale vaglio sulla proporzionalità.

Abstract

Some Thoughts about the Judicial Dialogue on the Double Track Sanctioning System: The 'new' *ne bis in idem* Principle between Proportionality and the (Restored) Margin of Appreciation

Over the last few years, the *ne bis in idem* principle has been a particularly controversial issue at the interface of administrative and criminal law enforcement. Both the Court of Justice of the European Union (ECJ) and the European Court of Human Rights (ECtHR) have progressively assessed their positions about its rationale and its scope of application. More recently, the two Courts have also reached a common level of protection. In the meanwhile, the Italian Constitutional Court and the Italian Supreme Court have produced a flourishing case law in order to coordinate the national constitutional system with the evolving European case law. Within this framework, this contribution explores how the ECJ and ECtHR have restored the margin of appreciation in the application of the *ne bis in idem* principle at national level. Secondly, it aims to demonstrate to what extent this intertwined judicial dialogue has changed the rationale of the *ne bis in idem* principle. From restricting the possibility of a defendant being prosecuted repeatedly on the basis of the same offence, the *new ne bis in idem* principle appears to guarantee mostly the proportionality of the overall punishment.

indicated above, the connection in time must always be present. Thus, the connection in time must be sufficiently close to protect the individual from being subjected to uncertainty and delay and from proceedings becoming protracted over time (...) even where the relevant national system provides for an "integrated" scheme separating administrative and criminal components".

Michele De Zio*

L'insostenibile leggerezza dei diritti sociali nell'Unione europea: alcune considerazioni alla luce delle sentenze *Florescu* e *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La dimensione sociale in ambito europeo: dalle prime misure al pilastro sociale. – 3. I recenti approdi della Corte di giustizia in merito al bilanciamento tra diritti sociali e misure di *austerity*. – 4. Il sistema di protezione dei diritti sociali alla luce della giurisprudenza CEDU e del controllo del Comitato europeo per i diritti sociali. – 5. Considerazioni conclusive.

1. L'attenzione per i diritti sociali¹ non costituisce un fenomeno meramente nazionale; infatti, pur essendo tale categoria di diritti comune alle tradizioni costituzionali² di un gran numero di Paesi occidentali, la loro esigenza di riconoscimento e di protezione è avvertita anche a livello internazionale. Tale circostanza è confermata dai numerosi strumenti internazionali, vincolanti e non, in materia di diritti sociali, che hanno contribuito a plasmarne il contenuto, completandolo rispetto alla disciplina nazionale.

Il tratto caratteristico dei diritti sociali è il loro essere “finanziariamente condizionati”³, ovvero dipendenti dalle risorse economiche di ciascuno Stato. Pertanto, il loro grado di tutela risulta essere più o meno ampio a seconda dell'an-

* Cultore della materia di Diritto internazionale dell'Università degli studi del Molise.

¹ Con l'espressione “diritti sociali” suole indicarsi diritti di prestazione ad opera dello Stato a favore della pluralità dei consociati in modo da ridurre le disegualianze sociali esistenti. I diritti sociali si caratterizzano, inoltre, per la loro attuazione progressiva e per non poter essere considerati come un *numerus clausus*, fissati sia per tipologia che per caratteristiche in un determinato momento storico, risentendo maggiormente dell'interpretazione delle Corti, ed in particolare di quelle Costituzionali.

² Il riferimento alle “tradizioni costituzionali dei Paesi membri” è il frutto di una pronuncia della CGUE che ha adoperato questo parametro a partire dalla causa *Internationale Handelsgesellschaft* (sentenza della Corte di giustizia del 17 dicembre 1970, causa 11/70, punto 4). L'enunciazione di detto principio, avvenuta inizialmente a livello giurisprudenziale, ha trovato poi recepimento anche nei Trattati, in particolare nel Trattato sull'Unione europea (art. 6, co. 3).

³ L'espressione “diritti finanziariamente condizionati” pur trovando origine nella dottrina (in particolare F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, p. 30 ss.), trova il proprio riconoscimento

damento generale dell'economia: nelle fasi espansive, vi sarà sia a livello legislativo che a livello giurisprudenziale una maggiore protezione degli stessi; all'opposto, nelle fasi di recessione, il godimento di tali diritti sarà limitato.

Alla luce di questa considerazione, non sorprende che, come negli ordinamenti nazionali, anche nella prospettiva sovranazionale vi siano, in tema di riconoscimento e protezione dei diritti sociali, pronunce che raffrontano e bilanciano tali diritti con l'esigenza del mantenimento di finanze pubbliche sane.

Per effetto della crisi economica, recentemente si è sviluppato un dibattito volto a determinare se, come, e fin dove, le misure di *austerità* possano incidere sul rispetto e sull'effettività dei diritti sociali.

In ambito europeo, nonostante l'adozione della Carta di Nizza nel dicembre 2000, la dimensione sociale ha trovato il suo più ampio riconoscimento solamente nel Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, per mezzo del quale è stato attribuito alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea pari valore giuridico dei Trattati.

Tuttavia, a detta equiparazione giuridica non è seguita una concreta valorizzazione della dimensione sociale dell'Unione europea. Ciò è dimostrato dal fatto che la Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE), chiamata nelle pronunce del "Laval Quartet"⁴ a bilanciare le istanze economiche con gli aspetti sociali⁵, nelle cause in questione ha assegnato prevalenza alle prime.

Negli ultimi anni, per effetto della crisi economica, il tema del godimento e della tutela dei diritti sociali è stato influenzato anche dall'ampliamento degli strumenti di gestione della crisi in ambito europeo. Questi hanno prodotto una dilatazione degli schemi classici di assistenza, tra cui quelli previsti dagli articoli 143 e 144 TFUE, ai quali sono stati affiancati più sofisticati e complessi strumenti, quali ad esempio, il Meccanismo europeo di stabilità (MES), che hanno fatto insorgere non poche criticità, specialmente nella prospettiva di un loro corretto inquadramento giuridico.

Nel rinnovato contesto normativo, caratterizzato dal recepimento della Carta di Nizza nei Trattati da un lato, e dai nuovi meccanismi di gestione della crisi dall'altro, le maggiori perplessità hanno riguardato le misure di *austerità*⁶. Tali provvedi-

nella giurisprudenza costituzionale italiana a partire dalla sentenza n. 455/90, in tema di diritto alla salute dove la Corte parla di "diritto costituzionale condizionato".

⁴ Sentenze della Corte di giustizia del 19 giugno 2006, causa C-319/06, *Commissione c. Lussemburgo*, dell'11 dicembre 2007, causa C-438/05, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti*, del 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan e Svenska Elektrikerförbundet*, e del 3 aprile 2008, causa C-346/06, *Dirk Ruffert c. Land Niedersachsen*.

⁵ Si prenda ad esempio il 79° 'considerando' della sentenza *Viking*: "[p]oiché dunque la Comunità non ha soltanto una finalità economica ma anche una finalità sociale, i diritti che derivano dalle disposizioni del Trattato (...) li devono essere bilanciati con gli obiettivi perseguiti dalla politica sociale, tra i quali (...) una protezione sociale adeguata e il dialogo sociale".

⁶ Il riferimento principale è al discorso del Presidente della Commissione europea Jean Claude Juncker, che in occasione del ventennale dell'euro, al Parlamento europeo, oltre a scusarsi per la mancanza di solidarietà con il popolo greco per la gestione della crisi, ha avuto modo di definire le politiche di *austerità* "avventate".

menti infatti, com'è stato da più parti osservato, hanno determinato una regressione dei livelli di prestazione dei diritti sociali, quali il diritto alla salute o al lavoro⁷.

Nel tentativo di migliorare siffatto quadro, non sono mancate iniziative volte ad una nuova responsabilizzazione delle istituzioni europee nell'ambito dei diritti sociali. Tra queste grande rilevanza ha il *Social Summit* tenutosi a Göteborg il 17 novembre 2017, con il quale le istituzioni europee s'impegnano a "realizzare 20 principi e diritti che spaziano dal diritto a un'equa retribuzione al diritto all'assistenza sanitaria; dall'apprendimento permanente e una migliore conciliazione tra vita professionale e vita privata, alla parità di genere e il reddito minimo: con il pilastro europeo dei diritti sociali, l'UE si batte per i diritti dei cittadini in un mondo in rapido cambiamento. La proclamazione del pilastro al vertice sociale di Göteborg giunge in un momento cruciale e permetterà di far sì che la dimensione sociale costituisca uno degli elementi fondamentali del futuro dell'Unione europea"⁸.

Nonostante questo attivismo politico in ambito europeo in materia di diritti sociali, nelle recenti sentenze *Florescu*⁹ e *Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP)*¹⁰, vi è stata una certa ritrosia da parte della CGUE a riconoscere il carattere preminente dei diritti sociali rispetto alle istanze economiche, con conseguente sacrificio delle questioni sociali.

La Corte è giunta a tale risultato utilizzando il meccanismo previsto dall'art. 52 TFUE, che àncora la possibilità di regressione degli standard di tutela dei diritti sociali, seppur nel rispetto del loro contenuto minimo, alla proporzionalità e alla necessità delle misure di *austerità*. Nella sentenza *ASJP*, la legittimità di tale meccanismo è stato sostenuto dalla Corte in base alla circostanza per la quale tali misure sono "state adottate a motivo di esigenze imperative connesse all'eliminazione del disavanzo eccessivo di bilancio dello Stato portoghese e nel contesto di un programma di assistenza finanziaria dell'Unione a tale Stato membro"¹¹.

I casi citati confermano che vi è ancora una certa ritrosia della CGUE ad assegnare valore preminente alla tutela dei diritti sociali, proseguendo la via intrapresa con le pronunce del "Laval Quartet", nonostante nella sentenza *Florescu*¹² venga valorizzata comunque la necessità di garantire il contenuto minimo dei diritti sociali.

Il concetto di "contenuto minimo", recepito dall'art. 52 TFUE e dalla interpretazione della CGUE, non è nuovo nel panorama internazionale; diverse convenzioni infatti, oltre ad indicare, definire e determinare la portata dei diritti sociali, preve-

⁷ Nel senso di una vera e propria violazione dei diritti umani avutasi quale effetto della adozione in Grecia delle misure di *austerità* M.E. SALOMON, *Of Austerity, Human Rights and International Institutions*, in *European Law Journal*, 2015, p. 535: "[w]hen it comes to the right to health and health care, the Special Rapporteur remarks on the drop in expenditure and inaccessibility by the poor due to the introduction of fees, with other findings pointing to a 200% rise in the incidence of HIV/AIDS in Greece, the return of mother-to-child transmission of HIV (routine screens are no longer conducted on pregnant women) and the return of malaria. The Special Rapporteur also notes his concern as to the exacerbation of poverty and inequality, along with the negative impact of privatisation on access to essential services".

⁸ Dichiarazioni del Presidente della Commissione europea Jean Claude Juncker a margine del Consiglio europeo di Göteborg.

⁹ Sentenza della Corte di giustizia, del 13 giugno 2017, causa C-258/14, *Florescu e a.*

¹⁰ Sentenza della Corte di giustizia, del 28 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*.

¹¹ *Ivi*, punto 46.

¹² Sentenza *Florescu*, punto 53.

dono anche dei meccanismi di protezione del loro *minimum core* anche a fronte di situazioni di scarsità di risorse finanziarie.

Nell'ambito delle Nazioni Unite assume rilevanza il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali adottato dall'Assemblea generale il 16 dicembre 1966. Tale Patto, oltre a stilare un elenco dei diritti sociali¹³, si caratterizza altresì per la presenza di una clausola di salvaguardia, all'art. 5, per effetto della quale “[n]o restriction upon or derogation from any of the fundamental human rights recognized or existing in any country in virtue of law, conventions, regulations or custom shall be admitted on the pretext that the present Covenant does not recognize such rights or that it recognizes them to a lesser extent”.

Il Patto obbliga gli Stati ad adottare misure appropriate¹⁴, obblighi di condotta, caratterizzati dalla loro natura progressiva – come desumibile dall'art. 2 – che impegnino questi ad adoperare il massimo delle risorse disponibili a protezione dei diritti sociali. Parallelamente, al fine di raggiungere gli obiettivi del Patto, lo Stato deve evitare ogni azione che possa determinare una regressione del livello di godimento dei diritti sociali, ed impegnarsi ad adottare, in maniera discrezionale¹⁵, le misure legislative volte ad eliminare tutte le incongruenze che possano verificarsi alla luce della partecipazione a tale accordo.

Alla luce degli obblighi contenuti nel Patto, gli Stati sono tenuti a garantire altresì il rispetto del *minimum core* dei diritti sociali. Pertanto, gli Stati potranno modificare *in peius* il contenuto dei diritti sociali rispettando due condizioni fondamentali. Da un lato, dovranno dimostrare che la lesione dei diritti sociali sia una conseguenza dell'insufficienza di ogni altra misura volta alla risoluzione dello stato di crisi¹⁶. Dall'altro lato, dovranno evitare di incidere con misure peggiorative del contenuto minimo del diritto o dei suoi livelli essenziali di prestazione.

Le misure di *austerity* adottate dagli Stati, pertanto, appaiono, in alcuni casi, incompatibili con la tutela dei diritti sociali. Attraverso l'analisi della giurisprudenza e delle più recenti convenzioni in materia, nel presente lavoro si tenterà di valutare le possibili soluzioni per assicurare una maggiore protezione dei diritti sociali.

¹³ In particolare, nel Patto sono riconosciuti: il diritto al lavoro (articoli 6-8), alla sicurezza sociale (articoli 9-11), alla salute (art. 12), ad istruzione e cultura (articoli 13-15).

¹⁴ Tra queste possono annoverarsi altresì le misure volte alla ristrutturazione del debito pubblico. Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, *Concluding observations*, Mexico, 8 dicembre 1999, E/C.12/1/Add.41, punto 31, reperibile *online*. In esse viene anche ribadito che “[t]he Committee calls upon the State party, when negotiating with international financial institutions and implementing structural adjustment programmes and macroeconomic policies affecting foreign debt servicing, integration into the global free market economy, etc., to take into account their effect on the enjoyment of economic, social and cultural rights, in particular for the most vulnerable groups of society”.

¹⁵ Rispetto alla discrezionalità in parola, a parere del Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, è sempre raccomandato il recepimento del Patto nell'ordinamento nazionale di modo che possa essere direttamente lamentata una sua lesione. Sul punto v. Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, *Concluding Observations, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, 5 giugno 2002, E/C.12/1/Add.79, reperibile *online*.

¹⁶ Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, *General Comment No. 19: The right to social security (Art. 9 of the Covenant)*, 4 febbraio 2008, E/C.12/GC/19, reperibile *online*: “[t]here is a strong presumption that retrogressive measures taken in relation to the right to social security are prohibited under the Covenant. If any deliberately retrogressive measures are taken, the State party has the burden of proving that they have been introduced after the most careful consideration of all alternatives and that they are duly justified by reference to the totality of the rights provided for in the Covenant, in the context of the full use of the maximum available resources of the State party”.

2. Il processo di integrazione europea, avviato a partire dal Trattato di Roma del 25 marzo 1957, si è contraddistinto, nei primi decenni, per la prospettiva meramente economica prevista dai vari Trattati. Questi, pur promuovendo libertà di un certo spessore, quali la libertà di circolazione e di stabilimento, garantivano le stesse solo in quanto funzionali allo sviluppo e all'integrazione economica in ambito continentale, senza un'attenzione specifica alla dimensione sociale.

Tale prospettiva è evidente anche alla luce del riparto di competenze tra le istituzioni comunitarie e gli Stati membri: alle prime venivano specificamente demandate competenze nell'ambito delle libertà economiche e del mercato comune, mentre ai secondi venivano lasciate le tradizionali politiche di *welfare* e di protezione sociale¹⁷.

Nonostante le lacune in materia sociale e di diritti fondamentali, la Corte di giustizia dell'Unione europea, con la propria attività, ha offerto e garantito protezione in merito alle possibili lesioni dei diritti fondamentali¹⁸, arrivando a riconoscere, nelle sentenze *Rutili*¹⁹ e *Hauer*²⁰, che anche i diritti protetti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo costituiscono parte del diritto comunitario²¹.

Nei venti anni che vanno dalla Dichiarazione comune delle tre istituzioni del 5 aprile 1977²² al Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997²³, all'iniziale disinteresse

¹⁷ S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003.

¹⁸ Infatti, già dal 1969, con il caso *Stauder* la Corte riconosce "i diritti fondamentali della persona, che fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, di cui la Corte garantisce l'osservanza" (sentenza della Corte di giustizia del 12 novembre 1969, causa 29/69, punto 7). Allo stesso modo, nella sentenza *Nold*, la Corte ha avuto modo di riconoscere che i trattati internazionali in materia di diritti umani ai quali gli Stati membri partecipano, devono essere rispettati anche nel contesto del diritto comunitario (sentenza della Corte di giustizia del 14 maggio 1974, causa 4/73).

¹⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 28 ottobre 1975, causa 36/75, *Roland Rutili c. Ministre de l'intérieur*.

²⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 13 dicembre 1979, causa 44/79, *Liselotte Hauer, Land Rheinland-Pfalz*.

²¹ Nonostante questi riferimenti ai principi della CEDU, i rapporti tra la CGUE e la Corte EDU sono comunque stati contrassegnati da diversi conflitti nonché da una notevole confusione in materia di protezione dei diritti fondamentali. (K. LENEARTES, E. DE SMIJTERS, *The Charter and the Role of the European Courts*, in *Maastricht Journal of European Comparative Law*, 2001, p. 90 ss.).

²² Mediante la Dichiarazione comune, il Parlamento europeo, la Commissione e il Consiglio si sono impegnati nella promozione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla CGUE nelle pronunce *Rutili* e *Hauer*. Questa Dichiarazione, inoltre, sembra attribuire alla CEDU "non un mero ruolo di orientamento, ma un valore sostanzialmente prescrittivo per le Istituzioni comunitarie. Se infatti si guarda alla decisione *Rutili*, dove, tra le prime volte, la Convenzione di Roma appare espressamente menzionata, ci si avvede come non se ne affermi la sua diretta applicazione per la tutela di un diritto, ma la si richiami in quanto consente in via analogica di ricostruire nei termini di un principio generale il divieto per gli Stati membri di apportare restrizioni ai diritti degli stranieri in nome delle esigenze di ordine pubblico e di sicurezza pubblica, oltre ciò che è 'necessario per il soddisfacimento di tali esigenze in una società democratica'": così P. COSTANZO, *La dimensione dei diritti della persona nel diritto dell'Unione Europea*, in *Consulta on line*, 2008, reperibile online.

²³ A detto Trattato si deve la riformulazione del vecchio titolo VIII ed in particolare del capo I. Particolare rilevanza ha l'art. 136 (ex art. 117) il quale statuisce: "[l]a Comunità e gli stati membri, tenuti presenti i diritti sociali fondamentali, quali quelli definiti nella Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, hanno come obiettivi la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta

per la tematica dei diritti sociali sembra sostituirsi una maggiore, seppur non incisiva, consapevolezza della necessità di tutela di tali diritti, anche in conseguenza dell'affermazione del principio della *primauté* e dell'effetto diretto del diritto comunitario.

Con l'affermazione di tali principi non poteva più tollerarsi l'indifferenza delle istituzioni rispetto ai diritti fondamentali, dal momento che le tutele nazionali apprestate – costituzionalmente – nei confronti di questi potevano essere lese dal diritto comunitario, pur non ricevendo adeguata protezione nell'ambito sovranazionale²⁴.

A fronte di questa significativa problematica, l'*iter* di rafforzamento della dimensione sociale nel continente europeo ha avuto uno dei suoi momenti più importanti e discussi nel Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992 ed in particolare del suo "Protocollo sociale"²⁵, per mezzo del quale è stato ampliato l'intervento comunitario in ambito sociale. A tal proposito sono state previste nuove politiche sulla parità di genere, in ambito di integrazione dei disoccupati e nella fissazione di condizioni ideali di lavoro.

Con la Carta di Nizza del 2000 la dimensione sociale dell'Unione europea ha raggiunto la sua portata più ambiziosa, per mezzo di un recepimento significativo²⁶ di molti dei diritti sociali riconosciuti dalle Costituzioni dei Paesi membri. La Carta ha il merito di "cristallizzare i diritti sociali, svolgendo la funzione di uno specchio della storia, che riflette l'emergenza dei nuovi diritti e nel modo in cui questi sono goduti dai cittadini europei"²⁷; nonostante ciò, la Carta, inizialmente, aveva valore di mera dichiarazione, priva di forza vincolante e inidonea ad estendere le competenze dell'Unione.

Solamente per mezzo del successivo Trattato di Lisbona del dicembre 2007, alla Carta di Nizza è stato conferito lo stesso valore giuridico dei Trattati²⁸, consen-

contro l'emarginazione. A tal fine, la Comunità e gli Stati membri mettono in atto misure che tengono conto della diversità delle prassi nazionali, in particolare nelle relazioni contrattuali, e dalla necessità di mantenere la competitività dell'economia della Comunità".

²⁴ A. ANDREANGELI, *EU Competition Enforcement and Human Rights*, Cheltenham, 2008.

²⁵ Critico, rispetto al Protocollo sociale di Maastricht, è P. LANGE, *Maastricht and the Social Protocol. Why Did They Do It?*, in *Stato e mercato*, 1993, il quale ha sottolineato che il Protocollo ha rappresentato l'avvio di un processo volto alla creazione di uno "Stato sociale europeo" nel quale però "le convenienze dei governi, la frammentazione degli interessi sociali e le regole del processo politico della Comunità stessa militano in senso contrario ad ogni iniziativa così ampia nella dimensione sociale".

²⁶ Il capo IV (articoli 27-38) concerne la solidarietà: si riconoscono i diritti dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa, alla negoziazione e al ricorso ad azioni collettive (compreso lo sciopero), alla protezione contro il licenziamento ingiustificato, a una efficace tutela della salute e della sicurezza sul lavoro; si proibisce inoltre il lavoro minorile; si riconosce il diritto alla protezione giuridica, sociale ed economica delle famiglie e la tutela della maternità; si stabiliscono il diritto all'assistenza sociale e sanitaria per tutti e, in particolare, la tutela sociale e l'assistenza abitativa per i bisognosi, l'accesso ai servizi di interesse economico generale, la tutela dell'ambiente e la protezione dei consumatori. Tali disposizioni necessitano poi di un ulteriore coordinamento con il successivo capo V della Carta dove viene disciplinata la cittadinanza europea, che dà consistenza all'idea di una "cittadinanza sociale europea", idonea a garantire una maggiore effettività e giustiziabilità per i diritti sociali, stante la menzione della possibilità di fruire di diritti quali: accesso ai documenti (art. 44), ricorso all'Ombudsman o al Parlamento europeo (art. 43).

²⁷ Y. KRAVARIOTOU, *European Union Charters and Social Rights*, in N. ALIPRANTIS, I. PAPAGEORGIOU (eds.), *Social Rights at European, Regional and International Level, Challenges for the 21st Century*, Bruxelles, 2010, p. 61 ss.

²⁸ Con il Trattato di Lisbona si è predisposta una modifica del vecchio art. 6 TUE, per mezzo della quale è stata abrogata la vecchia formulazione che disponeva un semplice impegno al "rispetto dei

tendo a questa di rappresentare una “nuova dimensione nella protezione dei diritti fondamentali”²⁹. Non sono, tuttavia, venute meno le contraddizioni del sistema di protezione dei diritti sociali in ambito europeo³⁰.

La Carta riconosce, in relazione ai diritti sociali, l'esistenza di un *minimum* contenutistico dei diritti che deve essere ad ogni modo garantito, venendo impedita ogni *reformatio in peius*. Tali riforme sono possibili solo se rispettose del principio di legalità e adottate per ragioni di necessità, che, ove presenti, devono rispondere “effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui”³¹. Inoltre, viene stabilito che nessuna disposizione della Carta dev'essere interpretata “come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti (...) dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti”³².

Le importanti dichiarazioni di principio enunciate nella Carta e nel Trattato di Lisbona sembravano aver tracciato una decisa svolta sociale del diritto dell'Unione europea. Tuttavia, negli anni immediatamente successivi al Trattato di Lisbona, la Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi in materia di protezione dei diritti sociali, ha assicurato maggiore tutela alle istanze finanziarie sottese alle questioni portate alla sua conoscenza. Emblematiche, in tal senso, sono state le sentenze cosiddette “*Laval Quartet*”, nelle quali la Corte, nel contemperamento tra i valori di mercato (libertà di stabilimento) e i diritti sociali³³ (esercizio delle libertà collettive), vira decisamente a favore dei primi. Nonostante la CGUE abbia assicurato la preminenza degli interessi economici (nei casi di specie: la libera circolazione delle persone e dei capitali) rispetto a quelli sindacali, sia nella sentenza *Viking* che in quella *Laval*,

diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri” e ad avere riguardo dei “diritti fondamentali (...) in quanto principi generali del diritto comunitario”, a favore di una disciplina che garantisse maggior tutela giuridica proprio per mezzo del riconoscimento alla Carta di Nizza dello “stesso valore giuridico dei trattati” (art. 6, co. 1, TUE).

²⁹ C. KOLLONAY-LEHOCZKY, K. LÖRCHER, I. SHÖMANN, *The Lisbon Treaty and The Charter of Fundamental Rights*, in N. BRUNN, K. LÖRCHER, I. SHÖMANN (eds.), *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oxford, 2012, p. 61 ss.

³⁰ “Rimane più di un dubbio che la “fondamentalità” dei diritti sociali, intorno a un loro nucleo irriducibile di tutela, resti, nel contesto del diritto europeo, affievolita, sia nel confronto con la “fondamentalità” delle libertà economiche, sia se posta a raffronto con la struttura dei diritti sociali che innerva alcune Costituzioni nazionali, con risultanze non prive di contraddizioni e sulle quali anche la giurisprudenza della Corte di giustizia, ha giocato una partita decisiva”: v. G. GRASSO, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato Nazionale*, in *Rivista AIC*, 2016, n. 4, reperibile *online*.

³¹ Cfr. art. 52 della Carta di Nizza.

³² Cfr. art. 53 della Carta di Nizza.

³³ Le questioni sottese ai giudizi in esame hanno, come minimo comune denominatore, il fatto di essere vertenti su questioni di *social dumping*, causato in special modo dall'allargamento dell'UE verso Est avvenuto a partire dal 2004, che ha fatto sì che si spingesse per una ridefinizione del modello sociale europeo mediante l'adozione di standard volti alla riduzione del *dumping* sociale. La questione, che è alla base delle sentenze in esame, è comunque stata parzialmente risolta anche grazie alla direttiva 2014/67/UE per effetto della quale gli Stati saranno in grado di imporre ai prestatori di servizi gli obblighi amministrativi e le misure di controllo ritenute necessarie.

vi sono dei passaggi³⁴ significativi nel senso di una maggior attenzione alla dimensione sociale dell'Unione³⁵.

Invero, non sono mancate nel corso degli anni sentenze improntate ad un maggior riconoscimento dell'importanza dei diritti sociali, tra le quali: la sentenza *Küçükdeveci*³⁶ sul principio di non discriminazione in ragione dell'età; le decisioni nei casi *Roca Alvarez*³⁷ e *Danosa*³⁸ sulla parità di trattamento tra uomini e donne; la sentenza *RegioPostGmbH c. Stadt Landau*³⁹, inerente il riconoscimento del salario minimo quale strumento compatibile con la libera prestazione di servizi⁴⁰. La dialettica del bilanciamento tra le questioni economiche e la tutela dei diritti sociali si è complicata ulteriormente a causa dell'inizio della crisi economico-finanziaria del 2007 e delle conseguenti misure di *austerità* adottate nei diversi Paesi europei.

Tali misure hanno determinato un arretramento nella fruizione dei diritti sociali nel continente, acuito l'insicurezza sociale e determinato effetti negativi sul benessere delle popolazioni⁴¹, sebbene con un diverso impatto nei vari Stati. I Paesi nordici si sono mostrati maggiormente resilienti rispetto ai cambiamenti economici, altri, nel Sud dell'Europa, hanno invece dovuto subire misure draconiane nel contenimento della spesa pubblica, anche per effetto delle politiche della c.d. *troika*, con un danno ai sistemi di protezione sociale di questi Paesi⁴².

Tra gli strumenti di gestione della crisi predisposti a livello europeo e le misure volte ad assicurare il contenimento della spesa pubblica ed il rispetto di partico-

³⁴ A titolo esemplificativo il punto 79 della sentenza *Viking*: “[p]oiché dunque la Comunità non ha soltanto una finalità economica ma anche una finalità sociale, i diritti che derivano dalle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali devono essere bilanciati con gli obiettivi perseguiti dalla politica sociale, tra i quali figurano in particolare, come risulta dall’art. 136, primo comma, CE, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata e il dialogo sociale”.

³⁵ Sul punto si è osservata la creazione di una frattura rispetto al bilanciamento, sulle medesime questioni, compiuto dalle Corti costituzionali di diversi Paesi membri, che, nel bilanciamento tra equilibri finanziari e tutela dei diritti sociali, tendono comunque a garantire il rispetto di questi ultimi. Il diverso atteggiamento tra Corti nazionali e CGUE sul tema è spiegabile alla luce del fatto che il bilanciamento compiuto dalla CGUE non sia espressivo di una tendenza “programmatica” ma, piuttosto, rivolto al caso concreto, di modo che questo si rivolga esclusivamente ai termini attuali della controversia (L. NIGLIA, *Eclipse of the Constitution, Europe Nouveau Siècle*, in *European Law Journal*, 2016, p. 132 ss.). Nel senso di una maggiore attenzione alla tutela dei diritti sociali volgono diverse sentenze delle Corti nazionali, in special modo quelle costituzionali. Tra queste si segnala, a titolo d’esempio, la sentenza della Corte costituzionale portoghese n. 187/2013, del 5 aprile 2013, la quale ha sanzionato l’illegittimità di alcune misure di austerità (in particolare, tagli agli stipendi), sulla base di una tecnica interpretativa che non si basasse su un raffronto con il diritto dell’Unione ma con la normativa Costituzionale interna (sul punto v. G. BRONZINI, *Le misure di austerità e la giurisprudenza “multilivello”*, in *Questione giustizia*, 2015, n. 3, reperibile online).

³⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 19 gennaio 2010, causa C-555/07.

³⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 2010, causa C-104/09.

³⁸ Sentenza della Corte di giustizia dell’11 novembre 2010, causa C-232/09.

³⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 17 maggio 2015, causa C-115/14.

⁴⁰ Sul punto v. D. TEGA, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza*, Napoli, 2013 p. 92 ss.

⁴¹ C. O’CINNEIDE, *Austerity and the Faded Dream of a “Social Europe”*, in A. NOLAN (ed.) *Economic and Social Rights After the Global Financial Crisis*, Cambridge, 2014 p. 185.

⁴² A. HEMERIJNK, *Changing Welfare States*, Oxford, 2013.

lari vincoli di bilancio⁴³, vi sono: lo European Financial Stabilization Mechanism (EFSM)⁴⁴ e lo European Financial Stability Facility (EFSF)⁴⁵ e il Meccanismo europeo di stabilità (MES).

In relazione al MES, costituente una vera organizzazione internazionale finalizzata a prestare aiuto ai Paesi in difficoltà economica, è importante ricordare che l'art. 136 TFUE dispone che “gli Stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme. La concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo sarà soggetta a una rigorosa condizionalità”. Il riferimento alla “rigorosa condizionalità” nel suddetto articolo rappresenta una novità di non poco conto, che pare attribuire, anche a livello normativo, maggiore preminenza alle esigenze di finanza pubblica piuttosto che a quelle di tutela dei diritti sociali.

I dubbi sulla compatibilità del MES con il diritto dell'Unione sono stati superati positivamente dalla sentenza *Pringle*⁴⁶, che ha ritenuto il MES non contrario a tale diritto. Infatti, le finalità di salvaguardia dell'euro e della stabilità monetaria nell'area euro costituiscono obiettivi del Trattato di Lisbona che legittima gli Stati a concludere accordi di assistenza finanziaria caratterizzati da rigorosa condizionalità, come il MES.

Come osservato dalla Corte, l'art. 125 TFUE “non vieta la concessione di un'assistenza finanziaria da parte di uno o più Stati membri ad uno Stato membro che resta responsabile dei propri impegni nei confronti dei suoi creditori e purché le condizioni collegate a siffatta assistenza siano tali da stimolarlo all'attuazione di una politica di bilancio virtuosa”⁴⁷. Inoltre, la Corte ha statuito che “un sostegno alla stabilità può essere accordato ai membri del MES che già si trovino o rischino di trovarsi in gravi problemi finanziari solo qualora un siffatto sostegno sia indispensabile per salvaguardare la stabilità finanziaria della zona euro nel suo complesso nonché dei suoi Stati membri e la concessione di tale sostegno sia subordinato a condizioni rigorose commisurate allo strumento di assistenza finanziaria scelto”⁴⁸.

⁴³ L'esigenza di tali iniziative accentrate a livello dell'UE risponde alla necessità di un maggiore e più efficace coordinamento delle politiche di bilancio dei singoli Paesi, che, isolatamente, non si sono dimostrati in grado di far fronte alle conseguenze della crisi economica del 2008.

⁴⁴ Lo European Financial Stabilization Mechanism (EFSM) è stato istituito, con regolamento UE 407/2010 del Consiglio, dell'11 maggio 2010, che istituisce un meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria, in parallelo agli accordi intergovernativi del 2010 stipulati tra governo greco, BCE, FMI e Commissione UE. In virtù di quanto sancito dallo stesso regolamento, la base giuridica di tale meccanismo è da rinvenirsi nell'art. 122 TFUE. Il meccanismo è stato istituito con l'obiettivo (art. 1) di concedere “assistenza finanziaria dell'Unione a uno Stato membro che subisca o rischi seriamente di subire gravi perturbazioni economiche o finanziarie causate da circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo”. Detta assistenza è subordinata all'adozione, da parte dello Stato beneficiario, di politiche volte a ristabilire una situazione economica e finanziaria sana.

⁴⁵ Il c.d. “Fondo salva Stati” è stato istituito nel maggio 2010 in seno all'ECOFIN quale strumento di risposta alla crisi greca e alle difficili situazioni finanziarie in cui versavano Irlanda, Portogallo e alti Paesi (c.d. PIIGS). Tale strumento di tipo multilaterale trova la propria base giuridica nel meccanismo di assistenza finanziaria fissata dall'art. 122 TFUE. Tale fondo opera mediante l'emissione di obbligazioni e altri strumenti di debito al fine di alleviare le situazioni debitorie degli Stati che si avvalgono di tale meccanismo.

⁴⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 27 novembre 2012, causa C-370/12.

⁴⁷ *Ivi*, punto 137.

⁴⁸ *Ivi*, punto 142.

Per di più la Corte ha riconosciuto che l'istituzione del MES è avvenuta al di fuori del diritto dell'UE, riguardando competenze di politica economica e non monetaria. Di conseguenza si è esclusa l'applicazione delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali rispetto alle decisioni prese in ambito MES⁴⁹.

Detta decisione costituisce uno snodo fondamentale nell'articolato sistema dialettico tra le istanze sociali ed economiche. Alla luce della svolta in senso anti-sociale, si è parlato addirittura di una "decostituzionalizzazione"⁵⁰ dell'UE, che sembrerebbe così legittimata ad imporre sacrifici senza che vi siano contestuali ed adeguate garanzie per il rispetto dei diritti sociali.

Ad ormai più di dieci anni dallo scoppio della crisi, pare evidente che le misure di *austerità*, al di là della questione relativa alla loro efficacia, hanno acuito il problema del bilanciamento tra la dimensione sociale e quella economica dell'Unione europea. Nonostante lo sforzo interpretativo delle Corti⁵¹, la ricerca di un maggiore equilibrio deve essere risolta *de jure condendo* dal legislatore. In quest'ottica, ha particolare valore l'introduzione del c.d. "Pilastro sociale europeo" in occasione del Consiglio europeo di Göteborg del 17 novembre 2017.

Con il Pilastro europeo dei diritti sociali, l'UE si mostra più attenta alle problematiche relative a tali diritti, anche a fronte dei cambiamenti politici in seno a numerosi Stati membri e degli scenari conseguenti alla Brexit. Come risulta dal preambolo, il riferimento al diritto primario dell'Unione è molto forte; tuttavia, per mezzo di detta proclamazione, non si provvede ad una modifica dello stesso⁵², quanto piuttosto ad una sua nuova valorizzazione⁵³.

Il Pilastro sociale dal punto di vista giuridico assume valore di una dichiarazione di *soft law*, individuando venti diritti allo scopo di definire meglio l'*acquis communautaire* in materia⁵⁴. La particolarità nell'adozione di politiche sociali è data

⁴⁹ G. BRONZINI, *op. cit.*

⁵⁰ S. RODOTÀ, *Il pensiero debole dell'Europa che si accontenta*, in *Repubblica.it*, 2014.

⁵¹ Nel senso di una valorizzazione del dialogo tra le Corti costituzionali, viene proposta una teoria del dialogo per la quale "[t]he dialogue theory treats courts as institutions with the capacity and responsibility to counter political failures in the realisation of socioeconomic rights. (...) the positive dimension to socioeconomic rights should be enforced by adopting either weak rights or weak remedies depending on the country and the case. The role of the judiciary should be to counter 'blockages' in the legislative process arising from blind spots and burdens of inertia including misapplication of laws, time constraints in legislative deliberation, amongst others": così R. DIXON, *Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2007 p. 392 ss.

⁵² Cfr. punto 19 del preambolo: "[a] livello dell'Unione il pilastro europeo dei diritti sociali non comporta un ampliamento delle competenze e dei compiti dell'Unione conferiti dai trattati e dovrebbe essere attuato entro i limiti di tali poteri".

⁵³ P. BILANCIA, *La dimensione europea dei diritti sociali*, in *I diritti sociali tra ordinamento statale e ordinamento europeo*, in *Federalismi*, 2018, n. 4.

⁵⁴ In merito al valore giuridico della Dichiarazione J. LUTHER, *Il futuro dei diritti sociali dopo il "social summit" di Göteborg: rafforzamento o impoverimento?*, in *Federalismi*, 2018, n. 4, precisa: "[i]n un primo tempo aveva solo il valore di una Raccomandazione della Commissione ex art. 292 TFUE e con la proclamazione congiunta di Göteborg può aver acquisito il valore di un accordo delle istituzioni diverse dalla Corte di giustizia su un comune indirizzo politico. Questo atto atipico non rappresenta solo un patto politico, ma produce in virtù dei principi di leale collaborazione e di certezza giuridica anche un auto-vincolo delle stesse istituzioni nell'interpretazione del diritto dell'UE, potendo dare inizio a un procedimento di formazione di consuetudini interpretative condivisibili dagli stati membri".

dall'esistenza di due metodi: a quello "comunitario" si affianca il metodo "sociale" previsto e disciplinato dall'art. 155 TFUE⁵⁵.

L'*acquis* sociale nel diritto dell'Unione trova il suo fondamento sia nell'art. 3 TUE che nell'art. 151 TFUE e in generale in tutto il capo X del Trattato, denominato "Politica sociale" che, oltre ad una elencazione di obiettivi in materia, stabilisce comunque l'impegno a rispettare quanto definito "nella Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989"⁵⁶. Nel capo in questione sembra potersi ritenere sussistente (*ex* articoli 151 e 153 TFUE) una clausola di non regresso degli standard sociali nelle politiche degli Stati membri, che devono comunque soddisfare quanto richiesto a livello sovranazionale.

Nonostante gli obiettivi fissati con il vertice di Göteborg siano particolarmente ambiziosi, tuttavia, avendo tale dichiarazione una natura di *soft law*, la vera attuazione della stessa sarà rimessa ai singoli Stati. Permangono, pertanto, rischi di diversificazione normativa degli standard di tutela dei diritti sociali e conseguente *dumping* tra le singole legislazioni. Tale circostanza, aggravata dall'assenza di una specifica competenza in seno all'Unione europea nel settore dei diritti sociali, potrebbe essere evitata solamente mediante l'attribuzione di specifiche competenze in materia sociale in capo all'Unione, per mezzo di una modifica dei Trattati in tal senso, prospettiva che però pare essere ancora lontana.

3. Nel quadro normativo del diritto dell'Unione europea in materia di diritti sociali emerge come, relativamente agli stessi, non sembrino sussistere tutele forti, soprattutto rispetto alle misure attuate in risposta alla crisi finanziaria.

In proposito, la considerazione preliminare è che in materia economica le competenze dell'UE sono più ampie rispetto a quelle di natura sociale; pertanto, rispetto a questa asimmetria, risulta quasi automatica una preponderanza delle ragioni economiche rispetto a quelle sociali nel bilanciamento compiuto a livello giurisprudenziale, pur nella consapevolezza degli effetti negativi sortiti dalle misure di *austerity*.

Non stupisce, ed anzi risulta coerente con questo assunto, che la CGUE, di recente intervenuta sul tema degli effetti di dette misure nei confronti di diritti costituzionalmente garantiti, abbia nuovamente assicurato preminenza delle ragioni economiche.

Il bilanciamento di queste esigenze contrapposte risente, innanzitutto, della necessità di ancorare le politiche di assistenza finanziaria ad una base giuridica certa da rinvenirsi nei Trattati. A tale scopo occorre distinguere tra la base giuridica dell'assistenza finanziaria a favore dei Paesi la cui moneta è l'euro e quella in caso di Paesi che utilizzano le divise nazionali. Nel primo caso, la base giuridica delle politiche di assistenza finanziaria è costituita dal titolo VIII, capo IV, TFUE; nel secondo, le regole di riferimento si rinvergono negli articoli 143 e 144 TFUE i quali dispongono che, laddove vi siano problematiche relative ai conti pubblici di tali Stati, la Commissione e il Consiglio possono adottare misure di sostegno finanziario.

⁵⁵ S. GARBEN, *The Constitutional (Im)balance between 'the Market' and 'the Social' in the European Union*, in *European Constitutional Law Review*, 2017 p. 23 ss.

⁵⁶ Art. 151 TFUE.

Le concrete modalità di applicazione di tali misure sono poi disciplinate dal regolamento 332/02⁵⁷ del 12 febbraio 2002, che attribuisce al Consiglio il compito di esaminare i conti pubblici dei Paesi europei e, in caso di disavanzo, di decidere sull'applicazione del meccanismo, valutando (art. 3) le “condizioni di politica economica” sulle quali fondare l'assistenza finanziaria. Tale assistenza è a sua volta subordinata, ai sensi dell'art. 3 *bis*, all'adozione di un *memorandum of understanding* (*MoU*) tra il Consiglio, la Commissione e lo Stato interessato all'assistenza⁵⁸.

In applicazione di tale meccanismo, le istituzioni sono intervenute in assistenza finanziaria nei confronti della Romania (Paese non appartenente all'area euro) in seguito alla crisi del 2012⁵⁹. Da tale intervento, ed in particolare in ossequio al *memorandum* concluso con tale Stato, è derivata una razionalizzazione della spesa pubblica nazionale volta al contenimento del *deficit* che ha comportato l'applicazione di misure particolari, incidenti, tra gli altri, sul settore previdenziale.

Nell'attuazione di tali misure è stato pressoché inevitabile che diversi soggetti, lesi nelle proprie situazioni giuridiche soggettive, adissero le competenti autorità giudiziarie nazionali per vedere tutelati i propri interessi.

In particolare, il Piano di assistenza finanziaria, adottato in attuazione del regolamento (CE) n. 332/02, ha inciso, con la legge romana n. 329/2009⁶⁰, sulla materia pensionistica negando la possibilità del cumulo di pensioni per dipendenti del settore pubblico.

⁵⁷ Regolamento sulle bilance dei pagamenti – BdP (regolamento (CE) n. 332/2002), a sua volta modificato dal regolamento (CE) n. 431/2009 del Consiglio, del 18 maggio 2009, che modifica il regolamento (CE) n. 332/2002, che istituisce un meccanismo di sostegno finanziario a medio termine delle bilance dei pagamenti degli Stati membri, per effetto delle recenti crisi dei bilanci pubblici nei Paesi europei. Il 22 giugno 2012 la Commissione ha presentato una proposta legislativa [COM(2012)336 final] di revisione del meccanismo BdP. Tuttavia, invece di modificare il regolamento BdP, la proposta consiste in un nuovo regolamento che abroga e sostituisce quello attualmente in vigore. Il Consiglio ha discusso la proposta modificata della Commissione l'ultima volta nel dicembre 2013, allo scopo di concordare una posizione comune. La proposta ha ricevuto ampio sostegno, con l'eccezione di uno Stato membro. Da allora il processo legislativo è in stallo (Relazione sul meccanismo dell'Unione che fornisce sostegno finanziario a medio termine alle bilance dei pagamenti degli Stati membri ai sensi dell'articolo 10 del regolamento (CE) n. 332/2002 del Consiglio, Bruxelles, 30 agosto 2017).

⁵⁸ L'adozione di un siffatto meccanismo di assistenza ha fatto ritenere alcuni autori che tale prassi sia indicativa di un particolare *modus operandi* dell'UE sempre più simile a quello proprio di organizzazioni internazionali quali il Fondo monetario internazionale (FMI) ed anzi addirittura più “ortodossa” rispetto l'attuazione, nell'assistenza finanziaria, delle misure tipiche del *Washington Consensus* (S.LÜTZ, M. KRANKE, *The European Rescue of the Washington Consensus? EU and IMF Lending to Central and Eastern European Countries*, LEQS Discussion Paper Series, 2010).

⁵⁹ Come si legge dalla relazione della Commissione al Consiglio del 30 agosto 2017, “[i]l sostegno è stato formalmente concesso nell'ottobre 2013 ed è scaduto nel settembre 2015. È stato attuato parallelamente a un accordo di stand-by del Fondo monetario internazionale (FMI). Come nel caso dell'accordo relativo al periodo 2011-2013, il sostegno disponibile per il periodo 2013-2015 è stato trattato come precauzionale e non è stato attivato. Il sostegno precauzionale da parte dell'UE ammontava a 2 miliardi di Euro, mentre il FMI ha contribuito fino a 1,75 miliardi di DSP (all'incirca 2 miliardi di Euro) sulla base di un accordo di stand-by anch'esso precauzionale. Il programma di aggiustamento finanziato mirava ad aiutare la Romania a consolidare la stabilità macroeconomica, finanziaria e di bilancio, aumentando in tal modo la resilienza e il potenziale di crescita dell'economia, nonché a migliorare la capacità amministrativa, riformare l'amministrazione fiscale, migliorare la gestione delle finanze pubbliche e ristrutturare le imprese statali”.

⁶⁰ Legea 329/2009 privind reorganizarea unor autorități și instituții publice, raționalizarea cheltuielilor publice, susținerea mediului de afaceri și respectarea acordurilor-cadru cu Comisia Europeană și Fondul Monetar International.

Rispetto a tale divieto, tre magistrati che avevano cumulato le pensioni a tale titolo con redditi derivanti da docenza universitaria, hanno presentato ricorso contro tale misura in quanto, a loro detta, lesiva del diritto di proprietà tutelato dall'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali. Nel giudizio di appello, la Corte di Alba Iulia ha proposto rinvio pregiudiziale alla CGUE per chiarire la natura giuridica del *memorandum* e verificare la sua compatibilità con il diritto dell'Unione.

La pronuncia⁶¹ resa dalla Corte ha costituito uno snodo importante nell'*iter* giurisprudenziale relativo alle misure di *austerità*⁶².

La Corte ha qualificato i *MoU* come atti delle istituzioni e, pertanto, sottoponibili al proprio sindacato, precisando⁶³ come gli impegni presi per effetto di tali accordi, pur avendo carattere vincolante, sono rimessi, per la loro attuazione, all'esercizio di un potere discrezionale del Paese beneficiario dell'assistenza. Tuttavia, essendo tali misure riconducibili al diritto dell'UE, poiché produttive di effetti obbligatori, debbono essere subordinate al rispetto della Carta dei diritti fondamentali⁶⁴.

Ciò precisato, nel merito della questione giuridica, la CGUE doveva verificare la compatibilità delle misure di *austerità* adottate dal governo rumeno con il diritto dell'UE, ed in particolare con l'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali⁶⁵.

Nelle sue argomentazioni, la Corte ha considerato che il diritto di proprietà riconosciuto all'art. 17 della Carta di Nizza non è da considerare assoluto⁶⁶ e, pertanto, il suo esercizio può essere oggetto di restrizioni in nome di interessi generali protetti dal diritto dell'Unione europea.

In proposito, la Corte, avendo ritenuto sussistenti i canoni della proporzionalità e della necessità sanciti dall'art. 52 della Carta di Nizza, ha ritenuto legittime le restrizioni al godimento dei diritti garantiti dalla Carta.

La CGUE ha ritenuto che la legge romena n. 329/2009 rispettasse tanto il requisito della proporzionalità quanto quello della necessità.

In merito al primo punto, ha considerato dette misure eccezionali e temporanee. Inoltre, per la Corte, il diritto alla pensione non è messo in discussione ma è solamente limitato l'esercizio "in circostanze ben definite e regolamentate, ossia quando la pensione viene cumulata con un'attività svolta presso istituzioni pubbliche e quando il suo importo supera una certa soglia"⁶⁷.

⁶¹ Sentenza *Florescu*.

⁶² Infatti, come fa notare A. MIGLIO, *La condizionalità davanti alla Corte di giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, p. 763 ss., "[i] precedenti tentativi di corti rumene e portoghesi di ottenere, mediante lo strumento del rinvio pregiudiziale, un giudizio sulla conformità al diritto dell'Unione di norme interne adottate nel contesto della politica di condizionalità non avevano superato il vaglio della ricevibilità. Argomentando sulla base della scarsa precisione delle questioni pregiudiziali, dalle quali non sarebbe stato possibile evincere un nesso tra le misure di diritto interno oggetto di censura nei procedimenti principali e il diritto dell'Unione, la Corte si era sistematicamente dichiarata manifestamente incompetente a pronunciarsi sulle questioni prospettate".

⁶³ Sentenza *Florescu*, punto 41.

⁶⁴ *Ivi*, punto 48.

⁶⁵ Art. 17 della Carta di Nizza: "[o]gni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale".

⁶⁶ Sentenza *Florescu*, punto 51.

⁶⁷ *Ivi*, punto 55.

In relazione alla necessità delle misure di *austerity*, invece, la Corte ha statuito che anche tale requisito fosse rispettato, poiché il provvedimento è stato preso al fine di razionalizzare la spesa pubblica in un contesto eccezionale di crisi economica globale. Le misure adottate hanno inciso sulle retribuzioni nel settore pubblico e hanno comportato la riforma del settore pensionistico al fine di raggiungere l'obiettivo primario di ridurre lo squilibrio nella bilancia dei pagamenti del Paese. Pertanto, la normativa nazionale oggetto del procedimento principale è idonea a realizzare l'obiettivo di interesse generale perseguito, e dunque, le misure in essa contenute sono da ritenersi legittime.

Dalla pronuncia *Florescu* si ricava il principio per il quale le misure di *austerity* adottate ai sensi dell'art. 143 TFUE non sono necessariamente contrarie al diritto dell'Unione né tantomeno alla Carta di Nizza. Ulteriormente, si riconosce che le politiche di risanamento dei conti pubblici rappresentano un obiettivo di primaria importanza nell'azione dell'Unione europea e, pertanto, necessitano anch'esse di adeguata tutela in sede giurisprudenziale, nonostante ciò possa incidere sul godimento dei diritti sociali dei cittadini dei Paesi beneficiari di programmi di assistenza finanziaria.

Questo particolare *trend* è stato seguito dalla Corte di giustizia anche in relazione ai programmi di assistenza a favore di Stati la cui moneta è l'euro attraverso l'EFSM e l'EFSF⁶⁸.

L'assistenza finanziaria mediante i meccanismi in parola è stata concessa, ad esempio, al Portogallo, che ha sottoscritto accordi di prestito attraverso l'EFSM e l'EFSF⁶⁹ e, in attuazione degli stessi, ha adottato una serie di misure volte al contenimento della spesa pubblica finalizzate all'aggiustamento dei conti.

Tra queste misure si segnala la legge portoghese n. 75/2014⁷⁰ del 12 settembre 2014, che ha determinato un taglio delle retribuzioni dei dipendenti pubblici, tra i quali figuravano i giudici (art. 2, lett. f, della legge n. 57/2014).

A seguito di tali tagli retributivi, il Supremo tribunal administrativo, investito della questione di legittimità di dette misure, ha proposto rinvio pregiudiziale alla CGUE per verificare la legittimità delle misure di *austerity* e la loro compatibilità con il diritto dell'UE. Un secondo motivo di rinvio è stato posto per appurare se i tagli retributivi potessero in qualche modo minare le garanzie inerenti l'autonomia ed indipendenza dei giudici, poste alla base dello Stato di diritto.

Il caso *Associação Sindical dos Juizes Portugueses c. Tribunal de Contas (ASJP)*⁷¹ si presenta dunque come un nuovo capitolo sugli effetti delle misure di *austerity*. Nello specifico sono trattati sotto una luce diversa, non propriamente coin-

⁶⁸ V. note 44 e 45.

⁶⁹ A. MIGLIO, *op. cit.*, p. 6, fa notare come, “[s]ebbene tutti i programmi di assistenza subordinino il sostegno finanziario all’adozione da parte dello Stato interessato di misure concordate in un apposito protocollo di intesa, soltanto per i programmi fondati sull’art. 143 TFUE il memorandum è concluso tra lo Stato membro interessato e l’Unione europea. Nel quadro degli altri meccanismi di assistenza esso è invece negoziato e concluso dalla Commissione non per conto dell’Unione, bensì per conto degli Stati membri dell’area euro ovvero del MES. Tali elementi sembrerebbero pertanto condurre a escludere la qualificazione come atti compiuti da istituzioni dell’Unione dei protocolli di intesa conclusi sulla base di procedure diverse da quella disciplinata dall’art. 143 TFUE”.

⁷⁰ Lei n. 75/2014 – Estabelece os mecanismos das reduções remuneratórias temporárias e as condições da sua reversão.

⁷¹ Sentenza del 28 febbraio 2018, causa C-64/16.

cidenti con il rispetto dei diritti sociali in sé, ma inerenti una questione più ampia e fondamentale qual è l'indipendenza dei giudici.

Tale valore, richiamato nelle costituzioni dei diversi Paesi membri, è riconosciuto anche a livello europeo. In particolare, nel TUE, all'art. 19, si prevede l'impegno per gli Stati membri di stabilire "i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione". Allo stesso modo nella Carta di Nizza, all'art. 47, viene sancito il diritto ad un giudice precostituito per legge che sia indipendente ed imparziale.

I motivi che hanno spinto la Suprema corte amministrativa portoghese a presentare domanda di rinvio pregiudiziale hanno riguardato proprio tale punto, sottolineando, al riguardo, che l'indipendenza degli organi giurisdizionali dipende dalle garanzie associate allo *status* dei loro membri, anche in termini di retribuzione. Tuttavia, queste preoccupazioni sono state disattese dal giudizio della CGUE che, dopo aver ricostruito la nozione stessa di autorità giudiziaria e i suoi tratti costitutivi⁷², attraverso una verifica del concetto di giurisdizione⁷³, è arrivata a ritenere che i tagli prospettati dalla legge portoghese n. 75/2014 non siano né lesivi dei principi di indipendenza e imparzialità dei giudici, né tantomeno illegittimi.

Per quel che qui interessa, bisogna osservare come la CGUE abbia fatto salve le misure di *austerità* contenute nel provvedimento legislativo in esame, mediante il meccanismo di verifica di cui all'art. 52 della Carta di Nizza. Come avvenuto nella citata sentenza *Florescu*, la Corte ha ritenuto sussistenti sia la proporzionalità che la necessità delle misure poste in essere dal governo portoghese. Ciò è stato deciso sulla base dell'assunto secondo cui l'attuazione dei programmi di assistenza finanziaria mira a correggere una situazione di disavanzo eccessivo del bilancio pubblico. Infatti, come si evince da alcuni passaggi della sentenza in esame, anche tenendo conto dell'importanza che una retribuzione adeguata ha nell'assicurare l'indipendenza dei giudici, non si può comunque prescindere dall'analisi del contesto globale (economico e sociale) cui i tagli ineriscono.

Nello specifico la Corte ha giudicato le misure contenute nella legge 75/2014 legittime ed idonee a garantire l'equilibrio tra le esigenze finanziarie nazionali e le esigenze particolari dei giudici, poiché i tagli erano genericamente applicabili,

⁷² Nel qualificare un organo come giurisdizione, la Corte, nella sentenza *ASJP*, punto 38, richiamando una sua costante giurisprudenza, espressa ad esempio nel caso *Margarit Panicello* (sentenza della Corte di giustizia del 16 febbraio 2017, causa C-503/15) ha statuito che c'è bisogno del rispetto dei requisiti "del fondamento legale dell'organo, del suo carattere permanente, dell'obbligatorietà della sua giurisdizione, della natura contraddittoria del procedimento, del fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente".

⁷³ A. MIGLIO, *op. cit.*, p. 4, osserva: "[a] fine di ricostruire l'ambito di applicazione dell'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE, la Corte ha osservato che la locuzione 'nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione' contenuta in questa disposizione prescinde dalla circostanza che l'azione dello Stato membro costituisca attuazione del diritto dell'Unione. Insistendo sul ruolo centrale, all'interno del sistema giurisdizionale dell'Unione, dei giudici nazionali, i quali concorrono ad 'assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati' (art. 19, par. 1, primo comma, TUE), la Corte ne ha tratto la conclusione che tutti gli organi giurisdizionali potenzialmente chiamati a interpretare e applicare norme di diritto dell'Unione devono 'soddisf[are] i requisiti di una tutela giurisdizionale effettiva'. La soluzione della questione relativa al concetto di giurisdizione è stata resa necessaria al fine di valutare concretamente se il Tribunal de Contas fosse effettivamente legittimato a proporre rinvio alla CGUE. Sul punto, i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto che si debba procedere ad una valorizzazione del concetto di "leale collaborazione" previsto dai Trattati.

temporaneamente, a tutti i lavoratori del settore pubblico, solamente per stipendi superiori ad una certa soglia.

La sentenza *ASJP* si pone, dunque, sulla scia già tracciata dalla pronuncia *Florescu*, rispettando l'*iter* argomentativo proposto in quest'ultima, arricchendola in merito alle questioni del bilanciamento tra diritti sociali ed esigenze economiche. Relativamente a questa problematica si evidenzia come la Corte abbia continuato ad effettuare una "marcata sottovalutazione dei diritti sociali"⁷⁴, depotenziati a fronte delle esigenze di bilancio.

Dalla sentenza *ASJP*, così come da quella *Florescu*, sembra emergere un principio fondamentale, secondo il quale "i vincoli di bilancio europei pongono agli Stati membri un'obbligazione di risultato, i mezzi per il perseguimento della quale sono affidati alla discrezionalità statale che il giudice europeo si riserva di sindacare solo qualora le scelte di limitazione della spesa si traducano in violazioni particolarmente pervasive dei diritti civili e sociali dei cittadini europei"⁷⁵.

Questo atteggiamento della Corte determina una discrasia sia rispetto agli obiettivi politici, testimoniati dall'adozione del Pilastro sociale, sia rispetto all'impostazione tipica delle diverse Corti costituzionali dei Paesi membri che, all'opposto, tendono ad assicurare maggiore protezione proprio ai diritti sociali.

Sul punto si può citare l'atteggiamento proprio della Corte costituzionale portoghese che, con una serie di decisioni, ed in particolare con la sentenza n. 187/2013 del 5 aprile 2013, ha sanzionato l'illegittimità di alcune misure di austerità (in particolare, i tagli agli stipendi), parametrando le stesse non con il diritto dell'Unione ma con la normativa costituzionale ed in particolare con i principi di uguaglianza e di proporzionalità.

Il diverso modo di procedere delle Corti costituzionali e della CGUE è spiegabile alla luce della differente posizione dei diritti sociali nel quadro nazionale, dove essi assurgono a principi fondamentali⁷⁶, e in quello europeo, dove tali diritti risultano essere meri connotati riflessi rispetto alle originarie istanze economiche che hanno dato origine al processo di integrazione europea.

4. Nel continente europeo la tutela dei diritti sociali è assicurata anche per mezzo dell'azione di organizzazioni estranee al sistema del diritto dell'Unione europea, come il Consiglio d'Europa⁷⁷, nonché attraverso l'attività interpretativa della Corte

⁷⁴ A. CIANCIO, *Alle origini dell'interesse dell'Unione europea per i diritti sociali*, in *Federalismi.it*, 2018, n. 4.

⁷⁵ F. GUELLA, *Tagli stipendiali e indipendenza della magistratura in Portogallo: temporaneità, sostenibilità e non selettività per bilanciare convergenza finanziaria e Unione "di diritto"*, in *DPCE on line*, 2008, n. 2, reperibile *online*.

⁷⁶ I diritti sociali vengono espressamente riconosciuti nella Costituzione spagnola (art. 1: "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho [la Spagna si costituisce come Stato sociale e democratico di diritto]"), tedesca (art. 20: "Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat [la Repubblica Federale di Germania è uno Stato federale democratico e sociale]") e portoghese (art. 2: "A República Portuguesa é um Estado de direito democrático (...) visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa" [la Repubblica portoghese è uno Stato di diritto democratico (...) che si propone la realizzazione della democrazia economica, sociale e culturale ed il rafforzamento della democrazia partecipativa]).

⁷⁷ Organizzazione istituita nel 1949, con lo scopo di promuovere la democrazia, i diritti umani, l'identità culturale europea e la ricerca di soluzioni ai problemi sociali in Europa.

europea dei diritti dell'uomo, che opera nell'ambito della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Sebbene la Convenzione si occupi principalmente di diritti civili e politici, la protezione dei diritti sociali non sfugge alla competenza della Corte poiché, com'è stato riscontrato già a partire dal caso *Airey*⁷⁸, i diritti civili e politici presentano comunque delle implicazioni di natura sociale, tali da consentire che “nessuna barriera impermeabile separi i diritti socio-economici dall'ambito coperto dalla Convenzione”⁷⁹.

Sebbene quest'interpretazione non sia stata sempre costante, è invalsa una tendenza significativa ad un'interpretazione evolutiva delle competenze della Corte, per far sì che le esigenze di tutela proprie della Convenzione si adeguassero ai cambiamenti socio-economici⁸⁰.

Questa interpretazione evolutiva ha consentito alla Corte di occuparsi, in maniera significativa, altresì delle questioni relative ai Trattati europei che impongono misure di *austerità* ai Paesi che aderiscono alla Convenzione. In diverse occasioni, infatti, essa è intervenuta per verificare se le suddette misure rappresentavano limitazioni alla tutela dei diritti fondamentali nei singoli ordinamenti.

A tal proposito si può citare la sentenza *Da Conceicaoõ Mateus c. Portogallo* dell'8 ottobre 2013, con la quale la Corte EDU, di fronte ad una misura nazionale di riduzione delle pensioni, ha statuito che questa non fosse lesiva dei diritti dell'individuo, data la sussistenza di un forte interesse pubblico posto alla base della rideterminazione del sistema pensionistico⁸¹.

Nel caso di specie, viene comunque stabilito che le misure finanziarie adottate non devono ledere il contenuto essenziale del diritto; pertanto, in materia pensionistica, è ritenuta inammissibile la privazione totale di tale diritto che determini, per il singolo, la perdita dei mezzi di sussistenza⁸². Nella sentenza in esame la Corte, confermando l'orientamento seguito nelle sentenze *Koufaki e Adedy c. Grecia*⁸³, *P. Plaisier BV c. Paesi Bassi*⁸⁴, ha statuito l'insussistenza della lesione dei diritti sociali in virtù dei seguenti elementi: le misure erano state adottate in una situazione economica estrema; erano limitate nel tempo; non erano tali da incidere sulla pensione-base⁸⁵, che veniva comunque salvaguardata.

⁷⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 9 ottobre 1979, *Airey c. Irlanda*.

⁷⁹ *Ivi*, par. 26.

⁸⁰ J.P. MARGUÉNAUD, J. MOULY, *L'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux*, Parigi, 2009.

⁸¹ G. BRONZINI, *Rapporto di lavoro, diritti sociali e Carte europee dei diritti. Regole di ingaggio, livello di protezione, rapporti tra le due Carte*, Working Papers del Centre for the Study of European Labour Law “Massimo D'Antona”, 2015, reperibile *online*.

⁸² Sentenza *Da Conceicaoõ Mateus*, punto 24.

⁸³ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 7 maggio 2013, *Koufaki e Adedy c. Grecia*: la Corte EDU ha riconosciuto come gli interventi compiuti dalla Grecia con la diminuzione dei salari non sono tali da pregiudicare la condizione di vita del ricorrente; ulteriori tagli – in specie alla tredicesima e alla quattordicesima – rientrano nella discrezionalità del legislatore e, rispetto al caso di specie, comunque risultano compensate da ulteriori misure.

⁸⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 7 dicembre 2017, *P. Plaisier BV c. Paesi Bassi*. La Corte ha riconosciuto: “[n]on c'è dubbio che lo Stato ha il diritto di adottare misure di ampia portata per riportare la propria economia in linea con i suoi obblighi internazionali, (...) ma tale diritto è comunque soggetto alla condizione che un onere eccessivo non sia imposto ai privati”.

⁸⁵ Sentenza *Da Conceicaoõ Mateus*, punto 29.

Sempre nell'ambito del Consiglio d'Europa, la protezione dei diritti sociali è assicurata anche per mezzo della Carta sociale europea del 1961⁸⁶.

La Carta nasce con lo scopo di “realizzare un'unione più stretta tra i suoi membri per salvaguardare e promuovere gli ideali ed i principi che rappresentano il loro patrimonio comune e favorire il progresso economico sociale, in particolare mediante la difesa e lo sviluppo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali”⁸⁷. La protezione di questi è garantita per mezzo di un catalogo di diritti eterogeneo⁸⁸ il cui riconoscimento mira a proteggere la dimensione sociale dell'individuo nel suo complesso.

Gli obiettivi enunciati nella Carta resterebbero lettera morta qualora non vi fosse un sistema di controllo e d'attuazione che renda effettivo il raggiungimento degli stessi. A tal fine è rilevante l'attività di controllo svolta dal Comitato europeo dei diritti sociali⁸⁹, che monitora il recepimento e il rispetto degli obblighi fissati dalla Carta nei diversi sistemi nazionali.

Peraltro, anche in riferimento ai risultati di detta attività di controllo, sembra emergere che i diritti sociali si trovino sempre ad essere minacciati per effetto delle disponibilità economiche dei singoli Paesi. A tal riguardo, il Comitato, nelle sue conclusioni annuali per il 2017⁹⁰, ha osservato che le violazioni della Carta sono consistenti, e che le misure adottate per porvi rimedio siano del tutto insufficienti anche a causa della scarsità delle risorse. Dunque, anche a questo livello, si comprende come la crisi economica abbia dato luogo ad un possibile rischio di lesione dei diritti sociali, anche rispetto al loro contenuto minimo, insuscettibile di lesione⁹¹. Tale rischio non appare accettabile, dal momento che, come ha avuto modo di affermare il Comitato, le misure di *austerity* non possono ad ogni modo andare a contrastare gli obblighi che i singoli Paesi hanno assunto in materia di protezione sociale mediante la loro adesione alla Carta⁹².

⁸⁶ La Carta sociale europea è stata firmata da tredici Stati membri del Consiglio d'Europa a Torino il 18 ottobre 1961 ed è entrata in vigore il 26 febbraio 1965.

⁸⁷ Cfr. preambolo della Carta sociale europea.

⁸⁸ Viene apprestata tutela al diritto al lavoro, alla salute, all'assistenza sociale, alla protezione dei portatori di handicap, alla tutela dei migranti.

⁸⁹ Il Comitato è composto da esperti indipendenti, nominati dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, sulla base delle competenze sviluppate nelle materie della Carta.

⁹⁰ Reperibili *online*.

⁹¹ La consapevolezza che il contesto di crisi possa rappresentare un pericolo per i diritti sociali è stato evidenziato nel “Documento di Bruxelles”, ove si legge: “[i]l contesto di crisi ha pertanto incrinato la protezione dei diritti sociali nell'Unione europea, mettendo in tal modo a repentaglio lo stato di diritto europeo e la costituzione sociale dell'Europa. Inoltre, i programmi adottati per raggiungere l'obiettivo di consolidare i bilanci nazionali hanno fatto sorgere timori relativi all'impatto che possono avere, a breve e lungo termine, sulle procedure decisionali democratiche (risoluzione 1884/12 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa). Le crisi hanno portato a un'erosione dei valori della cittadinanza sociale, minacciando la coesione e lo spirito di solidarietà all'interno dell'Europa e mettendo alla prova la lealtà delle popolazioni nei confronti del progetto europeo” (Presidenza Belga del Consiglio d'Europa, *Documento di Bruxelles sul futuro della protezione dei diritti sociali in Europa*, 2015, reperibile *online*).

⁹² Nelle decisioni *Panhellenic Federation of pensioners of the Public Electricity Corporation (POS-DEI) c. Grecia*, C-79/12 del 7 dicembre 2012, e *Federation of Employed Pensioners of Greece c. Grecia*, C-76/12 del 7 dicembre 2012 il Comitato ha rimarcato la necessità del rispetto degli obblighi assunti con l'adozione della Carta statuendo “when states parties agree on binding measures, which relate to matters within the remit of the Charter, they should – both when preparing the text in question and when implementing it into national law – take full account of the commitments they have taken upon

L'idea del livello *minimo*⁹³ di godimento dei diritti, così come riconosciuto nella Carta di Nizza in ambito europeo (art. 52) e a livello CEDU, nonché per come risulta dall'attività di controllo del Comitato, costituisce un requisito essenziale per una maggiore protezione dei diritti sociali. Tuttavia, nelle more di un decisivo intervento normativo a livello europeo in proposito, la valorizzazione del contenuto minimo pare realizzabile mediante un maggior dialogo tra le Corti di Strasburgo e di Lussemburgo, nonché dalla prospettiva di un maggior coinvolgimento delle Corti costituzionali dei singoli Paesi europei, tenendo conto delle sempre più consistenti influenze del diritto europeo⁹⁴ ed internazionale.

Infatti, come già notato, nelle Costituzioni e nelle “tradizioni costituzionali” si rinviene una forte protezione dei diritti sociali, che li trovano il loro *habitat* naturale.

Per effetto di tali sviluppi nel contesto giuridico ed economico, sulle Corti nazionali graverebbe in maggior misura “il compito di difendere la tenuta di un certo livello di diritti sociali, anche in contrasto con quegli accordi internazionali, faticosamente conclusi sul piano politico, volti a garantire al loro Paese l'uscita da una strutturale debolezza economica che ne ha messo in discussione la stabilità”⁹⁵.

Come già notato, alcune Corti, quali quella portoghese⁹⁶, sono state particolarmente attive nel proteggere i diritti sociali, attribuendo centralità alle disposizioni costituzionali protettive degli stessi. Inoltre, nei giudizi di tali Corti è forte l'idea per la quale non si ritiene ammissibile una regressione nei livelli di tutela dei diritti sociali anche se giustificata da ragioni di ordine economico, in virtù dell'esistenza di un *minimum* nel contenuto essenziale del diritto. Proprio attraverso la protezione di detto *minimum*, e la valorizzazione di principi costituzionali, quali quello di

ratifying the European Social Charter”, sia il bisogno di “maintain a sufficient level of protection for the benefit of the most vulnerable members of society”. Sul punto v. M.R. MAURO, *L'Europa di fronte alla crisi: tra tutela degli equilibri istituzionali, salvaguardia dei diritti economici e sociali e garanzie del mercato*, in M.R. MAURO (a cura di), *L'Europa tra sfide economiche e garanzie dei diritti dei cittadini*, Ripalimosani, 2015, p. 5 ss.

⁹³ Nel senso di una definizione del concetto di *minimum* M. BRKAN, *The Concept of Essence of Fundamental Rights in the EU Legal Order: Peeling the Onion to its Core*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, p. 332 ss., per il quale questo “represents the untouchable core or inner circle of a fundamental right that cannot be diminished, restricted or interfered with. An interference with the essence of a fundamental right makes the right lose its value for society and, consequently, for the right holders”.

⁹⁴ A testimonianza di tali influenze si segnala la modifica della Costituzione italiana avvenuta per mezzo della l.cost. 1/2012, attraverso la quale è stato sancito il recepimento nel diritto interno delle disposizioni del *Fiscal Compact*. La riforma ha comportato la modifica degli articoli 53, 81, 97 e 119 della Costituzione, prevedendo l'obbligo di pareggio per l'aggregato delle pubbliche amministrazioni, per il governo e per gli enti locali. Centrale nella riforma in parola è il nuovo dispositivo dell'art. 81 Cost., il quale recita: “[l]o Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico. Il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali. Ogni legge che importi nuovi o maggiori oneri provvede ai mezzi per farvi fronte”. Tale disposizione, inequivocabilmente, sancisce l'ingresso nel nostro ordinamento del principio del pareggio di bilancio, temperato nella sua applicazione da due possibili deroghe che possono derivare da fase favorevoli di crescita economica e in presenza di eventi eccezionali, previa autorizzazione delle Camere.

⁹⁵ F. SAITTO, *La “solitudine” delle corti costituzionali? Sindacato sulle misure di austerità e protezione dei diritti sociali tra giudici nazionali e Corte EDU*, in *Diritto pubblico*, 2016, p. 421 ss.

⁹⁶ Sul punto: D. PAUCIULO, *Le misure di austerità al vaglio di alcune corti costituzionali europee*, in M.R. MAURO (a cura di), *op. cit.*, p. 113 ss.

uguaglianza o di proporzionalità, sembrerebbe che il ruolo centrale nel sistema di protezione dei diritti sociali sia svolto dalle Corti costituzionali.

5. Alla luce delle osservazioni svolte è opportuno evidenziare alcuni aspetti tipici relativi alla tutela dei diritti sociali, ricorrenti parallelamente sia nella prospettiva meramente nazionale, che in quella europea ed internazionale.

I diritti sociali rappresentano storicamente una rivendicazione di un ordine costituente rispetto ad un passato in cui gli stessi non erano riconosciuti o erano fortemente limitati. Il carattere di conquista dei diritti sociali ha fatto sì che a lungo vi sia stato, sia in ambito nazionale che in ambito internazionale, un forte attivismo nel riconoscimento e nella tutela degli stessi.

Il limite dei diritti sociali è tuttavia rintracciabile nella loro natura “finanziariamente condizionata”, che comporta, nelle fasi di crisi economica, una loro regressione nelle possibilità di godimento. Non stupisce dunque che proprio in conseguenza della crisi finanziaria del 2007 si sia sviluppato un maggiore dibattito, dottrinale, giurisprudenziale e normativo intorno a questa specifica categoria di diritti.

Come osservato, in ambito europeo, la crisi economica ha costituito un volano importante affinché vi fosse una maggiore sensibilità politica rispetto ai diritti sociali. La proclamazione del Pilastro sociale avvenuta in seno al Consiglio europeo di Göteborg depone in questo senso, ma bisogna comunque rimarcare la sua scarsa portata innovativa. Infatti, il Pilastro sociale si pone perlopiù come semplice valorizzazione dei principi già riconosciuti dai diversi Trattati e, da un punto di vista del suo valore giuridico, è ascrivibile al mero *soft law*.

Tenendo conto di questa circostanza, non stupisce il fatto che, in assenza di una svolta politica, la CGUE, in recenti pronunce, abbia assicurato una maggiore protezione delle ragioni economiche con sacrificio di quelle sociali, legittimando tali scelte per mezzo dello strumento interpretativo dall'art. 52 TFUE.

Le sentenze *Florescu* e *ASJP* continuano a ribadire una matrice fondamentalmente economica dell'Unione europea; dunque, per consentire un *revirement* giurisprudenziale più attento alla tutela dei diritti sociali, vi sarebbe bisogno di una politica sociale vera e propria a livello europeo. Al momento questa, in un contesto di generale sfiducia per le istituzioni europee, rappresenta una chimera, ma al tempo stesso, a parere di chi scrive, potrebbe rappresentare lo strumento più adeguato per invertire il *trend* di sfiducia nell'UE.

Nelle more di questo (auspicabile) processo di riforma, l'attività interpretativa dei giudici di Lussemburgo e di Strasburgo appare significativa, perché comunque a loro si deve il consolidamento del concetto di contenuto minimo dei diritti sociali, che nella gerarchia degli interessi dell'Unione non sono, tuttavia, al vertice.

Non stupisce dunque che siano ancora le Costituzioni e i giudici nazionali ad avere centralità nella tutela dei diritti sociali, tenendo conto del fatto che questi, nelle Carte nazionali, assumono il rango di diritti fondamentali.

Alla luce di tale ricostruzione, ciò che pare essere auspicabile è in primo luogo un maggior dialogo tra le Corti, volto ad un'interpretazione costante ed uniforme dei diritti sociali, che garantisca una maggiore e più coraggiosa applicazione della Carta di Nizza e della Carta sociale europea. Da tale dialogo potrà meglio essere delineata, come avvenuto in ambito interno, la portata concreta di alcuni principi, come quello

della sostenibilità, della gradualità e dell'idea della responsabilità intergenerazionale in materia di diritti sociali.

La centralità del ruolo delle Corti è riconosciuta anche nella prospettiva di una tutela dei diritti sociali “multilivello”⁹⁷, dal momento che tale sistema è idoneo a creare e garantire una tutela più immediata dei diritti per mezzo del sistema della norma più favorevole.

Secondariamente, sarebbe opportuno definire la natura stessa dell'Unione europea, chiarendo se questa conservi – come alle origini – una natura prettamente economica, in cui le istanze sociali sono trattate solo in maniera riflessa, oppure se, completando il percorso intrapreso con la Carta di Nizza, vi sia nell'UE una forte dimensione sociale, che non potrebbe più tollerare una tutela meramente riflessa di tali diritti⁹⁸.

In tal senso, la proclamazione del Pilastro sociale di Göteborg non pare essere uno strumento sufficiente, pur rappresentando un primo, piccolo, significativo passo che merita di essere incoraggiato. Al fine di garantire maggiormente i diritti sociali, sembrerebbe opportuno altresì riprendere il dibattito relativo alla possibilità di adesione dell'UE alla CEDU, che, dopo il parere 2/13 della Corte di giustizia, ha subito una decisiva battuta d'arresto.

Dati i limiti delle misure proposte in tema di diritti sociali, pare opportuno definire un'opera normativa atta a valorizzare il principio di solidarietà⁹⁹ e, più in generale, dei valori fondamentali del diritto dell'Unione, giungendo ad un riconoscimento esplicito del contenuto minimo del diritto, da intendersi sia come strumento di protezione dei diritti sociali dalle storture dei mercati, che come criterio guida della giurisprudenza, che in tal modo sarà agevolata ad assicurare preminenza ai diritti sociali.

L'essenza della problematica affrontata nel presente lavoro riguarda la misura del corretto bilanciamento tra misure economiche e diritti sociali; poiché tale confronto non risulta essere adeguatamente risolto a livello politico, è alla giurisprudenza che va riconosciuto il fondamentale contributo nella valorizzazione del concetto di *minimum*¹⁰⁰. Tuttavia, in tal senso, un'idonea attività normativa è necessaria per guidare la giurisprudenza ad assicurare una pari, o addirittura superiore, dignità

⁹⁷ A. SPADARO, *Sull'aporia logica dei diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale*, in *Consulta on line*, 2015, n. 2, reperibile online.

⁹⁸ Sul punto S. DEAKIN, *The Lisbon Treaty, the Viking and Laval Judgments and the Financial Crisis: In Search of New Foundations for Europe's 'Social Market Economy'*, in N. BRUNN, K. LÖRCHER, I. SCHÖMANN (eds.), *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oxford, 2012, p. 19 ss., aggiunge che, “[i]f the Union is to realize the value and objectives set out in the Lisbon Treaty, it will have to address the linking of economic and social policy in a more systematic way than in the recent past. In the short run, economic stabilization measures which ignore the social context of the financial crisis or, worse still, use the crisis as a pretext for further weakening of the welfare state, are likely to prove counterproductive. In the longer run, institutional reforms are needed which will address the adverse social implications on fiscal and economic imbalances, and not simply their impact on the financial system”.

⁹⁹ S. SCIARRA, *Il diritto sociale europeo al tempo della crisi*, in E. CATELANI, R. TARCHI (a cura di), *I diritti sociali nella pluralità degli ordinamenti*, Napoli, 2015, p. 275 ss.: “[I]a solidarietà è una fonte d'integrazione sociale, ben oltre la moneta ed il potere delle amministrazioni nazionali. In questa prospettiva l'UE dovrebbe riassegnare diritti agli individui e ai gruppi che rappresentano interessi collettivi. Dovrebbe fare ciò nel pieno rispetto della democrazia e dello stato di diritto”.

¹⁰⁰ Come rilevato, tale concetto è presente sia nelle sentenze *Florescu* e *ASJP*, nonché nella giurisprudenza CEDU (caso *Airley*), oltre ad essere valorizzato in diverse convenzioni internazionali.

dei diritti sociali rispetto alle implicazioni economiche sottese al bilanciamento che le Corti devono di volta in volta compiere.

Per valorizzare il *minimum* pare opportuno far convergere diritti e mercato, verso lo sviluppo sia del benessere economico che di quello delle persone¹⁰¹. Questo circolo virtuoso è senz'altro auspicabile e perseguibile attraverso politiche che non riducano la protezione dei diritti al minimo, ma che, invece, pretendano per una maggiore responsabilizzazione del mercato in senso etico. Il contesto di crisi non è dovuto alla “spesa sociale” in sé, quanto piuttosto ad una finanza spregiudicata e desiderosa di sottrarsi il più possibile al controllo statale. Infatti, se è vero che il mercato può esistere senza Stato, lo stesso non può dirsi per i diritti, che invece necessitano di una struttura che li garantisca e ne consenta lo sviluppo.

In conclusione, alla luce delle osservazioni svolte, pare opportuno procedere ad una valorizzazione del contenuto etico dell'economia, alla promozione di spese razionali e ad un giusto e responsabile utilizzo delle risorse disponibili, assicurando che le stesse siano sempre in equilibrio, per evitare storture che alimentino circoli viziosi di regresso economico e sociale.

Abstract

The Unbearable Lightness of Social Rights in the European Union: Some Considerations in Light of *Florescu* and *Associação Sindical dos Juízes Portugueses* Cases

The work analyses the dependency of social rights on public financial resources. Starting from this consideration, this paper looks over the recent jurisprudence of the ECJ and of ECHR, to understand the existing balancing between financial needs and the need for protection of social rights, which has been succumbing in the *Associação Sindical dos Juízes Portugueses* and *Florescu* cases. This approach seems to be a paradox, especially in the light of the ‘Social Pillar of the EU’ approved in Göteborg in 2017. To provide more effectivity to social rights, the present work suggests how a stronger dialogue between ECJ, ECHR and national constitutional courts could help to achieve this goal.

¹⁰¹ Nel senso di un auspicio per il superamento della dicotomia tra istanze sociali ed economica, S. ZAMAGNI, *Slegare il terzo settore*, in S. ZAMAGNI (a cura di), *Libro bianco sul Terzo settore*, Bologna, 2011, p. 21 ss., propone il superamento effettivo di quel modello di welfare in cui la sfera economica e quella sociale sono separate perché, “[attribuire] alla prima il compito di produrre ricchezza e alla seconda di ridistribuirla è stata la grande “colpa” del welfare state. Perché ha fatto credere che una società democratica potesse progredire tenendo tra loro disgiunti il codice dell’efficienza (...) e il codice della solidarietà”.

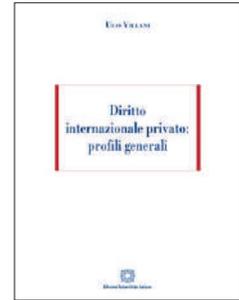


Recensioni

Ugo Villani

Diritto internazionale privato: profili generali

Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, pp. 75



Dopo un quarto di secolo, la legge italiana di diritto internazionale privato e processuale del 1995 n. 218, è divenuta un importante laboratorio di innovazione legislativa, giurisprudenziale e dottrinale. Il merito va senza dubbio attribuito alla lungimiranza dei suoi autori, che l'avevano concepita come un sistema *multilevel*, continuamente alimentato da sperimentazione ai tre stadi del diritto nazionale, europeo ed internazionale uniforme. Nell'attuale fase, caratterizzata da processi ulteriori di globalizzazione, tale sistema normativo complesso ed evolutivo, meritava una propria sintetica e concisa teoria generale, ora presente nel volume qui recensito.

Fin dalle prime parole di quest'importante opera, l'A. avverte che la globalizzazione della società internazionale incontra un forte strumento di ordinata regolamentazione, proprio nella classica disciplina dei conflitti di leggi. Tanto presuppone che gli Stati nazionali non siano né "desovranizzati", né "de-territorializzati" e che pertanto non c'è vuoto legislativo nella società internazionale dei privati e degli operatori del commercio internazionale. A tale scopo l'A. si avvale della sua precedente esperienza di straordinaria conoscenza del diritto dell'integrazione europea, che si era da oltre mezzo secolo avviata sul percorso delle convenzioni internazionali di Bruxelles-Roma (1968-1980). Tale opera si era successivamente ampliata nella fase unionistico-comunitaria dello spazio di libertà e sicurezza, dando vita al vero e proprio *corpus* normativo regolatore dei conflitti di leggi, misto di norme di diritto privato e diritto pubblico e coevo all'incipiente uso di norme penali e di procedura penale come strumento di integrazione europea.

In tale contesto di profili generali, attinenti al sistema delle fonti internazionalistiche della disciplina, l'A. resta convinto assertore della prospettiva nazionale. Egli è ben lontano dall'idea che la disciplina in oggetto possa subire una prossima innovazione terminologica, aprendosi alla doppia specificazione "internazionale privato-globale". Coticché, il testo aggiornato dell'originaria legge n. 218/1995 viene pubblicato come unico documento in fondo al volume, nella precisa convinzione che trattasi di uno dei laboratori normativi più interessanti, in dialogo con altri coesistenti, sia in Europa che nel mondo e che lo stesso può essere ormai corredato da un manuale istituzionale o prontuario di uso facile ed immediato per gli usi accademici e professionali ormai divenuti ricorrenti anche nel nostro Paese. Siffatto laboratorio viene ampiamente esaminato dall'A., con riguardo al regime "interno" delle fonti euro-internazionali ed all'impatto dalle stesse prodotto nel relativo "controllo" di costituzionalità (art. 117 Cost.), anch'esso divenuto sempre più frequente

con riferimento a vari articoli della Costituzione italiana incidenti sul mandamento della vita internazionale dei privati.

In tale prospettiva nazionale, il volume segue la sistematica concettuale della l. 218/1995, lungo il ben noto itinerario delle norme di qualificazione e di collegamento. Esse vengono intese come “norme-ponte” o di apertura agli ordinamenti stranieri, relativi alle fattispecie con elementi di estraneità o internazionali *latu sensu*, grazie ad una innovazione terminologica della classica nozione presente nel testo legislativo del 1995. Non mancano riferimenti alle classiche tematiche, attinenti alla “chiusura” degli ordinamenti nazionali, rispetto all’ingresso di norme straniere, sia quelle che vivono all’ombra di norme sostanziali (c.d. norme presupposte), sia quelle legate alla ben nota clausola di ordine pubblico, come rimedio eccezionale ed in un certo senso estemporaneo rispetto all’autonomia privata e ai vari momenti di diritti soggettivi e in corso di acquisizione internazionalmente protetti.

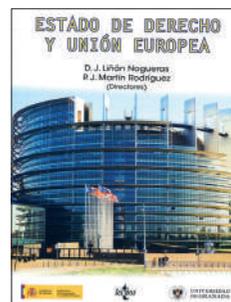
L’opera si conclude con un’appropriata analisi della categoria delle norme di applicazione necessaria, vera e propria innovazione della riforma italiana del diritto internazionale privato. Essa si è rivelata provvida nell’ampio contesto delle norme di politica internazionale, poste dagli Stati di fronte all’esigenza del commercio internazionale e della relativa *lex mercatoria*. Ugualmente dicasi per le fortune registrate da tale categoria di norme fuori del suo originario sistema di appartenenza e della sua evoluzione con norme di diritto pubblico dell’economia, definite come norme di polizia internazionale per la prevalenza assicurata alle norme interne rispetto a quelle straniere concorrenti; è inutile dire che la stessa categoria di norme a valenza nazionale rinforzata, ha trovato il suo equivalente nella dottrina inglese dei *conflicts of law*, ove compare con l’altrettanto nota denominazione denominazione della *public choice* a valenza statale. Anche a tale ultima categoria, ben sperimentata, l’A. dedica la sua finale attenzione nella sua meritoria fatica, collaudata da una puntuale opera di riscontro con le linee giurisprudenziali ormai maturate nel primo quarto di secolo della vigente normativa del settore. È da augurarsi che un’opera così significativa, pur mantenendo il suo elegante formato attuale, possa essere puntualmente oggetto di ulteriori revisioni e nuove edizioni.

Massimo Panebianco

Diego J. Liñán Nogueras, Pablo J. Martín
Rodríguez (directores)

Estado de derecho y Unión europea

Madrid, Tecnos, 2018, pp. VII-472



Il volume *Estado de Derecho y Unión Europea*, curato da Diego Javier Liñán Nogueras e Pablo Jesús Martín Rodríguez, affronta un tema centrale nel dibattito politico ed istituzionale europeo. I problemi riscontrati negli ultimi anni in alcuni degli Stati membri (ad es., con riferimento all'indipendenza della magistratura in Polonia ed Ungheria, oppure con riferimento al fenomeno corruttivo in Bulgaria e Romania), hanno confermato l'esigenza di migliorare il quadro giuridico esistente per promuovere ed assicurare il rispetto dello stato di diritto nell'Unione. Nonostante la Corte di giustizia sia stata, anche di recente, in grado di pronunciarsi su violazioni dello stato di diritto all'interno di singoli Stati membri (v., ad es., sentenza del 19 novembre 2019, cause riunite C-585, 624 e 625/18, A.K. e a. c. *Sąd Najwyższy*), appare impellente l'introduzione di nuovi meccanismi, anche di carattere politico, per rendere più organico ed efficace l'intervento delle istituzioni dell'Unione, soprattutto a fronte di crisi sistemiche a livello interno. In tal senso, deve essere salutata con favore la recente decisione della Commissione europea di istituire un ciclo di esame dello stato di diritto, comprendente una relazione annuale predisposta sulla base di informazioni provenienti da organismi internazionali e da tutti gli Stati membri e poi discussa in seno al Parlamento europeo e al Consiglio (v. COM(2019)343 def. del 17 luglio 2019).

Pur nella consapevolezza dei profili di stretta attualità del tema in questione, i curatori del volume tengono subito a chiarire, fin dalle pagine di presentazione dell'opera, che la stessa non è stata concepita come uno studio congiunturale, né come un commento a caldo rispetto ai più recenti avvenimenti. Il volume è, infatti, il risultato di una più ampia discussione, avviata nel 2015 presso l'Università di Granada, nell'ambito di una ricerca finanziata dalla Giunta dell'Andalusia e dal Ministero spagnolo dell'Economia e della Competitività. Alla discussione hanno partecipato eminenti giuristi esperti in diversi rami del diritto (in particolare, del diritto internazionale, del diritto dell'Unione europea, del diritto costituzionale e del diritto amministrativo), ciascuno dei quali ha contribuito, sia pure da diversi punti di vista, ad approfondire la riflessione sui caratteri e sui profili più problematici della nozione dello stato di diritto, in modo da poter rendere maggiormente chiare le interazioni e le ripercussioni della stessa sul diritto UE. I diversi contributi, che qui potranno essere richiamati solo per sommi capi e senza poter dar conto della qualità di analisi che rappresenta un dato comune agli stessi, mettono in evidenza la complessità e la ricchezza del tema oggetto della ricerca.

Il volume si articola in tre parti che sono precedute da alcune significative riflessioni di Manuel Campos Sánchez-Bordona, Avvocato generale della Corte di giustizia, e di Francisco Rubio Llorente, autorevole costituzionalista, già vicepresidente della Corte costituzionale e presidente del Consiglio di Stato spagnolo, venuto a mancare pochi mesi dopo aver inaugurato la prima delle sessioni di lavoro della ricerca in questione. Da tali riflessioni emerge, fin da subito, la difficoltà nell'individuare una definizione univoca di stato di diritto e l'esigenza di risalire alle origini della nozione in questione che, pur essendo nata a livello interno, è stata poi impiegata nei diversi contesti del diritto internazionale e dell'Unione europea.

La parte prima del volume è dedicata agli aspetti problematici che si pongono quando la nozione di stato di diritto viene utilizzata nel diritto internazionale. In particolare, Diego J. Liñán Noguerras evidenzia che le singole organizzazioni internazionali (ad es., ONU, Consiglio d'Europa, UE) attribuiscono ciascuna un significato diverso alla nozione in questione. Ciò nonostante, nello spazio giuridico internazionale emerge una doppia funzione dello stato di diritto. Da una parte, esso può essere considerato un principio internazionale al quale devono attenersi gli Stati e le organizzazioni internazionali; dall'altra, può essere considerato un principio organizzativo al quale deve ispirarsi l'esercizio del potere nell'ordinamento giuridico internazionale. Laurence Boisson de Chazournes esamina il diverso modo di declinare il rispetto dello stato di diritto in relazione agli strumenti di *soft law* il cui rilievo nei rapporti internazionali appare crescente ed alla cui formazione contribuiscono, sia pure in misura diversa, anche attori non statali. Con riferimento a tali strumenti (linee guida, codici di condotta, standard, norme tecniche) viene in particolare sottolineata l'esigenza di definire i criteri necessari ad assicurare la loro legittimità. Ana Salinas de Frías si occupa, invece, specificamente delle particolarità che la nozione dello stato di diritto presenta nell'ambito del Consiglio d'Europa. A fronte del riferimento alla *rule of law* presente già nello Statuto del Consiglio d'Europa, viene evidenziato che la definizione della nozione in questione è stata progressivamente precisata in modo pragmatico, funzionale, nella prassi dei diversi organi che agiscono all'interno della medesima organizzazione.

La seconda parte del volume è dedicata alle diverse dimensioni dello stato di diritto nell'Unione europea. È così che Paz Andrés Sáenz de Santa Maria mette in evidenza che l'equilibrio istituzionale, la preminenza dei Trattati istitutivi e il controllo giurisdizionale sono principi che permettono allo stato di diritto di manifestarsi nel sistema istituzionale dell'Unione europea. Viene sottolineato il rischio che i principi in questione possano essere alterati ed indeboliti nell'ambito di alcuni specifici settori che di recente hanno acquisito particolare rilievo, quale quello relativo alla *governance* economica. Pablo J. Martín Rodríguez si occupa invece dei problemi che comporta la trasposizione dei principi dello stato di diritto nel sistema giuridico dell'Unione. Giustamente, mette in guardia dalla troppo semplicistica affermazione, rintracciabile nella giurisprudenza della Corte di giustizia, secondo cui l'UE è una comunità di diritto. Le peculiarità che essa presenta, in quanto organizzazione internazionale, rendono infatti inevitabile ricorrere ad alcuni adattamenti al modo di funzionare dei principi dello stato di diritto. Particolarmente interessanti sono le considerazioni relative al delicato ruolo che la Corte di giustizia è chiamata a svolgere per garantire il rispetto dello stato di diritto anche a fronte di situazioni

emergenziali, quali quelle rappresentate dalla lotta al terrorismo internazionale, dalla crisi economica e finanziaria, dalla crisi dei rifugiati. Il rischio di un'attenuazione dei principi tipici dello stato di diritto nell'ambito della riforma della *governance* economica, resasi necessaria per fronteggiare la crisi dei debiti sovrani avviata nel 2008, viene ribadito da Manuel López Escudero. In particolare, il carattere ibrido di tale ambito, derivante dal contemporaneo impiego di meccanismi giuridici e istituzionali di diritto dell'Unione e di meccanismi di diritto internazionale pubblico, ha reso complicata l'attività di controllo giudiziario mediante la quale normalmente la Corte di giustizia dà attuazione ai principi dello stato di diritto. Javier Roldán Barbero si occupa dei problemi che si pongono nell'ambito dell'azione esterna dell'UE e, in particolare, nell'ambito della politica estera e di sicurezza comune, mentre Ignacio Borrajo Iniesta affronta alcune questioni specifiche che il rispetto dello stato di diritto pone nell'ambito del c.d. spazio di libertà, sicurezza e giustizia. In particolare, cerca di verificare in quale misura possano essere impiegati nell'ambito dell'Unione europea alcuni caratteri tipici di un ordinamento statale ispirato ai principi dello stato di diritto (la separazione dei poteri, la pubblicità della legge e la riserva di legge). È evidente la difficoltà che una simile chiave di lettura pone, in considerazione della natura di organizzazione internazionale propria dell'Unione europea.

La terza parte del volume, infine, è dedicata ad alcuni ambiti specifici in cui viene verificata l'applicazione dei principi dello stato di diritto nell'Unione europea. È così che Pedro Cruz Villalón mette in evidenza il ruolo svolto dalla Corte di giustizia in funzione della garanzia dei diritti fondamentali, nonostante la stessa Corte sembri mostrare una certa resistenza a considerarsi un tribunale dei diritti fondamentali. Augusto J. Piqueras García si occupa della produzione legislativa dell'Unione europea, sottolineando che la teoria del *deficit* democratico non possa più essere ragionevolmente sostenuta e che il principio dell'equilibrio istituzionale rappresenti l'omologo di quello di separazione dei poteri che garantisce il compimento degli standard dello stato di diritto. Miguel Azpitarte Sánchez si sofferma sull'erosione di alcuni caratteri tipici dello Stato costituzionale nell'ambito dell'Unione europea. José Manuel Cortés Martín evidenzia che le violazioni dei principi dello stato di diritto, all'interno di alcuni Stati membri, possono mettere in pericolo il rispetto del principio della fiducia reciproca tra Stati membri. Particolarmente interessanti sono le proposte che vengono formulate in vista della ripresa dei negoziati per l'adesione dell'Unione europea alla CEDU. Carmela Pérez Bernárdez esamina il ruolo che l'Agenzia dei diritti fondamentali dell'UE può svolgere in relazione ai meccanismi preventivi e sanzionatori predisposti dall'art. 7 TUE al fine di garantire il rispetto dello stato di diritto da parte degli Stati membri. Carmen López-Jurado Romero de la Cruz si occupa del rispetto dello stato di diritto da parte dei Paesi dei Balcani occidentali che hanno concluso con l'Unione europea accordi di stabilizzazione ed associazione. Amelia Díaz Pérez de Madrid chiude il volume con un articolo avente ad oggetto il difficile rapporto tra l'immunità dalla giurisdizione delle organizzazioni internazionali ed il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, diritto questo senz'altro riconducibile ai principi tipici dello stato di diritto.

I molteplici profili che vengono discussi nell'opera qui recensita dimostrano quanto i principi dello stato di diritto possano incidere (per lo meno, potenzial-

mente) sull'azione dell'Unione europea. Il volume, così come dichiarato dagli stessi curatori, non aspira certo a chiudere il dibattito sul tema in questione, ma fornisce senz'altro un contributo fondamentale all'approfondimento di molti degli aspetti più problematici che presenta il rispetto dello stato di diritto nel contesto del diritto dell'Unione europea. L'analisi rigorosa che caratterizza gli scritti che in esso sono raccolti e i numerosi spunti critici, che negli stessi sono rinvenibili, rendono il volume uno strumento essenziale per tutti coloro che siano interessati ad approfondire lo studio di un tema tanto attuale quanto problematico.

Simone Marinai

Libri ricevuti



AA.VV., *Liber Amicorum Angelo Davì. La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 3 voll., pp. XXXI-2147.

AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, Cacucci, 2019, pp. XII-929.

Francesco Anghelone, Andrea Ungari (a cura di), *Atlante 2019 geopolitico del Mediterraneo*, Roma, Bordeaux, 2019, pp. 474.

Martin Belov (ed.), *Judicial Dialogue*, The Hague, Eleven, 2019, pp. VI-251.

Eugenio Carli, *La Politica di Sicurezza e di Difesa Comune dell'Unione europea. Profili di responsabilità internazionale*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. XV-429.

Giuseppe Cataldi (a cura di), *I diritti umani a settant'anni dalla Dichiarazione universale delle Nazioni Unite*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 2 voll., pp. XVIII-490.

Emanuele Cimiotta, Nicola Napoletano (a cura di), *Nazioni Unite e organizzazioni regionali tra autonomia e subordinazione*, Bologna, Il Mulino, 2019, pp. 318.

Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, numero speciale 2019, Bologna, Il Mulino, 2019, pp. XVI-838.

Carlo Focarelli, *Costruttivismo giuridico e giurisdizioni internazionali*, Milano, Wolters Kluwer, 2019, pp. XIV-300.

Carlo Focarelli, *Diritto internazionale*, Milano, Wolters Kluwer-CEDAM, 2019, V ed., pp. CX-785.

Carlo Focarelli, *Diritto internazionale II, Prassi (2012-2019)*, Milano, Wolters Kluwer-CEDAM, 2019, III ed., pp. XLVII-471.

Michele Galanti, *Costituenti di Capitanata. Profili biografici*, Foggia, Fondazione dei Monti Uniti di Foggia, 2018, pp. 230.

Adriano Maffeo, *Diritto dell'Unione europea e processo civile nazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 189.

Francesco Moliterni, *I sistemi di pagamento informali. Fra rimesse di denaro e contratto di rete*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, pp. XI-216.

Giuseppe Palmisano, *Contributo allo studio giuridico dei metodi diplomatici per la soluzione delle controversie tra Stati*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. XIII-154.

Massimo Panebianco, *Lo Stato globale. Funzioni, sistemi, trasformazioni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, p. XII-278.

Giuseppina Pizzolante, *La lotta alle frodi finanziarie nel diritto penale europeo. Tra protezione degli interessi economici dell'Unione europea e nuove sfide poste da bitcoin e criptovalute*, Bari, Cacucci, 2019, pp. 289.

Francesco Salerno, *Diritto internazionale. Principi e norme*, Milano, Wolters Kluwer, 2019, V ed., pp. XLV-690.

The Italian Yearbook of International Law, vol. XXVIII, 2018, Leiden-Boston, Brill-Nijhoff, 2019, pp. XV-659.

Anna Lucia Valvo, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. VIII-416.

Grazia Vitale, *La delega di poteri normativi nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 228.

Claudio Zanghì, Lina Panella, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, Giappichelli, 2019, IV ed., pp. XXIX-476.

Indice degli autori



Paolo MENGOZZI

emerito di Diritto dell'Unione europea nell'Università di Bologna, membro emerito della Corte di giustizia dell'Unione europea

Giuseppe TESAURO

Presidente emerito della Corte costituzionale

Celeste PESCE

ricercatrice in Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Gabriella CARELLA

ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Simone MARINAI

associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università di Pisa

Pierre DE GIOIA CARABELLESE

full Professor of Law (Huddersfield, 2017) – Fellow (Advance HE – York, 2010)

Marco EVOLA

ricercatore di Diritto dell'Unione europea nella LUMSA di Palermo

Sara DE VIDO

associata di Diritto internazionale nell'Università Ca' Foscari di Venezia

Giacomo DI FEDERICO

associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università di Bologna

Alessandro ROSANÒ

assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea dell'Università degli studi di Torino

Claudia CINNIRELLA

dottoranda di ricerca in Diritto dell'Unione europea dell'Università degli studi di Napoli "Parthenope"

Michele DE ZIO

culture della materia di Diritto internazionale dell'Università degli studi del Molise



Consiglio Regionale della Puglia

Teca del Mediterraneo Biblioteca Multimediale & Centro di documentazione

L'accesso alle fonti documentarie presenti in Biblioteca costituisce un'opportunità per la stesura di tesi di laurea, per l'attività professionale e per gli adempimenti giuridici e fiscali dei cittadini.

La Biblioteca è specializzata nei profili tematici della pubblica amministrazione, diritto, economia e finanza, organizzazione e management, politiche pubbliche e politologia, oltre le riviste e le monografie, sono consultabili diverse banche dati, sia autonomamente, presso la sala riviste della Biblioteca, sia in modalità assistita presso le postazioni di reference, sempre in sede.

DE JURE - un vasto repertorio di massime e sentenze per esteso di legittimità e di merito, normativa nazionale dal 1861, sia in testo vigente che in testo originale, la normativa comunitaria, quella regionale e la prassi in testo vigente, il panorama completo del pensiero giuridico italiano dal 1995 ad oggi.

LEGGI D'ITALIA - oltre 120.000 provvedimenti nel testo vigente e coordinato a partire dal 1751 e i sette Codici d'Italia nel testo vigente e coordinato, oltre 140.000 provvedimenti normativi delle 20 regioni italiane e 2 province autonome, tutti i provvedimenti legislativi che hanno subito modifiche e/o abrogazioni a partire dal 1989, prassi e circolari, normativa comunitaria classificata in 25 aree tematiche, raccolte di sentenze delle Corti di ogni ordine e grado.

IL SOLE 24 ORE - abbonamento all'edizione digitale del Sole 24 ore con gli speciali di "Norme e tributi" e la possibilità di accedere a: Archivio storico del Sole 24 ore, Quotidiano Enti locali, Banca dati 24.

GIUSTAMM e IPSOA – banche dati di dottrina giuridica.

WEB tATOO – sistema per la consultazione di banche dati e di riviste in formato elettronico.

Negli ultimi anni il catalogo è stato arricchito con pubblicazioni relative a Sezioni che valorizzano il territorio regionale: Cultura dell'Ambiente, Sezione di Genere, Identità pugliese, Ragazzi, Arte e spettacolo, Multiculturale.

Servizi gratuiti per il pubblico: assistenza alla ricerca bibliografica, bollettini tematici, consultazione e prestito, corsi sull'uso delle risorse bibliografiche, iniziative didattiche, internet e wifi, prestito interbibliotecario e fornitura di documenti, tirocini formativi, emeroteca e riviste, catalogo on line, banche dati, webzine.

Contatti: tel. 080.540.2770 e-mail: biblioteca@consiglio.puglia.it
via Gentile 52 – 70126 Bari

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

Facebook: Consiglio Reg Puglia | Biblioteca Consiglio Reg Puglia Teca del Mediterraneo



CACUCCI EDITORE
BARI

VIA NICOLAI, 39 – 70122 BARI – TEL. 080/5214220
[HTTP://WWW.CACUCCI.IT](http://www.cacucci.it) E-MAIL: [INFO@CACUCCI.IT](mailto:info@cacucci.it)



DOVE SIAMO

Europe Direct Puglia

Università degli Studi di Bari Aldo Moro
Dipartimento di Scienze Politiche

Via Giuseppe Suppa, 9 - 70121 Bari
Tel. +39 080 5717707

info@europedirectpuglia.eu

twitter.com/EuropeDirectPuglia

facebook.com/europedirectpuglia

www.europedirectpuglia.eu

ORARI

Europe Direct Puglia è aperto al pubblico
dal lunedì al venerdì ore 9.00 - 15.00



Cofinanziato dall'UE



La Commissione europea sostiene la presente rivista mediante risorse attribuite a *Europe Direct* Puglia utilizzate per la sottoscrizione di abbonamenti a favore della rete *Europe Direct* italiana.

Studi sull'integrazione europea

CACUCCI EDITORE
Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTESTAZIONE FATTURA	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
	PIVA (SE NECESSITA FATTURA)		CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)	
	TEL.	FAX	E-MAIL	
INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
ABBONAMENTI	ITALIA		ESTERO	
	<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

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 Agenore, 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).

COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

diretta da

Ennio Triggiani Ugo Villani
Giandonato Caggiano

1. Ugo VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*⁶, 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, Valeria PICCONE (a cura di), *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, 2012.
5. Rossana PALLADINO, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo*, 2012.
6. Francesco CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al Diritto dell'Unione Europea*, 2012.
7. Marina CASTELLANETA, *La libertà di stampa nel diritto internazionale ed europeo*, 2012.
8. Rosita DEL COCO, Emanuela PISTOIA (a cura di), *Stranieri e giustizia penale. Problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, 2014.
9. Andrea CANNONE (a cura di), *La protezione internazionale ed europea dei beni culturali*, 2014.
10. Angela Maria ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, 2015.
11. Giovanni CELLAMARE, *Le operazioni di peacekeeping delle organizzazioni regionali*, 2015.
12. Ennio TRIGGIANI, *Spunti e riflessioni sull'Europa*², 2019.
13. Ilaria OTTAVIANO, *Gli accordi di cooperazione territoriale nell'Unione Europea*, 2017.
14. Gianpaolo Maria RUOTOLO, *La tutela dei privati negli accordi commerciali*, 2017.
15. Sara PUGLIESE, *Il rischio nel diritto dell'Unione europea tra principi di precauzione, proporzionalità e standardizzazione*, 2017.
16. Ivan INGRAVALLO, *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, 2017.
17. Luca PALADINI, *Il Servizio europeo per l'azione esterna – Aspetti giuridici e prospettive di sviluppo*, 2017.
18. Anna IERMANO, *La nozione di pena tra forma e sostanza nel sistema di tutela europea*, 2018.
19. Andrea CANNONE, *Violazioni di carattere sistemico e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 2018.
20. Teresa Maria MOSCHETTA, *Il ravvicinamento delle normative nazionali per il mercato interno*, 2018.
21. Ennio TRIGGIANI, Anna Maria NICO, Maria Grazia NACCI (a cura di), *Unione europea e governi territoriali: risorse, vincoli e controlli*, 2018.
22. Antonietta DAMATO, *La tutela degli interessi finanziari tra competenze dell'Unione e obblighi degli Stati membri*, 2018.
23. Giandonato CAGGIANO (a cura di), *Integrazione europea e sovranazionalità*, 2018.
24. Emanuela PISTOIA, *Limiti all'integrazione differenziata dell'Unione europea*, 2018.
25. Nicola RUCCIA, *Caratteri, limiti e prospettive dell'Unione bancaria*, 2018.
26. Francesco CHERUBINI, *Le decisioni nel sistema delle fonti dell'ordinamento europeo*, 2018.
27. Claudia MORINI, *La tutela dei diritti dei gruppi religiosi nel contesto regionale europeo*, 2018.
28. Giuseppe MORGESE, *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, 2018.
29. Valeria DI COMITE, *La dimensione europea dell'istruzione superiore*, 2018.
30. Lorenzo Federico PACE, *Il regime giuridico dell'euro*, 2018.
31. Maria Caterina BARUFFI, Matteo ORTINO (a cura di), *Dai Trattati di Roma a Brexit e oltre*, 2018.
32. Davide DIVERIO, *Limiti all'accesso al mercato dei servizi*, 2019.
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.

ISBN 978-88-6611-868-8



9 788866 118688



€ 28,00