AISDUE
Associazione Italiana Studiosi
di Diritto dell'Unione Europea

AA.VV.

ANNALI AISDUE

Volume II

EDITORIALE SCIENTIFICA

ANNALI AISDUE
Volume II

ES

ISBN 979-12-5976-088-3
9 791259 760883

euro 50,00

ANNALI

Organi dell'Associazione

Consiglio direttivo:
Antonio Tizzano (presidente), Patrizia De Pasquale (segretario generale),
Pietro Manzini, Paola Mori, Francesco Rossi dal Pozzo,
Lorenzo Schiano di Pepe, Fabio Spitaleri

Collegio dei garanti:
Giandonato Caggiano Paolo Mengozzi,
Bruno Nascimbene,
Ennio Triggiani

Comitato editoriale:
Teresa Maria Moschetta (coordinatrice), Andrea Circolo,
Angela Correra, Giulia D'Agnone

A N N A L I

Editoriale Scientifica
Napoli

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2021 Editoriale Scientifica srl
via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
ISBN 979-12-5976-088-3

INDICE

Articoli

CAGGIANO G., L'armonizzazione fiscale per il funzionamento del Mercato unico digitale tra limiti del principio di unanimità e ripercussioni della sentenza del Tribunale nel caso *Apple*, 30 luglio 2020; 3
MENGOZZI P., Corte di giustizia, Corte costituzionale, principio di cooperazione e la saga Taricco, 13 dicembre 2019. 27

Note e commenti

AGRATI G., Un (ri)esame *post mortem*: qualche riflessione sull'istituto alla luce della sentenza della Corte di giustizia del 26 marzo 2020, in causa *Simpson* c. *Consiglio*, 9 giugno 2020; 47
CIPRANDI A., Aiuti di stato nell'emergenza Covid 19: il legislatore italiano sospende la c.d. "clausola *Deggendorf*". Deroga giustificata o deviazione eccessiva da un principio fondamentale?, 15 luglio 2020; 71
TORRESAN R., La sentenza del 12 marzo 2020, causa C-576/18, *Commissione* c. *Italia* e alcune considerazioni sul principio di leale cooperazione ai tempi del Covid-19, 14 giugno 2020; 99
VITALE G., Brevi considerazioni sulle conclusioni dell'Avvocato generale in materia di indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti, 6 luglio 2020. 129

Focus per tema
Brexit

BARUFFI M.C., *Brexit* e le conseguenze in materia di stato civile ed anagrafe, 14 dicembre 2020; 149
CAGGIANO G., Nota sulla *Brexit* e sulle nuove relazioni fra Unione europea e Regno Unito, 31 dicembre 2020; 167
LANG A., Il diritto di soggiorno secondo l'accordo di recesso del Regno Unito dalla UE: una protezione per tutto l'arco della vita, 10 dicembre 2020; 183

ORTINO M., Il variegato ricorso dell'UE ad elementi esterni per la disciplina del commercio internazionale e i suoi riflessi su *Brexit*, 14 dicembre 2020; 199
ZILLER J., Avere o non avere un accordo, 14 dicembre 2020. 211

Coronavirus e diritto dell'Unione

BASTIANON S., Uniti nell'uguaglianza, 6 aprile 2020; 221
CAGGIANO G., COVID-19. Competenze dell'Unione, libertà di circolazione e diritti umani in materia di controlli delle frontiere, misure restrittive della mobilità e protezione internazionale, 30 aprile 2020; 225
CAPUANO V., COVID-19 e libera circolazione dei servizi sanitari: un esempio di solidarietà europea?, 14 aprile 2020; 253
CORRERA A., COVID-19: la Commissione UE annuncia il "*whatever it takes*", ma non troppo, 1 aprile 2020; 265
MANZINI P., Emergenza e concorrenza, 15 aprile 2020; 277
MORI P., COVID-19, misure emergenziali e Stato di diritto, 8 aprile 2020; 283
PACE L.F., Una nuova crisi che l'Unione deve risolvere, o la crisi dell'Unione?, 4 maggio 2020; 291
PESCE C., *Pandemic Emergency Purchase Programme* (PEPP): contenuti, finalità e basi giuridiche dell'azione monetaria UE, 16 aprile 2020; 299
PISTOIA E., I Trattati UE e il via libera all'uso del MES "senza condizionalità", 28 aprile 2020; 315
PITRONE A., COVID-19. Uno strumento di diritto dell'Unione europea per l'occupazione (SURE), 23 maggio 2020; 331
TESAURO G., Senza Europa nessun Paese andrà lontano, 18 aprile 2020; 341
TRIGGIANI E., L'Unione europea alla sfida decisiva, 15 aprile 2020. 349

La proposta di Patto su immigrazione e asilo

BORRACCETTI M., Le vie legali di accesso all'Unione nel nuovo Patto su asilo e migrazione della Commissione europea, 10 dicembre 2020; 357
DE PASQUALE P., Il Patto per la migrazione e l'asilo: più ombre che luci, 5 ottobre 2020; 379
MARINAI S., Il rafforzamento del controllo digitale nel nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo, 11 dicembre 2020; 395
MARTINES F., Il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo e la riammissione dei migranti irregolari da parte dei paesi di origine o di transito, 16 novembre 2020; 417
MORGESE G., La solidarietà tra Stati membri dell'Unione europea nel nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo, 23 ottobre 2020; 435

MOSCHETTA T.M., L'*impasse* Dublino: l'incompiuta riforma dei criteri di competenza nella proposta di regolamento su asilo e immigrazione, 26 novembre 2020; 447
PALLADINO R., Patto sulla migrazione e l'asilo: verso nuove regole sui rimpatri, 18 novembre 2020; 467
PITRONE A., La questione irrisolta del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali degli stranieri, 5 novembre 2020. 481

Carta dei diritti fondamentali

D'AGNONE G., Alcune brevi osservazioni sui criteri utilizzati dalla Corte di giustizia per interpretare la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea a vent'anni dalla sua proclamazione, 8 dicembre 2020; 497
FERRARO F., Giudice nazionale, centro di gravità e doppia pregiudiziale, 24 dicembre 2020; 511
MENGOZZI P., Il principio del rispetto della dignità umana, la Carta dei diritti fondamentali dell'UE e la giurisprudenza della Corte di giustizia, 6 dicembre 2020; 531
MORI P., Il valore aggiunto della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, 8 dicembre 2020; 539
PERARO C., L'autonomia procedurale degli Stati membri alla prova della Carta dei diritti fondamentali, 31 dicembre 2020; 545
PESCE C, Carta di Nizza e tutela dei lavoratori nell'Unione europea, 14 dicembre 2020; 561
ROSSI L.S., I rapporti fra la Carta dei diritti fondamentali e la CEDU nella giurisprudenza delle rispettive Corti, 30 dicembre 2020; 577
TIZZANO A., La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. 20 anni dalla proclamazione, introduzione al seminario, 6 dicembre 2020; 589
TRIGGIANI E., Il principio di solidarietà nella Carta, 4 dicembre 2020. 591

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 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 del 16 febbraio 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 del codice penale, 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 e 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 ed altri*, nel prosieguo indicato come *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 costi-

---

* Professore emerito nell'Università di Bologna, membro emerito della Corte di giustizia dell'Unione europea.

** Relazione tenuta al II convegno annuale dell'Associazione italiana studiosi di diritto dell'Unione europea (AISDUE), Napoli, 28-29 ottobre 2019.

tuiscano un ostacolo ad una efficace lotta contro la frode in materia di IVA nello Stato membro interessato, in modo incompatibile con detta disposizione e, più in generale, con il diritto dell'Unione. 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 primo paragrafo «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, esso, 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'articolo 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'invocazione di quella disposizione della Carta non poteva considerarsi pertinente in quanto essa non si riferisce neanche indirettamente alla prescrizione.

---

[1] Sentenza dell'8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco e a.,* punto 46.
[2] *Ibidem*, punto 47.

2. La Corte costituzionale ha dato seguito alla sentenza della Corte di giustizia con le sue pronunce 269/2017, 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 comunitario»[4] e abbia inaugurato un nuovo meccanismo per la risoluzione delle controversie tra norme ed ordinamenti[5], *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 con la terza ha dichiarato di decidere seguendo un metodo scelto "sulla scorta dei principi già affermati nelle sentenze n. 269/2017 e 20/2019"[7]. E, 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], in seguito indicata come *Taricco II*, perché quegli stessi ed altri autori hanno asserito che tale sentenza, a seguito della pronuncia 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 allorquando 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 fatto riferimento all'art 25, primo comma della Costituzione italiana e ha rilevato che questo non si limita a stabilire, come fa l'art. 49 della Carta

---

[3] Su tali pronunce mi permetto fare rinvio, per tutti, a P. MENGOZZI, C. MORVIDUCCI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2018, p. 265 e ss. nonché P. MENGOZZI, *Antonio La Pergola*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, p. 489 ss.

[5] C. CARUSO, *La Corte Costituzionale riprende il "cammino comunitario": invito alla discussione sulla sentenza n. 269 del 2017*, in *forumcostituzionale.it*, n. 11, 2017.

[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*, n. 10, 2019, p. 4.

[6] G. VITALE, *op. cit.*, *ibidem*.

[7] G. VITALE, *op. cit.*, p. 5

[8] Sentenza del 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*

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 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 *M.A.S. e M.B.*), 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 legislazione[9] 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 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. Cio-

[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*, comma 1, del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27.

nondimeno, dopo aver enfaticamente premesso che si devono tener fermi i principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione europea (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 che: *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 dell'Unione europea 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'UE 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 quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione e; *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 costituzionale[11].

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

[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 *rivistaaic.it*, n. 4, 2017, 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 del 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, Parte V, c. 224e, 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*, n. 4, 2019, (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 *forumcostituzionale.it*. Secondo quest'ultimo autore la sentenza 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 europea 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*.

[11] Punto 5.2.

applicabili[12]; *b*) il fatto che tra queste si annoverano anche disposizioni della Carta[13], la Corte costituzionale ha richiamato la pronuncia resa dalla Corte di giustizia il 22 giugno 2010 nelle cause *Melki e Abdeli*[14], insorte 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 dell'Unione «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»; *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 i giudici comuni restano liberi di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa

[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*, n. 2, 2019, 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 comunitaria 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*, Cheltenam, 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*, 2019, p. 3; G. VITALE, *op. cit.*, p. 1.

[14] Sentenza del 22 giugno 2010, cause C-188 e 189/10, *Melki e Abdeli*.

[15] C. CARUSO, *op. cit.*.

nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, per altri profili, la ritengano contraria al diritto dell'Unione. 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 riferimenti a suoi profili per i quali i giudici costituzionali l'abbiano ritenuta conforme alla Costituzione[16].

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»[17].

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»[18].

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

---

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

[17] V. Melki e Abdeli, *cit.*, punto 57.

[18] *Ibidem*, 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.

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 dottrina[19]. Si è largamente obiettato che l'autonomia e la diretta applicabilità 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 causa *M.A.S. e M.B.*, come sopra anticipato, comunemente indicata come *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 secondo comma 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»[20]; 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

[19] Cfr., per tutti, A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (una prima lettura di Corte cost. sent. n. 20 del 2019)*, in *Consulta.online*, 2019, p. 113.

[20] V. M.A.S. e M.B., *cit.,* punto 51.

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'Unione[21].

7. A fronte di tutto ciò la Corte di Cassazione, con ordinanza 3831 del 16 febbraio 2018, ha chiesto alla Corte costituzionale di ritornare sulla posizione espressa nella sentenza 269/2017 per chiarirla. Lo ha fatto osservando che la limitazione da questa posto 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 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*[22]. 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»[23].

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 20/2019 del 23 gennaio 2019, che, non a caso, porta la firma di un redattore diverso da quello della sua sentenza 269/2017.

---

[21] In sintonia con il tono del suo scritto richiamato in nota 11, A. GUAZZAROTTI, *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*.

[22] Sentenza del 20 dicembre 2017, causa C-322/16, *Global Starnet Ltd*. 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 *diritticomparati.it*, 2018.

[23] V. Global Starnet Ltd., *cit*., punto 26.

Si trattava, in questo caso, di una questione di costituzionalità posta dal TAR del Lazio in relazione alla compatibilità con la Carta dei diritti fondamentali 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 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 269/17, condividendo, implicitamente, l'esigenza di evitare la deriva verso un sindacato diffuso di valutazione della conformità di norme interne a quelle di rango costituzionale[24], 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 compreso[25].

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 269/2017 in cui, come visto,

---

[24] Per un tale rilievo cfr. G. VITALE, *op. cit*., par. 2

[25] Lo ha fatto riprendendo l'indicazione contenuta nella sentenza 269 secondo cui in tal caso avrebbe giudicato «alla luce dei parametri costituzionali interni, ed eventualmente anche di quelli europei (ex art. 11 e 117, primo comma Cost.), comunque secondo l'ordine che di volta involta 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».

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 fondamentali 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 fondamentali UE, indipendentemente dal carattere direttamente applicabile o meno di ciascuna di queste; *c*) e 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. 63/2019, resa il 20 febbraio 2019 (depositata il 20 marzo dello stesso anno) su rinvio della prima sezione civile della Corte di Cassazione, 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 dell'Unione europea. Al riguardo ha affermato, 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, 1° comma, 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 ha solo 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 sottopostale 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 elimi-

nazione dall'ordinamento, con efficacia *erga omnes*, di tale 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 dell'Unione 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 avanzatale il 16 febbraio 2018 dalla Corte di Cassazione di tornare sulla posizione espressa nella sentenza 269/2017, la Corte costituzionale non si è allontanata dalla propria sentenza 20/2019. Ha solo compiuto tre precisazioni.

Ha innanzitutto 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 disposizioni[27]: 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 della Costituzione.

In secondo luogo, per evitare ogni fraintendimento del mancato riferimento alla sentenza *Melki e Abdeli* nella propria pronuncia n. 20, ha di

[26] Sentenza del 6 ottobre 1982, causa C-283/81, *Cilfit c. Ministero della Sanità*.

[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, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in *rivistaaic.it*, n. 4, 2019.

nuovo richiamato quella sentenza, ma lo fa fatto differenziando la sua posizione da quella che aveva assunto nella pronuncia 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 alla loro considerazione, una disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta[29].

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'UE[30].

A dette precisazioni la Corte costituzionale ha aggiunto una richiesta che, pur non essendo incompatibile con quanto contenuto nella sentenza n. 20, 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 direttiva n. 6/2003 CE, in quanto applicabile *ratione temporis*) e di un regolamento (il regolamento (UE) n. 596/2014).

Con riferimento a questa richiesta non si è mancato di rilevare che il coinvolgimento della Corte di giustizia assume una particolare importan-

---

[28] Punto 2 del considerato in diritto.

[29] Ciò ha fatto indicando di riprendere quanto affermato al punto 4.3 del considerato in diritto della sua sentenza n. 63 del 20 febbraio 2019 (depositata in Cancelleria il 21 marzo 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.*

za[31]. 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 dell'Unione europea.

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 pregiudiziale[32] .

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 operare, ad un'applicazione uniforme del diritto dell'Unione 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, secondo comma, della Costituzione italiana, alla cui luce invece il principio di legalità in materia penale richiede che l'intero regime della punizione, prescrizione compresa, sia dettagliatamente determinato per legge.

Il secondo comma di detto articolo 25 è stato invece nitidamente fatto presente alla Corte di giustizia nel successivo rinvio inoltratole dalla Corte costituzionale con ordinanza n. 24 del 23 novembre 2016 (depositata il 26

[31] S. CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità, 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*, n. 2, 2019, p. 274 ss. Per un'affermazione inequivoca di tale principio, cfr., peraltro, l'articolo 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».

gennaio 2017), 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 italiana, 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 emarginazione[34]; ma quando, caduto il difetto di informazione avutosi in *Taricco I*, la Corte di giustizia, con *Taricco II*, ha potuto rimuovere quella preoccupazione, la Corte costituzionale non ha

---

[33] V. M.A.S. e M.B., *cit.,* punto 51.

[34] Per una chiara preoccupazione di tal tipo espressa in scritti di alcuni suoi membri cfr. *supra*, nota 11.

fatto un "passo indietro"; ha più semplicemente messo a punto la sua posizione correggendo un atteggiamento non corretto in cui era incorsa riferendosi alla sentenza *Melki e Abdeli*.

ABSTRACT

CORTE DI GIUSTIZIA, CORTE COSTITUZIONALE, PRINCIPIO DI COOPERAZIONE E LA SAGA TARICCO

Questo saggio ripercorre la c.d. "saga *Taricco*" negando che abbia dato origine a un conflitto reale tra la Corte costituzionale italiana e la Corte di giustizia. Esso riaffronta: a) la prima sentenza Taricco della Corte di giustizia alla luce del fatto che non vi è stata un'adeguata cooperazione tra i diversi soggetti italiani partecipanti; e b) la reazione a tale pronuncia pregiudiziale della Corte costituzionale italiana determinata da un riferimento errato temporaneo alla sentenza *Melki* e *Abdeli* della Corte di giustizia. La comparsa di un conflitto derivante da queste due sentenze è stata successivamente superata da un'adeguata comunicazione tra le due corti determinata dall'ordinanza della Corte costituzionale italiana n. 117/2019 dove quest'ultima ha informato i giudici lussemburghesi che, ai sensi dell'articolo 25 della Costituzione italiana, le norme penali, come quelle suscettibili di essere state elaborate per l'attuazione dell'articolo 325 TFUE dagli articoli 160 e 161 del codice penale, non possono prevedere la punibilità di un soggetto qualora manchino di un carattere sufficientemente determinato, anche per quanto riguarda la sua prescrizione.

L'Autore conclude sottolineando l'importanza del rispetto del principio di cooperazione da parte di tutti i partecipanti alla procedura pregiudiziale.

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 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 partecipants 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 comunication between the two Courts determined by the Italian Constitutional Court's order n. 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 TFUE by Articles 160 and 161 (of the *codice*

penale), 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.

Giandonato Caggiano[*]

L'armonizzazione fiscale per il funzionamento del Mercato unico digitale tra limiti del principio di unanimità e ripercussioni della sentenza del Tribunale nel caso *Apple*

SOMMARIO: 1. Lo stato dell'arte sulla tassazione di società e servizi digitali. – 2. Caratteristiche dei sistemi di imposte sulle attività digitali. – 3. Le basi giuridiche dell'armonizzazione legislativa. – 4. Risultati e limiti dell'armonizzazione fiscale sulla base del principio di unanimità. – 5. Intese fiscali (*tax ruling*) e aiuti di Stato illegali. – 6. *Segue*: il criterio della selettività degli aiuti. – 7. La sentenza del Tribunale nel caso *Apple*.

1. Per il funzionamento del Mercato Unico Digitale, l'Unione europea è alla ricerca di un'armonizzazione in materia fiscale, che realizzi un sistema di tassazione equa per le attività delle società multinazionali, in particolare dei "giganti tecnologici" (*Big Tech*)[1].

La politica fiscale, volta a stabilire e raccogliere le risorse finanziarie necessarie alla comunità statale, è talmente connaturata alla sovranità statale che il Trattato non la include fra le competenze esclusive degli Stati membri (art. 2 TFUE). Tuttavia, la norma sull'armonizzazione delle imposte dirette (art. 113) e quella più generale sull'armonizzazione per il funzionamento del mercato interno (art. 115) indicano chiaramente le interazioni con l'istaurazione e il buon funzionamento del mercato. La dinamica centripeta dell'integrazione europea comporta, pur con la sua tipica gradualità, che le competenze in materia di fiscalità e di mercato debbano essere esercitate in modo compatibile, poiché la competenza degli Stati membri sulla fiscalità diretta delle società rischia di bloccare lo sviluppo della competenza concorrente del mercato.

In realtà, non è facile stabilire se si tratti di una convergenza necessaria o di una rotta di collisione, ma ciò che si intende approfondire in questo articolo rappresenta certamente una tappa decisiva della trasforma-

---

[*] Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Roma Tre.

[1] Dei 25 Gruppi che hanno un fatturato annuale superiore a 8 mld di euro, 14 hanno sede negli USA, 7 in Cina, 2 in Giappone e 2 in Europa (Germania). Tutte le società cinesi hanno la sede legale nelle Isole Cayman e tutte quelle statunitensi (ad eccezione di Microsoft) hanno la sede legale nel Delaware, v. Mediobanca, *I giganti del websoft, software & web companies* (2014-2019), Milano, 27 novembre 2019 (disponibile *online*). Per effetto dell'ottimizzazione fiscale circa la metà dell'utile ante-imposte dei giganti tecnologici è tassato in Paesi a fiscalità agevolata.

zione/evoluzione dell'Unione quale organizzazione di Stati sovrani. Si tratta di una situazione di stallo che ben si collega alla difficoltà di conciliazione fra competenza esclusiva dell'Unione nella politica monetaria per i Paesi dell'area euro e competenza economica e fiscale degli Stati membri che abbiamo visto manifestarsi nelle vicende dell'integrazione differenziata del MES[2]. Al riguardo, vale la pena di ricordare che la recente elezione a presidente dell'Eurogruppo del ministro delle finanze irlandese Donohoe è avvenuta a maggioranza semplice dei voti (senza il sostegno di Francia, Spagna, Germania e Italia che rappresentano più del settanta per cento del PIL dell'Unione), concretizzando un'alleanza fra Paesi frugali e Paesi con strategie aggressive di tassazione. Ciò dimostra chiaramente che non sarà facile raggiungere un accordo nell'Unione su una base imponibile consolidata dell'imposta sulle società e mettere a regime una tassa sul digitale.

Nella vicenda della tassazione digitale, che riguarda un ambito di enorme valore economico e sociale, vi è un'unica soluzione idonea a superare l'*impasse* legislativa e la credibilità dell'Unione: il passaggio dal metodo intergovernativo, che si esprime nella procedura legislativa speciale e nella regola dell'unanimità in seno al Consiglio, al metodo sovranazionale, che si riflette nella procedura legislativa ordinaria, con il conseguente conferimento di eguali poteri legislativi al Parlamento europeo e il ricorso alla maggioranza qualificata in seno al Consiglio[3]. Se avverrà, sarà una trasformazione a trattati invariati: una rottura nell'equilibrio fra i due metodi dell'integrazione tramite quello che sarà considerato formalmente da uno Stato membro un escamotage formale. L'eventuale decisione sarà, con tutta probabilità, portata all'attenzione della Corte, che dovrà esercitare in modo non facile un'attenta valutazione della sua legittimità con tutti i criteri interpretativi a sua disposizione.

Due fondamentali proposte di riforma strutturale sono bloccate sul tavolo negoziale del Consiglio per la mancanza di unanimità richiesta dalla base giuridica dell'art. 115 TFUE: la prima riguarda la base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società (CCCTB)[4]; la seconda relativa all'imposta sui servizi digitali (ISD)[5], che sarà tuttavia rilanciata a se-

---

[2] V., per tutti, E. PISTOIA, *Limiti all'integrazione differenziata dell'Unione europea*, Bari, 2018.

[3] Per una completa analisi della competenza fiscale, v. G. ROSSOLILLO, *Fiscalità e sovranità: riflessioni sulla ripartizione delle competenze tra Stati membri e Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2018, p. 121 ss., in cui l'A. correttamente sostiene che sottraendo agli Stati membri il diritto di veto in certe materie, si opererebbe "una trasformazione naturale dell'Unione europea in una federazione". V. anche G. ROSSOLILLO, L. LIONELLO, *Cosa significa creare una capacità fiscale europea e perché è così importante per il processo di integrazione?* in *The Federalist*, 2019, p. 179 (disponibile *online*).

[4] COM (2016) 0683 final, del 25 ottobre 2016, proposta di direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società.

[5] COM (2018) 148 final, del 21 marzo 2018, proposta di direttiva del Consiglio relativa

guito della decisione del Consiglio europeo del 17-22 luglio 2020 di introdurre un "prelievo fiscale digitale" (*web tax*) nel rinnovato regime delle "risorse proprie" dell'Unione[6].

Le pur necessarie regole di trasparenza fiscale e della cooperazione amministrativa in materia hanno invece catalizzato l'adozione della più recente legislazione fiscale per le minori resistenze degli Stati membri contrari all'armonizzazione in materia, che esercitano il loro veto nel Consiglio.

La sentenza del Tribunale del 15 luglio 2020 nel caso *Apple*[7] dimostra le difficoltà del procedimento sugli aiuti statali illegali per "intese fiscali anticipate" (*tax ruling*). Tale meccanismo di attuazione coercitiva, per la sua complessità e specificità, non può rappresentare in alcun modo uno strumento surrogatorio dell'armonizzazione legislativa fiscale per il funzionamento del mercato. L'azione al riguardo non è più procrastinabile per la mole di elusione fiscale determinata da società, piattaforme *online* e servizi digitali.

Per una non casuale coincidenza, la Commissione europea, secondo le indicazioni espresse nelle linee programmatiche della presidente von der Leyen[8], ha reso noto che "esaminerà come avvalersi appieno delle disposizioni del trattato sul funzionamento dell'UE (TFUE) che consentono l'adozione di proposte in materia di imposizione mediante procedura legislativa ordinaria, compreso l'art. 116 TFUE"[9]. Con il ricorso a tale base

---

al sistema comune d'imposta sui servizi digitali applicabile ai ricavi derivanti dalla fornitura di taluni servizi digitali.

[6] EUCO 10/20, conclusioni riunione straordinaria del Consiglio europeo (17, 18, 19, 20 e 21 luglio 2020): "A29. Nei prossimi anni l'Unione lavorerà a una riforma del sistema delle risorse proprie e introdurrà nuove risorse proprie. (…) Come base per risorse proprie supplementari, nel primo semestre del 2021 la Commissione presenterà proposte relative a un meccanismo di adeguamento del carbonio alla frontiera e a un prelievo sul digitale, ai fini della loro introduzione al più tardi entro il 1° gennaio 2023".

[7] Sentenza del Tribunale del 15 luglio 2020, cause riunite T-778/16 e T-892/16*, Irlanda e a. c. Commissione*.

[8] Candidate for President of the European Commission, Ursula von der Leyen, Political Guidelines, European Commission 2019-2024, 17 July 2019, p. 12: "Differences in tax rules can be an obstacle to the deeper integration of the single market. It can hamper growth, particularly in the euro area where the economic ties are stronger. We need to be able to act. I will make use of the clauses in the Treaties that allow proposals on taxation to be adopted by co-decision and decided by qualified majority voting in the Council. This will make us more efficient and better able to act fast when needed". Nella Lettera d'incarico del 10 settembre 2019 di Ursula von der Leyen, Presidente eletto della Commissione europea, a Paolo Gentiloni, Commissario designato per l'Economia, si indicano come priorità: la tassa digitale, base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società, la lotta contro la frode, l'evasione e l'elusione fiscale, il contrasto ai regimi fiscali dannosi, anche attivando a pieno la lista delle giurisdizioni non cooperative a fini fiscali. Al riguardo, si sottolinea che: "per avanzare nella giusta direzione, dovremo avvalerci al massimo delle clausole dei trattati che consentono l'adozione delle proposte in materia fiscale mediante codecisione e con voto a maggioranza qualificata".

[9] COM (2020) 312 final, del 15 luglio 2020, Piano d'azione per una fiscalità equa e semplice a sostegno della strategia di ripresa, p. 2: "per realizzare pienamente l'agenda dell'UE in materia di imposizione equa è necessario attivare tutti gli strumenti politici esisten-

giuridica, la Commissione propone, a trattati invariati, un'alternativa alle basi giuridiche degli articoli 113 e 115 per superare il blocco dell'azione legislativa verificatosi per l'applicazione della procedura legislativa speciale.

Si apre così una cauta prospettiva per un'armonizzazione delle legislazioni nazionali che riconosca il contributo degli utenti/consumatori nella catena del valore dei servizi digitali al fine del calcolo delle imposte e della giurisdizione fiscale degli Stati membri in cui si svolge il consumo e/o la partecipazione degli utenti. Malgrado la volontà della Commissione europea di rimettere in moto il processo decisionale, numerosi restano gli ostacoli sul percorso verso l'introduzione di un sistema di tassazione equilibrata e ponderata ("giusta", secondo la terminologia impiegata nei documenti ufficiali) per tutte le società attive nel mercato unico che ne ricevono benefici economici.

Opposte posizioni si fronteggiano anche nelle relazioni transatlantiche: da un lato, il principio per cui la potestà impositiva in materia digitale dovrebbe essere assegnata agli Stati in cui sono localizzati gli utenti; dall'altro, la posizione sulla centralità dei beni immateriali nella catena del valore delle imprese digitali sostenuta dagli Stati Uniti[10]. Tale posizione è incardinata nella riforma della tassazione sulle società e della proprietà industriale del 2017, oltre ad essere espressione di una generale politica protezionistica. Anche il negoziato OCSE su BEPS[11] si è recentemente bloccato a seguito della decisione dell'Amministrazione americana, contraria in linea di principio ad una tassazione dei servizi digitali perché la ritiene discriminatoria dei "giganti tecnologici" statunitensi (*Big Tech*).

Le difficoltà del rapporto fra Unione europea e Stati Uniti sono destinate a crescere dopo la decisione del Consiglio europeo del 17-22 luglio 2020 di introdurre un prelievo fiscale digitale (*web tax*) senza attendere la conclusione dei negoziati dell'OCSE in contrapposizione alle motivazioni

---

ti. È in tale contesto che la Commissione esaminerà come avvalersi appieno delle disposizioni del trattato sul funzionamento dell'UE (TFUE) che consentono l'adozione di proposte in materia di imposizione mediante procedura legislativa ordinaria, compreso l'articolo 116 TFUE". Diversa

la posizione sostenuta dalla Commissione Junker, cfr. la seguente risposta scritta del commissario Moscovici a interrogazione parlamentare: "Article 116 TFEU is not a possible legal basis for proposals on tax harmonisation, such as the common consolidated corporate tax base (CCCTB) and the DST. Articles 113 and 115 TFEU are the only legal bases allowing the Council to adopt measures of approximation of Member States' laws, regulatory or administrative provisions concerning taxation", E-001797/2019, Answer given by Mr Moscovici on behalf of the European Commission, 27 June 2019.

[10] L'introduzione dell'istituto del *Global Intangible Low Tax Income* (GILTI) è un'estensione del ridotto regime CFC che favorisce ulteriormente le multinazionali USA presenti nel mercato unico tramite proprie controllate

[11] OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy As approved by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on 29-30 January 2020.

del blocco da parte dagli Stati Uniti. È stato però previsto un rinvio per la sua entrata in vigore al 1° gennaio 2023, il tempo necessario per trovare un'intesa bilaterale transatlantica o multilaterale in sede OCSE prima che si innesti l'ennesima "guerra dei dazi".

2. Misure di regolazione *ex-ante*, interventi antitrust e riequilibrio legislativo *de iure condendo* dei principi della tassazione sono gli strumenti possibili difronte alle attività nel mercato unico digitale da parte dei "giganti tecnologici".

Lo stesso modello dell'integrazione europea è a rischio di credibilità. La stragrande maggioranza dei cittadini europei non percepisce come accettabile che l'Unione possa, ad esempio, ordinare di recuperare, se del caso, modesti aiuti di sviluppo locale, consentendo invece che alcuni Stati membri a bassa tassazione fiscale costruiscano parte dello sviluppo nazionale sulla base di intese di favore con imprese stabilite al di fuori dell'Unione dagli altissimi profitti. Il recente impulso alla armonizzazione della tassazione dei profitti di impresa è stato impresso dall'opinione pubblica sulla scia della crisi finanziaria e degli scandali mediatizzati.

La concorrenza al ribasso fra Stati membri nella tassazione digitale non sembra più sostenibile per il travaso ingiustificato di risorse da uno Stato ad un altro. Il fenomeno non dipende solo dalla differenza della tassazione sulle società (che varia dal 30% al 2%), ma dall'insieme di regole per la determinazione della base imponibile e l'allocazione degli utili nelle attività transfrontaliere[12]. Nel complesso, le imprese digitali hanno beneficiato della limitazione degli oneri fiscali limitati, oltre che della "pianificazione fiscale aggressiva", che può giungere sino ad azzerare gli oneri fiscali. Al contempo, alcuni Stati membri a bassa tassazione ricevono investimenti diretti "finti" che transitano per breve tempo da "scatole vuote" finanziarie nazionali, prima di collocarsi verso paradisi fiscali *extra*-UE[13], senza rilevanti introiti per le casse nazionali, sottraendo invece risorse a tutti gli altri Stati membri[14].

---

[12] Non si può in questa sede approfondire la questione più generale della concorrenza fra ordinamenti degli Stati membri, ad esempio le differenze in materia di diritto societario che, in Olanda, consentono al gruppo che ha almeno il 20% delle azioni di avere il controllo assoluto della società e di blindarla da possibili scalate.

[13] Per quanto riguarda le imprese che hanno legami con paradisi fiscali *extra*-Ue, la Commissione ha raccomandato di non concedere aiuti nel Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato nell'attuale emergenza sanitaria, v. Doc. 6129/20, del 18 febbraio 2020, Conclusioni del Consiglio sulla lista UE riveduta delle giurisdizioni non cooperative a fini fiscali; raccomandazione della Commissione del 14 luglio 2020 relativa alla subordinazione del sostegno finanziario statale destinato alle imprese dell'Unione all'assenza di legami con giurisdizioni non cooperative; quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19 (2020/C 91 I/01) del 20 marzo 2020, come emendato il 3 aprile, l'8 maggio e il 29 giugno 2020.

[14] La maggior parte degli investimenti esteri è diretta verso Paesi con schemi di tassa-

Le imprese digitali hanno caratteristiche diverse rispetto a quelle delle imprese tradizionali per quanto riguarda il modo in cui sono prodotti gli utili. Nell'economia digitale, la catena del valore si crea grazie alla capacità di innovazione tecnologica e dei modelli imprenditoriali nelle attività a distanza, ma sempre più anche per il contributo degli utenti finali/consumatori. La tendenza attuale di multinazionali e/o piattaforme *online* è quella della creazione e del mantenimento in vari mercati digitali di una posizione di imprese dominanti (concorrenza) o di significativo potere di mercato (regolazione), specie per gli effetti di rete che deriva dall'aumento di transazioni dovuto alla capacità di attrazione di un grandissimo numero di utenti[15].

Il concetto di erosione della base imponibile e di trasferimento degli utili (*Base Erosion and Profit Shifting* – BEPS) si riferisce a strategie di natura fiscale che talune imprese pongono in essere per sottrarre imposte al fisco e alla traslazione dei profitti da Paesi ad alta imposizione a Paesi a tassazione nulla o ridotta. All'origine di tale fenomeno è lo scarso coordinamento e la presenza di asimmetrie tra i diversi regimi fiscali nazionali a seguito di un diverso trattamento fiscale delle componenti di bilancio d'impresa (interessi, dividendi, ecc.) e di una valutazione non uniforme delle operazioni intra-gruppo. In generale, la rigidità dei sistemi fiscali a fronte della flessibilità dei redditi d'impresa, ma soprattutto la possibilità di scindere l'imposizione delle fonti reddituali dalle attività economiche che le generano.

Il sistema tributario attuale è basato sull'assunto che un'impresa collocata in uno Stato di stabilimento/residenza fiscale può generare redditi soggetti a imposizione in una diversa giurisdizione a condizione della presenza di una stabile organizzazione. Tuttavia, nell'economia digitale, questo assunto è del tutto inadeguato e si presta a strategie elusive per la possibilità di produrre redditi senza una presenza fisica idonea a determinare l'applicazione dei normali criteri di collegamento territoriali e personali. L'applicazione al contesto digitale delle norme attuali in vigore nell'Unione e a livello globale crea un'asimmetria tra il luogo dove gli utili sono tassati e

---

zione favorevoli. Nel 2018, il 96% degli investimenti esteri in entrata in Lussemburgo e il 65% di quelli in Olanda è transitato attraverso "società speciali" senza reale consistenza, funzionali unicamente a investimenti verso paradisi *off-shore.* Nel 2018, gli investimenti esteri sono stati pari al 184% del PIL dell'Olanda, al 211% di quello del Lussemburgo e al 261% di quello dell'Irlanda, v. J. DAMGAARD, T. ELKJAER, N. JOHANNESEN, *What Is Real and What Is Not in the Global FDI Network?* WP/19/274, International Monetary Fund, 11 December 2019; P. JANSKÝ, *Effective Tax Rates of Multinational Enterprises in the EU*, A Report Commissioned by the Greens/EFA Group in the European Parliament, 22/01/2019; OECD, *FDI in Figures*, October 2019.

[15] COM (2018) 148 final, del 21 marzo 2018, proposta di direttiva del Consiglio relativa al sistema comune d'imposta sui servizi digitali applicabile ai ricavi derivanti dalla fornitura di taluni servizi digitali.

quello dove è creato il valore, nella misura in cui i modelli digitali d'impresa (modelli di *business*) dipendono dalla partecipazione degli utenti/consumatori (qualche anno fa si usava il termine *prosumer*, vale a dire produttori/consumatori).

In sostanza, l'economia digitale produce un disallineamento tra il luogo di stabilimento e quello del consumo che rende complessa la questione dell'individuazione della giurisdizione statale in cui si crea valore, al fine del riconoscimento della competenza impositiva. La creazione di valore per l'impresa digitale può provenire da una giurisdizione fiscale in cui l'impresa non è fisicamente stabilita (a fini fiscali) e dove i ricavi non vengono sinora tassati. Anche quando un'impresa ha una stabile organizzazione nella giurisdizione in cui si trovano gli utenti, la partecipazione degli utenti non viene presa in adeguata considerazione ai fini della determinazione della quota dell'imposta che dovrebbe essere versata in ciascun Paese[16]. Le norme vigenti sulla tassazione delle imprese non sono al passo con l'evoluzione digitale ma le medesime tecnologie digitali potrebbero tendenzialmente consentire di ridurre gli oneri amministrativi, facilitare la collaborazione tra autorità fiscali e contrastare l'evasione fiscale.

Pur producendo alti utili, le attività digitali sono mediamente soggette a un tasso d'imposizione nazionale più basso di quello applicato alle imprese tradizionali. La differenza è dovuta in larga misura al valore di beni immateriali e dei diritti sui beni immateriali (*intangibles*), oltre che ai benefici degli sgravi fiscali per la ricerca[17]. Per la capacità fiscale delle imprese ad alto tasso di innovazione, la questione dirimente della base consolidata della società è la proprietà degli *asset* intangibili. Sebbene realizzino la ricerca e lo sviluppo nel Paese di origine e/o di insediamento, alcune società attribuiscono i diritti di proprietà intellettuale a società sussidiarie residenti in Stati a bassa tassazione[18]. In generale, il disallineamento dei sistemi fiscali nazionali all'origine di questi trasferimenti viene contrastato a livello di relazioni bilaterali tramite la disciplina sulla doppia tassazione degli utili;

[16] A tal fine occorre prendere in considerazione l'applicazione del criterio del luogo in cui sono collocati i beni immateriali (brevetti, marchi, algoritmi, megadati) o quello del luogo in cui l'utente fruisce dei servizi digitali, contribuendo al processo di creazione della ricchezza digitale Ciò si produce normalmente e costantemente acquistando e vendendo beni/servizi digitali o tramite il contributo diretto dell'utente nel caso di social network, piattaforme con il caricamento delle opere da parte dei medesimi e l'accesso a piattaforme senza-pagamenti in denaro tramite lo scambio di dati personali.

[17] La riforma fiscale statunitense del 2017 è basata sulla tesi secondo cui il processo di creazione della ricchezza digitale deriva dalla rilevanza dei beni immateriali, più che dal contributo degli utenti (criterio che rimanda al luogo del consumo). L'ovvia finalità è attrarre la gran parte della ricchezza digitale prodotta dalle multinazionali tramite controllate estere, in quanto riconducibile alla proprietà intellettuale imputata all'impresa capo-gruppo.

[18] COM (2020) 519 final, del 20 maggio 2020, raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2020 dei Paesi Bassi e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2020 dei Paesi Bassi.

malgrado ciò, si persegue in molti casi l'assenza di tassazione su entrambi i lati dell'attività transnazionale (c.d. doppia non-imposizione).

A livello del diritto dell'Unione, non è più rinviabile una soluzione normativa che tenga conto, in modo equilibrato, sia delle esigenze dei bilanci nazionali e dell'apporto degli utili da parte dei consumatori, sia del contributo all'innovazione tecnologica ed economica delle imprese digitali. Una diversa ponderazione fiscale non deprimerebbe in alcun modo lo sviluppo di tali nuovi modelli imprenditoriali la cui catena di valore è sostenuta dal contributo, più o meno consapevole, degli utenti/consumatori e da un'alta percentuale di profitti derivanti da beni immateriali (brevetti, marchi e dati personali).

3. In materia fiscale, la ripartizione verticale delle competenze indica un settore di grande sensibilità per la sovranità degli Stati membri. La competenza per le imposte dirette spetta a ciascuno Stato membro, che determina l'entità e riscuote le risorse finanziarie, mentre all'Unione resta una competenza di armonizzazione legislativa per le imposte indirette e dirette funzionali alla realizzazione al mercato interno[19]: (art. 113 TFUE). Il trattato non prevede alcuna competenza normativa esplicita nel settore delle imposte dirette. La legislazione relativa alle imposte sulle società si fonda generalmente sull'art. 115 TFUE, il quale autorizza l'Unione ad adottare direttive sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri che hanno un'incidenza diretta sul mercato interno. In tali basi giuridiche, anche in una competenza concorrente come quella del mercato si prevede una procedura legislativa speciale che vede il Consiglio impegnato nel ruolo di legislatore unico, con l'attribuzione di un ruolo consultivo al Parlamento europeo. Le decisioni sono adottate all'unanimità, con un potere di veto esercitabile quindi da ogni singolo Stato membro. Pertanto, varie iniziative legislative presentate dalla Commissione sulla base giuridica dell'art. 115 TFUE sono state bloccate dal veto di alcuni Stati membri a bassa tassazione.

La Commissione Juncker, nel delineare la Strategia per il mercato unico digitale (2015-2019)[20] dichiarava l'intenzione di presentare nel settore delle imposizioni dirette un piano d'azione su "un approccio rinnovato alla tassazione dei redditi delle società nel mercato unico, in base al quale gli utili siano tassati nel paese in cui siano generati, ivi compreso

[19] V. Art. 113 TFUE.

[20] Per un'analisi complessiva dei trenta atti giuridici della strategia del Mercato digitale (2015-2019), si rinvia a G. CAGGIANO, *Il quadro normativo del Mercato unico digitale,* in *Mercato Unico Digitale, dati personali e diritti fondamentali,* in F. ROSSI DAL POZZO (a cura di), *Mercato Unico Digitale, dati personali e diritti fondamentali*, Numero speciale in *rivista.eurojus.it*, 2020.

nell'economia digitale". Una posizione che ha portato alla presentazione di varie proposte legislative, tutte accantonate per il veto di alcuni Stati membri.

A tal fine, la Commissione europea ha presentato una comunicazione che propone una transizione, a trattati vigenti, nel settore fiscale verso il voto a maggioranza qualificata nell'ambito della procedura legislativa ordinaria[21]. Senza esito è rimasta la proposta del ricorso alla clausola passerella del Trattato (art. 48 TUE)[22].

La prima parte dell'art. 116 TFUE è rimasta immutata dal Trattato di Roma: "[q]ualora la Commissione constati che una disparità esistente nelle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative degli Stati membri falsa le condizioni di concorrenza sul mercato comune e provoca, per tal motivo, una distorsione che deve essere eliminata, la Commissione provvede a consultarsi con gli Stati membri interessati". Invece, la seconda parte a carattere istituzionale è passata, dall'originaria previsione di raccomandazioni della Commissione, alla procedura legislativa ordinaria: "[s]e attraverso tale consultazione non si raggiunge un accordo che elimini la distorsione in questione, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le direttive all'uopo necessarie. Può essere adottata ogni altra opportuna misura prevista dai trattati"[23].

La Commissione europea ritiene che nelle fattispecie in discussione si possano riconoscere "distorsioni della concorrenza nel mercato interno" per effetto delle disparità delle norme fiscali nazionali. A trattati invariati, propone l'uso di tale base giuridica (mai utilizzata) che permetterebbe di prendere decisioni a maggioranza qualificata, superando il diritto di veto derivante dalla regola dell'unanimità[24]. Da tempo, la norma era già stata

---

[21] COM(2019) 8 final, del 15 gennaio 2019, verso un processo decisionale più efficiente e democratico nella politica fiscale dell'UE. In precedenza, v. comunicazione sulla possibilità di estendere l'uso della deliberazione a maggioranza qualificata e della procedura legislativa ordinaria nelle questioni inerenti al mercato interno, in base all'articolo 48, paragrafo 7, del TUE, Iniziative in prospettiva del 2025 presentate nella lettera d'intenti del Presidente Juncker del 13 settembre 2017. V. anche Discorso sullo Stato dell'Unione 2017, proposte per il futuro dell'Europa attuabili sulla base del trattato di Lisbona.

[22] Vale la pena di ricordare le condizioni per la sua attivazione: il Consiglio europeo comunica l'intenzione di ricorrere alla suddetta clausola ai parlamenti nazionali che hanno un periodo di sei mesi per obiettare ed eventualmente porre il veto; il Parlamento europeo deve approvare a maggioranza dei suoi membri; il Consiglio europeo adotta la decisione all'unanimità.

[23] Occorre ricordare che è l'Atto unico europeo del 1986, entrato in vigore il 1° luglio 1987, che ha in generale sostituito l'unanimità con il voto a maggioranza qualificata come regola generale per armonizzare la normativa sul mercato unico.

[24] COM (2019) 8 final, del 15 gennaio 2019, verso un processo decisionale, cit. La Commissione si esprime in modo cauto: "con l'articolo 116 del TFUE, il voto a maggioranza qualificata nell'ambito della procedura legislativa ordinaria è ammissibile per eliminare distorsioni di concorrenza dovute alla disparità delle norme fiscali se non è stato possibile

indicata quale soluzione all'*impasse* legislativa dovuta al Consiglio da parte del Parlamento europeo, che acquisterebbe così un ruolo legislativo *pleno iure* nella materia fiscale in cui è stato sinora confinato alla semplice consultazione[25].

Tale decisione dovrebbe ovviamente essere condivisa dal Consiglio e sostenuta dall'*input* politico del Consiglio europeo. Per le ragioni opposte a quelle che muovono la Commissione, è evidente che Irlanda, Lussemburgo e Olanda sono e resteranno strenui oppositori di una prospettiva istituzionale che li priverebbe dell'attuale diritto di veto in materia. Una tale decisione potrebbe vedere la formazione in seno al Consiglio di un blocco di opposizione (Olanda, Irlanda, Lussemburgo, Austria, Cipro, Ungheria, Malta) che non raggiungerebbe però la consistenza di un blocco di minoranza (pari al 35% della popolazione europea).

In tale difficile passaggio politico-costituzionale, non è affatto certo che si riesca a trovare un compromesso sulla volontà di modificare l'equilibrio istituzionale attuale. Infatti, nell'analisi della divisione dei poteri non va dimenticato il ruolo decisionale del Consiglio europeo, pur formalmente privo di poteri legislativi. Infatti, una decisione sul ricorso alla base giuridica dell'art. 116 TFUE, in considerazione della sua rilevanza politica, dovrebbe comunque ricevere l'approvazione del Consiglio europeo che, a sua volta, registrerebbe il prevedibile veto di qualche Stato membro e/o dell'alleanza di Paesi frugali e Paesi a bassa imposizione fiscale. In forza della crescente rilevanza del metodo intergovernativo, il Consiglio europeo, dal cui *input* politico dipende qualsiasi decisione, si pone "quale organo politico di sintesi" formato però dai "giocatori in campo". Il suo ruolo si conferma sempre più invasivo del principio dell'equilibrio istituzionale, come dimostrato dalle vicende del brevetto europeo, della mancata riforma del regolamento Dublino e del super-freno di emergenza del *Recovery Fund*.

---

eliminare la distorsione, previa consultazione con gli Stati membri. La disposizione è tuttavia subordinata alle condizioni rigorose di cui sopra e non può colmare tutte le lacune generate oggi dall'unanimità e sia disposta ad avvalersene qualora se ne ravvisasse l'esigenza".

[25] La richiesta di adottare decisioni nel settore della politica fiscale a maggioranza qualificata tramite l'utilizzo della clausola passerella era già stata avanzata dal Parlamento europeo in P8_TA(2017)0491, raccomandazione del 13 dicembre 2017 al Consiglio e alla Commissione a seguito dell'inchiesta in relazione al riciclaggio di denaro, all'elusione fiscale e all'evasione fiscale (par. 205) e P8_TA(2017)0049, risoluzione del 16 febbraio 2017 sul miglioramento del funzionamento dell'Unione europea sfruttando le potenzialità del trattato di Lisbona (par. 27). Per la prima volta di richiamo all'art.116 TFUE, v. risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 15 marzo 2018 sulla proposta di direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile comune per l'imposta sulle società, Emendamento 4): "(…) Qualora il Consiglio non adotti una decisione all'unanimità sulla proposta intesa a istituire una CCCTB, la Commissione dovrebbe presentare una nuova proposta fondata sull'articolo 116 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in base alla quale il Parlamento europeo e il Consiglio adottano le necessarie normative secondo la procedura legislativa ordinaria (…)".

4. La trasparenza fiscale e la cooperazione amministrativa hanno catalizzato l'adozione della più recente legislazione fiscale dell'UE, per le minori resistenze dei soliti Stati membri contrari all'armonizzazione in materia e, dunque, la possibilità di superare il loro veto nel Consiglio. Le imprese hanno così visto un aumento massiccio dei requisiti di trasparenza fiscale, in coerenza con le norme e le raccomandazioni minime BEPS dell'OCSE.

Sulla base giuridica degli articoli 113 e 115 TFUE, con l'unanimità del Consiglio, sono stati adottati nuovi atti legislativi per affrontare gli abusi fiscali[26], lottare contro le frodi all'IVA e riformare le regole dell'IVA applicate al commercio elettronico[27]. L'Unione ha adottato norme per combattere l'elusione fiscale e contrastare il rinvio a giurisdizioni non cooperative[28].

Particolare rilievo assumono le direttive 2016/1164 contro le pratiche di elusione fiscale e 2017/952 riguardante i disallineamenti da ibridi all'interno dell'UE e nei Paesi terzi[29], allorché le società approfittano di disparità tra i diversi sistemi nazionali allo scopo di ridurre il loro debito fiscale[30]. Le direttive in parola recepiscono buona parte delle raccomandazioni OCSE del 2015 sul contrasto all'erosione della base imponibile e al trasferimento degli utili (BEPS); limiti alla deducibilità degli interessi passivi per contrastare la prassi di elusione tramite prestiti infragruppo, idonei a ridurre sensibilmente gli oneri fiscali; una clausola generale antiabuso, in base alla quale gli Stati membri non devono applicare accordi volti a ottenere un vantaggio fiscale per le società senza valide ragioni commerciali; una regolamentazione degli strumenti finanziari per evitare la "doppia non-tassazione".

---

[26] Regolamento (UE) 2017/2454 del Consiglio, del 5 dicembre 2017, che modifica il regolamento (UE) 904/2010 relativo alla cooperazione amministrativa e alla lotta contro la frode in materia d'imposta sul valore aggiunto; regolamento (UE) 2018/1541 del Consiglio, del 2 ottobre 2018, che modifica i regolamenti (UE) n. 904/2010 e (UE) 2017/2454 per quanto riguarda misure di rafforzamento della cooperazione amministrativa in materia di imposta sul valore aggiunto.

[27] Direttiva (UE) 2017/2455 del Consiglio, del 5 dicembre 2017, che modifica la direttiva 2006/112/CE e la direttiva 2009/132/CE per quanto riguarda taluni obblighi in materia di imposta sul valore aggiunto per le prestazioni di servizi e le vendite a distanza di beni.

[28] Doc. 14166/16, 8 novembre 2016, conclusioni del Consiglio, Criteri e processo in vista della creazione della lista UE delle giurisdizioni non cooperative a fini fiscali; doc. 15429/17, 5 dicembre 2017, conclusioni del Consiglio, lista UE delle giurisdizioni non cooperative a fini fiscali.

[29] Direttiva (UE) 2016/1164 del Consiglio del 12 luglio 2016 recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno; direttiva (UE) 2017/952 del Consiglio, del 29 maggio 2017, recante modifica della direttiva (UE) 2016/1164 relativamente ai disallineamenti da ibridi con i Paesi terzi.

[30] Ad esempio, attraverso una doppia deduzione (su entrambi i lati) o una deduzione dei redditi in uno Stato senza che siano inclusi nella base imponibile dell'altro Stato. Per neutralizzare gli effetti del disallineamento fiscale le norme prevedono che una delle due giurisdizioni coinvolte debba negare una deduzione che causerebbe tale disallineamento.

La direttiva 2011/16/UE, relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale, per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale, ha subito numerose modifiche, tra cui quelle relative allo scambio automatico di informazioni sui *ruling* preventivi (direttiva UE 2015/2376)[31]. Da ultimo, di grande rilievo pratico la proposta sulla cooperazione amministrativa (DAC 7) che estende le norme dell'UE in materia di trasparenza fiscale alle piattaforme digitali per lo scambio automatico di informazioni sui ricavi generati dai venditori sulle piattaforme *online*[32].

Innumerevoli le proposte in materia che sono state ritirate o restano sul tavolo negoziale per mancanza di unanimità nel Consiglio. L'imposta sulle transazioni finanziarie (ITF), proposta dalla Commissione nel 2011, che non è riuscita a trasformarsi in una cooperazione rafforzata tra 11 Stati membri[33]. La proposta di dichiarazione IVA standard avrebbe radicalmente migliorato le procedure del mercato unico a fronte delle attuali 28 diverse dichiarazioni ma la Commissione ha dovuto ritirare la proposta[34].

Due fondamentali proposte sono sul tavolo negoziale, ma ferme per la mancanza di unanimità. Si registrano anche pareri di non conformità al principio di sussidiarietà di parlamenti o camere legislative di alcuni Stati membri. La prima riforma strutturale è quella relativa alla base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società (CCCTB), la quale è stata

---

[31] La direttiva (UE) 2015/2376 affronta il problema dell'erosione della base imponibile mediante ricorso al *transfer price* in riferimento allo scambio automatico obbligatorio di informazioni sui *ruling* fiscali preventivi transfrontalieri (art. 8 *bis*). Il meccanismo di raccolta dei dati avviene in modo riservato, non divulgabili a soggetti diversi dalle pubbliche amministrazioni e dalla Commissione, escludendo così, almeno in una fase iniziale, i diritti di terzi, fra i quali le imprese concorrenti. Altre successive modifiche sono state realizzate con la: direttiva (UE) 2015/2376 del Consiglio, dell'8 dicembre 2015; direttiva (UE) 2016/881 del Consiglio del 25 maggio 2016 in materia di rendicontazione paese per paese delle imprese multinazionali tra le autorità fiscali. La direttiva (UE) 2018/822 del Consiglio del 25 maggio 2018 recante modifica della direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale relativamente ai meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di notifica riguarda le norme di trasparenza per gli intermediari che sono tenuti a divulgare informazioni alle autorità fiscali su attività transfrontaliere e strutture giuridiche con determinati indicatori in materia fiscale.

[32] COM (2020) 314 final, del 15 luglio 2020, proposta di direttiva del Consiglio recante modifica della direttiva 2011/16/UE del Consiglio relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale.

[33] COM (2011) 594 final, del 28 settembre 2011, proposta di direttiva del Consiglio concernente un sistema comune d'imposta sulle transazioni finanziarie e recante modifica della direttiva 2008/7/CE; COM (2013) 71 final, del 14 febbraio 2013, proposta di direttiva del Consiglio che attua una cooperazione rafforzata nel settore dell'imposta sulle transazioni finanziarie.

[34] COM (2013) 721 final, del 23 ottobre 2013, proposta di direttiva del Consiglio che modifica la direttiva del Consiglio 2006/112/CE del 28 novembre 2006 relativa al sistema comune di imposta sul valore aggiunto, al fine di introdurre una dichiarazione IVA standard; per il ritiro della proposta della Commissione, v. doc. 2016/C 155/04, 30. 4, 2016; v. anche COM (2016) 148 final, del 7 aprile 2016, verso uno spazio unico europeo dell'IVA – Il momento delle scelte.

rilanciata nel 2016[35]. Il consolidamento costituisce l'unico mezzo idoneo a superare i principali ostacoli fiscali per le società appartenenti a uno stesso gruppo che operano a livello transfrontaliero ed eliminerebbe le formalità connesse ai prezzi di trasferimento e la doppia imposizione all'interno dello stesso gruppo.

La seconda proposta riguarda l'imposta sui servizi digitali, proposta dalla Commissione nel 2018 come soluzione a breve termine a fronte di tassazioni unilaterali che determinerebbero la frammentazione del mercato unico[36]. Come abbiamo già detto all'inizio di questo contributo, tale proposta sarà sicuramente ripresa dopo la decisione del Consiglio europeo del 21 luglio u.s.

5. Lo scandalo *LuxLeaks* ha rivelato che, sino al 2014, la prassi di intese fiscali tra autorità nazionali e gruppi multinazionali riguardanti la definizione preventiva dei prezzi di trasferimento infragruppo (*advanced pricing agreements*) è stata piuttosto intensa[37]. Tali intese sono state a lungo segretate dai governi interessati, poi a fronte delle richieste di trasparenza, riven-

---

[35] COM (2016) 0683 final, del 25 ottobre 2016, proposta di direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società. Nel senso in della mancata conformità del progetto di atto legislativo al principio di sussidiarietà si esprimono i pareri motivati del Parlamento danese, dalla Camera dei deputati irlandese, dal Senato irlandese, dalla Camera dei deputati lussemburghese, dal Parlamento maltese, dalla Prima camera dei Paesi Bassi, dalla Seconda camera dei Paesi Bassi e dal Parlamento svedese, nel quadro del protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, v. P8_TA(2018)87, Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 15 marzo 2018 sulla proposta di direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società.

[36] COM (2018) 148 final, del 21 marzo 2018, proposta di direttiva del Consiglio relativa al sistema comune d'imposta sui servizi digitali applicabile ai ricavi derivanti dalla fornitura di taluni servizi digitali. Nel senso della mancata conformità del progetto di atto legislativo al principio di sussidiarietà si esprimono i pareri motivati del Parlamento danese, dal Parlamento irlandese, dal Parlamento maltese e dalla Seconda camera dei Paesi Bassi, nel quadro del protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità-, v. Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 13 dicembre 2018 sulla proposta di direttiva del Consiglio relativa al sistema comune d'imposta sui servizi digitali applicabile ai ricavi derivanti dalla fornitura di taluni servizi digitali.

[37] P8_TA (2015)0408, risoluzione del Parlamento europeo del 25 novembre 2015 sulle decisioni anticipate in materia fiscale (tax ruling) e altre misure analoghe per natura o effetto. In dottrina, T. JAEGER, *Tax Concessions for Multinationals: In or Out of the Reach of State Aid Law?* in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2017, p. 229 ss.; M. ORLANDI *Principio di libera concorrenza, interpelli e disciplina degli aiuti di Stato: un rapporto complesso,* in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2017, p. 529 ss.; ID., *Le discriminazioni fiscali e gli aiuti di Stato nel diritto dell'Unione europea,* Roma, 2018; J. MONSENEGO, *Selectivity in State Aid Law and the Methods for the Allocation of the Corporate Tax Base,* Alphen aan den Rijn, 2018; F. PEPE, *"Concorrenza fiscale dannosa" e* tax rulings*: l'uso "strategico" dell'*arm's lenght *principle nella disciplina europea sugli aiuti di Stato e l'imprevista (?) "egemonia" della Commissione europea nell'area della fiscalità internazionale*, in *federalismi.it,* 2018. Nella manualistica di diritto tributario, v. P. BORIA, *Diritto tributario europeo*, III ed., Milano, 2017, p. 239, ss.; G. GAFFURI, *Diritto tributario. Parte generale e parte speciale*, IX ed., Milano, 2019, p. 73 ss.; F. TESAURO, *Istituzioni di Diritto tributario*, Vol. II, Parte Speciale, Milano, 2019, XII ed., p. 377 ss.

dicate con forte accentuazione politica della propria sovranità di cui la competenza esclusiva per la tassazione diretta sarebbe un elemento caratterizzante.

Ciò è possibile perché alcuni Stati membri adottano politiche di incentivazione e di intese con imprese straniere, finalizzate ad ottenere investimenti nello sviluppo e nell'occupazione. La Commissione, in una comunicazione sulla trasparenza fiscale per combattere l'evasione e l'elusione fiscali, definiva una serie di misure al fine di migliorare la trasparenza, garantire il legame tra l'imposizione fiscale e il luogo dell'attività economica reale e promuovere norme comparabili a livello globale[38]. Nello specifico, viene osservato che lo scambio di informazioni tra autorità nazionali sui *ruling* fiscali è stato molto ridotto per cui gli Stati membri che ne risentono negativamente non hanno potuto adottare le misure necessarie in risposta. Da qui una pressante necessità di maggiore trasparenza e condivisione delle informazioni sui *ruling* fiscali transfrontalieri, compresi gli accordi preventivi sui prezzi di trasferimento".

La novità dell'approccio della Commissione europea riguardava la valutazione delle pratiche in parola nella prospettiva del divieto di aiuti di Stato, in relazione all'elemento della distorsione della libera concorrenza determinato dalla decisione di alcuni Stati membri di concedere a determinate imprese un trattamento fiscale più favorevole rispetto ad altre. Nel caso di un gruppo societario multinazionale o di compagnie strutturate in varie entità organizzative, un elemento della configurazione di un aiuto di Stato è stato considerato l'allocazione dei profitti tra le varie componenti, in modo da rispecchiare la realtà economica. Le società multinazionali possono allocare i profitti registrati in una società del gruppo utilizzando il metodo di *transfer pricing* per determinare il prezzo pagato per le transazioni commerciali poste in essere tra varie società dello stesso gruppo.

Dopo aver raccolto tutta la prassi nazionale in materia, la Commissione ha aperto un certo numero di indagini formali, che hanno portato a decisioni sul riconoscimento di un aiuto di Stato illegale con richiesta di recupero delle esenzioni fiscali concesse[39] fra cui il caso *Irlanda c. Ap-*

---

[38] COM (2015) 136 final, del 18 marzo 2015, sulla trasparenza fiscale per combattere l'evasione e l'elusione fiscale.

[39] C(2015) 7152 final Commission Decision of 21 October 2015 on State Aid SA.3837, which Luxembourg granted to Fiat; C(2015) 9837 final, Commission Decision of 11 January 2016 on the Excess Profit Exemption State Aid Scheme SA.37667, implemented by Belgium; C(2015) 7143 final Commission Decision of 21 October 2015 on State Aid SA.38374, implemented by the Netherlands to Starbucks; C(2017) 6740 final Commission Decision of 4 October 2017 on State Aid SA.38944, implemented by Luxembourg to Amazon; C(2018) 3839 final, Commission Decision of 20 June 2018 on State Aid SA.44888 implemented by Luxembourg in favour of ENGIE; C(2019) 2526 final Commission Decision of 2 April 2019 on State Aid SA.44896, implemented by the United Kingdom concerning CFC Group Financing Exemption.

ple[40]. Una soltanto si è chiusa con risultato positivo[41].

Il potere fiscale degli Stati membri è stato progressivamente limitato dall'applicazione del regime degli aiuti di Stato, che ha preso a considerare varie fattispecie (riduzione della base imponibile, dell'ammontare totale o parziale dell'imposta, nonché il differimento, l'annullamento o la rinegoziazione eccezionale del debito fiscale)[42]. Gli aiuti fiscali comportano specifiche criticità per la loro natura di particolarmente sensibilità alla sovranità nazionale e per la loro configurazione in negativo, in quanto implicano un mancato introito per lo Stato. Per evitare un'elusione del regime fiscale di un Paese mediante trasferimenti dei profitti tra varie società del gruppo aventi sede in diverse giurisdizioni, così da trasferire gli utili nei Paesi in cui il peso fiscale è inferiore, è necessario che il prezzo pagato per i trasferimenti intra-societari corrisponda a quello che sarebbe stato corrisposto in ipotesi di trasferimenti tra società indipendenti secondo il principio di libera concorrenza (*arm's length principle*). In recenti casi di aiuti di Stato (come *Starbucks*, *Apple*, le sentenze belghe sugli utili in eccesso, *Amazon* e *GDF Suez/Engie*) la Commissione europea ha affermato che gli Stati membri dovrebbero rispettare "il principio di libera concorrenza ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE". Il principio comprende il principio di uguaglianza e garantisce che nessuna società, che fa parte di un gruppo di imprese, sia trattata in modo più favorevole nell'ambito di una normale applicazione del sistema ordinario di imposta sulle società in uno Stato membro rispetto a una azienda indipendente. Pertanto, nelle indagini sugli aiuti di Stato relative ai *ruling* fiscali e ai prezzi di trasferimento, la Commissione europea non fa riferimento al principio di libera concorrenza, derivato dal modello OCSE, ma poggia il principio medesimo sull'interpretazione dell'art. 107, par. 1, TFUE[43].

---

[40] C(2014) 3606 final , 11 June 2014, State aid SA.38373– Ireland Alleged aid to Apple. Per approfondimenti, S. BASTIANON, *La vicenda Apple e gli aiuti di Stato irlandesi: la mela, il bastone e la carota*, in *rivista.eurojus.it*, n. 3, 2016; G. D'AGNONE, *Illegal State Aids and Multinational Companies: The European Commission Decision on the Apple – Ireland Tax Ruling*, in *European Papers*, 20 settembre 2016; L. LOVDHAL GORMSEN, *Has the Commission Taken Too Big a Bite of The Apple?*, in *European papers*, *European Forum*, 20 dicembre 2016; G. ROSSOLILLO, *Mercato, fiscalità, sovranità: il trattamento fiscale di Apple in Irlanda*, in *SIDIBlog*, 26 settembre 2016; L. LOVDAHL GORMSEN, *EU State Aid Law and Transfer Pricing: A Critical Introduction to a New Saga*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2016, p. 369 ss.; M. GREGGI, *Il caso Apple: vecchi e nuovi limiti europei alla potestà impositiva statale nei tax rulings*, in *Quaderni Costituzionali*, 2016, p. 817 ss.

[41] C(2018) 6076 final, Commission Decision of 19 September 2018 on tax rulings SA.38945, granted by Luxembourg in favour of McDonald's Europe.

[42] Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato, 19 luglio 2016, par. 156: "Gli Stati membri sono liberi di scegliere la politica economica che ritengono più appropriata e, in particolare, di ripartire la pressione fiscale sui diversi fattori di produzione nella maniera che reputano adeguata. Ciononostante, gli Stati membri devono esercitare tale competenza nel rispetto del diritto dell'Unione".

[43] Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato, 19 luglio 2016,

Dunque, l'ordinamento dell'Unione non consente i trattamenti preferenziali di imprese tramite la concessione selettiva di sgravi fiscali poiché questi costituiscono aiuti di Stato. Come tali, devono ottenere una preventiva approvazione da parte della Commissione europea e, laddove illecitamente concessi, debbono essere recuperati con maggiorazione degli interessi in capo alle imprese beneficiarie, pena una responsabilità solidale degli Stati membri inadempienti. Un regime tributario che per la sua stessa struttura procura un vantaggio ad una o più categorie di imprese mediante una selezione dei criteri applicabili determina un sistema discriminatorio.

In estrema sintesi, il diritto dell'Unione osta ad una misura nazionale che consenta di erogare un vantaggio in modo selettivo ad uno specifico operatore, alterando il regime della concorrenza nel mercato interno. Alla Commissione spetta la facoltà di vagliare l'ammissibilità della misura in relazione alla disciplina della concorrenza, procedendo ad una *valutazione unitaria* della natura selettiva della misura e dell'esistenza di un vantaggio economico.

6. In tale materia, il criterio più difficile da dimostrare ai fini dell'accertamento dell'esistenza di un aiuto appare quello della non-selettività delle misure in discussione. Quest'ultime devono essere accessibili a soggetti in situazioni fattuali e giuridiche comparabili. Gli altri criteri per la determinazione di un aiuto di Stato (l'origine statale, il vantaggio e il pregiudizio alla concorrenza) sono intuitivi e facilmente verificabili. La valutazione della selettività materiale richiede una valutazione in concreto dell'effettiva differenza di trattamento con metodo comparativo secondo la metodologia elaborata dalla giurisprudenza del Tribunale e della Corte di giustizia[44]. La prima fase di tale metodologia richiede l'individuazione del

---

par. 172: "il principio di libera concorrenza è utilizzato per stabilire se l'utile imponibile di una società del gruppo ai fini dell'imposizione del reddito delle società è stato determinato sulla base di un metodo che produca un'approssimazione attendibile del risultato rispondente alle condizioni di mercato. La Commissione deve applicarlo nella sua valutazione sulla misura nazionale, a prescindere dalla circostanza se e come lo Stato membro lo abbia recepito nell'ordinamento nazionale. Il principio di libera concorrenza, che la Commissione applica per la valutazione di accordi preventivi sui prezzi di trasferimento ai sensi della normativa sugli aiuti di Stato, costituisce pertanto un'applicazione dell'articolo 107, paragrafo 1, del trattato, il quale vieta le disparità di trattamento nella tassazione delle imprese che si trovano in una situazione di fatto e di diritto analoga. Questo principio vincola gli Stati membri e le norme fiscali nazionali non sono escluse dal suo campo di applicazione".

[44] La Corte di giustizia ha ridisegnato i limiti entro i quali una misura fiscale può ricadere nel divieto di aiuti di Stato previsto dall'art. 107 TFUE, v. le sentenze del 21 dicembre 2016, causa C-20/15 P, *Commissione c. World Duty Free Group SA et al.*, e causa C-524/14 P *Commissione* c. *Hansestadt Lübeck*. Tale divieto colpisce, in particolare, le misure ritenute selettive, cioè quelle non accessibili a tutti i soggetti che siano in una situazione fattuale e giuridica analoga. Tali sentenze confermano la tendenza all'estensione della nozione di selettività e il conseguente ampliamento dell'ambito di applicazione della disciplina UE in materia di aiuti di Stato con la conseguente inclusione di un numero elevato di misure non

sistema generale nazionale di riferimento pertinente; la seconda mira a valutare se la misura sia *prima facie* selettiva al riguardo; la terza approfondisce la compatibilità con la natura della misura o la struttura generale del sistema. L'obiettivo complessivo della valutazione è evitare un trattamento differenziato qualificabile come discriminatorio. Infine, la sentenza conferma anche, in linea con la giurisprudenza precedente, che, contrariamente al ragionamento alternativo della Commissione nella causa (l'esercizio della discrezionalità nelle sentenze significava concedere aiuti di Stato), la discrezionalità delle autorità pubbliche come parte di una politica di governo non può essere identificata automaticamente con l'accertamento della selettività.

Gli aiuti fiscali sono uno dei settori principali in cui la giurisprudenza ha individuato i criteri per valutare la selettività di misure a carattere generale. Il test di selettività si compone di due fasi principali nella prima, si stabilisce la portata *prima facie* selettiva della misura scrutinata; nella seconda, si valuta se la selettività (eventualmente) riscontrata sia giustificata. Gli Stati membri possono quindi escludere l'apparente selettività di una misura dimostrando che questa si ispira, ad esempio, ai principi di progressività e neutralità fiscale, ovvero alla necessità di evitare doppie imposizioni. La giurisprudenza della Corte di giustizia ha precisato che non è necessario individuare *ex ante* la categoria privilegiata dei beneficiari, soprattutto nel caso in cui si tratti di una misura a carattere derogatorio rispetto al regime ordinario. La sentenza *Hansestadt Lübeck* ha chiarito che non tutte le misure che sono vantaggiose per determinate imprese sono per sé selettive in quanto è necessario valutare in concreto se talune imprese siano favorite rispetto ad altre in una analoga situazione di fatto e di diritto con riferimento all'obiettivo perseguito. Pertanto, l'analisi circa la selettività della misura si identifica con valutazione del carattere discriminatorio dell'applicazione del beneficio fiscale agli operatori economici.

Diversa soluzione è stata data dal medesimo Tribunale nelle sentenze nel caso *Starbucks c. Olanda*[45] e *FCA c. Lussemburgo*[46] del 24 settembre 2019. La prima aveva annullato la decisione della Commissione europea per mancata adeguata dimostrazione dell'illegittimità dell'aiuto di Stato in relazione all'accordo fiscale concesso dal governo olandese alla catena di caffè americana. La seconda ha invece confermato la decisione della Com-

---

considerate tali nel passato. Di qui una maggiore incisività del controllo della Commissione sulle scelte di politica economica e fiscale nazionale, attraverso l'applicazione della normativa sugli aiuti di Stato, v. G. PEROTTO *La selettività negli aiuti fiscali: estensione della nozione e limiti alla discrezionalità fiscale nazionale,* in *European Papers*, 2017, p. 1017 ss.

[45] Sentenza del Tribunale del 24 settembre 2019, causa T-760/15, *Paesi Bassi c. Commissione*.

[46] Sentenza del Tribunale del 24 settembre 2019, cause riunite T-755/15 e T-759/15, *Lussemburgo c. Commissione.*

missione relativa a FCA e all'accordo fiscale con il Lussemburgo. In questo caso, la Commissione aveva fatto un confronto con un livello di tassazione normale, dimostrando l'esistenza di un vantaggio illegittimo. Ad entrambe le società, la Commissione aveva chiesto il rimborso del mancato gettito fiscale per trenta milioni, una cifra incommensurabile con quella richiesta ad Apple.

Con la sentenza *FCA* il Tribunale ha quindi respinto i ricorsi e ha confermato la validità della decisione della Commissione[47]. Le decisioni della Commissione europea sui *ruling* fiscali emessi nei confronti di Fiat e Starbucks replicano la tendenza avallata dalla Corte di giustizia ad accertare insieme i requisiti del vantaggio e della selettività, ovvero l'esistenza di un "vantaggio selettivo"[48]. Per il Tribunale, la Commissione non ha effettuato alcuna "armonizzazione fiscale", ma ha esercitato il potere conferito dal diritto dell'Unione. Il principio di piena concorrenza è uno strumento che consente di verificare che le operazioni infragruppo "siano remunerate come se fossero state negoziate tra società indipendenti". La Commissione aveva la competenza di verificare se i prezzi per le operazioni infragruppo approvati dalla decisione fiscale in questione corrispondano a prezzi che "sarebbero stati negoziati alle condizioni di mercato". Se alcuni Stati membri concedono a determinate società multinazionali vantaggi fiscali non disponibili per i loro concorrenti, pregiudica la concorrenza nel diritto dell'Unione.

7. Il primo elemento di commento è costituito dalla sentenza del Tribunale del 15 luglio 2020 nelle cause riunite *Irlanda c. Commissione* e *Apple Sales International e Apple Operations Europe c. Commissione*: una sentenza clamorosa per l'annullamento della somma a titolo di mancato introito fiscale, già respinta dall'Irlanda (13 miliardi) ma coerente con la precedente giurisprudenza su altre "intese fiscali anticipate" (*fiscal ruling*) a proposito della loro qualificazione come aiuti di Stato illegali. La sentenza del Tribunale pur sollevando perplessità sulle pratiche fiscali in discussione ha annullato la decisione della Commissione per mancata dimostrazione della

[47] Sentenza *Lussemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe c. Commissione europea*, cit. Per un commento, V. S. BOLIS, *Quando il ruling preventivo diviene aiuto di stato: il caso Fiat Chrysler Finance Europe Ltd.*, in *rivista.eurojus.it*, 2020, p. 22 ss.

[48] In entrambe le pronunce, il Tribunale UE, pur ritenendo legittimo tale approccio, procede ad un accertamento distinto dei due requisiti. Sentenza *Fiat*, cit., par. 122; sentenza *Starbucks*, cit., par. 129: "inoltre, per quanto riguarda la dimostrazione del vantaggio selettivo, si deve rilevare che l'approccio della Commissione, consistente nell'esaminare contemporaneamente i criteri del vantaggio e della selettività non è di per sé erroneo, in quanto vengono esaminati sia il vantaggio sia il suo carattere selettivo. Tuttavia, il Tribunale ritiene opportuno esaminare, anzitutto, se la Commissione potesse giustamente affermare l'esistenza di un vantaggio prima di procedere, eventualmente, all'esame della questione se tale vantaggio dovesse essere considerato selettivo".

sussistenza, nella fattispecie in esame, della violazione del criterio della selettività delle sovvenzioni. La sentenza rappresenta una battuta d'arresto nella ricerca da parte della Commissione di un controllo nella prospettiva del regime degli aiuti di Stato per contrastare la prassi delle intese fiscali anticipate (*fiscal ruling*), concluse fra alcun Stati membri (in particolare Irlanda, Olanda, Belgio e Lussemburgo) e società multinazionali straniere.

Il Tribunale ha annullato la decisione della Commissione sulla qualificazione di aiuto illegale delle intese fiscali in discussione e il conseguente obbligo di recupero da parte dell'Irlanda della somma dovuta dalla società Apple per le presunte agevolazioni ottenute tra il 2003 e il 2014, nel periodo precedente alla ristrutturazione attuale del Gruppo. Le due società di diritto irlandese ma non residenti in Irlanda a fini tributari, e titolari dei diritti d'uso della proprietà intellettuale del gruppo Apple in tutto il mondo escluso il Nord e Sudamerica, non avrebbero ottenuto vantaggi fiscali indebiti dal momento che la Commissione non avrebbe dimostrato l'esistenza di un vantaggio idoneo a falsare la concorrenza ai sensi dell'art. 107, par. 1 TFUE. L'indagine della Commissione su due intese fiscali fra Irlanda e società del gruppo Apple si era conclusa con una decisione che dichiarava illegali la concessione di "benefici fiscali" al gigante della tecnologia e statuiva un pesante recupero pecuniario[49].

Le misure fiscali *ad hoc* riguardano accordi volti a definire preventivamente i prezzi di trasferimento infragruppo concordati fra le autorità nazionali e la multinazionale. In base al regime fiscale concordato *ex-ante*, Apple ha deciso di ricondurre al sistema irlandese l'insieme dei ricavi realizzati in Europa, Africa, Medio Oriente e India, imputando cioè alle filiali irlandesi tutti i redditi prodotti al di fuori degli Stati Uniti.

In particolare, mediante i due *ruling* fiscali era stato approvato un meccanismo per l'allocazione dei diritti di proprietà intellettuale detenuti dalle due consociate Apple alla loro "sede centrale" la quale non era ubicata in nessun Paese e non aveva alcuna attività sostanziale. Solo una minima quota degli utili derivanti dai diritti di proprietà intellettuale detenuti dalle due società veniva assegnata alla loro filiale irlandese e, di conseguenza, assoggettata a imposta in Irlanda; la stragrande maggioranza degli utili veniva assegnata alla "sede centrale". Pertanto, la Commissione aveva ritenuto

[49] L'opinione pubblica era e resta perplessa per l'entità dei presumibili mancati introiti fiscali tra il 2003 e il 2014 (14 miliardi) che l'Irlanda ha preferito non-incassare sino a conclusione dell'iter giudiziario. In realtà, si tratta di una somma che, come le sanzioni pecuniarie inflitte dall'antitrust per violazioni della concorrenza, non incide nelle risorse a disposizione di un Giganti del *web*. Per dare un'approssimazione dell'entità di grandezza dell'elusione in gioco, il commissario per la concorrenza, Margrethe Vestager ha ricordato che nel 2011 la consociata irlandese di Apple ha registrato utili provenienti da consumatori europei per 16 miliardi di euro che ai sensi della normativa fiscale irlandese sono stati considerati imponibili solo per 50 milioni di euro.

artificiale l'assegnazione interna al gruppo degli utili ad un'entità che non disponeva della capacità necessaria per generare reddito dall'attività commerciale, in contrasto con il principio di libera concorrenza (*arm's lenght principle*) secondo il quale i soggetti del medesimo gruppo multinazionale devono allocare il reddito come farebbero soggetti terzi indipendenti.

Il Tribunale ha annullato tale decisione ritenendo che la Commissione abbia erroneamente deciso che Apple avesse ottenuto "un vantaggio economico sleale" in violazione delle norme sugli aiuti di Stato. Dal punto di vista degli aiuti di Stato, la sentenza non è innovativa, ma approfondisce ulteriormente i principi e criteri interpretativi richiamati enunciati nella giurisprudenza precedente del Tribunale.

La sentenza in esame ha convalidato il ragionamento giuridico della Commissione, respingendo però la sua ricostruzione della fattispecie fattuale e giuridica.

In primo luogo, la necessità per la Commissione, che ha l'onere della prova dell'esistenza di un vantaggio selettivo, di definire correttamente il quadro normativo di raffronto del sistema fiscale nazionale ("fiscalità normale"), compresa la giurisprudenza. A tal fine, il Tribunale consente l'uso, come parametro di riferimento, di allocare utili a stabilimenti e succursali permanenti, di alcune (non tutte) delle caratteristiche di base dell'*Authorized Approach* OCSE (gli utili seguono le funzioni, le attività e i rischi pertinenti comportati e controllati all'interno di un Paese)[50]. Tuttavia, il Tribunale non condivide l'approccio della Commissione che collega i profitti con un Paese in cui il sistema fiscale non utilizza il medesimo nesso. In altri termini, se l'Irlanda distribuisce utili alle sue società e stabilimenti permanenti in base alle funzioni che svolgono in Irlanda, la tesi della Commissione (secondo cui gli utili collegati a una licenza di proprietà intellettuale dovrebbero essere assegnati all'Irlanda mentre le funzioni ad essa collegate sono svolte nella Stati Uniti) non è accettabile, pur se ciò comporta che tale reddito non sarà tassato in nessuno dei due Paesi.

In secondo luogo, il Tribunale ha ritenuto corretto il ricorso della Commissione all'applicazione del principio di concorrenza (*arm's lenght principle)* per valutare se una misura fiscale imponga un onere sugli utili imponibili di una società non-residente corrispondente a quello eventualmente a carico di una società residente operante in condizioni di mercato. Tuttavia, ha ritenuto che la Commissione non abbia provato che le filiali irlandesi detenessero effettivamente il controllo sulle licenze IP del gruppo

[50] OECD (2014), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed version 2014*, Article 7(2). Per le linee-guida, V. OECD Report: *The Attribution of Profits to Permanent Establishments*, Part I, 2010, para. 5. Per le recenti modifiche, v. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project Additional Guidance on the Attribution of Profits to Permanent Establishments, BEPS Action 7, Inclusive Framework on Beps, 2018.

Apple e che, pertanto, ad esse avrebbero dovuto essere imputati tutti i derivanti ricavi. Peraltro, la Commissione non avrebbe correttamente applicato il principio in parola limitandosi a sostenere che l'attribuzione del fatturato alle filiali irlandese fosse una conseguenza della mancanza di personale e della presenza fisica delle "sedi centrali"; avrebbe invece dovuto dimostrare che i ricavi delle licenze IP del gruppo Apple intestate formalmente alle due filiali irlandese andavano ad esse riferite per le attività effettivamente svolte. Secondo il Tribunale, le filiali irlandesi esercitavano attività di supporto per l'attuazione di politiche e strategie progettate e adottate al di fuori delle filiali stesse (in particolare per quanto riguarda la ricerca, lo sviluppo e la commercializzazione di prodotti con marchio); il processo decisionale strategico del gruppo Apple era però centralizzato negli Stati Uniti, mentre l'attività delle due filiali irlandese si limitava alla attuazione delle decisioni senza un'effettiva partecipazione al processo decisionale.

Nel caso di misure fiscali, l'esistenza stessa di un vantaggio può essere accertata solo se confrontata con la tassazione "normale"[51]. Il Trattato consente alla Commissione di verificare se il livello di profitto corrisponde al livello che sarebbe stato ottenuto esercitando tale commercio a condizioni di mercato; in modo da poter determinare se vi sia, di conseguenza, una mitigazione degli oneri normalmente inclusi nel bilancio d'impresa interessata, conferendo così a tale impresa un vantaggio ai fini di tale disposizione[52]. Pertanto, una tale misura conferisce un vantaggio economico al suo beneficiario, visto che riduce gli oneri normalmente inclusi nel bilancio di un'impresa[53].

Al fine di determinare l'esistenza di un vantaggio fiscale, è necessario confrontare la situazione del beneficiario risultante dall'applicazione della misura in questione con la sua situazione se la misura in questione non fosse stata adottata e fossero state applicate le normali regole di tassazione. In primo luogo, si deve ricordare che la controversia in parola è incentrata sulla tassazione delle società che non sono residenti in Irlanda e che esercitano un'attività commerciale in quello Stato attraverso le loro filiali irlandesi. La questione sta quindi nel determinare quali profitti debbano essere assegnati a tali succursali ai fini dell'imposta sulle società nell'ambito della

---

[51] Sentenza del 6 settembre 2006, causa C-88/03, *Portogallo c. Commissione*, punto 56.

[52] Sentenza del 22 giugno 2006, cause riunite C-182/03 e C-217/03, *Belgio e Forum 187 ASBL*. La Corte di giustizia ha riconosciuto la necessità di confrontare un regime di deroga agli aiuti con le regole ordinarie "basate sulla differenza tra profitti e uscite di un'impresa che esercita le proprie attività in condizioni di libera concorrenza", v. T. JORIS, W. DE COCK, Is *Belgium and Forum 187 v. Commission a Suitable Legal Source for an EU "At Arm's Length Principle"*? in *European State Aid Law Quarterly*, 2017, p. 607 ss.

[53] In tal senso, v. sentenza del 9 ottobre 2014, causa C-522/13, *Ministerio de Defensa e Navantia*, punto 22.

tassazione "normale", tenendo conto delle normali norme fiscali applicabili nel caso di specie.

Le regole del TFUE in materia di aiuti di Stato proibiscono la concessione di agevolazioni fiscali a favore di singole imprese: pertanto, se uno Stato membro intende accordare dei vantaggi fiscali ad uno o più grandi investitori, dovrà estendere i medesimi incentivi a tutti gli altri contribuenti[54]. Secondo il Tribunale, la Commissione non è riuscita a dimostrare, in modo adeguato, l'esistenza di un vantaggio selettivo. La valutazione di aiuto di Stato illegale richiede un onere della prova molto elevato in capo alla Commissione sulla sussistenza del criterio della selettività. In definitiva, la sentenza del Tribunale nel caso *Apple* dimostra che i principi dello Stato di diritto e dell'effettività della giurisdizione sono principi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione.

Il governo irlandese ha già dimostrato chiaramente la sua posizione di netto rifiuto dei "controlli fiscale della Commissione", non solo tramite il ricorso al Tribunale, ma ancor prima rifiutandosi di recuperare e poi, incamerare la somma a titolo di tasse dovute e non pagate secondo la valutazione *ex-post* della Commissione europea depositata su un conto da Apple. Anche se l'intesa fiscale in discussione venisse in fine dichiarata un aiuto illegale a seguito di eventuale ricorso davanti alla Corte di giustizia e di sua decisione in questo senso, la politica di "benevola accoglienza" in Irlanda nei confronti di Apple e di altre società straniere, proseguirà senza alcun dubbio sino a quando la diversità di tassazione delle società sarà consentita dalla legislazione dell'Unione. Anche il quasi azzeramento degli introiti fiscali sui redditi percepiti dalle imprese in Irlanda è conveniente a fronte dello sviluppo e dell'occupazione promossi dagli investimenti delle multinazionali in territorio irlandese.

Gli accordi fiscali sono particolarmente attrattivi per le multinazionali e particolarmente rassicuranti per la certezza giuridica *ex-ante* (rispetto al rischio di futuri accertamenti). In ogni caso, anche in assenza di un sistema di accordi fiscali, una tassazione minima resterebbe comunque attraente ove persista una diversità di tassazione tra gli Stati membri per le medesime attività digitali.

Il ruolo di controllo degli aiuti di Stato sulle intese fiscali anticipate potrà continuare a svolgere un ruolo sussidiario alla legislazione dell'Unione europea che aspetta un rafforzamento nella prospettiva indicata in questo contributo.

---

[54] Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, C/2016/2946.

ABSTRACT

TAX HARMONIZATION FOR THE FUNCTIONING OF THE DIGITAL SINGLE MARKET BETWEEN THE LIMITS OF THE UNANIMITY PRINCIPLE AND THE CONSEQUENCES OF THE EGC'S JUDGMENT IN THE APPLE CASE

The article examines the problems of current taxation of digital companies and services, highlighting the specific difficulties of tax systems on digital activities; discusses the Commission's proposal to use the legal basis of 116 TFEU for the first time which would allow it to go beyond the principle of unanimity. The results of tax harmonization are then analyzed in terms of legislative acts adopted on the basis of articles 113 and 116 TFEU. Investigations into tax rulings as illegal state aid have been a primary option of the Commission's decision-making practice for a few years. The greatest difficulties arise from the application of the criterion of selectivity of aid. Finally, the article makes an initial analysis of the judgment of 15 July of the Court in the Apple case, which confirms the correctness of the legal arguments but considers the factual assessment of the Commission's decision to be incorrect.

L'ARMONIZZAZIONE FISCALE PER IL FUNZIONAMENTO DEL MERCATO UNICO DIGITALE TRA LIMITI DEL PRINCIPIO DI UNANIMITÀ E RIPERCUSSIONI DELLA SENTENZA DEL TRIBUNALE NEL CASO APPLE

L'articolo esamina le problematiche della tassazione attuale di società e servizi digitali, sottolineando le specifiche difficoltà dei sistemi di imposte sulle attività digitali; discute la proposta della Commissione di utilizzare, per la prima volta, la base giuridica del 116 TFUE che consentirebbe di superare il principio di unanimità. Vengono poi analizzati i risultati dell'armonizzazione fiscale in termini di atti legislativi adottati sulla base degli articoli 113 e 116 TFUE. Le indagini sui *tax ruling* come aiuti di Stato illegali sono state per alcuni anni un'opzione primaria della prassi decisionale della Commissione. Le difficoltà maggiori derivano dall'applicazione del criterio della selettività degli aiuti. Infine, l'articolo svolge una prima analisi della sentenza del 15 luglio del Tribunale nel caso Apple, che conferma la correttezza degli argomenti giuridici ma considera errata la valutazione fattuale della decisione della Commissione.

Note e commenti

Giulia Agrati[*]

Un (ri)esame *post mortem*: qualche riflessione sull'istituto alla luce della sentenza della Corte di giustizia del 26 marzo 2020, in causa *Simpson c. Consiglio*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. *Ghost track*. Sulla possibilità di un sindacato d'ufficio circa la procedura di nomina dei giudici del TFP: l'irregolare composizione del collegio giudicante quale motivo ordinario o motivo di ordine pubblico? – 3. Alcune considerazioni sull'utilizzo del riesame da parte della Corte nella sentenza del 26 marzo 2020 *Simpson c. Consiglio*. – 3.1 Ciò che la Corte avrebbe dovuto esplicitare: è imprescindibile un bilanciamento tra diritto ad un equo processo e principio di certezza del diritto. – 3.2 Quali conseguenze per la sentenza del 23 gennaio 2018 *FV c. Consiglio* alla luce di quanto sancito dalla Corte nella sentenza in esame? – 4. Qualche speculazione sull'istituto del riesame a quattro anni dalla sua abrogazione di fatto.

1. Con la sentenza emessa in sede di riesame il 26 marzo 2020[1], nelle cause riunite *Simpson c. Consiglio* e *HG c. Commissione*, la Corte di giustizia, riunita in Grande Sezione, ha annullato le sentenze del Tribunale del 19 luglio 2018, *Simpson c. Consiglio*[2] e *HG c. Commissione*[3], considerandole idonee a pregiudicare l'unità o la coerenza del diritto dell'Unione. La Corte ha altresì rinviato le cause dinanzi al Tribunale affinché possa statuire *ex* art. 62*ter* Statuto della Corte.

Le due sentenze del Tribunale erano state pronunciate su appello, rispettivamente, dell'ordinanza del Tribunale della funzione pubblica (nel prosieguo, "TFP") del 24 giugno 2016, *Simpson c. Consiglio*[4], e della sentenza del TFP del 19 luglio 2016, *HG c. Commissione*[5], entrambe adottate dal medesimo collegio giudicante composto dai giudici Bradley, Sant'Anna e Kornezov. Il Tribunale, nell'ambito di tale *pourvoi*, aveva annullato integralmente le citate pronunce del TFP "pour violation du principe du juge légal consacré à l'articole 47, deuxième alinéa, première phrase, de la Charte des droits fondamentaux"[6]. A tal proposito, facendo un passo in-

---

[*] Dottoressa in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Milano.

[1] Sentenza del 26 marzo 2020, cause riunite C-542/18 RX-II e C-543/18 RX-II, *Simpson c. Consiglio*.

[2] Sentenza del 19 luglio 2018, causa T-646/16 P, *Simpson c. Consiglio*.

[3] Sentenza del 19 luglio 2018, causa T-693/16 P, *HG c. Commissione*.

[4] Ordinanza del 24 giugno 2016, causa F-142/11 RENV, *Simpson c. Consiglio*.

[5] Sentenza del 19 luglio 2016, causa F-149/15, *HG c. Commissione*.

[6] Nei medesimi termini: sentenza del 19 luglio 2018, causa T-646/16 P, *Simpson c.*

dietro, in data 23 gennaio 2018, nelle more dei due giudizi d'impugnazione *Simpson c. Consiglio* e *HG c. Commissione*, il Tribunale aveva emesso la sentenza *FV c. Consiglio*[7], nella quale annullava in toto l'omonima pronuncia del TFP del 28 giugno 2016[8] per irregolarità circa la composizione del collegio giudicante. Ebbene, il collegio giudicante che aveva adottato la, da ultimo citata, sentenza del TFP era composto esattamente dagli stessi membri Bradley, Sant'Anna e Kornezov che figuravano anche nelle pronunce del TFP *Simpson c. Consiglio* e *HG c. Commissione*, le quali erano in quel momento in corso di trattazione dinanzi al medesimo Tribunale. In conseguenza di ciò, nonostante le parti Simpson e HG non avessero rilevato in sede introduttiva l'irregolarità del collegio giudicante quale motivo d'impugnazione, il Tribunale, richiamando la nozione di motivi di ordine pubblico, aveva stabilito che "il y [avait] lieu de relever d'office le moyen tiré de l'irregularité de la composition de la formation de jugement"[9], giungendo infine all'annullamento di entrambe le pronunce del TFP. Pertanto, riassumendo quanto fin ora esposto, le pronunce del Tribunale oggetto di riesame nella sentenza della Corte del 26 marzo 2020, *Simpson c. Consiglio*, erano state emesse proprio in conseguenza di quanto statuito nella sentenza del Tribunale del 23 gennaio 2018, *FV c. Consiglio*, e avevano anch'esse condotto all'annullamento delle due pronunce del TFP, *Simpson c. Consiglio* e *HG c. Commissione*, in ragione dell'irregolare costituzione del collegio giudicante.

Nello specifico, l'irregolarità della costituzione del collegio giudicante discendeva, secondo quanto affermato dal Tribunale nella sentenza del 23 gennaio 2018, *FV c. Consiglio*, da un vizio nella procedura di nomina a giudici del TFP, conclusasi con la decisione del Consiglio 2016/454[10], con la quale erano stati designati, oltre al giudice Van Raepenbusch (il cui mandato era stato rinnovato), i giudici Sant'Anna e Kornezov. In base a quanto previsto all'art. 257, par. 4, TFUE la nomina dei giudici dei tribunali specializzati è affidata al Consiglio, il quale "delibera all'unanimità": in particolare, con riferimento al TFP, la procedura di nomina dei suoi membri veniva precisata all'art. 3, allegato I allo Statuto della Corte, il quale prevedeva la pubblicazione di un invito (pubblico) a presentare candidatu-

---

Consiglio, punto 46; sentenza del 19 luglio 2018, causa T-693/16 P, *HG c. Commissione*, punto 47.

[7] Sentenza del 23 gennaio 2018, causa T-639/16 P, *FV c. Consiglio*.

[8] Sentenza del 28 giugno 2016, causa F-40/15, *FV c. Consiglio*.

[9] Sentenza del 19 luglio 2018, causa T-646/16 P, *Simpson c. Consiglio*, punto 45. Nei medesimi termini: sentenza del 19 luglio 2018, causa T-693/16 P, *HG c. Commissione*, punto 46. Sulla questione circa la legittimità dell'esame d'ufficio, o comunque tardivo, della regolarità della composizione del collegio giudicante, per il tramite di un motivo di ordine pubblico, si rinvia al § 2.

[10] Decisione (UE, Euratom) 2016/454 del Consiglio, del 22 marzo 2016, recante nomina di tre giudici del Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea.

re e, successivamente, il vaglio di queste ultime da parte di un comitato *ad hoc*, istituito ai sensi dell'art. 3, comma 3, allegato I sopra menzionato. Tale comitato aveva anche il compito di integrare il parere con un elenco di candidati che, secondo lo stesso, erano in possesso di un'esperienza di alto livello adeguata allo svolgimento della funzione di giudice del TFP, nonché delle garanzie di indipendenza e delle capacità per l'esercizio delle funzioni giurisdizionali. Esperite tali formalità, spettava infine al Consiglio decidere la nomina dei giudici, deliberando all'unanimità. Ebbene, nel caso in esame, oltre al rinnovo del mandato del giudice Van Raepenbusch, erano stati nominati dal Consiglio i giudici Sant'Anna e Kornezov in sostituzione dei giudici Kreppel e Rofes i Pujol, i quali avevano concluso il loro mandato. Ad ogni modo, solo due delle tre nomine erano avvenute seguendo il procedimento non appena descritto. In effetti, solo in vista della conclusione del mandato dei giudici Van Raepenbusch e Kreppel (nel settembre 2014), in data 3 dicembre 2013 il Consiglio aveva emesso l'invito pubblico richiesto dall'art. 3, allegato I allo Statuto della Corte[11] e, a seguito di ciò, il comitato di cui all'art. 3, comma 3, del medesimo allegato, aveva presentato, come previsto dalla normativa, un elenco di sei candidati considerati idonei a ricoprire il ruolo di giudice del TFP. Tuttavia, non avendo il Consiglio provveduto alla nomina di nuovi membri prima della scadenza del mandato dei giudici sopra menzionati, entrambi erano rimasti in carica oltre il settembre 2014[12]. Diversamente, per quanto concerne invece la sostituzione della giudice Rofes i Pujol, il cui mandato si sarebbe concluso nell'agosto 2015, nessun invito pubblico era stato emesso dal Consiglio, rimanendo (anche) quest'ultima in carica oltre l'agosto 2015. Pertanto, nel marzo 2016, il Consiglio, provvedendo alla sostituzione dei tre citati giudici, aveva reputato che, per ragioni di calendario connesse con la recente riforma dell'architettura giurisdizionale dell'Unione europea – che, di lì a pochi mesi, avrebbe comportato l'assorbimento del TFP all'interno del Tribunale[13] –, sarebbe stato eccessivamente dispendioso in termini di tem-

[11] Consiglio, Invito pubblico a presentare candidature al fine della nomina di giudici presso il Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea.

[12] Cfr. art. 5, par. 3, Statuto della Corte, il quale stabilisce che "[…] ogni giudice rimane in carica fino a quando il suo successore non assuma le proprie funzioni".

[13] La soppressione del TFP discende "en tant qu'effet collatéral" dalla riforma dell'architettura giurisdizionale dell'Unione europea, realizzatasi (*i*) da un lato tramite l'aumento del numero dei giudici del Tribunale (regolamento (UE, Euratom) 2015/2422 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2015, recante modifica al protocollo n. 3 sullo statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea), (*ii*) dall'altro tramite il trasferimento in capo al Tribunale della competenza a decidere in prima istanza sulle controversie tra l'Unione e i suoi agenti *ex* art. 270 TFUE (regolamento (UE, Euratom) 2016/1192 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 luglio 2016, relativo al trasferimento al Tribunale della competenza a decidere, in primo grado, sulle controversie tra l'Unione europea e i suoi agenti). In effetti, il percorso di riforma delle regole strutturali e organizzative del Tribunale era stato avviato dal menzionato regolamento (UE, Euratom)

po pubblicare in quel momento l'invito inerente la sostituzione della giudice Rofes i Pujol. Si era quindi scelto di attingere, anche per la nomina del giudice che avrebbe preso il posto di quest'ultima, dall'elenco stilato in vista della conclusione del mandato di Van Raepenbusch e Kreppel dal comitato di cui all'art. 3, comma 3, allegato I allo Statuto della Corte. Per tali circostanze il Tribunale, nella sentenza del 23 gennaio 2018, *FV c. Consiglio*, aveva considerato il collegio giudicante composto dai giudici Bradley, Sant'Anna e Kornezov come irregolarmente costituito: tale irregolarità discendeva infatti da un vizio nella procedura di nomina del "terzo giudice" (ovvero di colui che avrebbe preso il posto di Rofes i Pujol). Delle tre nomine avvenute con decisione del Consiglio 2016/454, soltanto due erano dunque avvenute nel pieno rispetto di quanto previsto all'art. 3, allegato I allo Statuto della Corte, in particolare prendendo le mosse da un invito pubblico emesso dal Consiglio. Per tale ragione il Tribunale, nella sentenza sopra menzionata, aveva deciso per l'annullamento della sentenza del TFP del 28 giugno 2016, *FV c. Consiglio*[14], e, per il medesimo motivo, lo stesso Tribunale aveva successivamente deciso anche per l'annullamento dell'ordinanza del TFP del 24 giugno 2016, *Simpson c. Consiglio*[15], e della sentenza del TFP del 19 luglio 2016, *HG c. Commissione*[16].

Ciò premesso, al di là della descrizione dei fatti specifici all'origine delle cause *Simpson c. Consiglio* e *HG c. Commissione* (non rilevanti ai fini della presente analisi), la sentenza di riesame della Corte del 26 marzo 2020

2015/2422, adottato "con l'obiettivo di ridurre sia il numero di cause pendenti, sia la durata dei procedimenti dinanzi al Tribunale". Esso prevedeva, nello specifico, la duplicazione dei membri del Tribunale (da porsi in essere in tre fasi distinte) entro il 1° settembre 2019, tramite modificazione dell'art. 48 Statuto della Corte: il primo incremento (di dodici giudici) era stato disposto a partire dal 25 dicembre 2015 (data di entrata in vigore del regolamento (UE, Euratom) 2015/2422) "al fine di ridurre rapidamente l'arretrato di cause pendenti" (art. 1, par. 2, lett. a)), altri sette giudici erano entrati in funzione il 1° settembre 2016 (art. 1, par. 2, lett. b)) e, infine, a decorrere dal 1° settembre 2019, il Tribunale si era composto di due giudici per Stato membro (art. 1, par. 2, lett. c)). Ebbene, il 1° settembre 2016 l'aumento dei sette giudici era stato accompagnato dall'entrata in vigore del citato regolamento (UE, Euratom) 2016/1192 che disponeva all'art. 1 la soppressione del TFP, "con [per l'appunto] contestuale trasferimento al Tribunale delle competenze e dei sette posti di giudice (nonché del suo personale e delle sue risorse)". Sul punto, v. M. CONDINANZI, *Innovazione e continuità alla Corte di giustizia dell'Unione europea*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI (a cura di), *La Corte di giustizia dell'Unione europea oltre i trattati: la riforma organizzativa e processuale del triennio 2012-2015*, Milano, 2018, pp. 1-32; G. GATTINARA, *Le TFP est mort! Vive le TFP?*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI (a cura di), *op. cit.*, pp. 355-371; F. CROCI, *Verso il raddoppio dei giudici del Tribunale dell'Unione: in vigore il regolamento n. 2015/2422 che modifica il protocollo n. 3 sullo Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *rivista-eurojus.it*, 2016; C. CURTI GIALDINO, *Il raddoppio dei giudici del Tribunale dell'Unione: valutazioni di merito e di legittimità costituzionale europea*, in *federalismi.it*, 2015.

[14] Sentenza del 23 gennaio 2018, causa T-639/16 P, *FV c. Consiglio*, punti 79-80.

[15] Sentenza del 19 luglio 2018, causa T-646/16 P, *Simpson c. Consiglio*, punto 46 (cfr. nota 6).

[16] Sentenza del 19 luglio 2018, causa T-693/16 P, *HG c. Commissione*, punto 47 (cfr. nota 6).

gravita attorno alla questione di sapere se "il Tribunale [nelle sentenze del 19 luglio 2018] abbia commesso errori di diritto annullando le decisioni impugnate con la motivazione che il collegio giudicante che ha emesso tali decisioni era composto in modo irregolare"[17] e, in caso affermativo, se tali errori "[abbiano pregiudicato] l'unità o la coerenza del diritto dell'Unione"[18]. In effetti, in data 20 agosto 2018, il primo Avvocato generale aveva presentato due proposte di riesame con riferimento, rispettivamente, alle sentenze del Tribunale del 19 luglio 2018, *Simpson c. Consiglio* e *HG c. Commissione*, evidenziando un rischio di compromissione dell'unità o della coerenza del diritto dell'Unione, alla luce in particolare del principio generale di certezza del diritto, là dove detto Tribunale, in qualità di giudice dell'impugnazione, aveva dichiarato che il collegio giudicante che aveva emesso l'ordinanza del TFP del 24 giugno 2016 e la sentenza del TFP del 19 luglio 2016 era stato costituito in modo irregolare. L'opportunità di un tale riesame era stata vagliata positivamente dalla Corte con due decisioni, entrambe del 17 settembre 2018[19], le quali avevano aperto la strada ad una pronuncia nel merito del medesimo giudice, *sub specie* alla sentenza di riesame del 26 marzo 2020, nella quale le cause *Simpson c. Consiglio* e *HG c. Commissione* erano state riunite. Diversamente la sentenza del Tribunale del 23 gennaio 2018, *FV c. Consiglio*, aveva seguito un altro *iter*, non venendo infine sottoposta a riesame da parte della Corte (in merito cfr. § 3.2).

Entrato in una fase di quiescenza, a quattro anni dalla soppressione del TFP, l'istituto del riesame ha avuto vita breve all'interno dell'ordinamento dell'Unione europea: l'istituto ha lasciato un'eredità? Cogliendo lo spunto della sentenza della Corte del 26 marzo 2020, in questo lavoro si tenterà di formulare qualche considerazione sul presente interrogativo, chiedendosi inoltre come si declini allo stato attuale la funzione di garanzia dell'unità e della coerenza del diritto dell'Unione, nonché se il venir meno dell'istituto del riesame abbia, o meno, creato una lacuna nei meccanismi che assicurano la nomofilachia nel sistema giuridico in questione.

2. Prima di affrontare gli aspetti della sentenza più propriamente inerenti al riesame, pare opportuno soffermarsi rapidamente su di una questione preliminare, estranea all'istituto in sé, ma piuttosto interessante per come la stessa è stata declinata rispettivamente nella sentenza della Corte e

[17] Sentenza del 26 marzo 2020, cause riunite C-542/18 RX-II e C-543/18 RX-II, *Simpson c. Consiglio*, punto 50.

[18] *Ivi* punto 52.

[19] Decisione del 17 settembre 2018, causa C-542/18 RX, *Simpson c. Consiglio*; Decisione del 17 settembre 2018, causa C-543/18 RX, *HG c. Commissione*.

nelle conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston del 12 settembre 2019[20].

Senza dilungarsi sull'astratta possibilità del Tribunale, riconosciuta sia dalla Corte sia nelle conclusioni[21], di operare un sindacato incidentale di legittimità circa una decisione di nomina di un giudice del TFP (quale, appunto, la decisione del Consiglio di nomina dei giudici del TFP[22]), rileva invece chiedersi se il Tribunale, in sede d'impugnazione, avesse potuto legittimamente esaminare *ex officio* – o comunque su istanza tardiva di parte – la regolarità della composizione del collegio giudicante di primo grado, discendente per l'appunto dalla conformità della procedura di nomina sopra citata. In effetti, non solo le parti Simpson e HG non avevano mai posto la questione circa la regolarità della composizione del collegio giudicante nelle cause portate originariamente di fronte al TFP ma, se nel primo caso tale motivo non era neppure mai stato introdotto dalla parte, venendo invece sollevato d'ufficio dal Tribunale a seguito della sentenza del 23 gennaio 2018, *FV c. Consiglio*, nel secondo caso esso era stato rilevato dalla parte soltanto tardivamente, in sede d'impugnazione e dopo la chiusura della fase orale (anche in questo caso a seguito della pronuncia del Tribunale poc'anzi citata). Alla luce di quanto esposto, pare dunque opportuno chiedersi se la questione sulla quale poi verterà la procedura di

[20] Conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston del 12 settembre 2019, cause riunite C-542/18 RX-II e C-543/18 RX-II, *Simpson c. Consiglio*.

[21] Sia Corte che Avvocato generale Sharpston sono concordi circa l'impossibilità di annoverare una decisione di nomina tra gli atti "di portata generale" nei confronti dei quali è possibile operare un sindacato incidentale di legittimità *ex* art. 277 TFUE; d'altro canto sono entrambi tuttavia unanimi nel riconoscere la possibilità *ex* art. 47 Carta di far valere il diritto fondamentale ad un "ricorso effettivo dinanzi a un giudice" indipendente e imparziale, consentendo dunque al giudice comunitario di verificare se "un'irregolarità che vizia la procedura di nomina abbia potuto comportare una violazione di tale diritto". Cfr. Sentenza del 26 marzo 2020, cause riunite C-542/18 RX-II e C-543/18 RX-II, *Simpson c. Consiglio*, punto 55; conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston del 12 settembre 2019, cause riunite C-542/18 RX-II e C-543/18 RX-II, *Simpson c. Consiglio*, punto 125.

[22] In merito pare opportuno ricordare che – a differenza di quanto previsto per il TFP, i cui membri venivano *nominati dal Consiglio* all'unanimità *ex* art. 257, par. 4, TFUE (v. già prima art. 225A TCE) –, i giudici di Corte di giustizia e Tribunale, al pari degli avvocati generali, sono nominati *di comune accordo dai governi degli Stati membri* (cfr. articoli 253, par. 1, e 254, par. 2, TFUE). L'atto di nomina di tali soggetti non è dunque annoverabile tra gli atti impugnabili *ex* art. 263 TFUE. Nonostante il tentativo di indirizzare la discrezionalità degli Stati membri quanto alla scelta di giudici e avvocati generali – tramite la previsione, introdotta dal Trattato di Lisbona, del comitato di cui all'art. 255 TFUE incaricato di fornire un parere, non vincolante, sull'adeguatezza dei candidati a svolgere la funzione di giudice di Corte di giustizia e Tribunale, nonché di Avvocato generale –, ad oggi l'unica via astrattamente ipotizzabile per sindacare, non tanto la decisione in sé, ma in senso più lato l'operato degli Stati membri nella nomina di un determinato giudice o Avvocato generale sarebbe quella di aprire una procedura d'infrazione nei confronti di tutti gli Stati membri per violazione degli obblighi di cui agli articoli 253 e 254 TFUE, *sub specie* dei requisiti che i candidati devono soddisfare al fine di poter essere nominati giudici o avvocati generali.

riesame poteva o meno essere legittimamente introdotta e trattata dinanzi al Tribunale.

Ebbene la Corte, avallando l'orientamento adottato dal Tribunale nelle due sentenze oggetto di riesame, ha risposto positivamente a tale quesito rifacendosi al tema dei motivi di ordine pubblico, i quali possono essere rilevati in qualsiasi stato e grado del processo, anche d'ufficio dal giudice. Nello specifico la Corte ha affermato che, così come sancito dalla sentenza *Chronopost e La Poste*[23] la regolare composizione di un dato organo giurisdizionale, rilevante affinché esso possa definirsi indipendente, imparziale e precostituito per legge, costituisce una "formalità sostanziale"[24] (anche detta "forma sostanziale"), il cui rispetto "rientra nell'ordine pubblico e dev'essere verificato d'ufficio"[25]. Senza spingersi ad esplicitare l'utilizzo di un motivo di ordine pubblico quale garanzia di un diritto fondamentale – quello, ovvero, all'equo processo –, ma riconducendolo piuttosto timidamente alla garanzia delle forme sostanziali, la sentenza *Chronopost e La Poste* aveva, in effetti, astrattamente sancito la possibilità della Corte di "verificare la regolarità della composizione del collegio del Tribunale che ha emesso la sentenza impugnata"[26], situazione apparentemente del tutto simile a quella oggetto della controversia in esame.

Ad un occhio più attento, tuttavia, appare chiaramente come l'applicazione della giurisprudenza *Chronopost e La Poste* nelle sentenze oggetto di riesame non sia tale da fugare ogni perplessità, anche sul piano delle conseguenze a cui la Corte è giunta in sentenza, mentre più convincenti paiono, sul punto, le argomentazioni dell'Avvocato generale. In sintesi, infatti, si osserva come in *Chronopost e La Poste* la rilevabilità di un motivo di ordine pubblico sia preposta esclusivamente a garantire l'indipendenza e l'imparzialità dell'organo giurisdizionale, sostenendo dunque sì la possibilità di verificare in sede d'impugnazione, anche *ex officio* o su istanza tardiva di parte, la composizione del collegio giudicante che ha emesso la sentenza impugnata, ma soltanto qualora vi sia il rischio di veder venire meno le citate caratteristiche di indipendenza e imparzialità del medesimo. Nei due casi oggetto della sentenza di riesame, invece, non sembrano essere in alcun modo in gioco né l'indipendenza né l'imparzialità del collegio giudicante, in quanto l'unica contestazione che a questi è stata mossa ri-

---

[23] Sentenza del 1° luglio 2008, cause riunite C-341/06 P e C-342/06 P, *Chronopost e La Poste c. UFEX e a.*.

[24] Sentenza del 26 marzo 2020, cause riunite C-542/18 RX-II e C-543/18 RX-II, *Simpson c. Consiglio*, punto 57. Cfr. del medesimo orientamento sentenza della Corte di giustizia del 1° luglio 2008, cause riunite C-341/06 P e C-342/06 P, *Chronopost e La Poste c. UFEX e a.*, punto 46.

[25] *Ibidem*.

[26] Sentenza del 1° luglio 2008, cause riunite C-341/06 P e C-342/06 P, *Chronopost e La Poste c. UFEX e a.*, punto 47.

guarda un'irregolarità nella procedura di nomina dei suoi componenti a giudici del TFP, irregolarità che, tuttavia, nulla ha a che vedere con i valori dell'indipendenza e della terzietà dei giudici. Si deve infatti sottolineare come tale collegio fosse interamente costituito da giudici che, al momento della loro nomina, erano stati scelti tra i nomi proposti dal comitato *ad hoc* dell'art. 3, comma 3, allegato I allo Statuto della Corte e dunque, senza dubbio, idonei allo svolgimento dell'incarico di giudice, anche e soprattutto sotto i profili di indipendenza e imparzialità. Si badi bene, come affermato dall'Avvocato generale Sharpston, ciò non significa che una tale irregolarità non possa mai essere fatta valere in giudizio: "un soggetto parte in una controversia può certamente contestare la validità della nomina di un membro del collegio giudicante cui è sottoposto il suo ricorso"[27] ma "tale contestazione dovrebbe avvenire non appena tale parte si renda conto della compresenza degli elementi necessari a tal fine, vale a dire (*i*) la (presunta) irregolarità nella procedura di nomina e (*ii*) il fatto che il giudice (o i giudici) interessato da tale presunta irregolarità faccia parte del collegio giudicante del tribunale adito in appello"[28], essa dovrebbe dunque essere sollevata per così dire "il più presto possibile", di norma dinanzi al medesimo organo giurisdizionale di cui si contesta l'irregolare composizione.

Lo strumento processuale dei motivi di ordine pubblico è da considerarsi come eccezionale, se non derogatorio, rispetto alla disciplina ordinaria circa la rilevabilità di motivi nuovi in corso di trattazione[29]; non a caso tale "eccezionalità" discende proprio dalla particolarità delle norme e dei principi a tutela dei quali esso è preposto, norme e principi che, per la loro

---

[27] Conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston del 12 settembre 2019, cause riunite C-542/18 RX-II e C-543/18 RX-II, *Simpson c. Consiglio*, punto 140.

[28] *Ibidem*.

[29] Come sancito agli articoli 127, par. 1, reg. proc. Corte e 84, par. 1, reg. proc. Tribunale, "è vietata la deduzione di motivi nuovi in corso di causa, a meno che essi si basino su elementi di diritto e di fatto emersi durante il procedimento". Salva dunque l'ipotesi di (*i*) motivi basati su *elementi di diritto o di fatto emersi durante il procedimento*, o di (*ii*) motivi da intendersi quali *estensione di un mezzo precedentemente dedotto* (quest'ultima eccezione di origine giurisprudenziale, cfr., ad esempio, sentenza del 30 settembre 1982, causa C-108/81, *Amylum c. Consiglio*, punto 25), non è ammessa la deduzione di nuovi motivi in corso di trattazione rispetto a quelli rilevati dalle parti negli atti introduttivi. La disciplina (derogatoria) dei motivi di ordine pubblico prende invece le mosse dalla prima sentenza della neo costituita Corte di giustizia dell'allora CECA (sentenza del 21 dicembre 1954, causa 1/54, *Francia c. Alta autorità*, punti 20 e 31), per poi essere in parte (per quanto concerne i *motivi di irricevibilità di ordine pubblico*) recepita nei regolamenti di procedura di Corte e Tribunale (attualmente agli articoli 150 reg. proc. Corte e 129 reg. proc. Tribunale) e in parte continuare ad essere oggetto di disciplina, nonché evoluzione, pretoria. Su disciplina e classificazione dei motivi di ordine pubblico cfr. F. CLAUSEN, *Les moyens d'ordre public devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, 2018; B. VESTERDORF, *Le relevé d'office par le juge communautaire*, in N. COLNERIC, D. EDWARD, J.-P. PUISSOCHET, D.-R. J. COLOMER (eds.), *Une communauté de droit. Festschroft für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlino, 2003; R. MEHDI, *Les moyens d'ordre public dans la procédure contentieuse communautaire*, in AA. VV., *Au carrefour des droits. Mélange en l'honneur de Louis Dobouis*, Parigi, 2002.

importanza all'interno dell'ordinamento dell'Unione europea, sono essi stessi qualificati come *di ordine pubblico*. Non tutte le irregolarità dunque sono tali da giustificare un legittimo utilizzo dello strumento in questione ad opera del giudice o delle parti: senza dubbio lo è una violazione dell'indipendenza e dell'imparzialità dell'organo giurisdizionale, come quella paventata nella sentenza *Chronopost e La Poste*, in quanto afferente ad una forma sostanziale o, ancor meglio, in quanto tale da mettere a rischio l'essenza stessa del diritto fondamentale ad un equo processo[30]. Lo stesso non si può, tuttavia, affermare per quanto concerne l'irregolarità circa la composizione del collegio giudicante oggetto delle sentenze del Tribunale del 19 luglio 2018, *Simpson c. Consiglio* e *HG c. Commissione*, nonché della sentenza di riesame della Corte. In tal caso, infatti, la circostanza che un componente del collegio fosse stato nominato scegliendolo dall'elenco degli idonei ma senza un previo pubblico invito a presentare candidature, poteva certo costituire una irregolarità procedurale, tuttavia non tale da mettere in gioco i valori dell'indipendenza e della terzietà, e, quindi, da poter essere rilevata tramite un motivo di ordine pubblico. Diversamente, nel caso in esame, l'esigenza da tutelarsi in via primaria sarebbe stata quella di certezza del diritto e autorità della cosa giudicata rispetto alle sentenze emesse dal collegio giudicante in questione, in particolare rispetto all'ordinanza del TFP del 24 giugno 2016, *Simpson c. Consiglio*, e alla sentenza del TFP del 19 luglio 2016, *HG c. Commissione*.

---

[30] Sul punto, a testimonianza del valore fondamentale attribuito in seno all'Unione europea al principio dello Stato di diritto e, in particolare, al suo primo manifestarsi nel requisito di indipendenza e imparzialità dell'organo giurisdizionale, si richiama quanto fin ora affermato nelle c.d. "vicende polacche". La Polonia, in effetti, è stata oggetto negli ultimi anni di una serie di iniziative da parte dell'Unione europea (tra cui l'apertura di più procedure d'infrazione, nonché persino l'attivazione della procedura di cui all'art. 7 TUE), volte a tutelare lo Stato di diritto nel Paese, pericolosamente minacciato dall'approvazione di una serie di riforme invasive dell'indipendenza del potere giudiziario. Ebbene, in tale contesto, è la Corte di giustizia a sancire che il "requisito d'indipendenza degli organi giurisdizionali, intrinsecamente connesso al compito di giudicare, costituisce un aspetto essenziale del diritto fondamentale a un equo processo, che riveste importanza cardinale quale garanzia della tutela dell'insieme dei valori derivanti al singolo dal diritto dell'Unione e della salvaguardia dei valori comuni agli Stati membri enunciati all'articolo 2 TUE, segnatamente del valore dello Stato di diritto" (cfr. sentenza del 5 novembre 2019, causa C-192/18, *Commissione c. Polonia*, punto 106; sentenza del 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia*, punto 58). In merito, sul principio e sulla tutela dello Stato di diritto nell'Unione europea nel contesto delle cd. "vicende polacche" cfr. *ex multis*, M. ARANCI, *La procedura d'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 *rivista.eurojus.it*, 2019; ID., *I recenti interventi della Corte di giustizia a tutela della* rule of law *in relazione alla crisi polacca*, in *European Papers*, 2019, pp. 271-283; M. BONELLI, *Il lato positivo: Commissione c. Polonia e l'inizio di una nuova fase per la tutela dello Stato di diritto nell'Unione europea*, in *SIDIBlog*, 2019; A. VON BOGDANDY, P. BOGDANOWICZ, I. CANOR, G. RUGGE, M. SCHMIDT, M. TABOROWSKI, *Un possibile momento costituzionale per lo Stato di diritto europeo: i confini invalicabili*, in *Quaderni costituzionali*, 2018; C. CURTI GIALDINO, *La Commissione europea dinanzi alla crisi costituzionale polacca: considerazioni sulla tutela dello Stato di diritto nell'Unione*, in *fedralismi.it*, 2016.

In conclusione, dunque, sembrerebbe non del tutto convincente il ragionamento della Corte che, sulle orme del Tribunale, ha ammesso la possibilità di un sindacato d'ufficio e tardivo sulla regolarità della composizione del collegio giudicante, sindacato dal quale per altro ha origine la questione più propriamente oggetto di riesame che ora si andrà ad affrontare.

3.1 Sia la Corte nella sentenza di riesame del 26 marzo 2020 sia l'Avvocato generale Sharpston nelle sue conclusioni sono giunti al medesimo, condivisibile, approdo: il Tribunale, nelle sentenze del 19 luglio 2018, *Simpson c. Consiglio* e *HG c. Commissione*, ha commesso un errore di diritto annullando, "sulla sola base dell'irregolarità commessa nella procedura di nomina di cui trattasi"[31], le decisioni del TFP oggetto d'impugnazione. Il ragionamento della Corte appare tuttavia piuttosto reticente sul punto e, per un certo verso, contraddittorio con quanto da essa stessa implicitamente affermato nell'avallare il rilievo d'ufficio e tardivo dell'irregolarità del collegio giudicante da parte del Tribunale, per il tramite di un motivo di ordine pubblico. In effetti, nella pronuncia di riesame di cui trattasi, se da un lato la Corte ha richiamato la giurisprudenza *Chronopost e La Poste* (inerente, come precedentemente esposto, il venir meno dei requisiti di indipendenza e imparzialità del giudice) nell'accertare positivamente un tale rilievo d'ufficio da parte del Tribunale (cfr. punti 53-58), dall'altro, nel prosieguo della sentenza (cfr. punti 59-83), è la medesima ad aver insistito nel considerare il vizio affliggente la composizione del collegio giudicante quale mera irregolarità procedurale. In proposito, al termine della ricostruzione dei fatti, la Corte ha infatti osservato come l'irregolarità del collegio giudicante sia dipesa esclusivamente "dalla violazione, da parte del Consiglio, dell'invito pubblico a presentare candidature del 3 dicembre 2013"[32], non essendo state disattese ulteriori disposizioni circa la procedura di nomina dei giudici del TFP nell'impiego, anche per la sostituzione di Rofes i Pujol, dell'elenco stilato dal comitato di cui all'art. 3, comma 3, allegato I allo Statuto della Corte con riferimento alla conclusione del mandato di Kreppel (in particolare l'art. 257, par. 4, TFUE circa l'indipendenza e l'imparzialità del giudice)[33]. Di più, richiamando la recente giurisprudenza

[31] Sentenza del 26 marzo 2020, cause riunite C-542/18 RX-II e C-543/18 RX-II, *Simpson c. Consiglio*, punto 83; conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston del 12 settembre 2019, cause riunite C-542/18 RX-II e C-543/18 RX-II, *Simpson c. Consiglio*, punto 142.

[32] Sentenza del 26 marzo 2020, cause riunite C-542/18 RX-II e C-543/18 RX-II, *Simpson c. Consiglio*, punto 81.

[33] La Corte rileva a tal proposito l'osservanza delle ulteriori formalità richieste per la nomina di un giudice del TFP nell'utilizzo, anche per la sostituzione della giudice Rofes i Pujol, dell'elenco redatto a seguito dell'invito del 3 dicembre 2013, in particolare: (*i*) la sussistenza nell'elenco di candidati di un numero di soggetti almeno doppio rispetto al numero dei giudici che avrebbero dovuto essere nominati dal Consiglio *ex* art. 3, par. 4,

della Corte EDU sul diritto ad un equo processo[34], il giudice di Lussemburgo è giunto alla conclusione che l'irregolarità di cui trattasi non è in alcun modo tale da comportare una lesione del predetto diritto, non essendo messe a rischio le garanzie riconosciute dall'art. 6 CEDU, corrispondenti a quelle dell'art. 47 Carta. Pertanto, la presente irregolarità "non poteva (…) giustificare di per sé sola l'annullamento di una decisione giudiziaria adottata dal collegio giudicante"[35] in questione, nello specifico dell'ordinanza del TFP del 24 giugno 2016, *Simpson c. Consiglio*, e della sentenza del TFP del 19 luglio 2016, *HG c. Commissione*, precedentemente citate.

Ebbene, riassumendo quanto fin ora esposto: non solo il ragionamento della Corte circa l'irregolarità in questione sembra peccare di incoerenza rispetto a quanto dalla stessa poco prima osservato nel richiamare la giurisprudenza *Chronopost e La Poste*, ma pare anche essere, per un certo verso, incompleto nel rilevare l'errore commesso dal Tribunale in sede di annullamento delle pronunce del TFP sulla base della sola *non gravità* del vizio inficiante la regolarità del collegio giudicante. In effetti, la Corte non è mai giunta ad esplicitare perché e in virtù di quali altri principi fondamentali dell'ordinamento giuridico considerato, nel caso in esame, un vizio pur sempre inerente all'organo giurisdizionale (e dunque tale da essere affrontato con estrema delicatezza) non avrebbe dovuto comportare l'annullamento delle pronunce del TFP. In proposito si ritiene che, una volta deciso di addentrarsi nel merito della questione, la Corte avrebbe dovuto chiarire il nesso in esame, esplicitando l'imprescindibilità di un bilanciamento tra diritto ad un equo processo e principio di certezza del diritto e di autorità della cosa giudicata. Invero, come ben esposto nelle conclusioni alla causa, ogniqualvolta un'irregolarità del collegio giudicante non si concretizzi in una violazione "flagrante" del diritto ad un equo processo, tale da arrecare un pregiudizio "alla *sostanza* stessa del diritto"[36] in questione,

---

allegato I allo Statuto della Corte (in specie l'elenco riportava *sei* nomi a fronte di *tre* sostituzioni), (*ii*) il rispetto dei requisiti di indipendenza e imparzialità *ex* art. 257, comma 4, TFUE (in effetti l'elenco dai cui erano stati scelti i giudici Van Raepenbusch, Sant'Anna e Kornezov era stato stilato dal comitato di cui all'art. 3, comma 3, allegato I allo Statuto della Corte, il quale aveva già e preliminarmente vagliato tali requisiti), (*iii*) il rispetto, all'interno del TFP, di una composizione equilibrata in termini di ripartizione geografica e rappresentanza degli ordinamenti giuridici degli Stati membri *ex* art. 3, par. 1, allegato I allo Statuto della Corte. In merito cfr. sentenza del 26 marzo 2020, cause riunite C-542/18 RX-II e C-543/18 RX-II, *Simpson c. Consiglio*, punti 62-68.

[34] La Corte richiama in particolare Corte EDU, sentenza del 12 marzo 2019, causa 26374/18, *Ástráðsson c. Islanda*, (non definitiva) (cfr. sentenza del 26 marzo 2020, cause riunite C-542/18 RX-II e C-543/18 RX-II, *Simpson c. Consiglio*, punto 74). La medesima era stata inoltre ampiamente richiamata anche nelle conclusione alla causa dell'Avvocato generale Sharpston (cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston del 12 settembre 2019, cause riunite C-542/18 RX-II e C-543/18 RX-II, *Simpson c. Consiglio*, punti 69-80).

[35] Sentenza del 26 marzo 2020, cause riunite C-542/18 RX-II e C-543/18 RX-II, *Simpson c. Consiglio*, punto 82.

[36] Conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston del 12 settembre 2019, cause riunite

occorre infatti che quest'ultimo venga ponderato con il principio della certezza del diritto, il quale è volto a tutelare "la certezza, la stabilità, l'unità e la coerenza dell'ordinamento giuridico dell'Unione"[37]. In merito pare infatti evidente che, a fronte di una mera irregolarità nella procedura di nomina non inficiante l'indipendenza e l'imparzialità del giudice, l'annullamento delle pronunce del TFP, non solo avrebbe comportato una grave lesione del principio di certezza del diritto con riferimento alle citate pronunce ma, potenzialmente, anche in relazione a tutte quelle (passate e future) nelle quali i giudici Sant'Anna o Kornezov fossero figurati o figurassero nel collegio giudicante (non solo sentenze del TFP, ma, per lo meno per quanto concerne il giudice Kornezov, anche del Tribunale[38]).

In conclusione, sarebbe stato preferibile motivare l'annullamento delle sentenze del Tribunale del 19 luglio 2018, non con il semplice riferimento alla *non gravità* del vizio inficiante la regolarità del collegio giudicante, ma, come rilevato dall'Avvocato generale[39], con la chiara qualificazione del diritto a un equo processo come un *diritto non assoluto*, "soggetto (invece) a restrizioni implicitamente ammesse, in particolare al fine di garantire la corretta amministrazione della giustizia e il rispetto, tra l'altro, del principio di certezza del diritto"[40]. Fermo restando che "siffatte restrizioni devono essere proporzionate e non possono limitare l'accesso riconosciuto ai

C-542/18 RX-II e C-543/18 RX-II, *Simpson c. Consiglio*, punto 109.

[37] *Ivi* punto 90.

[38] In effetti, secondo quanto previsto dalla riforma dell'architettura giurisdizionale dell'Unione europea (per la quale si rimanda a quanto esposto alla nota 12), il 1° settembre 2016 erano entrati in funzione al Tribunale sette nuovi giudici, in concomitanza con quello che avrebbe dovuto essere il rinnovo parziale del TFP. Quest'ultimo è stato di fatto "assorbito" all'interno del Tribunale nel senso che "i sette Stati membri che avevano un giudice della loro nazionalità in carica al momento dello scioglimento del TFP hanno ottenuto il secondo giudice al Tribunale" in questa data (cfr. C. AMALFITANO, *La recente proposta di riforma dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea: molti dubbi e alcuni possibili emendamenti*, in *federalismi.it*, 2018, p. 6). Discrezionalità politica ha voluto dunque che in alcuni casi gli Stati membri confermassero il giudice in carica al TFP, implicandone un trasferimento al Tribunale (come avvenuto, *inter alia*, per il giudice Kornezov e il giudice italiano Perillo), mentre in altri casi scegliessero un nuovo nome per rivestire il ruolo di giudice del Tribunale (come è invece avvenuto per il giudice Sant'Anna).

[39] In merito l'Avvocato generale Sharpston, oltre a richiamare la giurisprudenza CEDU, evidenzia, con riferimento ad alcuni Stati membri (in particolare si riferisce a Francia, Inghilterra e Galles, Germania, Repubblica Ceca e Spagna), la presenza all'interno dei loro ordinamenti di una serie di "meccanismi di ponderazione tra il diritto a un giudice e il principio di certezza del diritto", sottolineando la tendenza di questi ultimi a "trovare un equilibrio adeguato tra detto diritto e la certezza giuridica" (cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston del 12 settembre 2019, cause riunite C-542/18 RX-II e C-543/18 RX-II, *Simpson c. Consiglio*, punti 98-104).

[40] Sentenza della Corte EDU del 28 ottobre 1998, causa 28090/95, *Pérez de Rada Cavanilles c. Spagna*, punto 44. Del medesimo avviso cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi del 21 novembre 2012, causa C-334/12 RX-II, *Arango Jaramillo e. a. c. BEI*, punti 59 e 60.

singoli in modo o al punto da ledere la sostanza stessa del loro diritto a un tribunale"[41].

3.2 Come ricordato in sede d'introduzione, ancor prima delle sentenze del 19 luglio 2018, *Simpson c. Consiglio* e *HG c. Commissione*, il Tribunale si era pronunciato sul medesimo quesito circa l'irregolarità del collegio giudicante composto dai giudici Bradley, Sant'Anna e Kornezov nella sentenza del 23 gennaio 2018, *FV c. Consiglio.* Con quest'ultima pronuncia il giudice dell'Unione aveva infatti annullato, sempre a causa della citata irregolarità del collegio giudicante, la sentenza del TFP del 26 giugno 2016, *FV c. Consiglio*, aprendo la strada alle successive (nonché corrispettive) sentenze di annullamento del 19 luglio 2018.

Ebbene, mentre queste ultime sono state oggetto di riesame, la sentenza del 23 gennaio 2018, nonostante vertesse sullo stesso quesito e riportasse le stesse motivazioni delle due pronunce del 19 luglio 2018, presentando dunque (astrattamente) i medesimi profili di compromissione per l'unità o la coerenza del diritto dell'Unione, non è stata allo stesso modo oggetto di riesame da parte della Corte, continuando a produrre effetti all'interno dell'ordinamento dell'Unione. In effetti, tale disparità di trattamento, è da imputarsi all'operato del primo Avvocato generale che, se con riferimento alle cause *Simpson c. Consiglio* e *HG c. Commissione* aveva ben esplicitato i possibili rischi di compromissione dell'unità o della coerenza del diritto dell'Unione derivanti dalle sentenza del Tribunale del 19 luglio 2018, così mettendo la Corte nelle condizioni di potersi esprimere positivamente circa l'opportunità di un riesame delle stesse[42], in relazione alla causa *FV c. Consiglio* non aveva fatto altrettanto. In quest'ultimo caso infatti il primo Avvocato generale aveva presentato una proposta di riesame *sui generis* nella quale aveva affermato, egli stesso, che la sentenza del Tribunale del 23 gennaio 2018, *FV c. Consiglio*, non presentava, nel ragionamento giuridico, alcun grave rischio che l'unità o la coerenza del diritto dell'Unione fossero compromessi[43]. Date le circostanze la Corte, con decisione del 19 marzo 2018, non aveva potuto far altro che esprimersi nella formula del non luogo a procedere al riesame, rigettando (in rito) come irricevibile la proposta del primo Avvocato generale in quanto nel presente caso "le condizioni formali sancite dall'art. 62 Statuto della Corte [in particolare l'esistenza, ad avviso del primo Avvocato generale, del grave rischio di cui sopra] […] non

[41] *Ivi* punto 45.

[42] Decisione del 17 settembre 2018, causa C-542/18 RX, *Simpson c. Consiglio*, cit.; Decisione della Corte di giustizia del 17 settembre 2018, causa C-543/18 RX, *HG c. Commissione*.

[43] Decisione del 19 marzo 2018, causa C-141/18 RX, *FV c. Consiglio*, punto 3.

[erano state] soddisfatte"[44]. In altre parole, tale proposta di riesame era stata considerata irricevibile in ragione del fatto che, come rilevato dalla dottrina, l'Avvocato generale si era posto come mero "lanceur d'alerte"[45], mancando di "établir avec précision dans sa proposition le risque sérieux d'atteinte à l'unité ou à la cohérence du droit de l'Union, qui conditionn(ait) la compétence de la chambre de réexamen de la Cour"[46].

Ciò premesso si pone un interrogativo circa le sorti della sentenza del Tribunale del 23 gennaio 2018, *FV c. Consiglio*, alla luce della, qui esaminata, sentenza di riesame della Corte del 26 marzo 2020, *Simpson c. Consiglio*. Il tema è quello, più in generale, del valore e del significato che assumono le sentenze del Tribunale astrattamente suscettibili di riesame, ma che non lo siano state, non avendo il primo Avvocato generale ovvero la Corte di giustizia, rispettivamente, proposto o accordato il riesame della pronuncia e che si trovino successivamente confliggenti rispetto a quanto statuito in una sopraggiunta sentenza di riesame avente ad oggetto la medesima questione giuridica. Potrebbe infatti dedursi che la sentenza del Tribunale, in ragione della circostanza di non essere mai stata resa oggetto di riesame, abbia in un certo senso acquisito il valore di una pronuncia che non rischia (gravemente) di compromettere l'unità o la coerenza dell'ordinamento dell'Unione europea. In effetti, rispetto alla sentenza del Tribunale del 23 gennaio 2018, *FV c. Consiglio*, i margini per un possibile nuovo riesame da parte della Corte sono, all'interno della normativa dell'Unione, nulli: l'art. 62 Statuto della Corte sancisce infatti chiaramente che la proposta di riesame da parte del primo Avvocato generale, unica via d'impulso all'omonima procedura, "deve essere presentata entro un mese a decorrere dalla pronuncia della decisione del Tribunale", termine, nel caso concreto, ormai ampiamente decorso e che è ragionevole ritenere quale termine di decadenza, scaduto il quale si estingue quindi il potere di provocare il riesame. Tali osservazioni sembrerebbero rilevare, a maggior ragione, con riferimento al caso in esame in cui il termine per presentare una proposta di revisione non può di certo considerarsi decorso "inutilmente", in quanto, nelle sue more, una tale proposta è stata sì avanzata dal primo Avvocato

[44] *Ivi* punto 5.

[45] A. RIGAUX, *Refus de réexamen*, in *Europe – Revue mensuelle lexisnexis jurisclasseur* ("*Europe*"), Parigi, 2018, comm. 179.

[46] *Ibidem*. In merito si osserva uno squilibrio tra la responsabilità positiva del primo Avvocato generale di proporre riesame, il cui operato, in tal senso, viene accuratamente vagliato dalla Corte, e la responsabilità negativa del medesimo di non proporre (o proporre scorrettamente) riesame. In quest'ultima ipotesi, infatti, l'apprezzamento del primo Avvocato generale è "sovrano", non esistendo alcun modo per valutare la correttezza o meno del suo comportamento (cfr. sul punto A. TIZZANO, P. IANNUCCELLI, *Premières applications de la procédure de "réexamen" devant la Cour de justice de l'Unione européenne*, in N. PARISI, M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, A. SANTINI e D. RINOLDI (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2011, pp. 740-743).

generale, ma la stessa è stata successivamente ritenuta irricevibile da parte della Corte. In conclusione, con riferimento alla sentenza del Tribunale del 23 gennaio 2018, *FV c. Consiglio*, non è dunque possibile ravvedere alcuno spazio per una seconda proposta di riesame.

Anche in questo caso, d'altronde, stante la possibile disparità di trattamento delle parti agenti nella causa *FV c. Consiglio*, da un lato, e *Simpson c. Consiglio* e *HG c. Commissione* dall'altro, imprescindibile deve ritenersi il bilanciamento con il principio di certezza del diritto e autorità della cosa giudicata. In effetti il riesame, di per sé rimedio straordinario, tanto quanto è da considerarsi uno strumento prezioso per la tutela dell'unità e della coerenza del diritto dell'Unione, allo stesso modo non deve divenire un mezzo per consentire il crearsi di un *vulnus* nella certezza di quel diritto che, proprio lo stesso, è atto a tutelare. Tutt'al più, come proposto dall'Avvocato generale Sharpston nelle sue conclusioni, la Corte, nella sentenza di riesame del 26 marzo 2020 avrebbe potuto esplicitare *in extremis* che "la sentenza FV è errata e non può più costituire un precedente o uno strumento d'interpretazione per cause future"[47], constatazione che viene invece soltanto lasciata intendere in coda alla sentenza, nel momento in cui la Corte, dopo aver rilevato l'errore commesso dal Tribunale, giunge a pronunciarsi sull'esistenza di un pregiudizio all'unità o alla coerenza del diritto dell'Unione. In effetti, confermando la sussistenza di un tale pregiudizio, la Corte dichiara che "le sentenze oggetto di riesame [ovvero le due pronunce del 19 luglio 2018] possono costituire precedenti per cause future"[48], decidendone quindi l'annullamento e, implicitamente, affermando la prevalenza *pro futuro* di quanto sancito in sede di riesame nonché, di conseguenza, l'impossibilità per la sentenza FV di costituire un precedente o uno strumento d'interpretazione per cause future.

4. L'istituto del riesame ha fatto ingresso nel sistema giurisdizionale comunitario nel 2001, con il Trattato di Nizza, contestualmente con (e quale "conseguenza" della) la previsione della possibilità (*i*) da parte del Consiglio (su proposta della Commissione o della Corte di giustizia dell'Unione europea) di creare tribunali specializzati, "incaricati di conoscere in primo grado di talune categorie di ricorsi proposti in materie specifiche" (cfr. art. 257 TFUE)[49] e (*ii*) di devolvere al Tribunale specifiche

[47] Conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston del 12 settembre 2019, cause riunite C-542/18 RX-II e C-543/18 RX-II, *Simpson c. Consiglio*, punto 159.

[48] Sentenza del 26 marzo 2020, cause riunite C-542/18 RX-II e C-543/18 RX-II, *Simpson c. Consiglio*, punto 85.

[49] L'art. 257 TFUE corrisponde al precedente art. 225A TCE, il quale era stato introdotto dal Trattato di Nizza, in particolare dall'art. 2, punto 32) del medesimo, che aveva per la prima volta previsto la possibilità di creare le allora denominate "camere giurisdizionali" specializzate.

competenze in materia di rinvio pregiudiziale, tramite modifica dello Statuto della Corte (cfr. art. 256, comma 3, TFUE)[50].

In questo contesto normativo, l'istituto del riesame ha dunque la funzione di permettere alla Corte di giustizia di sottoporre a revisione le pronunce del Tribunale emesse (*i*) in sede di impugnazione delle sentenze dei tribunali specializzati o (*ii*) in sede di rinvio pregiudiziale, qualora "sussistano gravi rischi che l'unità o la coerenza del diritto comunitario siano compromesse"[51]. Quest'ultimo si presenta dunque, fin da subito, quale antidoto alla diffidenza della Corte nei confronti dell'operato del Tribunale; in altre parole, "l'intervento, di stampo chiaramente nomofilattico, della giurisdizione superiore, (dovrebbe) evitare il formarsi di "crepe" nel sistema di interpretazione ed applicazione uniforme del diritto comunitario"[52]: nonostante, infatti, l'ampliamento delle competenze e dell'autonomia del Tribunale (reso giudice di ultima istanza rispetto alle impugnazioni di una decisione di un tribunale specializzato), in caso di rischio per l'unità o la coerenza del diritto dell'Unione europea, la Corte avrebbe sempre il modo di pronunciarsi sulle controversie che, altrimenti, sfuggirebbero al suo vaglio.

Nonostante ciò, lo Statuto della Corte non è mai stato modificato per conferire al Tribunale competenze in materia pregiudiziale[53], limitando di

---

[50] L'art. 256 TFUE corrisponde al precedente art. 225 TCE, il quale era stato modificato dall'art. 2, punto 31) del Trattato di Nizza.

[51] *Ivi* punto 31).

[52] M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, spec. p. 511.

[53] In merito, a conclusione della relazione elaborata nel 2017 "su eventuali modifiche della ripartizione delle competenze in materia di pronunce pregiudiziali a norma dell'art. 267 TFUE" (reperibile sul sito della Corte di giustizia dell'Unione europea, al presente *link*: curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-01/it_2018-01-12_08-43-52_377.pdf), redatta ai sensi dell'art. 3, par. 2, regolamento (UE, Euratom) 2015/2422 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2015, recante modifica del protocollo n. 3 sullo statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, la Corte di giustizia osserva come il trasferimento di competenze pregiudiziali in capo al Tribunale sia un'operazione estremamente delicata, proprio per il ruolo di "chiave di volta" che il rinvio pregiudiziale ha, e deve continuare ad avere, in seno all'ordinamento comunitario. La stessa afferma infatti chiaramente che "adesso che le domande di pronuncia pregiudiziale proposte dinanzi alla Corte sono trattate celermente e il dialogo intrecciato con i giudici degli Stati membri non è stato mai tanto intenso quanto oggi, non sembra opportuno, in questa fase, operare, a favore del Tribunale, un trasferimento di competenze vertente su domande di tale natura […] a maggior ragione, nell'attuale contesto, contrassegnato da un aumento del numero di cause proposte dinanzi al Tribunale e dalla necessità, per quest'ultimo, di riorganizzarsi e adeguare i propri metodi di lavoro". In merito all'atteggiamento della Corte circa la non opportunità di un trasferimento della competenza pregiudiziale al Tribunale cfr. C. AMALFITANO, *La recente proposta di riforma dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea: molti dubbi e alcuni possibili emendamenti*, cit., pp. 8-13. D'altronde, come si osserva nel contributo non appena citato (spec. p. 14), neppure nella domanda di modifica del protocollo n. 3 sullo Statuto della Corte di giustizia, formulata dalla medesima in data 26 marzo 2018 *ex* art. 281 TFUE (reperibile al presente *link*: data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7586-2018-INIT/it/pdf), la Corte fa alcun riferimento al desiderio di un trasferimento di competenze pregiudiziali in tal senso,

fatto la funzione dell'istituto in questione ai soli casi di riesame delle sentenze del Tribunale emesse in sede d'impugnazione. Nondimeno, anche in tale ambito, l'utilizzo della procedura di riesame da parte del giudice di Lussemburgo ha avuto vita breve: l'unico tribunale specializzato istituito in seno all'ordinamento dell'Unione europea, ovvero il TFP (creato con decisione del Consiglio 2004/752[54]), è stato infatti soppresso nel 2016[55], destinando così l'istituto del riesame ad entrare in una fase di solo "teorica" presenza nello strumentario processuale del diritto dell'Unione europea, previsto dal diritto primario, ma non (più) attuato a livello di Statuto e di diritto derivato.

Alla luce di quanto esposto ci si chiede dunque se l'istituto del riesame abbia effettivamente, o meno, contribuito a salvaguardare l'unità e la coerenza del diritto dell'Unione da gravi rischi di compromissione. E, ove la risposta dovesse essere positiva, se esista, attualmente (a seguito della sua "abrogazione di fatto"), un rimedio alternativo, capace di assicurare il rispetto degli stessi valori. D'altronde si deve anche ricordare come il riesame sia stato previsto all'interno dell'ordinamento soltanto con il Trattato di Nizza, parendo dunque naturale chiedersi – parallelamente – se e in che modo prima del 2005 (anno in cui è divenuto operativo) venisse tutelata l'unità e la coerenza del diritto dell'Unione europea.

Dal momento della sua previsione all'interno dei testi pattizi la procedura di riesame è stata attivata soltanto quindici volte da parte del primo Avvocato generale[56] e solamente sei volte la Corte si è pronunciata positi-

---

coerentemente alla propria volontà di attendere il completamento del processo di riforma dell'architettura giurisdizionale dell'Unione europea e rinviando dunque una prossima valutazione sul tema al dicembre 2020, in occasione della stesura della relazione richiesta dall'art. 3, par. 1, del regolamento (UE, Euratom) 2015/2422 del Parlamento europeo e del Consiglio precedentemente citato.

[54] Decisione (CE, Euratom) 2004/752 del Consiglio, del 2 novembre 2004, che istituisce il Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea.

[55] Sul punto si rimanda a quanto esposto alla nota 12 in merito all'assorbimento del TFP all'interno del Tribunale e alla conseguente soppressione del primo dei due organi giurisdizionali in questione.

[56] Data la natura non pubblica delle proposte di revisione dell'Avvocato generale, si riportano qui le conseguenti pronunce della Corte in merito all'opportunità o meno di procedere al riesame *ex* art. 62, par. 2, Statuto della Corte (ricerca aggiornata al 31 maggio 2020): decisione del 14 aprile 2008, causa C-216/08 RX, riesame sentenza T-414/06 P; decisione del 5 febbraio 2009, causa C-21/09 RX, riesame sentenze T-90/07 P e T-99/07 P; decisione del 5 giugno 2009, causa C-180/09 RX, riesame sentenza T-492/07 P; decisione del 24 giugno 2009, causa C-197/09 RX, riesame sentenza T-12/08 P; decisione del 5 maggio 2010, causa C-183/10 RX, riesame sentenza T-338/07 P; decisione del 27 ottobre 2010, causa C-478/10 RX, riesame ordinanza T-157/09 P; decisione dell'8 febbraio 2011, causa C-17/11 RX, riesame sentenza T-143/09 P; decisione del 12 luglio 2012, causa C-334/12 RX, riesame sentenza T-234/11 P,; decisione dell'11 settembre 2012, causa C-579/12 RX, riesame sentenza T-268/11 P; decisione del 9 settembre 2014, causa C-417/14 RX, riesame sentenza T-401/11 P; decisione del 29 giugno 2016, causa C-312/16 RX, riesame sentenza T-129/14 P; decisione del 19 marzo 2018, causa C-141/18 RX, riesame sentenza T-639/16 P.; decisione del 17 settembre 2018, causa C-542/18 RX, riesame

vamente sulla proposta di revisione. Considerando che due di questi casi sono stati riuniti dalla Corte in sede di decisione, ad oggi, l'istituto in commento ha "contribuito" a garantire l'unità e la coerenza del diritto dell'Unione con cinque sentenze che hanno riscontrato, nel merito, la sussistenza di un "grave rischio" di compromissione di tali due valori[57]. Ebbene, già il presente numero sembra di per sé testimoniare la volontà di "mantenere l'istituto del riesame nell'alveo di eccezionalità tracciato dai trattati"[58], evitando che questi possa essere assimilato ad un gravame "ordinario". Come osservato dalla dottrina[59], ad eccezione della sentenza *Commissione c. Strack*[60], oggetto di riesame sono state esclusivamente questioni inerenti al diritto procedurale, quali le nozioni di "causa matura per la decisione"[61] e "termine ragionevole"[62], nonché il riparto di competenze giurisdizionali tra TFP e Tribunale[63] e, da ultimo, alcuni profili inerenti la regolarità e la sindacabilità di una decisione di nomina di un giudice del TFP[64]. Ciò è soprattutto conseguenza del fatto che, perché sia soddisfatto il requisito del pregiudizio (o perlomeno del rischio di un pregiudizio) all'unità o alla coerenza del diritto dell'Unione, la Corte ha più volte affermato che l'errore commesso dal Tribunale debba riguardare principi giuridici "non esclusivamente riconducibili al diritto della funzione pubblica"[65], ma che invece trovino applicazione indipendentemente dalla materia trattata, rendendo dunque difficile, negli anni, che questioni concernenti il diritto sostanziale potessero divenire oggetto di riesame. In effetti era unica-

---

sentenza T-646/16 P; decisione del 17 settembre 2018, causa C-543/18 RX, riesame sentenza T-693/16 P; decisione del 20 dicembre 2018, causa C-740/18 RX, riesame sentenza T-334/16 P.

[57] Cfr. sentenza del 17 dicembre 2009, causa C-197/09 RX II, *M c. EMEA*, (per un commento alla prima sentenza di riesame dalla Corte cfr. A. RIGAUX, *La Cour tranche pour la première fois sur le fond une procédure de réexamen*, in *Europe – Revue mensuelle lexisnexis jurisclasseur* ("*Europe*"), Parigi, 2010, comm. 63); sentenza del 28 febbraio 2013, causa C-334/12 RX II, *Arango Jaramillo e a. c. BEI*; sentenza del 19 settembre 2013, causa C-579/12 RX II, *Commissione c. Strack*; sentenza del 10 settembre 2015, causa C-417/14 RX II, *Missir Mamachi di Lusignano c. Commissione*; sentenza del 26 marzo 2020, cause riunite C-542/18 RX-II e C-543/18 RX-II, *Simpson c. Consiglio*.

[58] B. CORTESE, *Commento agli artt. 62, 62bis e 62ter Statuto della Corte*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea. Commento articolo per articolo*, Napoli, 2017, spec. p. 327.

[59] Cfr. E. VAN BARDELEBEN, *La procédure de réexamen, instrument d'une application prétorienne audacieuse des directives aux institutions européennes*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2014, p. 111 ss.

[60] Sentenza del 19 settembre 2013, causa C-579/12 RX II, *Commissione c. Strack*

[61] Cfr. sentenza del 17 dicembre 2009, causa C-197/09 RX II, *M c. EMEA*.

[62] Cfr. sentenza del 28 febbraio 2013, causa C-334/12 RX II, *Arango Jaramillo e a. c. BEI*.

[63] Cfr. sentenza del 10 settembre 2015, causa C-417/14 RX II, *Missir Mamachi di Lusignano c. Commissione*.

[64] Cfr. sentenza del 26 marzo 2020, cause riunite C-542/18 RX-II e C-543/18 RX-II, *Simpson c. Consiglio*.

[65] Cfr. sentenza del 17 dicembre 2009, causa C-197/09 RX II, *M c. EMEA*, punto 64.

mente al TFP e al Tribunale che spettava il compito di fare evolvere la giurisprudenza in materia di funzione pubblica, evitando in questo modo che il riesame potesse trasformarsi in una sorta di "terzo grado di giudizio" in tale ambito, rischiando di permettere alla Corte una più ampia intromissione che, da un lato, avrebbe vanificato l'obiettivo di economia e celerità processuale a cui mirava l'istituzione del TFP e, dall'altro, avrebbe coinvolto questioni necessariamente di natura settoriale, difficilmente richiamabili a profili di rilievo per la tenuta dell'unità e della coerenza del sistema nel suo complesso.

Ebbene, tale orientamento è sembrato incrinarsi nella citata pronuncia *Commissione c. Strack* nella quale, per la prima volta, la Corte si è espressa "sur une question ne relevant pas de la procédure contentieuse mais relative à l'interpretation d'une règle de fond du statut des fonctionnaires européens"[66], nello specifico inerente al tema delle ferie annuali retribuite in caso di malattia. Nonostante, infatti, nella motivazione della sentenza l'errore del Tribunale, ritenuto di per sé passibile di compromettere l'unità o la coerenza del diritto dell'Unione, fosse stato ricondotto dalla Corte alla lesione di un più generale principio di diritto sociale, peraltro sancito oggi anche dalla Carta dei diritti fondamentali (art. 31, par. 2), parte della dottrina era rimasta scettica in proposito e aveva interpretato tale pronuncia come un potenziale *incipit* per una più ampia ingerenza della Corte in materia di funzione pubblica[67]. Ad ogni modo, a sette anni dalla sua adozione, tale sentenza è rimasta un *unicum* nel panorama giurisprudenziale inerente alla procedura di riesame.

Dall'analisi appena svolta sembra dunque potersi affermare che l'istituto del riesame abbia, in linea di massima, esplicitato la sua utilità nel contribuire alla tenuta di una limitata parte del sistema giuridico in questione, tutelando l'unità e la coerenza nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto processuale dell'Unione europea. Il fenomeno si ritiene abbia certamente avuto conseguenze anche per il comportamento del Tribunale, il quale, consapevole della possibilità di veder annullate le proprie sentenze (anche) in sede di riesame, ha dedicato una peculiare attenzione alla trattazione dei profili processuali del proprio operato, anche quale giudice di appello. Si è dunque così andata confermando una linea sviluppatasi fin dall'istituzione del Tribunale (di primo grado) delle Comunità europee, le cui decisioni, suscettibili di sindacato giurisdizionale anche per profili procedurali, hanno favorito l'affinamento e l'irrobustimento del diritto processuale dell'Unione europea.

Ad ogni modo non sembra che, con la scomparsa del TFP, la conse-

---

[66] Cfr. E. VAN BARDELEBEN, *La procédure de réexamen, op. cit.*, p. 111.
[67] *Ibidem,* spec. pp. 131-132.

guente abrogazione "di fatto" della procedura di riesame abbia creato una lacuna nel sistema giurisdizionale in questione: in effetti, nonostante l'istituto in esame ben esprimesse il ruolo prevalente della giurisdizione della Corte all'interno dell'istituzione omonima, si può osservare come allo stato attuale "tale primato è del resto immanente alla struttura e alle caratteristiche dell'ordinamento giuridico che (questa) stessa CG ha contribuito a creare"[68]. In altre parole, come d'altronde avveniva prima dell'istituzione del TFP, è la conformazione stessa dell'ordinamento giurisdizionale di cui trattasi ad assicurare la garanzia dell'unità e della coerenza del diritto dell'Unione europea, anche in assenza dell'istituto del riesame. Si deve infatti da subito rilevare come, destituito il TFP, sia venuto meno il rischio che determinate sentenze possano in qualche modo sfuggire al vaglio della Corte: tutte le pronunce del Tribunale, anche emesse in sede d'appello di decisioni formulate da commissioni di ricorso indipendenti[69], sono infatti passibili di impugnazione dinanzi alla Corte *ex* art. 256, comma 1, par. 2, TFUE. A tal riguardo, si ricorda che l'impugnazione è per motivi di diritto e, tra questi, anche per "vizi della procedura", sia pure, ad ogni modo, solo se recanti pregiudizio all'interesse della parte ricorrente (cfr. art 58 Statuto della Corte), potendo dunque non essere sempre assicurata la puntuale correzione di una stortura interpretativa della regola processuale, nel disinteresse sostanziale della parte che non presentasse impugnazione[70]. Ebbene, in proposito, ciò che assicura la tenuta del sistema è la previsione, di cui all'art. 56, par. 3, Statuto della Corte, della possibilità in capo a Stati membri e istituzioni di proporre impugnazione avverso le sentenze del Tribuna-

[68] B. CORTESE, *op. cit.*, spec. p. 324.

[69] Con il regolamento (UE, Euratom) 2019/629 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, recante modifica del protocollo n. 3 sullo statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, è stato introdotto nello Statuto della Corte l'art. 58*bis*, il quale "prevede un inedito meccanismo di filtraggio delle impugnazioni proposte avverso le decisioni che hanno già beneficiato di un duplice esame, in prima istanza, da parte di una commissione di ricorso indipendente e, successivamente, da parte del Tribunale" (cfr. E. SALMINI STURLI, *Approvate nuove modifiche allo Statuto della Corte di giustizia: attribuita la competenza esclusiva della Corte sui ricorsi avverso le decisioni di mancata adeguata esecuzione di una sentenza ai sensi dell'art. 260 TFUE ed introdotto un filtro preventivo di ammissibilità per alcune categorie di impugnazioni*, in *rivista.eurojus.it*, 2019). In effetti, in tali casi le impugnazioni dinanzi alla Corte non sono ammesse, a meno che non si dimostri che sollevino "una questione importante per l'unità, la coerenza o lo sviluppo del diritto dell'Unione" (cfr. art. 58*bis*, par. 3, Statuto della Corte). Sul punto, più approfonditamente, cfr. C. AMALFITANO, *Note critiche sulla recente riforma dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in AA. VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, pp. 61-79.

[70] In merito cfr. C. NAÔMÉ, *Commento all'art. 58 Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCCELLI (a cura di), *op. cit.*, spec. p. 298, in cui si afferma che «il riferimento all'irregolarità della procedura davanti al Trib. che viola gli interessi della parte ricorrente sembra avere come sola utilità quella di consentire alla CG, nel rispetto dell'economia procedurale, di non annullare una sentenza in ragione di un mero vizio di forma che non ha arrecato alcun pregiudizio al ricorrente».

le, anche qualora questi ultimi non siano stati parte soccombente o interveniente nel giudizio di primo grado. Tale disposizione configura una sorta di *ricorso nell'interesse della legge*, previsto al fine di scongiurare una lesione dell'uniformità della giurisprudenza "comunitaria", devolvendo a Stati membri e istituzioni il compito di esaminare le pronunce del Tribunale e agire, se del caso, a tutela dell'unità e della coerenza del diritto dell'Unione. Nella concezione della Corte di giustizia, infatti, una siffatta garanzia, unita a quella del mantenimento del proprio *status quo* di unica detentrice della funzione nomofilattica all'interno del sistema giurisdizionale in esame, non poteva essere lasciata alla sola iniziativa di parte. Nondimeno, si deve purtroppo osservare come, nella prassi, Stati membri e istituzioni abbiano dimostrato uno scarso interesse per il ruolo ad essi attribuito dalla norma statutaria[71], vanificando quasi del tutto l'utilità della citata disposizione.

Proprio in conseguenza dell'inerzia di questi ultimi, e quindi della loro sostanziale "inaffidabilità" a garantire per tale via la tenuta del sistema, l'istituto del riesame, intendeva concretizzare "una procedura di carattere oggettivo, la cui iniziativa non (spettasse) alle parti della controversia, ma [come visto] al primo AG della CG"[72], attribuendo a quest'ultimo una "funzione specifica di controllo preliminare sui rischi di compromissione dell'unità e coerenza dell'ordinamento"[73] dell'Unione. A differenza quindi della procedura di *pourvoi*, almeno di fatto (benché non in principio) confinata all'istanza di parte, la procedura di riesame aveva il pregio di essere caratterizzata dalla spiccata obbiettività, condizionata all'impulso di un soggetto specificamente ad essa preposto, nonché indipendente e imparziale, in grado di meglio tutelare gli interessi di unità e coerenza del diritto dell'Unione europea[74]. Astrattamente, potrebbe quindi immaginarsene

[71] Cfr. C. NAÔMÉ, *Commento all'art. 56 Statuto della Corte*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCCELLI (a cura di), *op. cit.*, spec. p. 291 in cui si sottolinea come "non sembra esistano altri casi" di impugnazione di uno Stato membro (o di un'istituzione) non intervenuti in primo grado, oltre alla sentenza del 21 gennaio 1999, causa C-73/97 P, *Francia c. Comafrica e a*. In merito, della medesima autrice, cfr. anche C. NAÔMÉ, *Le pourvoi devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, 2016, spec. pp. 69-70. Inoltre, da un ricerca aggiornata in data 31 maggio 2020 sulla piattaforma ufficiale *InfoCuria*, che raccoglie la giurisprudenza dell'Unione europea, non sono risultati ulteriori casi di applicazione dell'art. 56, par. 3, Statuto della Corte da parte di Stati membri o istituzioni.

[72] R. KLAGES, *Commento agli artt. 191-195 Regolamento di procedura della Corte di giustizia*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCCELLI (a cura di), *op. cit.*, spec. p. 917.

[73] B. CORTESE, *op. cit.*, spec. p. 326.

[74] Ad ogni modo, neppure il conferimento di un ruolo d'impulso in capo al primo Avvocato generale è stato esente da critiche: esso infatti poneva la Corte nella posizione di doversi pronunciare, prima ancora di poter decidere nel merito del riesame, sull'opportunità del medesimo, vagliando la proposta di revisione dell'AG. In effetti, tale modalità del "double arrêt" è stata criticata dalla dottrina come "inutilement chronophage", quest'ultima si era invece espressa in favore di "une autosaisine par la Cour" che, peraltro, avrebbe potuto chiarire la questione "de savoir si les juges (auraient pu) décider de

l'utile sopravvivenza anche in parallelo al diritto di impugnazione ad iniziativa della parte soccombente. E, tuttavia, il dato empirico, assai contenuto, delle pronunce di riesame mostra che il sistema ha forse altri e più efficaci metodi e strumenti per scongiurare lesioni ai valori di unità e coerenza dell'ordinamento.

Innanzitutto, va tenuto presente, con riferimento al panorama più vasto dell'applicazione del diritto dell'Unione all'interno degli Stati membri, che "la funzione […] di assicurare l'unità e la coerenza del diritto dell'Unione è affidata […] al rinvio pregiudiziale"[75], il quale attualmente gode in materia di una "centralità assoluta". In merito, l'art. 267 TFUE prevede la facoltà/obbligo delle giurisdizioni nazionali di proporre un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia con riferimento sia alla validità del diritto derivato, sia all'interpretazione dei trattati e degli atti delle istituzioni, organi o organismi dell'Unione, permettendo in questo modo alla Corte di esercitare, nei confronti della giurisdizioni nazionali, la funzione nomofilattica di cui è unica detentrice. Inoltre, deve anche essere considerata la relazione gerarchica funzionale che intercorre tra il Tribunale e la Corte di giustizia[76], la quale ha consentito di non ravvisare significativi elementi di "scostamento" nella giurisprudenza del Tribunale dalle linee di interpretazione del diritto dell'Unione tracciate dalla Corte. Ciò è confermato dal basso tasso di impugnazione delle sentenze del Tribunale e dall'ancor più contenuta percentuale di sentenze che vengono riformate in esito a un giudizio di secondo grado[77].

---

réexaminer une affaire pour d'autres raisons que celles retenues par le premier avocat géneral" (cfr. I. PINGEL, *La procédure de réexamen en droit de l'Union européenne*, in *Revue de l'Union européenne*, 2011, spec. p. 532). In merito anche in M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *op. cit.*, si auspicavano modifiche alla struttura dell'ufficio dell'AG, al fine di renderla maggiormente appropriata allo svolgimento della funzione in esame (pp. 513-514); mentre in A. TIZZANO, P. IANNUCCELLI, *Premières applications de la procédure de "réexamen" devant la Cour de justice de l'Unione européenne*, in N. PARISI, M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, A. SANTINI e D. RINOLDI (a cura di), *op. cit.*, sempre in tema di inadeguatezza della struttura dell'ufficio dell'Avvocato generale, si è evidenziato come, essendo il carico di lavoro eccessivo e i tempi estremamente brevi per il solo primo Avvocato generale, la prassi volesse che venissero associati informalmente alla procedura di riesame anche altri avvocati generali, ai quali il primo Avvocato generale avrebbe potuto chiedere di rendere il parere che successivamente avrebbe validato e (se d'accordo) trasmesso alla Corte. Nonostante, così facendo, "la possibilité d'un désaccord (entre les deux) (jetait) une ombre sur l'efficacité d'une telle pratique" (p. 740).

[75] M. CONDINANZI, *op. cit.*, spec. p. 15.

[76] Dimostrazione dell'esistenza di un rapporto gerarchico tra Corte di giustizia e Tribunale sono, ad esempio, le previsioni di cui all'art. 54, par. 2 (in materia di incompetenza della Corte) e all'art. 61, par. 2 (in materia d'impugnazione), Statuto della Corte.

[77] Sulla base dei dati che risultano dalla relazione annuale della Corte di giustizia dell'Unione europea, Attività giudiziale, 2019, in particolare pp. 162, 167 e 173, risulta che, nell'arco temporale 2015-2019, solo il 26% delle cause introdotte dinanzi alla Corte di giustizia, nonché il 23% delle cause che si sono ivi concluse, sono relative a giudizi di impugnazione. Con riferimento alle cause decise, nel medesimo periodo, 173 su 210 sono

In conclusione, ripercorrendo gli interrogativi inziali, non sembra che l'attuale "quiescenza" dell'istituto del riesame abbia originato una lacuna all'interno dell'ordinamento dell'Unione europea: questo si presenta, infatti, come un sistema completo e autosufficiente, in grado di garantire l'uniformità nell'applicazione e interpretazione del diritto, assicurandone unità e coerenza, senza comprimere oltre il giusto gli impulsi evolutivi del sistema che devono necessariamente scaturire da quelle che (inizialmente) non possono che apparire come incoerenze rispetto alla tradizione.

---

stati i *pourvois rejetés*, mentre 9 su 210 quelli dichiarati inammissibili. Soltanto 28 su 210 sono stati, dunque, i casi in cui la Corte ha riformato le pronunce del Tribunale oggetto d'impugnazione.

ABSTRACT

A *POST MORTEM* ANALYSIS: REFLECTIONS UPON THE REVIEW PROCEDURE STARTING FROM THE JUDGMENT OF THE COURT OF JUSTICE OF 26 MARCH 2020, *SIMPSON V. COUNCIL*

Due to the reform of the jurisdictional architecture of the European Union and to the following dissolution of the Civil Service Tribunal, in 2016, the review procedure has entered a dormant phase. Starting from analysing the recent judgment of the Court of Justice of 26 March 2020, Simpson v. Council, this contribution examines the legacy of this institute in the European Union system. The Author questions if the unity and consistency of European Union law is now ensured by other means, arguing that, even without the review procedure, these values are guaranteed by the structure of the EU legal order. This not so much through the possibility for Member States and EU institutions to bring an appeal in the interest of the law, but especially through the central role of the preliminary ruling and the existence of a functional-hierarchical link between the Court of Justice and the General Court.

UN (RI)ESAME *POST MORTEM*: QUALCHE RIFLESSIONE SULL'ISTITUTO ALLA LUCE DELLA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DEL 26 MARZO 2020, IN CAUSA *SIMPSON C. CONSIGLIO*

A seguito della riforma dell'architettura giurisdizionale dell'Unione europea e, nel 2016, della conseguente soppressione del Tribunale della funzione pubblica, l'istituto del riesame è entrato in una fase di quiescenza. Prendendo le mosse dalla recente pronuncia di riesame della Corte di giustizia del 26 marzo 2020, *Simpson c. Consiglio*, questo contributo si propone di analizzare il lascito dell'istituto in questione all'interno dell'ordinamento dell'Unione europea. All'interrogativo se, oggi, l'unità e la coerenza del diritto dell'Unione siano altrimenti garantite, l'Autore risponde positivamente, illustrando come sia la conformazione stessa dell'ordinamento in esame ad assicurare la garanzia di tali due valori. Ciò non tanto tramite la possibilità per gli Stati membri e le istituzioni di esperire un'impugnazione nell'interesse della legge, ma soprattutto attraverso la centralità del rinvio pregiudiziale e l'esistenza di un rapporto gerarchico-funzionale intercorrente tra Corte di giustizia e Tribunale.

Agnese Ciprandi*

Aiuti di Stato nell'emergenza COVID-19: il legislatore italiano sospende la c.d. "clausola *Deggendorf*". Deroga giustificata o deviazione eccessiva da un principio fondamentale?

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il nuovo *Temporary Framework* della Commissione in materia di aiuti di Stato per fronteggiare l'emergenza COVID-19. – 3. Le misure adottate dal legislatore italiano a sostegno delle imprese nel contesto delle comunicazioni della Commissione sull'emergenza COVID-19: il decreto "Cura Italia" e il decreto "Liquidità". – 4. La c.d. "clausola *Deggendorf*": origine e funzioni. – 5. S*egue*: La "codificazione" del principio *Deggendorf* nell'ordinamento italiano con la l. n. 234/2012. – 6. Il decreto "Rilancio" e la sospensione della "clausola *Deggendorf*" in deroga all'art. 46 della l. n. 234/2012. – 7. Considerazioni conclusive.

1. L'improvviso scoppio dell'emergenza sanitaria legata alla rapida diffusione della pandemia di COVID-19[1] dalla Cina al resto del mondo, ha innescato, come noto, una vera e propria "doppia crisi": da un lato, quella che è stata definita dagli esperti come la più grave crisi sanitaria globale dei nostri tempi[2]; dall'altro lato, una crisi economica, conseguenza inevitabile della prima[3].

Invero, le misure urgenti di contenimento dell'epidemia adottate a livello mondiale dagli Stati – si ricordino, ad esempio, quelle che impongono il distanziamento sociale, la restrizione agli spostamenti dei singoli, la quarantena e l'isolamento – hanno determinato un vero e proprio trauma per l'economia globale, riconducibile a diversi fattori: da un lato, ad uno *shock* dell'offerta, da imputare alla perturbazione delle catene di approvvigiona-

* Dottoressa in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Milano.

[1] COVID-19 è la denominazione ufficiale della malattia causata dal nuovo Coronavirus SARS-CoV-2 adottata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), come annunciato dal direttore generale della stessa, Tedros Adhanom Ghebreyesus, in data 11 febbraio 2020.

[2] Così Tedros Adhanom Ghebreyesus, la cui dichiarazione è disponibile all'indirizzo internet video.corriere.it/esteri/coronavirus-l-allarme-dell-oms-mancano-6-milioni-infermieri/9e831838-78dd-11ea-ab65-4f14b5300fbb.

[3] Per un primo commento sull'impatto dell'emergenza sanitaria sull'economia globale, tra gli altri, N. FERNANDES, *Economic Effects of Coronavirus Outbreak (COVID-19) on the World Economy*, 13 aprile 2020, disponibile all'indirizzo internet papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3557504; cfr. anche P. OZILI, T. ARUN, *Spillover of COVID-19: Impact on the Global Economy*, aprile 2020, disponibile all'indirizzo internet papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3562570; J. BLUEDORN, G. GOPINATH, D. SANDRI, *An Early View of the Pandemic in 5 Charts*, in *IMFBlog*, 6 aprile 2020.

mento; dall'altro, specularmente, ad uno *shock* della domanda, connesso ad una minore richiesta di beni e servizi da parte dei consumatori. A ciò si aggiunga anche l'effetto negativo che l'incertezza di una tale situazione può provocare sui piani di investimento e l'impatto che essa può determinare sulla liquidità per le imprese[4].

Premesse tali considerazioni, risulta chiaro che – data la portata e le dimensioni raggiunte della crisi economica in atto – azioni di contrasto che possano dirsi veramente efficaci ed incisive richiedono imprescindibilmente un approccio coerente e coordinato a livello internazionale[5]. In tale direzione si è mossa l'Unione europea, le cui istituzioni hanno adottato varie misure dirette a fornire una risposta rapida, strategica e coordinata a quella che è già da molti considerata la peggiore recessione economica dopo la Grande Depressione, in modo da poterne ridurre al minimo l'impatto e le ripercussioni negative sull'economia degli Stati membri[6].

A tal fine, è doveroso, innanzitutto, menzionare le conclusioni del Consiglio europeo del 10 marzo 2020, nelle quali sono state individuate le principali linee di azione da intraprendere per reagire all'emergenza. In tale contesto, si è fatto riferimento, tra l'altro, alla necessità di adottare un approccio flessibile nell'applicazione della disciplina degli aiuti di Stato[7], tenendo conto della necessità di far fronte anche mediante risorse pubbliche alle esigenze dettate da un'emergenza sena precedenti, nonché – ad oggi – in continua evoluzione. Pertanto, la Commissione, dando seguito alle indicazioni del Consiglio europeo, ha tempestivamente adottato una serie di comunicazioni volte ad assicurare una risposta efficace al fine di ridurre l'impatto economico determinato dalla diffusione della COVID-19[8]. In primo luogo, in data 13 marzo 2020, è stata pubblicata la comuni-

[4] Così la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, alla Banca europea per gli investimenti e all'Eurogruppo Risposta economica coordinata all'emergenza COVID-19, 13 marzo 2020, COM (2020) 112 final, punto 2; cfr. G. MAZZEI, *Conseguenze economiche della pandemia da Covid-19: necessità di misure coordinate a livello europeo e di un più incisivo ruolo dei poteri pubblici rispetto ai mercati*, in *Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo*, 2020, disponibile all'indirizzo internet amministrativamente.com/index.php/formez/article/view/13152.

[5] Sul punto C. BIANCOTTI, A. BORIN, F. CINGANO, P. TOMMASINO, G. VERONESE, *Nessun Paese è un'isola: per una risposta coordinata al Covid-19*, 24 marzo 2020, disponibile all'indirizzo internet bancaditalia.it/media/notizia/nessun-paese-un-isola-per-una-risposta-coordinata-al-covid-19/.

[6] Così il Fondo Monetario Internazionale, come riportato da G. DI DONFRANCESCO, *Fmi: la crisi più grave dalla Grande depressione*, in *IlSole24Ore*, 9 aprile 2020, disponibile all'indirizzo internet ilsole24ore.com/art/fmi-crisi-piu-grave-grande-depressione-AD9iGFJ.

[7] Conclusioni del Presidente del Consiglio europeo a seguito della videoconferenza sulla Covid-19 del 10 marzo 2020, disponibile all'indirizzo internet consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2020/03/10/statement-by-the-president-of-the-european-council-following-the-video-conference-on-covid-19/.

[8] Le comunicazioni della Commissione sono atti atipici di natura non vincolante (cd. atti di *soft law*) che possono avere funzione decisoria, informativa o interpretativa. Tali atti, in

cazione relativa alla "Risposta economica coordinata all'emergenza COVID-19"[9], con la quale – tra le varie questioni affrontate – sono stati elaborati i primi orientamenti sull'applicazione della disciplina degli aiuti di Stato per porre rimedio alle difficoltà economiche derivanti dalla diffusione dell'epidemia. A seguire, il 19 marzo 2020, la Commissione è nuovamente intervenuta, nel solco dettato dalla precedente, adottando la comunicazione "Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19"[10], modificata tre volte – in data 3 aprile 2020[11], 8 maggio 2020[12] e 29 giugno 2020[13] – al fine di estenderne l'ambito di applicazione.

A fronte delle suddette comunicazioni, che delineano il nuovo regime temporaneo in deroga alla disciplina ordinaria in materia di aiuti di Stato nel contesto dell'emergenza, il legislatore italiano è intervenuto introducendo nell'ordinamento nazionale una serie di misure a sostegno dell'economia del Paese, in particolare con i decreti legge "Cura Italia"[14] e "Liquidità"[15], all'interno dei quali vengono individuati gli strumenti a disposizione delle imprese per fronteggiare l'emergenza e superare le gravi difficoltà economiche da questa derivanti.

linea generale, hanno lo scopo di predeterminare i criteri, i principi, ed i parametri che la Commissione prenderà in considerazione per le sue valutazioni in ordine all'ammissibilità di un determinato tipo di intervento. In merito, non si può comunque prescindere dalla considerazione per cui, nonostante siano sprovviste di vincolatività, le comunicazioni provengono dall'istituzione competente al controllo degli aiuti; per questa ragione, la violazione o l'inosservanza del loro contenuto, pur non essendo sanzionabili in quanto tali, comportano come conseguenza quasi certa un esito negativo della verifica sulla compatibilità delle misure in esame; per un approfondimento sul punto cfr. E. MOAVERO MILANESI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Napoli, 2004, p. 40 ss.; cfr. M. CONDINANZI, *Il Tribunale di primo grado e la giurisdizione comunitaria*, Milano, 1996, spec. p. 64, nota 71; M. ORLANDI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Napoli, 1995, p. 93 ss.; M. ANTONIOLI, *Comunicazioni della Commissione europea e atti amministrativi nazionali*, Milano, 2000; F. CROCI, *L'impatto della crisi finanziaria sugli aiuti di Stato al settore bancario,* in *Il diritto dell'Unione europea*, 2014, spec. p. 734 ss., nota 2.

[9] Comunicazione della Commissione, Risposta economica coordinata all'emergenza COVID-19, cit.

[10] Comunicazione della Commissione, Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19.

[11] Comunicazione della Commissione Modifica del Quadro Temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza COVID-19.

[12] Communication from the Commission Amendment to the Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak.

[13] Comunicazione della Commissione, Terza modifica del Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza della Covid-19, 29 giugno 2020, COM (2020) 4509 final.

[14] Decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per le famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19 (in prosieguo: decreto "Cura Italia").

[15] Decreto legge 8 aprile 2020, n. 23, Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali (in prosieguo: decreto "Liquidità").

L'ultimo degli interventi legislativi che si inseriscono in tale contesto straordinario è quello rappresentato dal decreto "Rilancio" [16] nel quale, tra l'altro, viene introdotta una novità di grande rilevanza in materia di aiuti pubblici alle imprese. Si tratta della possibilità, ammessa in considerazione dell'eccezionalità delle circostanze, di derogare temporaneamente ad uno dei principi cardine in materia di aiuti di Stato, che trova origine nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Si tratta del c.d. principio "*Deggendorf*", dal nome della relativa sentenza[17], in base al quale – in via generale – è sospesa l'erogazione di aiuti alle imprese che abbiano in precedenza ricevuto un aiuto illegittimo e non lo abbiano (ancora) restituito conformemente alla disciplina relativa al recupero degli aiuti[18].

Alla luce di tali premesse, il presente contributo si propone di condurre un'analisi critica in merito alla previsione, da parte del legislatore italiano, della suddetta deroga, tentando di valutare se questa scelta risulti giustificata, tenuto conto della cornice straordinaria ed eccezionale nella quale si inserisce. A tal fine, sarà necessario, in primo luogo, premettere una breve ricostruzione della disciplina del nuovo Quadro Temporaneo delineato dalla Commissione, oltre che delle disposizioni in introdotte in questa materia dal legislatore italiano con i recenti e già menzionati decreti legge. Successivamente, sulla scorta di tale ricostruzione, si svolgerà un'analisi delle origini e della funzione del principio "*Deggendorf*", nonché della sua codificazione, nel nostro ordinamento, ad opera della l. n. 234/2012. Infine, ci si soffermerà sulla decisione di sospendere l'operatività di tale principio nel contesto dell'emergenza COVID-19.

2. Come anticipato, la Commissione, in considerazione delle eccezionа-

[16] Decreto legge 19 maggio 2020, n. 43, Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19 (in prosieguo: Decreto "Rilancio").

[17] Sentenza del Tribunale del 13 settembre 1995, cause riunite T-244/93 e T-486/93, *TWD Textilwerke Deggendorf GmgH c. Commissione delle Comunità europee*.

[18] Sul tema del recupero degli aiuti di Stato cfr., *ex multis*, G. STROZZI, *Gli aiuti di stato,* in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'unione europea, Parte speciale*, p. 429 ss.; cfr. C. PINOTTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, 2000; A. SANTA MARIA (a cura di), *Concorrenza e aiuti di Stato. Un osservatorio sulla prassi comunitaria*, Torino, 2006; O. PORCHIA, *Il procedimento di controllo degli aiuti pubblici alle imprese. Tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Napoli, 2001; C. QUIGLEY, *European State Aid Law and Policy*, Oxford-Portland, 2009; M. AULENTA, *il recupero degli aiuti di Stato*, Bari, 2007; M. DONY, *Controle des aides d'Etat*, Bruxelles, 2007; L. COEN, *Aiuti illegali e obbligo di recupero tra diritto comunitario e diritto interno*, in L. DANIELE, S. AMADEO, C. SCHEPISI (a cura di), *Aiuti pubblici alle imprese e competenze regionali. Controllo comunitario e prassi interne*, Milano, 2003; B. NASCIMBENE, *Giudice nazionale, recupero di aiuti di Stato e rinvio pregiudiziale d'urgenza alla Corte di giustizia*, in *Corriere giuridico*, 2009, p. 858 ss.; A. TERRASI, *Aiuti di Stato: la questione del recupero degli aiuti illegalmente concessi*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, p. 1081 ss.; J. L. BURLADA ECHEVESTE, I.M. BURLADA ECHEVESTE, *La recuperación de ayudas de Estado ilegales*, in *Nueva Fiscalidad*, 2007, p. 23.

li circostanze sopramenzionate, ha ritenuto necessario predisporre un Quadro Temporaneo derogatorio della disciplina ordinaria in materia di aiuti di Stato[19]. Tale nuovo *Temporary Framework* trova applicazione per l'arco temporale che va dal 19 marzo 2020 al 31 dicembre 2020 ed è destinato unicamente a quelle imprese che non si trovassero "in difficoltà" al 31 dicembre 2019.

Lo strumento degli aiuti di Stato, come in più occasioni sottolineato dalla stessa Commissione, è fondamentale in una situazione di emergenza quale quella attuale, al fine di tutelare le imprese in generale e, segnatamente, quelle di piccole e medie dimensioni (PMI): infatti, tenuto conto della limitata entità delle risorse di bilancio dell'Unione, è inevitabile che la principale e più incisiva risposta alla crisi debba provenire dai bilanci degli Stati membri[20].

Per quanto riguarda, in concreto, le misure adottabili dagli Stati membri per garantire la liquidità e l'accesso ai finanziamenti per le imprese non finanziarie, la Commissione, dopo aver indicato le misure già esistenti e

[19] Si ricorda che in base all'art. 107, par. 1, TFUE "Sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza". Tuttavia, tale divieto di aiuti di Stato non è previsto dal Trattato in modo assoluto ed incondizionato; sono infatti state espressamente ammesse e individuate all'art. 107, par. 2 e 3, TFUE una serie di deroghe. Le deroghe si distinguono in deroghe operanti *de iure* (art. 107, par. 2, TFUE) e deroghe c.d. discrezionali (art. 107, par. 3, TFUE); per un approfondimento sulla disciplina degli aiuti di Stato cfr., tra gli altri, G. M. ROBERTI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Padova 1997; J. M. COMMUNIER, *Le droit communitaire des aides d'ètat*, Paris, 2000; L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2006; A. BIONDI, *Gli aiuti di Stato*, in A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, *La concorrenza*, Torino, 2006, p. 447 ss.; C. SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina degli aiuti di Stato. Il nuovo approccio della Commissione europea e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, Torino, 2011; A. PISAPIA, *Aiuti di Stato: profili sostanziali e rimedi giurisdizionali,* Padova, 2012; R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea,* Torino, 2017.

[20] Comunicazione della Commissione Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19, cit., punto 1.1.9; Bisogna considerare tuttavia che l'utilizzo dello strumento degli aiuti di Stato per rispondere alla crisi inevitabilmente può portare alla creazione di una situazione di disparità tra Stati, in considerazione del fatto che gli Stati membri presentano una capacità economica molto diversa tra loro e ciò può anche avere importanti riflessi negativi sulla integrità del mercato interno; sul punto A. LAMADRID, *A moment of Truth for the EU: a Proposal for a State Aid Solidarity Fund*, in *Chillin'Competition*, 31 marzo 2020; cfr. A. LAMADRID, *State Aid Asymmetries and the Covid-19 Outbreak - an Update and an Offer*, in *Chillin'Competition*, 19 maggio 2020; L. HORNKOHL, J. VAN'T KLOOSTER, *With Exclusive Competence Comes Great Responsibility: How the Commission's Covid-19 State Aid rules Increase Regional Inequalities within the EU*, in *VerfBlog*, 29 aprile 2020; così anche il commissario per la concorrenza Vestager, cfr. A. ROVAN, *Margrethe Vestager: "Il y a un énorme écart entre les pays de l'UE sur les aides d'État",* in *Le Figaro Online,* 17 maggio 2020, disponibile all'indirizzo internet lefigaro.fr/conjoncture/margrethe-vestager-il-y-a-un-enorme-ecart-entre-les-pays-de-l-ue-sur-les-aides-d-etat-20200517. Per ulteriori criticità insite nell'utilizzo dello strumento degli aiuti di Stato nel contesto emergenziale cfr. L. CALZOLARI, *L'influenza del covid-19 sulla politica di concorrenza: difese immunitarie o anche altro?*, in *SIDIBlog*, 26 aprile 2020.

disponibili in base alla disciplina ordinaria in materia di aiuti di Stato[21], chiarisce anche che l'epidemia di COVID-19 risulta idonea configurare un "evento eccezionale", tale per cui possono essere concessi aiuti ai sensi della deroga stabilita all'art. 107, par. 2, lett. *b*), TFUE[22]. La disposizione in questione contempla una deroga al divieto di aiuti di Stato, operante *de iure*, in base alla quale gli Stati membri possono concedere «aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali»[23], intervenendo al fine di indennizzare le imprese per i danni da queste subite a causa dell'epidemia in corso[24].

Delineate queste prime tipologie di aiuti già nella disponibilità degli Stati, la Commissione procede poi, all'interno della comunicazione del 19 marzo e delle successive comunicazioni di modifica[25], a descrivere le misure che costituiscono il nuovo Quadro Temporaneo che trova la sua base giuridica nella deroga di cui all'art. 107, par. 3, lett. *b*), TFUE[26] e che si

[21] Sul punto cfr. P. NICOLAIDES, *A new Temporary State Aid Framework to Fight the Effects of the Corona Virus,* in *Stateaidhub*, 20 marzo 2020; cfr. anche K. SOUKUP, J.M. CARPI BADIA, *Dg Comp & Coronavirus Crisis: Challenges for State Aid and Mergers,* in *Concurrences* (quarantine webinar series), 7 aprile 2020.

[22] Affinché un evento possa rientrare nel concetto di "evento eccezionale" secondo la Commissione è necessario che: *(i)* si tratti di un evento imprevedibile o comunque difficilmente prevedibile; *(ii)* presenti una portata significativa ed abbia un impatto economico notevole; *(iii)* che abbia carattere straordinario tale per cui differiscano nettamente la condizioni in cui il mercato opera normalmente. In merito alla deroga *de qua* cfr., ad esempio, S. BARIATTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario*, Milano, 1998, spec. p. 33 ss.; cfr. P. NICOLAIDES, *How to Make Good the Damage Caused by a Natural Disaster*, in *Stateaidhub*, 31 marzo 2020.

[23] È opportuno sottolineare che, nonostante si tratti di una deroga "automatica", la Commissione mantiene il potere di vigilanza e di controllo in ordine al rispetto delle condizioni stabilite dal Trattato per l'operatività della deroga stessa, infatti, le deroghe possono operare automaticamente solo in quanto la Commissione le abbia riconosciute come tali. Affinché le misure in questione possano essere autorizzate, la Commissione deve necessariamente verificare l'esistenza di un nesso causale diretto tra l'aiuto concesso a ciascun beneficiario e il danno arrecato dall'evento eccezionale e, inoltre, che le misure di aiuto siano limitate a quanto strettamente necessario per risarcire i danni, in modo tale da evitare qualsiasi forma di sovra-compensazione. Sul punto P. NICOLAIDES, *How to Make Good the Damage Caused by a Natural Disaster*, *op. cit*.

[24] Sul punto S. MICOSSI, *Il quadro temporaneo per gli aiuti di Stato a sostegno dell'economia nell'emergenza Covid-19*, in *Assonime*, circolare n. 5 del 10 aprile 2020, p. 14.

[25] Comunicazione della Commissione Quadro Temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19, cit.; comunicazione della Commissione Modifica del Quadro Temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza, cit.; Communication from the Commission Amendment to the Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak, cit.

[26] La deroga sui cui è fondato il Quadro – ovvero quella prevista all'art. 107, par. 3, lett. *b*), TFUE – è stata interpretata dalla Corte di giustizia nel senso che il "grave turbamento dell'economia" deve necessariamente colpire l'intero territorio dello Stato, non essendo sufficiente che interessi soltanto una parte di territorio o alcune regioni; una tale lettura è pienamente in linea con l'interpretazione rigorosa adottata fino ad oggi dalla Commissione sul punto. Dunque, nel caso di specie – considerato che le gravi conseguenze provocate dalla pandemia a livello economico interessano e colpiscono tutti gli Stati dell'Unione – *a fortiori* deve considerarsi applicabile la deroga in questione; cfr. sentenza della Corte di

caratterizza, in particolare, per una maggiore flessibilità e celerità[27] nella valutazione degli aiuti[28].

Sul punto, è importante precisare che un temporaneo ammorbidimento nelle posizioni della Commissione, in merito alla valutazione di compatibilità delle misure con il mercato, non sta affatto a significare una negazione dei principi di tutela della concorrenza ai quali la disciplina degli aiuti di Stato si ispira; infatti, se, da un lato, in un simile contesto emergenziale, è certamente prioritario sostenere concretamente le imprese e consentire la loro ripresa, dall'altro, rimane pur sempre centrale la necessità di preservare il mercato interno e di evitare la sua frammentazione. E proprio al fine di tutelare l'integrità del mercato comune – fattore che indubbiamente contribuisce ad una ripresa più rapida – è necessario che le misure di aiuto nazionali si inseriscano sempre all'interno del quadro coordinato e sulla base dei criteri predisposti dalla stessa Commissione[29].

giustizia, 19 luglio 2016, causa C-526/14, *Kotnik* punto 51; comunicazione della Commissione Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19, cit., punto 20; sul punto anche R. DANELLI, *Le novità disciplinari della Commissione europea in materia di aiuti di Stato alla luce dell'emergenza Covid-19*, in *Iusinitinere*, 29 aprile 2020; cfr. S. MICOSSI, *op. cit.*, p. 15.

[27] Le decisioni in merito agli aiuti potranno essere assunte entro pochi giorni dalla ricezione della notifica e, in determinati casi, anche entro ventiquattro ore. L'aspetto procedurale relativo all'attività di controllo della Commissione rappresenta un profilo di continuità con il quadro temporaneo elaborato nel contesto della crisi del 2008. cfr. P. WERNER, M. MAIER, *Procedure in crisis? Overview and Assessment of the Commission's State Aid Procedure During the Current Crisis*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2009.

[28] L'art. 107, par. 3, lett. *b*), TFUE prevede che possono considerarsi compatibili con il mercato interno "gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro"; una scelta simile a quella attuale fu compiuta dalla Commissione nel contesto della crisi finanziaria scoppiata nel 2008. Anche allora infatti, data la situazione emergenziale, la Commissione aveva ritenuto necessario adottare un approccio flessibile nella valutazione delle misure di aiuto nei confronti del settore bancario e per fare ciò aveva elaborato sei comunicazioni temporanee (cc.dd. *Crisis Communications*) fondate, anch'esse, sulla deroga di cui all'art. 107, par. 3, lett. *b*), TFUE. Prima di quel momento la deroga in questione era stata sempre oggetto di particolari cautele ed infatti aveva trovato una prima ed unica applicazione nel caso *Industria greca,* in cui la Commissione aveva autorizzato degli aiuti alle imprese greche per far fronte a una grave crisi economica che aveva avuto importanti conseguenze per lo Stato nel suo complesso; sul tema del quadro temporaneo elaborato in risposta alla crisi finanziaria del 2008 si vedano, *ex multis*, A. TONETTI, *La disciplina comunitaria e globale degli aiuti a favore del sistema bancario*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, p. 659 ss.; F. CROCI, *op.cit.*, p. 733 ss.; M. MARCUCCI, *Aiuti di Stato e stabilità finanziaria. Il ruolo della Commissione europea nel quadro normativo europeo sulla gestione delle crisi bancarie*, in M. CHITI, V. SANTORO, (a cura di) *L'unione bancaria europea*, Pisa, 2016, p. 291 ss.; V. GIGLIO, *Crisi finanziaria e aiuti di Stato alle banche in difficoltà,* in C. SCHEPISI (a cura di), *op. cit.*, p. 127 ss.; M. CLARICH, *Sostegno pubblico alle banche e aiuti di Stato*, in *Giurisprudenza Commerciale*, ottobre 2017, p. 705 ss.; per un breve confronto sulle risposte date dalla Commissione nel contesto della crisi del 2008 e quella attuale cfr. M. DEBROUX, *State aid & COVID-19: A Swift Response to a Massive Challenge*, in *Concurrences*, 16 aprile 2020.

[29] Sull'importanza di tutelare l'integrità del mercato interno nel contesto dell'emergenza cfr. M. MOTTA, M. PEREZ, *EU State Aid Policies in the Time of COVID-19*, in *VoxEU.org*, 18 aprile 2020.

All'interno della comunicazione del 19 marzo sono state individuate cinque tipologie di misure che gli Stati possono adottare al fine di fronteggiare l'emergenza: *(i)* aiuti sotto forma di sovvenzioni dirette, anticipi rimborsabili o agevolazioni fiscali; *(ii)* aiuti sotto forma di garanzie sui prestiti; *(iii)* aiuti sotto forma di tassi di interesse agevolati per i prestiti; *(iv)* aiuti sotto forma di garanzie e prestiti veicolati tramite enti creditizi o altri enti finanziari; *(v)* assicurazione del credito all'esportazione a breve termine.

A queste prime, la comunicazione di modifica del 3 aprile ne ha poi aggiunte ulteriori cinque, al fine, in particolare, di accelerare la ricerca, la sperimentazione e la produzione di prodotti connessi all'epidemia, oltre che di tutelare posti di lavoro e di sostenere l'economia[30].

Le ultime due Comunicazioni di modifica del Quadro – risalenti all'8 maggio 2020 e al 29 giugno 2020 – hanno poi previsto, rispettivamente, delle specifiche disposizioni in merito alle misure di ricapitalizzazione per le imprese[31] e un'ulteriore estensione del Quadro Temporaneo per potenziare il sostegno alle microimprese, alle piccole imprese e alle *start-up* e incentivare gli investimenti privati.

3. A fronte delle novità introdotte dalla Commissione in materia di aiuti di Stato, appena descritte, il legislatore italiano è intervenuto tempestivamente al fine di predisporre varie misure a sostegno delle imprese e dell'economia dello Stato.

Sul punto è importante premettere che, dopo la Cina, l'Italia è stato uno dei primi Paesi nel panorama mondiale ad essere gravemente colpito dalla pandemia, trovandosi così ad essere il primo Stato membro dell'UE a dover fronteggiare e gestire gli imprevisti effetti dirompenti dell'emergenza[32]. L'improvvisa ed irrefrenabile diffusione del virus e la conseguente necessità di contenerne l'espansione con l'adozione di misure restrittive hanno infatti costretto le autorità nazionali di governo ad adottare, in tempi estremamente ridotti, una serie di provvedimenti in materia economica

[30] Si tratta di: *(i)* misure di sostegno per le attività di ricerca e sviluppo connesse al coronavirus; *(ii)* misure di sostegno alla costruzione e all'ammodernamento di impianti di prova; *(iii)* misure di sostegno alla produzione di prodotti per far fronte alla epidemia; *(iv)* misure selettive sotto forma di differimento delle imposte e/o dei contributi previdenziali; *(v)* misure selettive sotto forma di sovvenzioni per il pagamento dei salari.

[31] Communication from the Commission Amendment to the Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak, cit., punto 44 ss. Per un approfondimento sulla comunicazione di modifica dell'8 maggio e, in particolare, sul regime relativo alle misure di ricapitalizzazione F. LAPRÉVOTE, G. C. RIZZA, V. BLANC, *European Union: The European Commission Relaxes State Aid Rules For COVID-19-related Recapitalizations*, in *Mondaq Business Briefing*, 15 maggio 2020.

[32] Si ricorda che, in data 31 gennaio 2020, il Consiglio dei Ministri del Governo italiano ha deliberato lo "stato di emergenza nazionale" per la durata di sei mesi, in conseguenza del rischio sanitario connesso alla diffusione dell'epidemia, come previsto e disciplinato all'art. 24 del d.lgs. n. 1 del 2018.

che risultavano urgenti e necessari al fine di sostenere sia, da un lato, le strutture sanitarie – costantemente messe a dura prova – sia, dall'altro, le imprese, i lavoratori e le famiglie.

Tra i provvedimenti adottati vi è innanzitutto, come anticipato, il decreto "Cura Italia", approvato dal Consiglio dei Ministri il 28 febbraio 2020, con molto anticipo, dunque, rispetto alla pubblicazione del Quadro temporaneo elaborato dalla Commissione il successivo 19 marzo. Il decreto in questione rappresenta la prima risposta italiana alla crisi derivante dalla diffusione della COVID-19 e prevede, tra l'altro[33], all'interno dei titoli III e IV, una serie di misure specificamente destinate a sostenere le imprese. Di seguito, per esigenze di sintesi, si darà conto di quelle maggiormente rilevanti[34].

Il titolo III del decreto disciplina le misure a sostegno della liquidità attraverso il sistema bancario e si apre con l'art. 49[35], nel quale, derogando la disciplina ordinaria[36], viene stabilito che per la durata di nove mesi è potenziato ed esteso il margine di intervento per il Fondo di garanzia a favore delle piccole e medie imprese[37]. In questo modo ogni singola impresa interessata può ricevere fino a 5 milioni di euro in garanzie.

Ancora, rilevante è la disposizione contenuta nell'art. 56 che ha riguardo alle misure di sostegno finanziario alle micro, piccole e medie imprese colpite dall'epidemia di COVID-19[38]. Viene stabilita, in particolare, una moratoria straordinaria sui prestiti, rivolta non soltanto alle piccole e medie imprese ma anche ai professionisti e alle ditte individuali operanti sul terri-

[33] Il decreto "Cura Italia" prevede una serie di misure volte a contenere in maniera efficace gli effetti della crisi di natura socioeconomica, connessa all'emergenza determinata dalla diffusione della COVID-19. Le principali misure ivi previste sono quelle che riguardano: il potenziamento del Servizio sanitario nazionale, della protezione civile e della sicurezza; il sostegno al mondo del lavoro pubblico e privato ed a favore delle famiglie e delle imprese; le disposizioni in materia di giustizia, di trasporti, per i settori agricolo e sportivo, dello spettacolo e della cultura, della scuola e dell'università; la sospensione degli obblighi di versamento per tributi e contributi, di altri adempimenti e incentivi fiscali; sul punto *Cura Italia, misure a sostegno di famiglie, lavoratori e imprese, Presidenza del Consiglio dei Ministri*, disponibile all'indirizzo internet governo.it/it/curaitalia-misure-economiche.

[34] Per una ricostruzione completa delle misure adottate dal legislatore italiano nel Decreto "Cura Italia" cfr. L. CERIONI, *I decreti "Cura Italia" (d.l. n. 18/2020) e "liquidità" (d.l n. 23/2020) nel contesto delle comunicazioni della Commissione europea*, in *Salvisjuribus*, 20 aprile 2020.

[35] Successivamente abrogato e sostituito dall'art. 13 del Decreto "Liquidità".

[36] La disciplina ordinaria è prevista all'art. 2, comma 100, lett. *a*), della legge 23 dicembre 1996, n. 662.

[37] Il Fondo Centrale di Garanzia è stato istituito con la l. n. 662/96 al fine di sostenere le PMI agevolando il loro accesso al credito. Operante dal 2000, il Fondo permette alle imprese in possesso di determinati requisiti di ottenere un finanziamento contando unicamente sulla garanzia statale, senza bisogno dunque di ulteriori fidejussioni o polizze assicurative.

[38] Per un'analisi critica e approfondita dell'art. 56 in esame cfr. G. AMATO, D. CAMPO, *Le misure a sostegno delle imprese nel Decreto Cura Italia e nel Decreto Liquidità*, in *Diritto Bancario*, 8 maggio 2020.

torio italiano a condizione, tuttavia, che non presentino, all'entrata in vigore del decreto, esposizioni classificate *a sofferenza o a inadempienza probabile* (cc.dd. crediti deteriorati). La moratoria in questione consiste nella sospensione fino al 30 settembre 2020 del pagamento delle scadenze debitorie contratte nei confronti del sistema creditizio, ovvero di banche, intermediari finanziari e altri soggetti abilitati alla concessione del credito.

In ultimo, è poi opportuno menzionare anche il successivo art. 57 che stabilisce misure di supporto alla liquidità delle imprese colpite dall'emergenza epidemiologica mediante meccanismi di garanzia. In particolare, si prevede la concessione di garanzie statali sulle esposizioni di Cassa depositi e prestiti S.p.A. in favore delle banche e degli altri soggetti autorizzati all'esercizio del credito che concedono finanziamenti sotto qualsiasi forma alle imprese che hanno sofferto una riduzione del fatturato a causa della citata emergenza. La garanzia pubblica in questione è rilasciata fino ad un massimo dell'ottanta per cento dell'esposizione assunta.

In aggiunta alle misure previste dal decreto "Cura Italia", in data 6 aprile 2020 il Consiglio dei Ministri ha approvato il decreto "Liquidità" con il quale viene rafforzato ulteriormente il regime delle garanzie pubbliche per facilitare l'accesso al credito[39].

Le norme di carattere finanziario in tema di garanzie pubbliche sono contenute negli articoli da 1 a 13[40]. In particolare, nel decreto in questione, al fine di potenziare quanto già previsto nel decreto "Cura Italia", vengono individuati due soggetti incaricati di fornire supporto alle imprese facilitando la concessione di finanziamenti: SACE S.p.A.[41] (art. 1) e il Fondo Centrale PMI (art. 13).

Quanto agli interventi del Fondo Centrale, l'art. 13 abroga e sostituisce l'art. 49 del decreto "Cura Italia", ampliandone la portata. Viene previsto che fino al 31 dicembre 2020 le garanzie del Fondo Centrale verranno concesse a titolo gratuito, estendendone sia l'importo massimo garantito che i beneficiari; in particolare, l'importo massimo per singola impresa è elevato a 5 milioni di euro e sono ammesse alla garanzia le imprese che abbiano un numero di dipendenti non superiore a 499, indipendentemente dal fatturato e dagli attivi di bilancio. In ultimo, è stato previsto per i prestiti fino a

[39] Per un'analisi approfondita delle misure introdotte con il Decreto "Liquidità" cfr. L. CERIONI, *I decreti "Cura Italia" (d.l. n. 18/2020) e "liquidità" (d.l. n. 23/2020) nel contesto delle comunicazioni della Commissione europea*, *op. cit.*

[40] La scelta del legislatore italiano di utilizzare lo strumento delle garanzie (facendo leva, dunque, sull'indebitamento delle imprese) per fronteggiare la crisi di liquidità è stata oggetto di numerose critiche e perplessità; sul punto G. AMATO, D. CAMPO, *op. cit.* che riportano che una tale scelta "rischia di procrastinare una condizione già di per sé critica, creando un *vulnus* nel mercato".

[41] SACE S.p.A. è una società per azioni del gruppo italiano Cassa Depositi e Prestiti, specializzata nel settore assicurativo-finanziario.

25 mila euro per professionisti e PMI che l'intervento del Fondo copre il 100% del finanziamento senza che debba venire effettuata, ai fini della concessione della garanzia, la valutazione del merito di credito. La garanzia è concessa automaticamente e il prestito può essere erogato dalla banca senza necessità di attendere la risposta del Fondo. Non potranno poi avere accesso alle garanzie del Fondo le imprese le cui posizioni sono classificate come *sofferenze,* dal momento che tale classificazione farebbe intendere una crisi finanziaria originata in un momento precedente a quello della emergenza; per la medesima ragione sono poi escluse anche le imprese che al 31 gennaio 2020 presentassero *inadempienze probabili*.

Oltre che con la previsione delle garanzie del Fondo Centrale, il legislatore italiano è intervenuto poi, come anticipato, con il nuovo strumento della "Garanzia Italia" che vede il coinvolgimento di SACE S.p.A. Si tratta di un intervento di 200 miliardi di euro finalizzato a garantire liquidità sia alle grandi imprese che alle PMI, oltre che ai lavoratori autonomi e ai liberi professionisti titolari di partiva IVA, a condizione, tuttavia, che questi ultimi tre abbiano utilizzato tutto il *plafond* a loro disposizione presso il Fondo Centrale. In particolare, l'intervento consiste nella concessione, fino al 31 dicembre 2020, di garanzie per il rilascio di finanziamenti a favore dei soggetti sopra menzionati che siano stati colpiti dall'epidemia COVID-19. La garanzia non è rilasciata a titolo gratuito ma sono previste delle commissioni annuali dovute dalle imprese (art. 1, c. 2, lett. *e*)) ed è sottoposta a una serie di condizioni espressamente individuate.

Le misure sopra descritte sono state poi autorizzate dalla Commissione in data 14 aprile 2020[42].

L'ultimo, in linea temporale, degli interventi realizzati dal legislatore italiano è rappresentato, come noto, dal decreto "Rilancio" del 19 maggio 2020, nel cui titolo III vengono previste ulteriori misure a sostegno delle imprese. Rilevanti, ai fini del presente lavoro, risultano essere soprattutto le disposizioni contenute nei capi I e II: il primo è dedicato alla disciplina delle diverse misure di sostegno adottabili a favore delle imprese, mentre il

[42] Il Commissario per la concorrenza Margrethe Vestager ha dichiarato: "Questo schema consentirà all'Italia di sostenere i lavoratori autonomi, le PMI e le società a media capitalizzazione colpite dall'epidemia di Coronavirus attraverso la concessione di garanzie statali. Insieme all'altro schema italiano per sostenere l'economia italiana nel contesto dell'epidemia di coronavirus, che riguarda le aziende più grandi, aiuterà le piccole imprese a coprire i loro investimenti immediati e le esigenze di capitale circolante, in modo che possano continuare le loro attività durante e dopo l'epidemia. Mettere in atto le necessarie misure nazionali di sostegno in modo tempestivo, coordinato ed efficace, in linea con le norme dell'Ue, è di fondamentale importanza in questi tempi difficili"; sul punto cfr. F. MASSARO, *Decreto Liquidità, via libera della UE. Le banche ora possono dare i prestiti*, in *Corriere della sera*, 14 aprile 2020, disponibile all'indirizzo internet corriere.it/economia/finanza/20_aprile_14/decreto-liquidita-via-libera-ue-banche-ora-possono-dare-prestiti-93615f68-7e24-11ea-9d1e-3b71f043fc58.shtml.

secondo prevede disposizioni in merito agli aiuti concedibili alle imprese sulla base del Quadro temporaneo delineato nelle comunicazioni della Commissione[43].

Anche il regime di aiuti predisposto nel decreto "Rilancio" è stato approvato dalla Commissione con decisione del 21 maggio 2020[44].

Come anticipato, tra le misure introdotte dal legislatore italiano nel contesto delle risposte all'emergenza in atto, vi è una rilevante novità di carattere procedurale, adottata in assenza di indicazioni da parte della Commissione, sulla quale pare opportuno concentrare l'attenzione. Si tratta, in particolare, della sospensione – prevista all'art. 53 del decreto "Rilancio" – della c.d. "clausola *Deggendorf*" a favore delle imprese colpite dall'emergenza, in deroga all'art. 46 della legge n. 234 del 24 dicembre 2012.

Nei paragrafi seguenti, dopo aver ricordato l'origine e le funzioni di tale clausola, che è espressione di un principio fondamentale in materia di aiuti di Stato e che è stata "codificata", come si vedrà, nell'ordinamento nazionale, si analizzeranno le ragioni che hanno spinto il legislatore italiano a prevedere la sua sospensione, valutando la conformità di tale scelta al quadro normativo dell'Unione e nazionale.

4. Come si è anticipato, la "clausola *Deggendorf*" vieta l'erogazione di nuovi aiuti di Stato alle imprese che debbano restituire aiuti precedentemente ricevuti e dichiarati illegali e incompatibili dalla Commissione.

Tale clausola non trova origine all'interno di una fonte normativa scritta: essa discende piuttosto da un principio di carattere giurisprudenziale, affermato per la prima volta dall'allora Tribunale di primo grado (oggi Tribunale dell'Unione europea) nella sentenza *Deggendorf* del 1995[45].

[43] Per una ricostruzione delle misure di aiuto cfr. R. CAFARI PANICO, *Le misure di aiuto di Stato previste dal D.L. Rilancio*, in *Fieldfisher*, 27 maggio 2020; cfr. *Decreto Rilancio. Sostegno alle imprese e aiuti di Stato*, in *Assonime*, 29 maggio 2020.

[44] Cfr. decisione della Commissione, State aid SA.57021 (2020/n, ex 2020/PN) – Italy – COVID19 *Regime Quadro,* Bruxelles, 20 maggio 2020, COM (2020) 3482 final.

[45] Sentenza *Deggendorf*, cit. I fatti all'origine della sentenza risalgono al periodo 1981-1983 quando la ricorrente, TWD Textilwerke Deggendorf GmbH (in prosieguo: la "TWD"), società attiva nel settore delle fibre sintetiche, riceveva aiuti di Stato inizialmente non notificati, consistenti in una sovvenzione pari a 6,12 milioni di machi tedeschi e in un prestito agevolato pari a 11 milioni di marchi tedeschi. A seguito della tardiva notifica, la Commissione dichiarava i suddetti aiuti illegali e incompatibili e ne ordinava la restituzione. Il ministero federale dell'economia tedesco revocava dunque gli aiuti alla TWD e questa impugnava la revoca davanti al giudice amministrativo tedesco. Nel 1989 la Germania notificava alla Commissione un nuovo progetto di aiuti a favore della TWD, comprendenti una sovvenzione di 4,52 milioni di marchi tedeschi e la concessione di due prestiti agevolati pari, rispettivamente, a 6 e 14 milioni di marchi tedeschi. La Commissione, all'art. 2 della sua decisione, stabilisce che gli aiuti notificati sono compatibili con il mercato interno ma che le autorità tedesche erano tenute a sospenderne il versamento finché non avessero ot-

La controversia vedeva contrapposti, da un lato, la società Textilwerke Deggendorf GmbH (in prosieguo "la TWD") e, dall'altro, la Commissione. In particolare, la causa traeva origine dai ricorsi per annullamento proposti dalla TWD avverso due decisioni della Commissione, nelle quali era stato stabilito che il versamento a favore della TWD di nuovi aiuti di Stato – ancorché compatibili con il mercato interno – avrebbe dovuto essere sospeso finché non fossero stati restituiti gli aiuti a questa concessi in precedenza e successivamente dichiarati illegali e incompatibili dalla Commissione[46].

La ricorrente TWD deduceva vari motivi a sostegno dei due ricorsi per annullamento, poi raggruppati dal Tribunale in quattro motivi. Il Tribunale ha respinto i ricorsi sulla scorta di vari ordini di considerazioni. In particolare, rilevano, ai fini del presente contributo, le argomentazioni utilizzate per rigettare il primo dei quattro motivi, che aveva ad oggetto l'incompetenza della Commissione riguardo alla decisione di sospendere il versamento degli aiuti e la violazione dei principi in materia di ripartizione delle competenze tra la Comunità e gli Stati membri.

I giudici si esprimevano nei seguenti termini: "La Commissione resta nei limiti delle proprie competenze quando, chiamata a decidere in merito a un progetto di aiuto che uno Stato membro intende concedere a un'impresa, emana una decisione mediante la quale si autorizza detto aiuto, ai sensi dell' art. 92, n. 3, lett. *c*), del Trattato [attuale art. 107, par. 3, lett. *c*), TFUE], ma se ne proibisce il versamento finché l'impresa non abbia restituito un aiuto ricevuto in precedenza la cui illiceità, dovuta al tempo

tenuto la restituzione dei precedenti aiuti dichiarati incompatibili. A fronte di tale decisione la TWD ha proposto, nel 1991, un ricorso alla Corte di giustizia per ottenerne l'annullamento. Nel frattempo, le autorità tedesche notificavano alla Commissione un terzo progetto di aiuti a favore della TWD ed anche in questo caso, all'art. 2 della sua decisione, la Commissione subordinava il versamento degli aiuti al recupero di quelli dichiarati incompatibili. A fronte di tale decisione il governo tedesco proponeva ricorso alla Corte di giustizia per ottenerne l'annullamento, nello stesso senso procedeva poi la TWD. Le due cause rispettivamente promosse sono state poi riunite con ordinanza ai fini della fase orale e della sentenza. A seguito poi della decisione del Consiglio dell'8 giugno 1993, che modifica la decisione istitutiva del Tribunale di primo grado delle Comunità europee, la Corte ha disposto la separazione delle cause e ha rinviato quelle promosse dalla TWD al Tribunale. Queste ultime sono state iscritte al ruolo con i numeri di causa T- 244/93 e T-486/93. La Corte ha poi sospeso i procedimenti pendenti fino alla pronuncia della sentenza del Tribunale nelle cause sopra citate. Per una puntuale analisi della sentenza in esame cfr. A. E. PÉREZ, *La jurisprudencia Deggendorf come medio de forzar la recuperación de las ayudas ilegales*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2018, p. 198 ss.; cfr. P. WOOLFSON, *Aides d'Etat: la Cour de justice européenne tranche en faveur de la sécurité juridique*, in *LesEchos*, 17 maggio 1994, disponibile all'indirizzo internet lesechos.fr/1994/05/aides-detat-la-cour-de-justice-europeenne tranche-en-faveur-de-la-securite-juridique-882271

[46] Decisione della Commissione 26 marzo 1991, 91/391/CEE, relativa agli aiuti concessi dal governo tedesco alla Textilwerke Deggendorf GmbH impresa produttrice di filo poliammidico e poliestere situata a Deggendorf (Baviera); Decisione della Commissione 18 dicembre 1991, 92/330/CEE, riguardante aiuti della Repubblica federale di Germania alla società Textilwerke Deggendorf GmbH.

stesso a mancanza di comunicazione previa e ad incompatibilità con il mercato comune, sia stata accertata con una decisione della Commissione divenuta inoppugnabile"[47].

Infatti, secondo i giudici di Lussemburgo, il potere di prescrivere la modifica di un aiuto, che il Trattato – all'allora art. 93, par. 2 (attuale art. 108, par. 3, TFUE) – attribuisce alla Commissione, presuppone imprescindibilmente che questa possa adottare una decisione con la quale stabilisce le condizioni necessarie a garantire che non si verifichino alterazioni degli scambi in misura contraria al comune interesse. Il rischio di alterazioni deve essere valutato dalla Commissione tenendo conto di tutti gli elementi rilevanti, tra i quali certamente vi è l'eventuale effetto cumulato del nuovo aiuto e della mancata restituzione del precedente aiuto illecito. Ad avviso del Tribunale, quindi, ponendo una simile condizione, la Commissione non si è servita di una procedura non prevista dal Trattato per ottenere la restituzione dell'aiuto illecito precedentemente erogato alla TWD, ma ha soltanto – legittimamente e correttamente – fatto sì che l'aiuto progettato non producesse conseguenze tali da renderlo incompatibile con il mercato interno.

Il Tribunale chiarisce, altresì, che la Commissione, subordinando il versamento di un aiuto alla previa restituzione da parte dell'impresa di aiuti dichiarati illeciti e incompatibili con decisione divenuta inoppugnabile, non ha violato la ripartizione delle competenze tra la (allora) Comunità e gli Stati membri. E ciò, a prescindere dall'esistenza, nel diritto nazionale tedesco che disciplina il recupero degli aiuti, di un principio che tutela il legittimo affidamento[48], invocato dall'impresa davanti al giudice nazionale, e di una norma procedurale che, in materia di revoca di atti amministrativi, fissa un termine che risulta essere superato nel caso di specie.

Infatti, in primo luogo, la Commissione non può essere costretta, per il

[47] Sentenza *Deggendorf*, cit., punto 56.

[48] Il principio del legittimo affidamento, peraltro, è riconosciuto e tutelato anche nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea. Questo, tuttavia, non è espressamente contemplato nei Trattati; il suo riconoscimento come principio cardine del diritto europeo è da imputare infatti alla attività della Corte di giustizia, la quale, con la sentenza *Töpfer* del 3 maggio 1978, ha per la prima volta sancito che il principio della tutela dell'affidamento fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario (Sentenza del 3 maggio 1978, causa C-12/77). Per un approfondimento sul punto cfr., *ex multis*, S. BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012; E. CASTORINA, *«Certezza del diritto» e ordinamento europeo: riflessioni attorno ad un principio «comune»*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1998; P. MENGOZZI, *Da un case by case balance of interests a un two step analysis approach nella giurisprudenza comunitaria in tema di tutela del legittimo affidamento*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Milano, 1998; L. VAGNI, *La regola dell'affidamento nel diritto comune europeo*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 2013, p. 573; M. BACCI, *l'evoluzione del principio del legittimo affidamento nel diritto dell'unione europea e degli stati membri*, disponibile all'indirizzo internet masterdirittoprivatoeuropeo.it/wp-content/uploads/2015/06/MASSIMO-BACCI.pdf.

solo fatto che esiste una controversia dinnanzi ai giudici nazionali, ad autorizzare il versamento di un aiuto che, se cumulato con precedenti aiuti non rimborsabili, sarebbe incompatibile con il mercato comune. In secondo luogo, le norme nazionali che tutelano il legittimo affidamento e che stabiliscono un termine per la revoca, non possono trovare applicazione in modo da rendere impossibile il recupero degli aiuti.

Il principio così sancito dal Tribunale nella sentenza in esame ha trovato poi ulteriore conferma nella successiva pronuncia resa dalla Corte di giustizia in sede di impugnazione[49].

La c.d. clausola *Deggendorf*, che dal predetto principio discende, risponde alle logiche a cui si ispira il recupero degli aiuti incompatibili, che è volto a ripristinare le condizioni di concorrenza falsate dall'erogazione di un aiuto illegale e incompatibile. Perciò, se un'impresa ha ricevuto aiuti e, dopo essere stata intimata a farlo, non li ha restituiti, non potrà beneficiare di altri aiuti fintantoché permarrà l'inadempimento. La clausola, dunque, non riguarda in alcun modo la valutazione di compatibilità del nuovo aiuto, che dipende da elementi intriseci ed obiettivi dello stesso, ma concerne esclusivamente l'erogazione dell'importo, che è sospesa sino all'adempimento dell'obbligo di restituzione dell'aiuto precedente[50].

Se, dunque, lo scopo ultimo del recupero degli aiuti dichiarati illegittimi è quello di ripristinare lo *status quo ante,* eliminando un vantaggio indebito di cui abbia usufruito un'impresa nei confronti dei suoi concorrenti, la funzione fondamentale del principio *Deggendorf* risulta evidente: esso mira ad impedire il verificarsi di un arricchimento senza causa e, così, ad evitare che – per effetto del cumulo di un precedente aiuto illegale e non restituito con uno nuovo, seppur compatibile – un'impresa possa ottenere un vantaggio indebito ed eccessivo, di portata tale da alterare le condizioni degli scambi intracomunitari in misura che risulti essere contraria al comune interesse[51].

[49] Sentenza della Corte di giustizia del 15 maggio 1997, causa C-355/95 P, *Textilwerke Deggendorf GmbH (TWD) c. Commissione*, punto 25 ss.

[50] Sul punto C. E. BALDI, *op. cit*, p. 175 ss. L'autore qualifica la clausola *Deggendorf* come una clausola sospensiva della liquidazione degli aiuti, non mancando di sottolineare come sulla natura e sull'applicazione di tale clausola ci sia stata per molto tempo incertezza nonostante la chiarezza espositiva delle disposizioni in merito. Infatti, si riporta, molti hanno ritenuto che la clausola rappresentasse una condizione di ammissibilità, spostando la verifica al momento della domanda, o, ancora, che fosse rilevante ai fini della concessione; cfr. L. SALVINI, *Aiuti di Stato in materia fiscale,* Padova, 2007, p. 417 ss.; L. DEL FEDERICO, *Tutela del contribuente ed integrazione giuridica europea*, Milano, 2007, p. 211 ss.

[51] Così, decisione della Commissione 26 marzo 1991, 91/391/CEE, relativa agli aiuti concessi dal governo tedesco alla Textilwerke Deggendorf GmbH (Baviera), cit., parte V, "considerando" 7; si deve considerare che, in base alla giurisprudenza della Corte, quando la Commissione è chiamata ad esaminare la compatibilità di un aiuto con il mercato comune, essa deve prendere in considerazione tutti gli elementi pertinenti, ivi compreso il contesto già eventualmente esaminato in una decisione precedente, oltre che gli obblighi che tale decisione precedente ha potuto imporre ad uno Stato membro; sul punto P. NICO-

In applicazione del principio in esame, la Commissione, in sede di valutazione dei nuovi aiuti, condiziona ormai sistematicamente la sua eventuale valutazione positiva all'assunzione, da parte degli Stati membri, del c.d. "impegno *Deggendorf*", diventato in questo modo prassi comune presso le amministrazioni statali. L'impegno che ciascuno Stato è chiamato ad assumersi consiste quindi, in concreto, nel subordinare il versamento degli aiuti alla preventiva verifica che i soggetti destinatari non abbiano ricevuto in precedenza aiuti dichiarati illegittimi o incompatibili, per i quali è pendente un ordine di recupero[52].

La prassi della Commissione applicativa di tale principio ha portato nel tempo alla sua definitiva "codificazione" scritta, sia pure in atti atipici, (almeno) formalmente non vincolanti. Si tratta, in primo luogo, della comunicazione della Commissione del 2007 sul recupero degli aiuti di Stato illegali[53] e, successivamente, della Comunicazione del 2019 che sostituisce la precedente[54]. Quest'ultima, al punto 159 ricorda sinteticamente il principio affermato nella causa *Deggendorf*. Al successivo punto 160 della medesima comunicazione del 2019, la Commissione rammenta altresì che: "Qualora persone fisiche o giuridiche, giuridicamente distinte, costituiscano un'unità economica, occorre considerarle una sola impresa ai fini del diritto dell'Unione europea in materia di concorrenza. In questi casi, ai fini della valutazione dell'effetto di cumulo degli aiuti precedenti con i nuovi aiuti previsti, la Commissione deve considerare il gruppo di cui fa parte il beneficiario dell'aiuto".

Con tale affermazione la Commissione ha inteso recepire la giurisprudenza della Corte, e, in particolare, quanto affermato nella sentenza *ACEAElectrabel* del Tribunale del 2009[55]. Nel caso *ACEAElectrabel*, la Com-

LAIDES, *No New Aid to Undertakings that Have not yet Repaid Incompatible Aid*, in *Stateaidhub*, 19 maggio 2020.

[52] Sul punto P. PIRODDI, *La procedura della Commissione relativa agli aiuti di Stato illegali e l'obbligo di recupero*, in L. PACE (a cura di) *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, p. 582 ss.; è opportuno precisare che il mancato recupero del primo aiuto, dichiarato illegale e incompatibile, non osta alla dichiarazione di compatibilità del nuovo aiuto, ma giustifica la sospensione della sua erogazione fino all'integrale restituzione del primo.

[53] Comunicazione della Commissione, UE 2007/C272/05, verso l'esecuzione effettiva delle decisioni della Commissione che ingiungono agli Stati membri di recuperare gli aiuti di Stato, punti da 75 a 78.

[54] Comunicazione della Commissione C/2019/5396, sul recupero degli aiuti di Stato illegali e incompatibili, punti da 159 a 160.

[55] Sentenza del Tribunale dell'8 settembre 2009, causa T-303/05, *ACEAElectrabel Produzione SpA c. Commissione delle Comunità europee*. La controversia pendente di fronte al Tribunale verteva sulla richiesta di annullamento da parte della ricorrente, ACEAElectrabel Produzione S.p.A., di una decisione della Commissione. La ricorrente era una società di produzione di energia elettrica, controllata dall'ACEAElectrabel Holding S.p.A., una joint venture creata dall'ACEA S.p.A. e dall'Electrabel SA per operare nel settore dell'energia elettrica e del gas. Gli accordi di costituzione dell'ACEAElectrabel holding S.p.A. prevedevano che l'ACEA S.p.A. trasferisse alla ricorrente due impianti di produzione

missione, in virtù del potere discrezionale che le è attribuito dai Trattati in materia, a seguito di una serie di puntuali considerazioni, sosteneva che le imprese coinvolte nella concessione degli aiuti costituissero un'unità economica tale per cui il gruppo stesso, di cui entrambe facevano parte, doveva considerarsi quale beneficiario dell'aiuto.

Da quanto affermato nella sentenza *ACEAElectrabel,* nella quale il Tribunale, rigettando il ricorso, accoglieva e confermava gli argomenti avanzati dalla Commissione, si è dedotta dunque l'applicabilità del principio *Deggendorf* all'aiuto concesso ad un'impresa facente parte dello stesso gruppo di cui fa parte un'impresa che non ha provveduto a restituire un aiuto illegale e incompatibile.

La questione in esame assume rilevanza ai fini del presente lavoro se si considera che la sospensione dell'obbligo *Deggendorf* stabilita dal legislatore italiano nel decreto "Rilancio" riguarda certamente anche i gruppi di imprese. Dunque, il fatto che un'impresa abbia ricevuto aiuti dichiarati illegali e incompatibili, senza averli successivamente restituiti, non osterebbe, in virtù della temporanea sospensione dell'obbligo, al fatto che un'altra impresa appartenente al medesimo gruppo della prima, possa ricevere nuovi aiuti nell'attuale contesto emergenziale.

Infine, è opportuno affrontare un'ultima questione inerente al principio in esame, che riguarda, in particolare, il suo rapporto con la regola *de minimis.* Sul punto è necessario fare chiarezza, dal momento che risulta controverso se la clausola *Deggendorf* debba, o meno, trovare applicazione anche rispetto agli aiuti concessi in regime c.d. *de minimis,* ovvero quegli aiuti il cui importo non supera l'importo di 200.000 euro in tre anni. La clausola *Deggendorf* è stata infatti spesso applicata anche agli aiuti *de minimis* da parte delle amministrazioni statali, benché si tratti di un aspetto non chiaro, in relazione al quale sarebbe opportuno svolgere un'attenta riflessione[56]. Se la *ratio* del principio è quella di impedire un'alterazione

termoelettrici e cinque centrali idroelettriche, laddove l'Electrabel avrebbe conferito una serie di progetti per la costruzione di impianti. Nel gennaio del 2002 l'Italia notificava alla Commissione due progetti di aiuto all'investimento. Con lettera del 13 maggio 2003 la Commissione notificava la sua decisione, con la quale qualificava compatibile l'aiuto del secondo progetto ad avviava rispetto al primo il procedimento di indagine formale, ritenendo che dovesse essere applicata la giurisprudenza *Deggendorf*. Sul punto cfr. A. E. PÉREZ, *op. cit*., p. 202 ss.; cfr. T. JORIS, *The Concept of an "Economic Unit" in State Aid Matters and the Deggendorf Principle*, *in European State Aid Law Quarterly*, 2012, p. 149 ss.; M. CYNDECKA, *The Market Economy Investor Test in EU State Aid Law: Applicability and Application,* Alphen aan den Rijn, 2016, p. 320 ss.

[56] Sul punto C. E. BALDI, *op. cit.*, p. 180. L'autore riporta che, in base alla citata giurisprudenza *Deggendorf* della Corte, è facoltà della Commissione in virtù del suo potere discrezionale, imporre tale clausola sospensiva; dunque, la sua previsione da parte di una amministrazione sarà legittimata – dal punto di vista della compatibilità con la disciplina degli aiuti – soltanto da una decisione di autorizzazione o da un regolamento di esenzione per categoria che espressamente contenga tale condizione. Dal momento che nessun regolamento di esenzione per categoria (ad eccezione del regolamento n. 800/2006) contiene una

delle condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse, dovrebbe ritenersi rilevante l'eventuale effetto distorsivo del cumulo; aiuti di scarsa entità, come sono per definizione gli aiuti in esame, non dovrebbero dunque sollevare dubbi in questo senso. Da ciò si dovrebbe ragionevolmente dedurre che le amministrazioni statali concedenti aiuti *de minimis* non dovrebbero richiedere alle imprese beneficiarie la dichiarazione *Deggendorf* in aggiunta alla dichiarazione *de minimis*[57].

La clausola è poi stata inserita dalla Commissione all'interno dell'art. 1 del Regolamento generale di esenzione per categoria del 2014[58], nel quale è previsto che le esenzioni da esso introdotte non si applicano: (*a*) ai regimi di aiuti che non escludono esplicitamente il pagamento di aiuti individuali a favore di un'impresa destinataria di un ordine di recupero pendente per effetto di una precedente decisione della Commissione che dichiara un aiuto illegale e incompatibile con il mercato interno, ad eccezione dei regimi di aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati da determinate calamità naturali; (*b*) agli aiuti *ad hoc* a favore delle imprese che si trovino nella situazione testé descritta. Dunque, in base a tale disposizione risulta che il principio *Deggendorf* non trova applicazione nei casi di indennizzo dei danni derivanti da calamità naturale.

5. Con riguardo all'ordinamento italiano, la clausola *Deggendorf* è stata inserita dal legislatore nazionale in una specifica disposizione, attualmente prevista all'art. 46 della l. n. 234 del 2012, che, come noto, detta le norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea[59].

Tuttavia, già in un momento antecedente il principio aveva trovato un espresso riconoscimento ed una prima forma di "codificazione" nell'ordinamento interno: all'art. 1, comma 1223, della Legge finanziaria del 2007[60], infatti, veniva per la prima volta recepita la giurisprudenza *Deg-*

condizione di questo genere, la previsione della clausola *Deggendorf* che vada a limitare l'erogazione di aiuti in regime *de minimis* risulta essere arbitraria; cfr. L. DEL FEDERICO, *Le controversie sul recupero degli aiuti di stato nella giustizia tributaria italiana: profili critici, orientamenti giurisprudenziali e linee evolutive*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 2012.

[57] In tal senso A. CEVESE, A. SANTORO, S. LA BARBERA, *Manuale sugli aiuti di Stato per le camere di commercio venete ed enti controllati*, Unioncamere – Eurosportello veneto, Venezia, giugno 2018, p. 144 ss.

[58] Regolamento 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato.

[59] Per un commento alla legge 234 del 2012 cfr. L. COSTATO, L. S. ROSSI, P. BORGHI (a cura di), *Commentario alla legge 24.12.2012 n. 234. «Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea»*, Napoli, 2015.

[60] L. 27 dicembre 2006 n. 297, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge finanziaria 2007).

gendorf, stabilendo che i destinatari di aiuti di Stato possono beneficiarne soltanto a condizione che dichiarino (ai sensi dell'art. 47 del d.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445) di non rientrare tra coloro che abbiano ricevuto e, successivamente, non rimborsato o depositato in conto bloccato, gli aiuti dichiarati illegali e incompatibili dalla Commissione[61].

In proposito, all'interno della Comunicazione del 2007 sul recupero degli aiuti illegali, si leggeva un particolare apprezzamento da parte della Commissione per tale innovativa scelta compiuta dal legislatore italiano. Questa si esprimeva in tal senso: "La Commissione si rallegra dell'iniziativa dell'Italia di inserire una specifica clausola *Deggendorf* nella sua legge finanziaria 2007, in base alla quale i beneficiari di nuove misure di aiuti di Stato sono tenuti a dichiarare che non hanno a loro disposizione aiuti di Stato illegali e incompatibili"[62].

La disposizione della legge finanziaria in questione aveva certamente lo scopo di rendere più efficienti ed efficaci le procedure di recupero, ma, soprattutto, intendeva ridurre il contenzioso allora in corso con la Commissione, riguardante varie categorie di misure adottate dall'Italia[63].

In questo modo, il legislatore italiano introduceva sì un generale obbligo di verifica – da realizzare tramite autocertificazione degli interessati – in merito al fatto che i futuri beneficiari di aiuti di Stato non dovessero restituire aiuti dichiarati illegali dalla Commissione, ma soltanto rispetto ai regimi di aiuto specificamente individuati dallo stesso legislatore. Tuttavia, in conseguenza di ciò, la previsione normativa in questione non imponeva il rispetto della clausola *Deggendorf* in modo pienamente corretto; infatti, questa dovrebbe coprire, evidentemente, tutti gli aiuti per i quali la Commissione abbia disposto il recupero[64].

[61] L'art. 1, comma 1223, della L. 27 dicembre 2006 n. 297, recitava: "I destinatari degli aiuti di cui all'articolo 87 del Trattato che istituisce la Comunità europea possono avvalersi di tali misure agevolative solo se dichiarano, ai sensi dell'articolo 47 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, e secondo le modalità stabilite con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale, di non rientrare fra coloro che hanno ricevuto e, successivamente, non rimborsato o depositato in un conto bloccato, gli aiuti che sono individuati quali illegali o incompatibili dalla Commissione europea, e specificati nel decreto di cui al presente comma". Sul punto cfr. G. RODRÍGUEZ IGLESIAS, K. VAN MIERT, M. MONTI, N. KROES, *EC State Aid Law. Le Droit des Aides d'Etat dans la CE*, in *Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, Alphen aan den Rijn, 2008, p. 285 ss.

[62] Comunicazione della Commissione UE 2007/C272/05, cit., punto 78.

[63] Sul punto, tra gli altri, vi era il caso degli aiuti concessi alla AEM di Torino, una azienda municipalizzata attiva nel settore dell'energia – decisione della Commissione 8 novembre 2006, 2006/941/CE, relativa all'aiuto di Stato C 11/06 (ex N 127/05) al quale l'Italia intende dare esecuzione a favore dell'AEM Torino. In data novembre 2006 la Commissione dichiarava compatibili le sovvenzioni che l'Italia intendeva concedere all'AEM ma poiché questa era stata in precedenza beneficiaria di aiuti illegali e incompatibili senza poi averli restituiti, la Commissione imponeva all'Italia di sospendere il pagamento del nuovo aiuto fino al rimborso dei precedenti.

[64] I modi e le forme dell'autodichiarazione che ciascuna impresa beneficiaria era tenuta

La legge n. 234 del 2012, che abroga la legge n. 11 del 2005 (c.d. legge Buttiglione)[65], è intervenuta – in particolare, all'art. 46 – riaffermando la rilevanza della clausola di impegno *Deggendorf* e ampliandone la portata rispetto a quanto già previsto nella finanziaria del 2007[66].

Così, il legislatore italiano ha inteso, da un lato, ribadire il generale divieto per le imprese di beneficiare di aiuti nuovi quando abbiano da restituire aiuti precedentemente ricevuti e dichiarati incompatibili dalla Commissione; allo stesso tempo, dall'altro lato, è stato previsto, in via espressa, l'obbligo per le amministrazioni di verificare che tale divieto di pagamento degli aiuti venga effettivamente rispettato. Tale verifica può essere eseguita richiedendo le opportune informazioni alle amministrazioni nazionali o locali.

Al comma 4 del citato articolo 46 è previsto, in ultimo, che nel caso in cui la verifica di cui al comma 2 venga effettuata mediante autodichiarazione (così come stabilito all'interno del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445) le amministrazioni sono chiamate a svolgere controlli a campione in merito alla veridicità delle stesse dichiarazioni. In questo modo, il legislatore stabilisce che l'autocertificazione, che – come detto – in precedenza veniva considerata l'unico strumento di attuazione del cosiddetto "impegno *Deggendorf*", costituisce ora soltanto una delle possibili opzioni per il controllo relativo al rispetto dell'impegno.

Per concludere, è necessario precisare che con l'operatività del Registro Nazionale Aiuti[67], che sostituisce la Banca Dati Anagrafica delle Agevola-

a presentare sono stabiliti all'interno di un Decreto della Presidenza del Consiglio di Ministri pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 160 del 12 luglio 2007. Tale obbligo è stato, poi, trasfuso dall'articolo 6 della legge 34/2008 nella cosiddetta "legge comunitaria", la 11/2005, mediante l'inserimento dell'articolo 16-*bis*.

[65] L. 4 febbraio 2005 n. 11, Norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari.

[66] Viene infatti qui stabilito che: "Nessuno può beneficiare di aiuti di Stato se rientra tra coloro che hanno ricevuto e, successivamente, non rimborsato o depositato in un conto bloccato gli aiuti che lo Stato è tenuto a recuperare in esecuzione di una decisione di recupero di cui all'articolo 14 del regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio, del 22 marzo 1999. Le amministrazioni che concedono aiuti di Stato verificano che i beneficiari non rientrino tra coloro che hanno ricevuto e, successivamente, non rimborsato o depositato in un conto bloccato aiuti che lo Stato è tenuto a recuperare in esecuzione di una decisione di recupero di cui all'articolo 14 del regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio, del 22 marzo 1999. Le amministrazioni centrali e locali che ne sono in possesso forniscono, ove richieste, le informazioni e i dati necessari alle verifiche e ai controlli di cui al presente articolo alle amministrazioni che intendono concedere aiuti".

[67] Il Registro Nazionale Aiuti è stato istituito con la l. n. 234 del 2012 (art. 52), modificata e integrata dalla l. n. 115 del 2015 (Legge europea 2014), ed è finalizzato a raccogliere dati e informazioni relativamente agli aiuti di Stato, notificati e in esenzione, gli aiuti *de minimis* e quelli concessi a compensazione per servizi di interesse economico generale. La sua funzione è sia quella di adempiere agli obblighi di pubblicità e trasparenza previsti dalle vigenti disposizioni europee in materia di aiuti, sia di garantire un monitoraggio ed un controllo effettivi degli Aiuti in termini di rispetto delle intensità, dei massimali e delle regole sul cumulo degli Aiuti di Stato, ovvero sul livello di rischio dello stesso. Sul punto E. PAG-

zioni (BDA), non è più prevista la facoltà di chiedere alle imprese beneficiarie la suddetta autocertificazione. Il Registro contiene, all'interno di un'apposita sezione, i dati identificativi dei soggetti tenuti alla restituzione degli aiuti illegali oggetto di decisione di recupero, la c.d. lista *Deggendorf*.

6. Ripercorse le origini e la *ratio* della clausola *Deggendorf*, nonché le modalità con le quali essa è stata "codificata" nel nostro ordinamento, è ora opportuno affrontare il tema della sua temporanea sospensione nel contesto dell'emergenza COVID-19.

Come si è anticipato, il decreto "Rilancio" del 19 maggio 2020 ha previsto che, in virtù delle circostanze eccezionali determinate dalla diffusione della pandemia di COVID-19, fosse sospesa l'operatività dell'obbligo *Deggendorf*, che, come visto, costituisce uno dei principi fondamentali in materia di aiuti di Stato.

L' art. 53 del decreto prevede, in particolare, che: "In deroga all'articolo 46, comma 1, della legge 24 dicembre 2012, n. 234, che vieta ai soggetti beneficiari di aiuti non rimborsati, di cui è obbligatorio il recupero in esecuzione di una decisione della Commissione europea, di ricevere nuovi aiuti, i suddetti soggetti, in ragione delle straordinarie condizioni determinate dall'epidemia da Covid-19, accedono agli aiuti previsti da atti legislativi o amministrativi adottati, a livello nazionale, regionale o territoriale, ai sensi e nella vigenza della comunicazione della Commissione europea del 19 marzo 2020, C (2020)1863, "Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19", e successive modificazioni, al netto dell'importo dovuto e non rimborsato, comprensivo degli interessi maturati fino alla data dell'erogazione"[68].

Secondo il legislatore italiano, considerata l'assoluta eccezionalità e temporaneità delle misure di aiuti di Stato adottate per l'emergenza COVID-19, la natura di "evento eccezionale" della pandemia è assimilabile ad una situazione di "calamità naturale", per la quale è espressamente prevista una deroga al principio *Deggendorf*, come si è visto, all'interno del Regolamento di esenzione di categoria del 2014[69].

Evidentemente, tuttavia, viste le circostanze che la giustificano, la deroga in esame deve essere limitata sia nel merito che nel tempo: può infatti trovare applicazione unicamente rispetto agli aiuti concessi in base alle

GI, *La disciplina procedurale in materia di aiuti di Stato nell'ordinamento giuridico italiano (Legge n. 234/2012)*, in *Osservatorio europeo sugli aiuti di Stato*, 29 marzo 2018, disponibile all'indirizzo internet osservatorioaiutidistato.eu/introduzione/documentazione/legislazione-italiana.html; cfr. C. DE STEFANIS, *Aiuti di stato autobloccanti; gli effetti dell'avvio del registro nazionale, dal 1° luglio. Strada chiusa ai soggetti cattivi*, *ItaliaOggi7,* 26 giugno 2017.

[68] Decreto "Rilancio", cit., art. 53.

[69] Regolamento 651/2014 della Commissione, cit., art. 1, punto 4, lett. *a*).

disposizioni del Quadro Temporaneo elaborato dalla Commissione e soltanto per il periodo di vigenza dello stesso, ovvero, al momento in cui si scrive, il 31 dicembre 2020.

In questo modo, dunque, le imprese che sono ancora soggette all'obbligo di rimborsare aiuti illegali e incompatibili possono beneficiare di aiuti nuovi per far fronte alle difficoltà economiche derivanti dall'emergenza, fermo restando, comunque, l'adempimento di tale precedente obbligo. Si consideri inoltre che l'erogazione dell'aiuto sarà disposta al netto di quanto il soggetto beneficiario è tenuto a restituire e che non è ancora stato recuperato.

Vista la portata della deroga così introdotta, pare opportuno domandarsi se, alla luce della funzione e degli scopi del principio in esame, oltre che della disciplina generale degli aiuti di Stato, la scelta compiuta dal legislatore italiano possa ragionevolmente trovare un'effettiva giustificazione e legittimazione.

A tal fine, occorre considerare, in primo luogo, che la Commissione, all'interno delle comunicazioni che costituiscono il nuovo Quadro Temporaneo, esclude esplicitamente l'applicabilità delle misure delineate soltanto alle imprese che fossero già in difficoltà alla data del 1° gennaio 2020 e alle imprese finanziarie; le predette comunicazioni nulla dispongono invece in merito ad eventuali altre forme di esclusione. Stando alla lettera delle comunicazioni, dunque, non è del tutto chiaro se gli Stati siano, o meno, autorizzati a concedere aiuti alle imprese che non abbiano restituito aiuti incompatibili[70].

Secondo autorevole dottrina[71], la risposta a tale interrogativo dovrebbe essere negativa, in quanto il semplice fatto che la Commissione non ne abbia espressamente stabilito l'esclusione, non vale ad affermare che nel contesto del Quadro Temporaneo possano essere concessi aiuti a imprese che debbano restituirne di precedenti, soprattutto se in tal modo si andasse a contrastare quanto stabilito dalla giurisprudenza della Corte. In particolare, per quanto riguarda la deroga al principio *Deggendorf* stabilita all'art. 1, par. 4, lett. *a*) e *b*) del Regolamento di esenzione di categoria del 2014, invocata dal legislatore italiano, la citata dottrina precisa che questa dispone solo in merito al caso in cui gli aiuti siano destinati ad ovviare a danni derivanti da "calamità naturali"; nulla è previsto invece in merito al caso di un "evento eccezionale", come è invece qualificata l'emergenza da COVID-19. In tal senso, secondo la tesi in esame, si dovrebbe considerare, in primo luogo, che la nozione di calamità naturale non è assimilabile né

[70] Per un approfondimento cfr. P. NICOLAIDES, *Non-Recovery of Incompatibile State Aid is Costly*, in *Stateaidhub*, 5 maggio 2020.

[71] Cfr. P. NICOLAIDES, *No New Aid to Undertakings that Have not yet Repaid Incompatible Aid*, cit.

tantomeno sovrapponibile con quella di evento eccezionale e, in secondo luogo, che la base giuridica del nuovo Quadro Temporaneo è costituita dall'art. 107, par. 3, lett. *b*), TFUE, che riguarda la concessione di aiuti per ovviare ad un "grave turbamento dell'economia" e non a danni derivanti da calamità naturali. Da ciò si ritiene di poter desumere che gli Stati membri dovrebbero prestare cautela e, in particolare, continuare ad escludere dal novero dei beneficiari degli aiuti le imprese sulle quali grava un ordine di recupero.

Secondo l'opinione citata, a nulla varrebbe nemmeno l'argomento per cui gli aiuti concessi in base alla deroga di cui all'art. 107, par. 3, lett. *b*), TFUE per far fronte ad un grave turbamento dell'economia di uno Stato sarebbero sempre conformi al "comune interesse". Infatti, nella sentenza *Westfalisch-Lippischer Sparkassen- und Giroverband c. Commissione* del 2014[72], il Tribunale ha affermato che quando la Commissione constata, come nella fattispecie, che un aiuto di Stato è inteso a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro, tale istituzione non è, per questo semplice fatto, obbligata a ritenere che tale aiuto sia compatibile con il mercato comune. A differenza degli aiuti rientranti nelle deroghe al divieto generale degli aiuti di Stato di cui all'art. 107, par. 2, TFUE, i quali, ai sensi di tale disposizione, "sono" considerati compatibili con il mercato comune, l'art. 107, par. 3, TFUE stabilisce che talune categorie di aiuti, tra cui quelle intese a porre rimedio al turbamento dell'economia di uno Stato membro, "possono" essere considerate compatibili con tale mercato. Inoltre, l'art. 107, par. 3, lett. *b*), TFUE conferisce alla Commissione un potere di natura discrezionale, il cui esercizio comporta necessariamente valutazioni di ordine economico e sociale da effettuarsi sempre in un contesto comunitario. Pertanto, proseguono i giudici di Lussemburgo, la differenza di formulazione tra l'art. 107, par. 3, lett. *c*), TFUE, che consente di autorizzare determinati aiuti sempre che essi "non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse", e l'articolo art. 107, par. 3, lett. *b*), TFUE, che non prevede siffatta condizione, non può indurre a ritenere che la Commissione non possa valutare l'impatto di un aiuto autorizzato in forza di quest'ultima disposizione sul mercato o sui mercati pertinenti nell'insieme dell'Unione[73].

Le predette considerazioni, tuttavia, non paiono essere del tutto convincenti e condivisibili.

In primo luogo, se è incontestabile che le nozioni di "calamità naturale" e di "evento eccezionale" non possono essere considerate come

[72] Sentenza del Tribunale del 17 luglio 2014, causa T-457/09, *Westfalisch-Lippischer Sparkassen- und Giroverband c. Commissione*.

[73] Sentenza *Westfalisch-Lippischer Sparkassen*, cit., punto 181 ss.

pienamente sovrapponibili, non si può negare che esse possano invece agevolmente essere intese come assimilabili. Infatti, le nozioni in esame, figuranti in particolare, all'art. 107, par. 2, lett. *b*), TFUE, vengono individuate e trattate congiuntamente e alla loro sussistenza consegue l'applicazione della stessa disciplina; segno, probabilmente, che entrambe rispondono ai medesimi presupposti e alle medesime finalità. Il fatto, dunque, che la disposizione di cui alla lett. *b*) del par. 3 dell'art. 107 TFUE introduca una deroga al divieto di aiuti per ovviare ai danni derivanti sia da "calamità naturali" che da "eventi eccezionali" dovrebbe indurre a ritenere che sia ammissibile e, anzi, auspicabile, in mancanza di specifiche disposizioni, un ragionamento analogico che permette di applicare le norme previste per l'una nozione anche all'altra, in quanto le stesse presenterebbero un'importante identità di caratteri oltre che la medesima *ratio* di fondo. *Ratio* che sarebbe da individuare, segnatamente, nel fatto che entrambe le nozioni in esame si caratterizzino per essere originate da eventi di natura imprevedibile che si pongono al di fuori della sfera di controllo umana.

Dunque, alla luce della evidente affinità tra le nozioni in esame, ad avviso di chi scrive, il solo fatto che il concetto di "evento eccezionale" non sia stato menzionato all'interno del suddetto Regolamento di esenzione di categoria, non varrebbe ad escludere una possibile applicazione analogica delle disposizioni ivi contenute in merito alle "calamità naturali" per il caso in questione. Perciò si dovrebbe ritenere che il legislatore italiano non abbia violato il diritto dell'Unione nell'invocare la deroga al principio *Deggendorf*, stabilita all'art. 1, par. 4, lettere *a*) e *b*) del regolamento di esenzione di categoria del 2014, per applicarla anche all'evento del tutto emergenziale e imprevisto dovuto alla pandemia in corso.

In secondo luogo, pare opportuna una precisazione in merito alla considerazione in base alla quale non varrebbe invocare l'argomento per cui gli aiuti concessi in base alla deroga di cui all'art. 107, par. 3, lett. *b*), TFUE per far fronte ad un grave turbamento dell'economia di uno Stato sarebbero sempre conformi al "comune interesse" per il solo fatto che tale nozione non sia menzionata dalla norma.

In particolare, se il principio affermato dalla Corte di giustizia nella citata sentenza *Westfalisch-Lippischer Sparkassen- und Giroverband c. Commissione* appare pienamente condivisibile, tuttavia il riferimento a tale sentenza non pare, nel caso di specie, del tutto pertinente. Gli aiuti di cui all'art. 107, par. 3, lett. *b*), TFUE non sono certamente, di per sé, da ritenere automaticamente conformi al criterio del "comune interesse", dovendo essere sempre valutati dalla Commissione da un punto di vista "comunitario", ma sembra difficilmente sostenibile che la soluzione e la gestione della crisi economica in atto, scaturita dalla diffusione della pan-

demia, non rappresenti una questione di "comune interesse". Gli aiuti concessi alle imprese per superare le gravi difficoltà economiche frutto delle conseguenze della pandemia certamente meritano una considerazione particolare. Ciò in quanto, secondo quello che è stato sostenuto dalla stessa Commissione nelle sue comunicazioni, la grave crisi che stanno attraversando le singole imprese degli Stati membri ha importanti ripercussioni negative sull'economia dell'Unione nel suo complesso. È evidente, quindi, che il salvataggio di tali imprese dal possibile (e talvolta inevitabile) fallimento rappresenti un elemento di "comune interesse", perché permette di rafforzare e salvaguardare (anche) gli interessi economici dell'Unione, che altrimenti sarebbero irrimediabilmente compromessi.

Dunque, tenuto conto del fatto che la funzione fondamentale del principio *Deggendorf* è quella di evitare che una impresa possa ottenere un vantaggio indebito di portata tale da alterare le condizioni degli scambi intracomunitari in misura che risulti essere contraria al comune interesse, pare giustificata la sua temporanea sospensione, in quanto non comporterebbe una alterazione della concorrenza contraria al "comune interesse", dal momento che, seppur indirettamente, permette di tutelare e perseguire interessi fondamentali dell'Unione, aiutando e sostenendo le imprese momentaneamente in difficoltà.

Inoltre, è importante sottolineare che se, da un lato, è certamente vero che l'erogazione di aiuti a vantaggio di chi si è reso inadempiente rispetto a un ordine di recupero di aiuti precedentemente concessi può avere gravi conseguenze sul piano della tutela della concorrenza e sul mantenimento di un *level playing field* tra le imprese, tenuto conto che in tal modo un'impresa si avvantaggerebbe senza giustificato motivo rispetto alle altre concorrenti, dall'altro lato, tuttavia, risulta impossibile non tenere conto della situazione emergenziale del tutto particolare che gli Stati membri e le imprese operanti nell'ambito dell'Unione europea stanno attualmente affrontando.

Così, benché in un contesto simile, evidentemente, il cumulo di aiuti sarebbe in astratto idoneo ad alterare gli scambi intracomunitari, non può essere sottovalutata, d'altro canto, la portata delle difficoltà che le imprese sono costrette a fronteggiare.

Infatti, la crisi che colpisce l'economia degli Stati membri e, in particolare, dell'Italia, trova origine, come noto, in una grave ed improvvisa crisi sanitaria che ha portato ad una vera e propria paralisi di molti dei settori economici tra più attivi in condizioni di normalità. Le difficoltà che ciascuna impresa si trova quindi attualmente ad affrontare hanno natura esogena, straordinaria ed imprevista; non risulta perciò possibile rivolgere un rimprovero di mala gestione a tali imprese interessate alla deroga che, di fatto,

stando alle disposizioni del Quadro Temporaneo, fino alla fine dell'anno 2019 non dovrebbero aver avuto alcuna difficoltà di ordine economico.

Date l'origine e la natura della crisi, oltre che l'eccezionalità e l'imprevedibilità delle circostanze, appare prioritario in questo momento, in via temporanea, assicurare alle imprese un sostegno concreto per far fronte alle gravi carenze di liquidità al fine di proseguire nello svolgimento delle loro attività. E tale esigenza sembra poter risultare prevalente, almeno in linea di principio, anche rispetto alla necessità di tutelare il corretto funzionamento del mercato interno e i principi della concorrenza che, temporaneamente, nel realizzare un bilanciamento di interessi, potrebbero dunque passare in secondo piano, in considerazione dell'urgente necessità di garantire accesso alla liquidità e la prosecuzione delle attività delle imprese, che vedono la loro sopravvivenza messa a repentaglio. Del resto, è ormai un principio acquisito quello per cui il "dogma della concorrenza" – che, dunque, a ben vedere, così un dogma non è – può eventualmente "cedere" di fronte a circostanze idonee a pregiudicare altri interessi fondamentali dell'Unione, come evidentemente sta accadendo nel momento attuale con la grave crisi economica che colpisce tutti gli Stati membri[74].

Si tenga poi presente che la Commissione ha approvato[75], come detto, le misure previste nel decreto, senza tuttavia prendere espressa posizione, all'interno della decisione, in merito alla sospensione dell'obbligo *Deggendorf* da parte del legislatore italiano. Questo silenzio potrebbe essere letto nel senso che la Commissione avrebbe implicitamente acconsentito all'introduzione della deroga, riconoscendone probabilmente l'opportunità in ragione della natura di evento eccezionale della pandemia da COVID-19 e dell'assoluta temporaneità e necessità delle misure di aiuto di Stato adottate in tale contesto.

7. Risulta chiaro ormai che la grave crisi economica determinata dall'espansione della pandemia da COVID-19 ha colpito tutti gli Stati dell'Unione ed ha richiesto con estrema urgenza importanti interventi di sostegno all'economia, necessari per far fronte alle impellenti esigenze sia delle imprese, soprattutto le PMI, sia dei lavoratori e delle famiglie.

È stato messo in evidenza che uno degli strumenti essenziali individuati a tale scopo è quello degli aiuti di Stato, la cui temporanea disciplina derogatoria permette di mettere in atto tutte le misure nazionali di sostegno

[74] Si aggiunga che, secondo quanto riportato nella relazione illustrativa del decreto "Rilancio", nel contesto della crisi finanziaria del 2008 sarebbe stato adottato un approccio simile con riguardo alla sospensione della clausola *Deggendorf*, in considerazione della gravità e dell'eccezionalità che avevano contrassegnato (anche) tale crisi.

[75] V. *supra*, par. 3. decisione della Commissione, State aid SA.57021 (2020/n, ex 2020/PN) – Italy – COVID19 *Regime Quadro,* cit.

in modo efficace e coordinato. È infatti di fondamentale importanza che gli interventi statali si realizzino in linea con le norme e le disposizioni dettate a livello dell'Unione e, in particolare, con quanto previsto all'interno del Quadro Temporaneo delineato dalla Commissione. È essenziale, in un siffatto contesto di crisi, che gli aiuti siano concessi in modo coordinato, evitando che gli Stati si "lancino in una gara di aiuti", in modo tale da garantire condizioni di parità tra le imprese e tutelare il mercato interno.

Il legislatore italiano si è tempestivamente mosso in tal senso, introducendo le misure di sostegno alle imprese di cui si è detto nel corso del presente lavoro, e, in particolare, la deroga alla clausola *Deggendorf* in commento.

Alla luce delle considerazioni svolte, si deve ritenere che una deroga di questa portata trovi, nel contesto attuale, una propria giustificazione, tenuto conto dell'eccezionalità delle circostanze determinate dall'emergenza, che hanno portato le imprese a operare in condizioni di mercato nettamente differenti da quelle in cui operano generalmente e dell'urgente necessità di far fronte ad una crisi di liquidità determinata da cause di natura esogena, che nulla hanno a che fare con eventuali difficoltà pregresse.

Invero, con riferimento alle numerose imprese che, a causa di un'improvvisa, imprevedibile e catastrofica crisi, rischiano di essere costrette ad uscire dal mercato andando incontro al fallimento (nonostante, in molti casi, la loro situazione finanziaria fosse florida alla chiusura dello scorso anno), l'esigenza di salvataggio e la necessità di scongiurare pericolosi scenari di dissesto giustificano una temporanea e limitata deroga al principio fondamentale che vieta il versamento di aiuti a chi debba rimborsarne di precedenti in virtù di una decisione della Commissione.

Il legislatore italiano si è quindi rivelato, in questa occasione, particolarmente attento alle esigenze dell'economia e delle imprese, introducendo una deroga che, se superata non appena le circostanze (auspicabilmente) lo consentiranno, non pare costituire una deviazione eccessiva dai principi fondamentali dell'Unione in materia di aiuti di Stato.

ABSTRACT

STATE AID IN THE COVID-19 EMERGENCY: THE ITALIAN LEGISLATOR SUSPENDS THE "DEGGENDORF CLAUSE". A JUSTIFIED DEROGATION OR AN EXCESSIVE DEVIATION FROM A FUNDAMENTAL PRINCIPLE?

After the sudden outbreak of the COVID-19 pandemic and the deep economic crisis that followed, the European Commission stepped in to support Member States' economies by developing a new Temporary Framework for State aid. In such an emergency context, where important exemptions from the ordinary rules on State aid have been introduced, the Italian legislator with the "Rilancio" Decree provided for to suspend the so-called Deggendorf clause, by way of derogation from Art. 46 of Law no. 234/2012. In light of the introduction of such a derogation, this paper intends to conduct an analysis aimed at understanding whether the choice of the Italian legislator can be justified, also considering the emergency context in which the latter is inserted. To this end, it will first briefly reconstruct the provisions introduced by the Commission Communications and the Italian legislator, then analyse the roots and functions of the Deggendorf principle and conclude by addressing the issue of the decision to temporarily suspend its application in Italy.

AIUTI DI STATO NELL'EMERGENZA COVID-19: IL LEGISLATORE ITALIANO SOSPENDE LA C.D. "CLAUSOLA DEGGENDORF". DEROGA GIUSTIFICATA O DEVIAZIONE ECCESSIVA DA UN PRINCIPIO FONDAMENTALE?

A seguito dell'improvviso scoppio della pandemia da COVID-19 e della profonda crisi economica da questa discendente, la Commissione europea è intervenuta al fine di sostenere l'economia degli Stati membri, elaborando un nuovo *Temporary Framework* in materia di aiuti di Stato. In tale contesto emergenziale, in cui sono state introdotte importanti disposizioni derogatorie – seppur temporanee – alla disciplina ordinaria degli aiuti di Stato, si inserisce la previsione, stabilita dal legislatore italiano con il decreto "Rilancio", di sospendere la c.d. clausola *Deggendorf*, in deroga all'art. 46 della l. n. 234/2012. Alla luce dell'introduzione di una deroga di tale portata, il presente contributo intende condurre una analisi volta a comprendere se la scelta del legislatore italiano possa risultare giustificata, tenuto conto del contesto emergenziale nel quale si inserisce. A tal fine, verranno brevemente ricostruite le disposizioni introdotte dalle comunicazioni della Commissione e dal legislatore italiano, per poi analizzare l'origine e le funzioni del principio *Deggendorf* e concludere affrontando il tema relativo alla decisione di sospendere temporaneamente l'applicazione di tale principio in Italia.

Riccardo Torresan *

La sentenza del 12 marzo 2020, causa C-576/18, *Commissione c. Italia* e alcune considerazioni sul principio di leale cooperazione ai tempi del Covid-19

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La vicenda italiana al vaglio del giudice dell'Unione europea. – 3. La sentenza della Corte di giustizia del 12 marzo 2020. – 4. La condanna dell'Italia e l'emergenza "Covid-19": il principio di leale cooperazione nell'emanazione della sentenza. – 5. *Segue*: il principio di leale cooperazione nell'esecuzione della sentenza.

1. Con sentenza emessa il 12 marzo 2020, nella causa C-576/18, *Commissione c. Italia*, la Corte di giustizia ha accertato, in capo allo Stato membro convenuto, il persistente inadempimento dell'obbligo di recupero di aiuti di Stato illegittimamente concessi ad alcune strutture alberghiere in Sardegna. Tale obbligo era sorto, originariamente, in virtù di una decisione della Commissione europea del 2008[1] e la sua violazione era stata accertata, con efficacia dichiarativa, in una precedente sentenza della Corte stessa[2], emanata ai sensi dell'art. 108 TFUE. Trattandosi di un inadempimento protrattosi dopo una prima sentenza di accertamento – e dunque di procedura avviata ai sensi dell'art. 260, par. 2, TFUE – il giudice del *Kirchberg* ha altresì condannato l'Italia al pagamento di una somma forfettaria di 7.500.000 euro[3] e di una penalità a decorrenza immediata, da calcolarsi in 80.000 euro per ogni giorno di ritardo nell'adempimento[4].

Com'è noto, la procedura di cui all'art. 260, par. 2, TFUE – conosciuta (seppur impropriamente) come "procedura di doppia condanna"[5] – rap-

---

* Dottore in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Milano.

[1] Decisione 2008/854/CE della Commissione europea, del 2 luglio 2008, relativa al regime di aiuto Legge regionale n. 9 del 1998 – Applicazione abusiva dell'aiuto N272/98 C 1/04, in cui la Commissione – secondo la procedura iscritta all'art. 108, par. 2, TFUE – ha valutato il regime di aiuti introdotto dalla Regione Sardegna, dichiarandolo incompatibile con il mercato concorrenziale dell'Unione e ordinandone, dunque, l'immediato recupero.

[2] Sentenza del 29 marzo 2012, causa C-243/10, *Commissione c. Italia* (d'ora in avanti indicata come causa C-243/10, *Commissione c. Italia*, *cit.*).

[3] Sentenza del 12 marzo 2020, causa C-576/18, *Commissione c. Italia*, punto 167 (d'ora in avanti indicata come causa C-576/18, *Commissione c. Italia*, *cit.*).

[4] *Ibid.*, punto 162.

[5] Per un'analisi approfondita della definizione e della procedura in parola, anche in relazione al suo stretto legame con la procedura di infrazione "dichiarativa" *ex* art. 258 TFUE, cfr., *ex multis*, R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2017, pp. 271-274; L. PRETE, *Infringement Proceedings in EU Law*, Alphen aan den Rijn, 2017, pp. 252-341; C. AMALFITANO, *La procedura di "condanna" degli Stati membri dell'Unione europea*, Milano, 2012, p. 10 ss., spec. pp. 10-11; T. MATERNE, *La Procédure en Manquement d'État: Guide à la Lumière de la Jurisprudence de la Cour de justice de l'Union*

presenta un eventuale *follow-up* processuale non soltanto rispetto all'ipotesi "classica" di procedura d'infrazione *ex* art. 258 TFUE, ma anche per quella (derogatoria alla precedente[6]) iscritta all'art. 108 TFUE[7]. Tale ultima disposizione, infatti, legittima la Commissione ad esercitare un controllo ampiamente discrezionale sui regimi di aiuti che gli Stati membri introducono: controllo che, in caso di persistente non conformità da parte dello Stato, può spingersi fino alla possibilità di adire la Corte di giustizia mediante una speciale ipotesi di ricorso per inadempimento[8].

La pronuncia del 12 marzo scorso – che ha visto il riproporsi di scenari già parzialmente verificatisi, quantomeno in relazione al caso italiano, in

---

européenne, Bruxelles, 2012, pp. 348-406; M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, pp. 75-90.

[6] Giustifica una simile qualifica la stessa formulazione dell'art. 108, par. 2, TFUE, che consente alla Commissione di adire la Corte "in deroga agli articoli 258 e 259".

[7] L'art. 108 TFUE è una delle principali disposizioni che, a livello di diritto primario, regolano il sistema degli aiuti di Stato nell'ambito dell'Unione europea. Esso provvede ad impostare la parte più "dinamica" della disciplina, mediante due procedure che consentono alla Commissione di esercitare una stretta sorveglianza sulla conformità degli aiuti statali ai criteri di legittimità e compatibilità posti dall'art. 107 TFUE. Le due procedure si differenziano in base al fatto che il regime di aiuti oggetto del controllo sia già esistente nell'ordinamento dello Stato membro in questione, ovvero venga introdotto *ex novo* (ipotesi, quest'ultima, rilevante nel caso di specie). Con riguardo ai profili più generali di questa disposizione, cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*, 2017, pp. 649-652; M. L. TUFANO, *La disciplina degli aiuti di Stato: dal controllo all'enforcement*, in C. SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato: il nuovo approccio della Commissione europea e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, Torino, 2011, pp. 35-54; A. BRANCASI, *La tutela della concorrenza mediante il divieto di aiuti di Stato*, in *Diritto Pubblico*, 2010, pp. 195-197 e p. 228. Peraltro, non va dimenticato che, in anni relativamente recenti, ha preso corpo la c.d. modernizzazione di questo sistema normativo, avviata dalla Commissione principalmente attraverso strumenti di *soft law* come le comunicazioni; cfr., ad esempio, COM/2012/0209 final, dell'8 maggio 2012, Modernizzazione degli aiuti di Stato; C/2016/2946, del 19 luglio 2016, sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea; C/2019/5396, del 23 luglio 2019, sul recupero degli aiuti di Stato illegali e incompatibili, che hanno perseguito gli scopi di approfondire la nozione di aiuto di Stato, di formulare criteri operativi più precisi per individuare i casi di illegittimità dei regimi di aiuti e di approfondire la collaborazione con gli Stati membri, nell'ottica di poter loro concedere una maggior flessibilità ed un più ampio spazio di autogestione. Per alcune ricognizioni dottrinali di questo percorso evolutivo, cfr. G. CONTE, *Recenti sviluppi sulla nozione di selettività in materia di aiuti di Stato*, in AA. VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano – De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le Long Parcours de la Justice Européenne*, Torino, 2018, pp. 210-221; A. CANEPA, *La regolazione al tempo della crisi tra salvaguardia del mercato unico e flessibilità delle regole sugli aiuti di Stato*, in *Banca Impresa Società*, 2016, spec. pp. 447-456; L. CALZOLARI, G. GRECO, *La modernizzazione degli aiuti di Stato*, in *Eurojus*, 13 gennaio 2015; G. ZANCHI, *L'aiuto di Stato incompatibile, il suo recupero e il diritto privato*, in *Europa e diritto privato*, 2014, pp. 1054-1055; G. L. TOSATO, *L'evoluzione della disciplina sugli aiuti di Stato*, in C. SCHEPISI (a cura di), *op.cit.*, pp. 3-15.

[8] In effetti, al secondo paragrafo del citato articolo è disciplinato lo scenario più "patologico", in cui la Commissione, valutato come illegittimo un regime di aiuti introdotto *ex novo* da uno Stato membro, ne ordina, con una propria decisione, la soppressione o la modifica e – ove non venga dato seguito a tali indicazioni – apre una procedura d'infrazione *ex* art. 260, par. 2, TFUE davanti alla Corte di giustizia; cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*, 2017, pp. 650-651; M. L. TUFANO, *op. cit.*, 2011, pp. 35-54; A. BRANCASI, *op. cit.*, 2010, spec. pp. 228-229.

tema di aiuti di Stato[9] – merita di essere approfondita con riguardo ad alcuni profili. Da un lato, è sicuramente opportuna una ricognizione relativa al merito del giudizio espresso dalla Corte, al fine di valutare le soluzioni ivi adottate alla luce delle circostanze concrete della vicenda italiana (*infra*, §§ 2 e 3). D'altro lato, pare interessante analizzare questa pronuncia in relazione alla tempistica del suo deposito e, dunque, all'attuale emergenza epidemiologica da Covid-19 che, com'è noto, ha prodotto in Italia effetti particolarmente gravi, rendendo piuttosto difficili (per non dire, almeno nelle prime settimane successive alla dichiarazione dello stato di emergenza[10], impossibili) azioni tempestive ed efficaci dirette al recupero degli aiuti illegittimamente concessi. Si svolgeranno, pertanto, alcune considerazioni con lo scopo di comprendere quanto la sentenza del 12 marzo 2020 possa dirsi "allineata" con il principio di leale cooperazione declinato nel rapporto tra le istituzioni dell'Unione e gli Stati membri, quale codificato all'art. 4, par. 3, TUE (*infra*, §§ 4 e 5).

2. La vicenda che ha portato all'emanazione della sentenza del 12 marzo 2020 prende le mosse dalla concessione, da parte della Regione Sardegna, di sovvenzioni ad una serie di alberghi siti sul proprio territorio in vista della realizzazione di alcune opere strutturali[11]. La Regione aveva agito sulla base di un regime di aiuti approvato, conformemente all'art. 108, par. 1, TFUE, dalla Commissione europea nel 1998; tuttavia, proprio nel caso delle suddette strutture alberghiere, era stata violata la clausola esplicita in virtù della quale tali sovvenzioni avrebbero potuto essere concesse soltanto in caso di lavori non ancora iniziati. Così la Commissione – a norma dell'art. 108, par. 2, TFUE – con la decisione 2008/854 riteneva che tali sovvenzioni fossero da qualificarsi come "aiuti di Stato incompatibili con il mercato comune" e, contestualmente, ne richiedeva all'Italia il recupero, entro il termine di 4 mesi dalla notifica[12].

Già in questa fase iniziale della vicenda, la procedura di recupero si è

---

[9] Si vedano, limitandosi ai casi in cui l'Italia ha riportato una condanna *ex* art. 260, par. 2, TFUE, sentenza del 17 settembre 2015, causa C-367/14, *Commissione c. Italia*; sentenza del 17 novembre 2011, causa C-496/09, *Commissione c. Italia*.

[10] Deliberazione del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, *Dichiarazione dello stato di emergenza nazionale in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*. Lo stato di emergenza ivi dichiarato resta in vigore, per tutto il territorio nazionale, per la durata di sei mesi e, quindi, fino al 31 luglio 2020 (salvo proroghe successive).

[11] Regione Autonoma della Sardegna, legge regionale 11 marzo 1998, n. 9; alcuni aspetti più specifici ed applicativi della legge citata sono poi stati specificati in Regione Autonoma della Sardegna, delibere della Giunta regionale numeri 33/4 e 33/6 del 22 dicembre 1998.

[12] Decisione 2008/854/CE della Commissione europea del 2 luglio 2008, relativa al regime di aiuto Legge regionale n. 9 del 1998 – Applicazione abusiva dell'aiuto N272/98 C 1/04.

intersecata con numerosi interventi giurisprudenziali nazionali ed europei che, come si vedrà, rappresentano uno dei punti più critici della situazione italiana anche in relazione alla sentenza del 2020. I beneficiari delle sovvenzioni e la Regione Sardegna, infatti, hanno sollevato immediatamente una serie di ricorsi al Tribunale dell'Unione europea, chiedendo l'annullamento della decisione 2008/854[13]. Questa situazione, determinata dalla pendenza, tra il 2009 ed il 2010, di contenziosi sulla legittimità della predetta decisione, ha avuto importanti riflessi anche in ambito nazionale, dal momento che il TAR per la Sardegna ha sospeso temporaneamente l'esecuzione degli ordini di recupero[14]. Il giudice amministrativo ha emesso le proprie decisioni di sospensione in virtù di due motivi principali: da un lato, per il fatto che la ripetizione immediata degli aiuti ricevuti avrebbe causato, per gli alberghi beneficiari, un danno pressoché irrimediabile; dall'altro lato, e soprattutto, perché la fondatezza giuridica della decisione della Commissione era dubbia in quanto discussa nell'ambito dei ricorsi pendenti dinanzi al Tribunale dell'Unione europea[15].

Tali decisioni hanno considerevolmente rallentato – ove non bloccato del tutto – la procedura di recupero che era stata avviata pochi mesi prima[16], non soltanto per la ragione fattuale per cui ogni pagamento da parte dei beneficiari risultava temporaneamente sospeso, ma anche per una ragione squisitamente giuridica. L'Italia, infatti, si è appellata ad una sorta di "clausola di esclusione" presente nell'art. 14 del regolamento (CE) n. 659/1999 che, fino al 2015, ha contenuto gli aspetti di stampo procedurale della disciplina sugli aiuti di Stato[17]. La norma in questione statuiva che la

[13] Sentenza del 20 settembre 2011, cause riunite T-394/08, T-408/08, T-453/08 e T-454/08, *Regione autonoma della Sardegna e a. c. Commissione*. Il Tribunale dell'Unione ha rigettato tutti i ricorsi, valutando infondati tutti i motivi (di legittimità e di merito) introdotti dalle parti ricorrenti. Tuttavia, come è possibile notare dalla data di pubblicazione della sentenza (e come ricorda anche causa C-243/10, *Commissione c. Italia*, *cit.*, punti 9-10), i ricorsi sono rimasti pendenti per circa tre anni, essendo stati introdotti dalle parti private tra settembre e ottobre del 2008. La sentenza del Tribunale è stata anche oggetto di impugnazione, sebbene anche la Corte (sentenza del 13 giugno 2013, cause riunite C-630/11 P, C-631/11 P, C-632/11 P e C-633/11 P, *HGA e a. c. Commissione*), abbia rigettato tutti i ricorsi e posto fine ai dubbi sulla legittimità della decisione della Commissione.

[14] Ordinanza cautelare del TAR Sardegna del 26 maggio 2010, n. 259/2010; ordinanza cautelare del TAR Sardegna del 29 luglio 2009, n. 289/2009; ordinanza cautelare del TAR Sardegna del 29 luglio 2009, n. 290/2009; ordinanza cautelare del TAR Sardegna del 29 luglio 2009, n. 295/2009.

[15] Argomento, quest'ultimo, presente soprattutto nell'ordinanza cautelare del TAR Sardegna del 26 maggio 2010, n. 259/2010. Tale interpretazione è stata poi riportata anche in causa C-243/10, *Commissione c. Italia*, *cit.*, punti 48-51, in chiave però critica: in quest'ultima sede, la Corte ha infatti negato che la sola pendenza di un ricorso davanti al Tribunale dell'Unione europea fosse sufficiente a fondare validi argomenti a sostegno dell'illegittimità della decisione della Commissione.

[16] Causa C-243/10, *Commissione c. Italia*, *cit.*, punti 11-12.

[17] Regolamento n. 659/1999 del Consiglio, del 22 marzo 1999, recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del Trattato CE. La disciplina impostata dal regolamento qui citato è rimasta in vigore fino al 13 ottobre 2015, quando è stato sostituito dal regolamento

Commissione non avrebbe imposto il recupero degli aiuti nel caso in cui fosse stato riscontrabile un "contrasto con un principio generale del diritto comunitario".

Orbene, secondo le argomentazioni italiane, l'esistenza dei ricorsi davanti al Tribunale dell'Unione europea poneva un serio problema di rispetto di due principi generali dell'ordinamento dell'Unione, quali la certezza del diritto e l'autorità di cosa giudicata[18]; con la diretta conseguenza che la clausola contenuta nel citato art. 14 risultava applicabile al caso di specie, giustificando l'inadempimento italiano dell'obbligo di recupero immediato degli aiuti.

Il 18 maggio 2010, dopo quasi due anni dalla notifica della propria decisione, la Commissione ha valutato che l'obbligo di recupero fosse rimasto inadempiuto senza valide ragioni giustificatrici e, di conseguenza, ha sottoposto alla Corte di giustizia un ricorso a norma dell'art. 108, par. 2, TFUE. È all'esito di questo ricorso che è stata accertata per la prima volta, dal giudice dell'Unione, la violazione commessa dall'Italia[19], ed è dalla sentenza di siffatto procedimento, del 29 marzo 2012, che è sorto, nei confronti dello Stato convenuto, l'obbligo di adottare le misure necessarie per conformarsi alla pronuncia della Corte, come sancito dall'art. 260, par. 1, TFUE. Nel caso di specie, come accertato dalla Corte stessa, l'obbligo consisteva nel recuperare – integralmente e nel tempo più breve possibile – le sovvenzioni qualificate come aiuti di Stato illegittimi[20]. Vale la pena sottolineare come l'oggetto della sentenza in parola sia la constatazione di una violazione ben determinata, ossia quella di non aver dato esecuzione alla decisione della Commissione e non, invece, quella di aver concesso aiuti di Stato illegittimi. Tale ultima valutazione di merito, come già visto, è operata (almeno in un primo momento) dalla sola Commissione, mentre il solo modo che il giudice del Kirchberg ha a disposizione per sindacarne contenuto e legittimità rimane l'evenienza che esso venga, a tale scopo, chiamato

---

2015/1589 del Consiglio, del 13 luglio 2015, recante modalità di applicazione dell'articolo 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea; tale ultimo atto normativo, peraltro, all'articolo 16 replica in maniera del tutto identica la clausola contenuta nel testo precedentemente vigente.

[18] Così riporta causa C-243/10, *Commissione c. Italia*, *cit.*, punto 33.

[19] Cfr., per l'appunto, sentenza del 29 marzo 2012, causa C-243/10, *Commissione c. Italia*.

[20] Causa C-243/10, *Commissione c. Italia*, *cit.*, punti 35-37; lo stesso tipo di interpretazione è stato poi confermato anche in causa C-576/18, *Commissione c. Italia*, *cit.*, punto 86. È da segnalare, come anche ricostruito dalla Corte stessa nelle due sentenze appena citate, che la giurisprudenza "comunitaria" è ormai granitica sulla qualificazione dell'obbligo di recupero degli aiuti illegittimi come un'obbligazione di risultato: dunque, lo Stato che si trova tenuto all'adempimento, per poter "essere liberato" (ossia, in una terminologia più confacente al diritto dell'Unione, per ripristinare la conformità con l'ordinamento "comunitario") non può limitarsi ad avviare le procedure necessarie al recupero, ma deve garantire la restituzione integrale delle somme concesse nei termini stabiliti dalla Commissione (o, se del caso, dalla Corte).

a pronunciarsi mediante un ricorso per annullamento della decisione stessa[21]. La procedura di infrazione ai sensi dell'art. 260, par. 2, TFUE fa parte, invece, di una vicenda distinta, nella cui sede si discute dell'adempimento (o meno) ad opera dello Stato membro degli obblighi derivanti dalla decisione della Commissione e la cui violazione sia stata accertata da una precedente sentenza dichiarativa della Corte.

A partire dalla sentenza del 2012, la situazione non è migliorata o, forse, è addirittura peggiorata, poiché le procedure poste in essere dallo Stato italiano, già non soddisfacenti quanto alle tempistiche dei recuperi[22], sono state ulteriormente rallentate a causa di nuovi interventi della magistratura civile e amministrativa, adita dalle strutture alberghiere che avevano beneficiato delle sovvenzioni. Nello specifico, tra il 2013 ed il 2015, il Tribunale di Cagliari ha sospeso (anche se solo provvisoriamente) l'esecuzione delle ingiunzioni di pagamento emesse dalla Regione nei confronti dei beneficiari[23],

---

[21] Ricorso che, peraltro, deve essere previamente esperito davanti al Tribunale e, solo in caso di eventuale appello di parte, come accaduto nel caso di specie, potrà essere oggetto di valutazione anche da parte della Corte di giustizia, che statuirà in via definitiva.

[22] Come ricostruito in causa C-243/10, *Commissione c. Italia*, *cit.*, punto 12, le procedure italiane atte al recupero degli aiuti illegittimi hanno sofferto, fin da subito, di gravi ritardi rispetto alle scadenze fissate dalla decisione della Commissione, che avrebbe dovuto trovare piena esecuzione entro il 4 novembre 2008 (cfr. Decisione 2008/854/CE della Commissione europea del 2 luglio 2008, relativa al regime di aiuto Legge regionale n. 9 del 1998 – Applicazione abusiva dell'aiuto N272/98 C 1/04). Dopo aver individuato, a settembre 2008, i 28 beneficiari degli aiuti concessi, il procedimento ha subito un improvviso rallentamento, fino almeno alla primavera del 2009, dovuto a difficoltà nel calcolo degli interessi, con il risultato che le strutture alberghiere che avrebbero dovuto restituire le sovvenzioni ricevute si sono viste notificare un ordine di recupero soltanto alla fine di aprile del 2009. Subito dopo, peraltro, sono intervenuti i già citati provvedimenti di sospensione cautelare da parte del TAR Sardegna (cfr. nota 14), cosicché per oltre un anno gli unici adempimenti italiani sono consistiti in uno scambio di lettere informative con la Commissione, cui non è corrisposto un effettivo avanzamento del recupero. Come risultato, alla data di introduzione del ricorso *ex* art. 108, par. 2, TFUE da parte della Commissione (18 maggio 2010, quasi due anni dopo la notifica della decisione iniziale), nessun aiuto concesso era ancora stato recuperato (cfr. causa C-243/10, *Commissione c. Italia*, *cit.*, punto 38). I provvedimenti normativi adottati per riformare la legge italiana sul recupero degli aiuti illegittimi (Decreto-legge 8 aprile 2008, n. 59, poi convertito in Legge 6 giugno 2008, n. 101), in ragione della data di pubblicazione antecedente alla decisione 2008/854 della Commissione, non sono da considerarsi come adottati strumentalmente all'esecuzione della decisione stessa, seppur naturalmente connessi alla fattispecie di cui trattasi. Invece, per una ricognizione degli ulteriori passaggi procedurali posti in essere dallo Stato italiano e dalla Regione Sardegna, si rinvia alle note seguenti, per esigenze espositive e per una più chiara scansione temporale.

[23] Causa C-576/18, *Commissione c. Italia*, *cit.*, punti 24, 26 e 29. Cfr. anche Regione Autonoma della Sardegna, *Relazione per l'anno 2015 sullo stato di conformità dell'ordinamento regionale agli atti normativi e di indirizzo dell'Unione europea*, pp. 20-23. Va segnalato, peraltro, che i ricorsi sottoposti al Tribunale civile di Cagliari, benché in via cautelare abbiano condotto alla *sospensione* degli ordini di pagamento, sono stati poi per la maggior parte rigettati nella parte (di merito) in cui chiedevano l'*annullamento* degli ordini medesimi: è il caso, ad esempio, del Grand Hotel Abi d'Oru, che ha visto il proprio ricorso rigettato tanto in primo grado (cfr. sentenza della Corte di giustizia del Trib. civ. di Cagliari del 13 luglio 2015, n. 2313/2015) quanto in appello (cfr. sentenza della Corte d'Appello di Cagliari del 1° ottobre 2018 n. 827/2018; cfr. anche, in termini più generali, causa C-576/18, *Commissione c. Italia*, *cit.*, punto 31). Restano ingenti, come ricordato nel testo, i ritardi e le

mentre nuovi ricorsi in sede amministrativa[24] sono giunti a sottoporre al Consiglio di Stato la controversia circa la legittimità degli atti di revoca degli aiuti adottati dalla Regione Sardegna[25]. Nonostante questi ricorsi siano stati infine rigettati, deve ricordarsi che tutte queste vicende giurisprudenziali hanno provocato notevoli ritardi, non solo per i tempi "propri" dei vari gradi di giudizio, ma anche a causa delle numerose sospensioni delle ingiunzioni di pagamento, per le chiusure (e le riaperture) delle cartelle esattoriali e delle procedure di esecuzione forzata, nonché per le impugnazioni dei provvedimenti amministrativi[26], così da impedire non solo che il recupero degli aiuti illegittimamente concessi fosse tempestivo, ma anche che esso fosse integrale. Anche l'introduzione di un piano di restituzione rateizzato[27] da parte della Regione Sardegna, nonostante avesse

---

complicazioni dovute allo svolgimento dei giudizi e ai provvedimenti cautelari sospensivi, seppur emessi con efficacia temporanea (vedasi anche nota 26).

[24] Tali ulteriori ricorsi sono stati proposti da diverse strutture beneficiarie degli aiuti, con l'obiettivo di ottenere l'annullamento delle delibere regionali numeri 1671 e 1675 del 28 dicembre 2011 (atti mediante i quali la Regione riavviava le procedure coattive per l'esecuzione dell'obbligo di recupero) e la sospensione cautelare delle relative ingiunzioni di pagamento. Cfr. ordinanza cautelare del TAR Sardegna dell'8 marzo 2012, n. 92/2012; ordinanza cautelare del TAR Sardegna dell'8 marzo 2012, n. 93/2012, in cui il giudice amministrativo ha respinto le richieste di sospensione in pendenza di giudizio, e sentenza del TAR Sardegna del 10 luglio 2014, n. 587/2014; sentenza del TAR Sardegna del 27 giugno 2014, n. 501/2014; sentenza del TAR Sardegna del 16 giugno 2014, n. 438/2014, in cui il medesimo giudice amministrativo ha rigettato i ricorsi proposti avverso le delibere regionali.

[25] Infatti, tutte le sentenze citate alla nota precedente sono state oggetto di appello da parte dei ricorrenti, cosicché il contenzioso amministrativo si è dilatato temporalmente ancora di più, nonostante tutti i ricorsi siano stati rigettati e la legittimità della decisione 2008/854 della Commissione europea (esaminata come questione pregiudiziale) sia stata confermata in via definitiva, in accordo con le precedenti pronunce del Tribunale dell'Unione europea e della Corte di giustizia, qui già citate (vedasi nota 13). Cfr. sentenza del Consiglio di Stato del 10 giugno 2015, n. 2846/2015; sentenza del Consiglio di Stato del 10 giugno 2015, n. 2847/2015; sentenza del Consiglio di Stato del 10 giugno 2015, n. 2848/2015.

[26] Oltre che nelle note precedenti e nelle due sentenze della Corte di giustizia del 2012 e del 2020, una ricostruzione sufficientemente dettagliata delle vicende giurisprudenziali ed amministrative interne è offerta in Regione Autonoma della Sardegna, *Relazione per l'anno 2015 sullo stato di conformità dell'ordinamento regionale agli atti normativi e di indirizzo dell'Unione europea*, pp. 20-23.

[27] Si è trattato di un'iniziativa assunta, per l'appunto, a livello regionale, con cui la Presidenza della Regione ha elaborato – e sottoposto, il 22 ottobre 2015, alla valutazione della Commissione – un piano di recupero degli aiuti dilazionato nel tempo, con il dichiarato obiettivo di evitare che una restituzione integrale ed immediata provocasse, in capo ai beneficiari, quei "danni irreparabili" di cui alcune ordinanze del TAR avevano precedentemente paventato il rischio (cfr. *supra*). Il piano prevedeva la possibilità, per i beneficiari che volessero avvalersene, di rateizzare l'importo della sovvenzione da restituire su un periodo che andava da fine 2015 al 31 ottobre 2016, conseguendo anche la sospensione dell'esecuzione dei rispettivi ruoli presso Equitalia (l'allora ente preposto al recupero dei crediti d'imposta). In cambio, i beneficiari che accedevano al piano di recupero dilazionato si sarebbero impegnate a rinunciare ad ogni azione giudiziaria e a non avviarne di nuove. Per una dettagliata descrizione della struttura del piano qui sintetizzato, cfr. Regione Autonoma della Sardegna, *Relazione per l'anno 2015 sullo stato di conformità dell'ordinamento regionale agli atti normativi e di indirizzo dell'Unione europea*, pp. 22-23, in cui si segnala anche l'approvazione ricevuta, l'11 novembre 2015, da parte della Commissione europea.

prodotto il risultato positivo di consentire un recupero di percentuali maggiori di sovvenzioni in tempi relativamente ristretti[28], è stata poi in parte vanificata a causa di alcune pronunce del maggio 2017, con cui la Corte d'Appello di Cagliari ha nuovamente sospeso l'efficacia degli ordini di restituzione a carico di gran parte dei beneficiari[29]. In ottemperanza a queste sentenze, dunque, la Regione si è vista costretta a sospendere, almeno in parte, l'operatività del piano di recupero dilazionato, in quanto per otto delle sedici strutture che vi erano coinvolte l'ingiunzione di pagamento non aveva più alcuna efficacia esecutiva[30].

Da ultimo, nel giugno 2018, la Commissione ha ritenuto di sottoporre alla Corte di giustizia un ulteriore ricorso[31], questa volta a norma dell'art. 260, par. 2, TFUE, sostenendo che la violazione posta in essere dall'Italia si fosse protratta ben oltre i limiti dell'obbligo di adeguamento e che, pertanto, fosse necessario intervenire con alcune sanzioni pecuniarie al fine di ripristinare la *compliance* con l'ordinamento europeo e, segnatamente, stimolare il recupero degli aiuti illegittimamente concessi.

3. Tra le numerose questioni affrontate nella pronuncia in esame dalla Corte di giustizia, assume un ruolo centrale la possibilità – caldeggiata dalla difesa italiana – di qualificare le numerose difficoltà incontrate nell'attuazione della sentenza del 2012 come una fattispecie di "impossibilità assoluta di carattere temporaneo"[32]. Va ricordato che, nella giurisprudenza della Corte, questa è la sola valida ragione che può giustificare la mancata ottemperanza all'obbligo di recupero degli aiuti illegittimi[33]. Se è vero, difatti,

---

[28] Causa C-576/18, *Commissione c. Italia*, *cit.*, punti 35 e 111.

[29] *Ibid.*, punto 37.

[30] Causa C-576/18, *Commissione c. Italia*, *cit.*, punto 38.

[31] Ricorso della Commissione europea del 12 settembre 2018, presentato alla Corte di giustizia per la causa C-576/18.

[32] Causa C-576/18, *Commissione c. Italia*, *cit.*, punto 102. Trattasi di una delle due declinazioni identificabili della categoria esimente della "impossibilità assoluta" (meglio analizzata nella nota seguente). Quest'ultima, per l'appunto, può presentarsi in modo permanente, configurando quindi un ostacolo che lo Stato membro non potrà mai sormontare, o temporaneo, lasciando aperta la possibilità di un adempimento futuro agli obblighi dell'Unione; cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Wahl del 13 febbraio 2014, causa C-527/12, *Commissione c. Germania*, punti 47-53.

[33] Deve ricordarsi che la categoria della "impossibilità assoluta" è frutto di un'elaborazione prima di tutto giurisprudenziale, poi avallata dalla dottrina. È la Corte ad aver definito questa categoria concettuale come "l'insieme di circostanze estranee e non riferibili al soggetto che l'invoca, anormali e imprevedibili, le cui conseguenze non avrebbero potuto evitarsi nonostante ogni diligenza impiegata"; cfr. sentenza dell'8 luglio 2010, causa C-334/08, *Commissione c. Italia*, punti 46-47; sentenza del 5 ottobre 2006, causa C-105/02, *Commissione c. Germania*, punto 89; sentenza del 5 febbraio 1987, causa C-145/85, *Denkavit c. Stato belga*, punto 11. Per ulteriori specificazioni della categoria concettuale in esame, seppur non con la medesima formulazione, cfr. sentenza del 9 novembre 2017, causa C-481/16, *Commissione c. Grecia*; sentenza del 22 dicembre 2010, causa C-304/09, *Commissione c. Italia*; sentenza del 27 giugno 2000, causa C-404/97, *Commissione c. Portogallo*; sentenza del 15 gennaio 1986, causa C-52/84, *Commissione c. Belgio*. In dottrina, invece,

che la procedura di recupero degli aiuti illegittimamente concessi è un momento di confronto e parziale sovrapposizione tra l'ordinamento dell'Unione e l'ordinamento interno dello Stato membro in questione[34], non si può fare a meno di ricordare come il principio del primato del diritto dell'Unione europea imponga che quest'ultimo trovi sempre applicazione in modo pieno ed effettivo, senza che le disposizioni interne vi costituiscano un ostacolo. Dunque, logico corollario di tale principio generale è l'obbligo, per lo Stato membro, di recuperare gli aiuti illegittimi disapplicando *de facto* ogni norma nazionale che possa pregiudicare tale risultato[35], potendo ritenersi "liberato" da tale obbligo solo nel caso, per l'appunto, di una circostanza imprevista, imprevedibile e sostanzialmente ingovernabile.

Lo sforzo interpretativo di rintracciare, nel caso di specie, una "impossibilità assoluta di carattere temporaneo" veniva invocato dallo Stato convenuto, in particolar modo, nei confronti dei molteplici interventi della magistratura italiana, tanto civile quanto amministrativa, che, come si è visto *supra*, § 2, aveva sospeso più volte l'esecutività dei provvedimenti di recupero, nonché contestato la legittimità della decisione 2008/854 della Commissione. Gli effetti dilatori di questi giudizi interni e, in diversi casi, anche gli effetti giuridici vincolanti delle relative pronunce avrebbero – secondo la tesi italiana – reso del tutto impossibile (fintanto che perduravano) il recupero immediato ed effettivo delle sovvenzioni concesse.

Sul punto, la Corte di giustizia ha evidenziato come i giudici nazionali – in presenza di una situazione come quella riscontrata nel caso di specie – non possano sospendere o annullare gli ordini di recupero degli aiuti ille-

---

cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 651; G. ZANCHI, *op. cit.*, pp. 1059-1060; P. WENNERÅS, *Sanctions Against Member States Under Article 260 TFEU: Alive, But Not Kicking?*, in *Common Market Law Review*, 2012, p. 157; A. TERRASI, *Aiuti di Stato: la questione del recupero degli aiuti illegalmente concessi*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, spec. pp. 1103-1107. Da ultimo, è importante segnalare che, nonostante l'esimente *de qua* abbia avuto origine giurisprudenziale prima ancora di essere sostenuta anche in dottrina, ad oggi non v'è ancora mai stata una pronuncia in cui il giudice di Lussemburgo abbia riconosciuto la sussistenza, in concreto, di una tale fattispecie. Questa situazione è dovuta alla particolare rigidità dei canoni valutativi della Corte stessa in tema (come qui segnalati e come si vedranno in seguito, anche nel testo), in virtù dei quali è stato al massimo consentito, allo Stato membro che invocasse un caso di impossibilità assoluta, di sottoporre nuovi elementi valutativi alla Commissione e di confrontarvisi con essa. Cfr., sul punto, G. ZANCHI, *op. cit.*, p. 1060; A. TERRASI, *op. cit.*, p. 1114.

[34] Così A. TERRASI, *op. cit.*, p. 1103.

[35] La qual conclusione, peraltro, non implica che la Corte di giustizia o la Commissione debbano necessariamente indicare allo Stato membro quali misure esso sia di volta in volta tenuto ad adottare ai fini del recupero. Al contrario, nella maggior parte dei casi la procedura è lasciata ai mezzi interni di cui lo Stato stesso dispone, esaltandone così le specificità, ma sempre nel rispetto del già citato limite relativo al primato del diritto dell'Unione. Sul punto, cfr. G. ZANCHI, *op. cit.*, 2014, pp. 1052-1053 e p. 1060; A. TERRASI, *op. cit.*, 2002, pp. 1092-1093; C. PINOTTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, 2000, pp. 320-323; R. CAFARI PANICO, *Il recupero degli aiuti illegittimamente concessi*, in *Rivista di diritto europeo*, 1995, pp. 39-52.

gittimi, se non in presenza della specifica condizione esplicitata dalla Corte stessa in una sua giurisprudenza ormai piuttosto risalente[36]. Tale requisito, in particolare, si fonda sulla dichiarazione di invalidità della decisione che impone il recupero degli aiuti o, quantomeno, sull'esistenza di indici sufficientemente rilevanti in tal senso[37]. Una simile condizione, nel caso di specie, non può – secondo la Corte – dirsi in alcun modo soddisfatta[38]: sebbene siano stati introdotti diversi ricorsi tesi a sindacare la validità della decisione 2008/854/CE, essi sono stati integralmente rigettati dal giudice "comunitario"[39], cosicché non può sussistere alcun dubbio che integri il requisito appena citato. Lo stesso orientamento appena richiamato si fonda, a sua volta, sulla più generale visione del giudice nazionale come "giudice comunitario di diritto comune"[40], vale a dire come sede giurisdizionale di prima applicazione ai singoli delle norme dell'ordinamento dell'Unione, anche (e soprattutto) ove questo comporti la disapplicazione o la diversa interpretazione della normativa interna[41]. Visione, questa, che ha sovente condotto la Corte di giustizia a negare rilevanza ai provvedimenti giurisdizionali interni, qualora questi mostrassero scarsa attitudine all'applicazione del diritto "comunitario" o, quantomeno, alla considerazione degli interessi dell'Unione[42]. Facendo applicazione di tali orientamenti al caso di specie,

---

[36] Si veda la c.d. giurisprudenza *Atlanta* e *Zuckerfabrik*, che trova i propri *leading case* in sentenza del 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft e a. c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*; sentenza del 21 febbraio 1991, cause riunite C-143/88 e C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen c. Hauptzollamt Itzehoe* e *Zuckerfabrik Soest c. Hauptzollamt Paderborn*.

[37] Vedasi la giurisprudenza citata alla nota precedente. Sottolinea l'importanza di tale condizione anche P. MORI, *Nuove sanzioni all'Italia per mancato recupero degli aiuti di Stato: Corte di giustizia 17 settembre 2015 (Commissione c. Italia, C-367/14)*, in *Eurojus*, 4 ottobre 2015. Cfr. anche la sentenza di riferimento del citato articolo, sentenza del 17 settembre 2015, causa C-367/14, *Commissione c. Italia*.

[38] Causa C-576/18, *Commissione c. Italia*, *cit.*, punto 104.

[39] Si vedano le sentenze del Tribunale e della Corte di giustizia citate alla nota 13.

[40] Espressione, questa, comparsa per la prima volta in sentenza del 10 luglio 1990, causa T-51/89, *Tetra Pak c. Commissione*, punto 42.

[41] G. GATTINARA, *Obbligo di recupero degli aiuti illegali e incompatibili e* res judicata *nazionale: il caso Lucchini*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, p. 652; F. FERNÁNDEZ SEGADO, *Il giudice nazionale come giudice comunitario*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2005, pp. 129-154; L. SEVÓN, *Il giudice nazionale come giudice comunitario: il principio dell'autonomia procedurale ed i suoi limiti*, in *Relazione al convegno "1952-2002: cinquantesimo anniversario della Corte di giustizia delle Comunitá europee"*, 2003, pp. 51-63.

[42] Come già sottolineato *supra*, in apertura di questo paragrafo, l'ottica attraverso cui interpretare questi ragionamenti è data dal principio del primato del diritto dell'Unione europea, che è volto alla piena ed effettiva applicazione delle norme "comunitarie" nel rapporto con gli ordinamenti interni degli Stati membri. Al giudice nazionale è richiesto di tener conto, ove fossero rilevanti, anche degli interessi dell'Unione e, se del caso, di disapplicare la normativa nazionale di riferimento: senza simili adempimenti, la pronuncia del giudice nazionale risulta fondata su un errore di applicazione del diritto e le vicende giurisdizionali interne, in quanto "disposizioni, prassi o situazioni" interne, restano irrilevanti dal punto di vista dei rapporti tra lo Stato membro e l'Unione europea, così come avvenuto (in relazione al caso in esame) per gli interventi delle magistrature italiane sulle procedure di recupero degli aiuti di Stato. Va ricordato come questa ricostruzione sia stata spinta – sep-

il giudice del Kirchberg ha dunque "ammonito" i giudici italiani per aver disposto provvedimenti che – in virtù di quanto appena esposto – non avrebbero potuto emanare[43] e che, pertanto, non possono giustificare l'inadempimento dell'obbligo di recupero.

La Corte ha poi ricordato come, indipendentemente dalla fondatezza giuridica delle sentenze nazionali dedotte dallo Stato al fine di giustificare il mancato recupero degli aiuti, queste non possano comunque essere considerate come integranti un caso di «impossibilità assoluta»[44]: infatti, gli ostacoli che uno Stato membro può incontrare per recuperare in virtù dell'intervento della propria magistratura non possono giustificare l'inadempimento degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione, non potendo essere qualificati che come mere difficoltà legate all'ordinamento nazionale[45]. Conclusione, questa, che viene rafforzata se la si considera alla luce del generale principio per cui l'obbligo di esecuzione di una sentenza

---

pur in un caso dai tratti del tutto peculiari – fino a negare rilevanza ad una sentenza interna su cui si era formato il giudicato (cfr. sentenza del 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Lucchini*), poiché la decisione del giudice nazionale, non tenendo conto della competenza esclusiva della Commissione in tema di valutazione di illegittimità degli aiuti di Stato, aveva applicato l'art. 2909 del codice civile italiano in violazione di quanto prescritto dal diritto dell'Unione, facendolo operare "in difesa" dell'ormai avvenuta concessione di un aiuto che invece avrebbe dovuto essere recuperato. Sui profili legati all'interpretazione di quella discussa sentenza della Corte di giustizia e, più in generale, al rapporto tra giudicato interno e primato del diritto dell'Unione, cfr. A. QUATTROCCHI, *Sul recupero di aiuti di Stato tra* de minimis rule *e inopponibilità del giudicato*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2011, spec. pp. 844-847; E. FONTANA, *Qualche osservazione in margine al caso Lucchini: un tentativo di spiegazione*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2008, pp. 193-219; G. GATTINARA, *op. cit.*, 2008, pp. 640-664; G. PETRILLO, *Il "caso Lucchini": il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2008, pp. 425-433; B. ZUFFI, *Il caso Lucchini infrange l'autorità del giudicato nazionale nel campo degli aiuti statali*, in *Giurisprudenza italiana*, 2008, pp. 382-384. Relativamente al medesimo tema, si attesta sulle stesse posizioni tenute dalla Corte di giustizia anche C/2019/5396, del 23 luglio 2019, comunicazione della Commissione europea sul recupero degli aiuti di Stato illegali e incompatibili, punti 43-46.

[43] Causa C-576/18, *Commissione c. Italia*, *cit.*, punto 104. Da notare che questa conclusione non si applica soltanto dal momento in cui la Corte di giustizia ha rigettato i ricorsi contro la legittimità della decisione della Commissione, ma anche (ed in maniera immutata) durante la pendenza degli stessi: anche questa situazione di apparente "incertezza" non consente, secondo la Corte, di ritenere soddisfatta la condizione richiesta dalla c.d. *giurisprudenza Atlanta e Zuckerfabrik*, poiché non integra un indice tanto serio da poter derogare al principio del primato del diritto dell'Unione. Nello stesso senso, v. anche sentenza del 17 settembre 2015, causa C-367/14, *Commissione c. Italia*.

[44] Causa C-576/18, *Commissione c. Italia*, *cit.*, punto 105.

[45] Il principio in parola assurge, ormai da tempo, al livello di massimo rilievo in tema di giudizi sui comportamenti degli Stati membri, tanto da potersi rintracciare sue applicazioni in un vasto orientamento giurisprudenziale. Cfr., *ex multis*, sentenza del 17 settembre 2015, causa C-367/14, *Commissione c. Italia*, punto 51; sentenza dell'11 settembre 2008, causa C-316/06, *Commissione c. Irlanda*, punto 31; sentenza del 26 febbraio 2008, causa C-273/07, *Commissione c. Lussemburgo*, punto 10; sentenza del 29 novembre 2007, causa C-34/07, *Commissione c. Lussemburgo*, punto 13; sentenza dell'8 novembre 2007, causa C-40/07, *Commissione c. Italia*, punto 12; sentenza del 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Lucchini*, punti 60 e 61; sentenza dell'8 dicembre 2005, causa C-38/05, *Commissione c. Irlanda*, punto 16.

della Corte di giustizia dell'Unione europea incombe su tutti gli organi, gli enti e le istituzioni di uno Stato membro[46]; ciò perché, in maniera speculare, ciascuno Stato membro è responsabile, attraverso il proprio governo centrale, per violazioni al diritto dell'Unione poste in essere da qualunque ente, potere o livello di governo[47]. Così, nel caso di specie, benché la violazione "originaria" fosse stata posta in essere dalla Regione Sardegna e l'inottemperanza all'obbligo di adeguamento alla prima sentenza fosse stata causata – in buona parte – dalla magistratura, la responsabilità dello Stato italiano non ha potuto dirsi in alcun modo ridotta o circoscritta[48].

Un'altra rilevante linea argomentativa della sentenza è, poi, quella concernente la valutazione dei progressi della situazione italiana in relazione allo scorrere del tempo. Come si è accennato *supra*, § 2, il grado di intensità della violazione non è rimasto sempre lo stesso per tutta la durata del procedimento (*rectius*, dei procedimenti). È anzi possibile ricostruire, in maniera piuttosto precisa, un'evoluzione della percentuale di aiuti recuperati dal 2008 al 2020, che mostra un passaggio – prima piuttosto "arrancante" e, in seguito, più veloce – dall'8% dell'11 luglio 2014[49] (data della notifica, da parte della Commissione, della lettera di messa in mora *ex* art. 260, par. 2, TFUE), al 60% del 7 giugno 2018[50] (data, quest'ultima, dell'intro-

[46] Sul tema, la giurisprudenza "comunitaria" è corposa. Cfr., per il caso in esame, causa C-576/18, *Commissione c. Italia*, *cit.*, punti 55-56 e, a ulteriore titolo esemplificativo, sentenza del 4 marzo 2010, causa C-297/08, *Commissione c. Italia*; sentenza del 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*; sentenza del 9 dicembre 2003, causa C-129/00, *Commissione c. Italia*; sentenza del 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*; sentenza dell'11 ottobre 2001, causa C-110/00, *Commissione c. Austria*; sentenza del 1° giugno 1999, causa C-302/97, *Konle*; sentenza del 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur c. Bundesrepublik Deutschland* e *The Queen c. Secretary of State for Transport*; sentenza del 5 maggio 1970, causa C-77/69, *Commissione c. Belgio*. In dottrina, sullo stesso punto, v. R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*, pp. 261-262; L. PRETE, *op. cit.*, pp. 42-53; K. LENAERTS, I. MASELIS, K. GUTMAN, *EU Procedural Law*, Oxford, 2014, pp. 165-172, spec. pp. 166-167; C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 7 e p. 230; T. MATERNE, *op. cit.*, pp. 331-336; L. PRETE, B. SMULDERS, *The Coming of Age of Infringement Proceedings*, in *Common Market Law Review*, 2010, pp. 25-26; M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *op. cit.*, pp. 47-49; D. SIMON, *Le Système Juridique Communautaire*, Parigi, 2001, p. 618.

[47] Si vedano la dottrina e la giurisprudenza citate nella nota precedente, concordi nel ritenere che la responsabilità per inadempimento di un obbligo derivante dal diritto dell'Unione copra qualsiasi autorità afferente allo Stato membro, qualunque sia il suo grado di autonomia dal governo "centrale". Tale ordine di considerazioni ha suscitato alcune preoccupazioni in più per quanto riguarda la magistratura, vista l'elevata importanza dell'indipendenza di questo ordine all'interno del sistema di "pesi e contrappesi" delle moderne democrazie europee, nonché l'operatività di principi cardine della sovranità nazionale come l'autorità di cosa giudicata. Sul tema, per una voce particolarmente critica, cfr. C. TIMMERMANS, *Use of the Infringement Procedure in Cases of Judicial Errors*, in J. W. DE ZWAAN, A. E. KELLERMANN, J. H. JANS, F. A. NELISSEN, S. BLOCKMANS (eds.), *The European Union: an Ongoing Process of Integration*, L'Aja, 2004, pp. 155-164, spec. p. 157.

[48] Resta salvo, ad ogni modo, il diritto rivalsa nei confronti della Regione previsto in capo allo Stato che riporti una condanna al pagamento di sanzioni pecuniarie, così come disciplinato dall'art. 43 della legge 24 dicembre 2012, n. 234.

[49] Causa C-576/18, *Commissione c. Italia*, *cit.*, punto 44.

[50] *Ibid.*, punto 62.

duzione del ricorso davanti alla Corte di giustizia), per aumentare ancora in pendenza della fase contenziosa della procedura di *manquement sur manquement*, fino a sfiorare la quota del 90% poco prima della sentenza[51].

Di fronte a una simile evoluzione fattuale, il giudice di Lussemburgo ha mostrato un atteggiamento, invero, piuttosto rigido. La Corte ha infatti ribadito la propria giurisprudenza consolidata per cui la sussistenza attuale dell'inadempimento contestato deve essere valutata con riferimento al momento ultimo che "chiude" la fase precontenziosa[52]: momento che, nella procedura d'infrazione *ex* art. 258 TFUE, corrisponde alla scadenza del termine fissato dalla Commissione nel parere motivato; mentre, nella procedura d'infrazione *ex* art. 260, par. 2, TFUE, va identificato con la scadenza del termine fissato nella lettera di messa in mora.

Nel caso di specie, dunque, il termine in relazione a cui valutare la persistenza dell'inadempimento era da individuarsi nell'11 settembre 2014, data in cui gli aiuti effettivamente recuperati erano meno del 10% sul totale degli aiuti concessi[53]. Sulla base di questa constatazione e coerentemente con la propria giurisprudenza consolidata[54], la Corte ha confermato l'effettiva sussistenza dell'infrazione alla data in questione e ha accertato (sotto il c.d. profilo dell'*an*) la relativa responsabilità dell'Italia.

L'atteggiamento inflessibile della Corte di fronte al dimostrato *bon vouloir* italiano risulta, in realtà, del tutto giustificato: in un'ottica di sistema, se il giudice del *Kirchberg* mostrasse di poter (o voler) utilizzare un criterio meno severo per la valutazione della sussistenza dell'inadempimento, sempre più Stati membri percepirebbero come scarsamente effettivo il deterrente della procedura d'infrazione, confidando di poter insistere per anni nell'inadempimento di obblighi europei (talvolta essenziali, come nel caso in esame) e di poter rimanere sostanzialmente "impuniti" – o comunque consapevoli di essere "puniti" in modo contenuto – a fronte della dimostrazione dello sforzo per ripristinare la *compliance* (con effettivo ripristino, totale o parziale, anche molto a ridosso della valutazione dei fatti da parte della Corte).

Se è dunque condivisibile che i progressi italiani non abbiano avuto alcuna incidenza in relazione al profilo della responsabilità dello Stato con-

---

[51] *Ibid.*, punto 143.

[52] *Ibid.*, punti 88 e 89.

[53] *Ibid.*, punto 89.

[54] Per limitarsi agli esempi più recenti di tale orientamento, volutamente rigido nell'individuazione del termine di riferimento per valutare la sussistenza dell'infrazione, cfr. sentenza del 14 novembre 2018, causa C-93/17, *Commissione c. Grecia*, punto 73; sentenza del 31 maggio 2018, causa C-251/17, *Commissione c. Italia*, punto 32; sentenza del 22 febbraio 2018, causa C-328/16, *Commissione c. Grecia*, punto 49; sentenza del 22 giugno 2016, causa C-557/14, *Commissione c. Portogallo*, punto 36; sentenza del 15 ottobre 2015, causa C-167/14, *Commissione c. Grecia*, punto 29; sentenza del 2 dicembre 2014, causa C-378/13, *Commissione c. Grecia*, punto 27.

venuto, può forse avanzarsi qualche considerazione di tenore diverso per quanto attiene al profilo sanzionatorio. Anche da questo punto di vista, nella sentenza in esame, è stata negata quasi ogni rilevanza ai progressi compiuti dall'Italia nel recupero degli aiuti illegittimamente concessi[55], salvo una limitata capacità di attenuare la quantificazione delle due sanzioni rispetto alle richieste della Commissione[56]. All'esito di queste conclusioni, la Corte di giustizia ha irrogato, nei confronti dell'Italia, un cumulo sanzionatorio che, nel complesso, risulta piuttosto gravoso[57].

In realtà, la decisione di avvalersi di entrambe le sanzioni contemplate dal trattato in via cumulativa è sorretta da diverse ragioni giustificatrici. È infatti noto come, da ormai diverso tempo, la Corte di giustizia si riconosca la possibilità di disporre in modo cumulato delle due sanzioni predisposte dall'art. 260 TFUE[58], tanto più che la discrezionalità della Corte stessa nel decidere natura ed importi del trattamento sanzionatorio è (rispetto alle richieste della Commissione) pressoché illimitata[59]. Va considerato, del pari, che le due sanzioni sono concepite sulla base di presupposti differenti: la somma forfettaria tende a colpire uno Stato membro per il solo fatto

---

[55] Causa C-576/18, *Commissione c. Italia*, *cit.*, spec. punti 144-145. Analizza un caso piuttosto simile, sebbene i progressi dello Stato convenuto fossero decisamente inferiori rispetto alla sentenza in commento, P. MORI, *op. cit.*.

[56] Causa C-576/18, *Commissione c. Italia*, *cit.*, punto 1, punti 152-155 e punto 167.

[57] Vedasi *supra*, § 1.

[58] Si tratta di un orientamento giurisprudenziale inaugurato con sentenza del 12 luglio 2005, causa C-304/02, *Commissione c. Francia*, e in seguito consolidato con diverse altre pronunce, tra cui sentenza del 19 dicembre 2012, causa C-374/11, *Commissione c. Irlanda*; sentenza dell'11 dicembre 2012, causa C-610/10, *Commissione c. Spagna*. Alla base di tale orientamento v'è un'interpretazione piuttosto "elastica" del testo dell'art. 260 TFUE. Quest'ultimo, che consente l'irrogazione "di una somma forfettaria *o* di una penalità" (corsivi aggiunti), viene interpretato dalla Corte in senso cumulativo e non, invece, nel senso di una rigida alternativa, giustificando tale interpretazione sulla base dell'ampia differenza di finalità che le due sanzioni perseguono (così come anche indicato nel testo). Dal canto suo, anche la Commissione si è subito mostrata disposta a seguire l'orientamento inaugurato dalla Corte di giustizia, tanto da aver dichiarato che avrebbe generalmente richiesto l'applicazione "cumulativa" delle due sanzioni nella Comunicazione SEC/2005/1658 della Commissione europea del 20 settembre 2006, *Applicazione dell'articolo 228 del Trattato CE*, punti 10-12, spec. punto 10.4, cui poi hanno fatto seguito e conferma gli aggiornamenti relativi alle sanzioni *ex* art. 260, par. 2, TFUE ed i loro metodi di calcolo. In dottrina, sul punto, cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 272; C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 80; P. WENNERÅS, *op. cit.*, pp. 155-156.

[59] Questa "macro-deroga" al principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato si è addirittura trasformata in una sorta di "formula sacrale", che la Corte inserisce quasi sempre nelle sentenze che toccano il tema e che si può ritrovare, in relazione al caso in esame, anche in causa C-576/18, *Commissione c. Italia*, *cit.*, punti 135-136. Sul punto, anche la dottrina maggioritaria riconosce tale ampia discrezionalità; cfr., *ex multis*, R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 273; T. VAN RIJN, *Les Sanctions Pécuniaires de l'Article 260 TFUE: 5 Ans Après le Traité de Lisbonne*, in *Cahiers de Droit Européen*, 2015, p. 569; C. AMALFITANO, *op. cit.*, spec. pp. 110-113; M. TRAPANI, C. ZADRA, *Articolo 260 TFUE*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012, pp. 1816-1819; P. MORI, *op. cit.*; I. KILBEY, *The Interpretation of Article 260 TFEU (ex Article 228 EC)*, in *European Law Review*, 2010, p. 371 e p. 373; L. PRETE, B. SMULDERS, *op. cit.*, pp. 51-52.

che esso abbia commesso un'infrazione, al fine di svolgere una funzione preventiva tanto speciale quanto generale; la penalità, invece, diviene utilizzabile unicamente nei casi in cui l'infrazione, al momento della sentenza, sia ancora persistente, così da esercitare, sul solo Stato convenuto, una pressione sufficiente a farla cessare[60]. Infine, deve riconoscersi che nel caso di specie potevano dirsi sussistenti, contemporaneamente, entrambi i presupposti fattuali appena descritti.

Tuttavia, sembra opportuno rimarcare come l'inadempimento causato dall'illegittima concessione degli aiuti non sia rimasto uguale a sé stesso per tutta la durata della procedura. Se si può concordare con la Corte sul fatto che le norme violate abbiano un'importanza fondamentale all'interno dell'ordinamento dell'Unione[61] e sulla constatazione per cui, inizialmente, la violazione poteva considerarsi piuttosto grave (in termini quantitativi)[62], non può negarsi che l'Italia abbia dimostrato – nel lasso di tempo intercorso tra il 2008 ed il 2020 – una concreta attitudine a impegnarsi per il recupero di dette sovvenzioni[63]. Attitudine che, se non ha portato ad una *compliance* integrale, ha però condotto al recupero di buona parte degli aiuti (quasi il 90%, come riconosciuto dalla Corte stessa nella sentenza)[64], con incoraggianti probabilità di giungere ad una completa conformità in tempi relativamente brevi.

Ora, se si insiste nell'affermare che il solo scopo di entrambe le sanzioni – seppur declinato in prospettive diverse – sia quello di ricondurre lo Stato recalcitrante a conformità con il diritto dell'Unione[65], in un caso come quello in esame la scelta più proporzionata sarebbe stata, forse, quella di disattendere in misura ben più rilevante le richieste della Commissione in tema di quantificazione[66]. Più difficile sarebbe stato pretendere una somma

---

[60] Cfr., ad esempio, sentenza del 7 luglio 2009, causa C-369/07, *Commissione c. Grecia*, punto 59 e punti 140-144; sentenza del 12 luglio 2005, causa C-304/02, *Commissione c. Francia*, punti 80-86; sentenza del 9 dicembre 2008, causa C-121/07, *Commissione c. Francia*, punto 27 e punto 33; sentenza del 14 marzo 2006, causa C-177/04, *Commissione c. Francia*, punti 59-63. In dottrina, v. L. PRETE, *op. cit.*, pp. 252-341; C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 81; M. POELEMANS, *La Sanction dans l'Ordre Juridique Communautaire*, Bruxelles, 2004, pp. 44-50.

[61] Causa C-576/18, *Commissione c. Italia*, *cit.*, punti 150-151.

[62] *Ibid.*, punto 154.

[63] Oltre alla ricostruzione fattuale offerta nel presente lavoro (*supra*, § 2), può essere utile consultare la già citata *Relazione per l'anno 2015 sullo stato di conformità dell'ordinamento regionale agli atti normativi e di indirizzo dell'Unione europea*, pp. 20-23.

[64] Causa C-576/18, *Commissione c. Italia*, *cit.*, punti 138-143.

[65] L. PRETE, *op. cit.*, pp. 252-341; C. AMALFITANO, *op. cit.*, pp. 81-83; M. TRAPANI, C. ZADRA, *op. cit.*, p. 1817; M. POELEMANS, *op. cit.*, p. 44-50.

[66] V'è da riconoscere che, in effetti, la decisione della Corte di giustizia ha ritoccato *in melius* le richieste della Commissione, ma in modo piuttosto lieve. L'istituzione di Bruxelles aveva calcolato la somma forfettaria in 8.715.000 euro, fissando a 4 il coefficiente di gravità dell'infrazione; la Corte, invece, ha ritenuto di quantificarla in 7.500.000 euro, mediante una valutazione *ex aequo et bono*. Anche la penalità di mora, nella valutazione della Commissione, era più severa di quella poi decisa dal giudice del Kirchberg; con un coefficiente di

forfettaria di entità più lieve rispetto a quella effettivamente comminata, data la logica di questa sanzione che, si ricorda, è volta a trattare l'inadempimento nella sua porzione pregressa (e, quindi, ormai immutabile). Tuttavia, vista la consistente riduzione delle somme ancora non recuperate, ottenuta mediante l'impegno ed il c.d. *bon vouloir* dimostrati dall'Italia, la determinazione del *quantum* sanzionatorio si sarebbe potuta orientare sull'utilizzo di una penalità c.d. degressiva, vale a dire decrescente in modo proporzionale ai risultati di parziale conformità via via ottenuti dallo Stato condannato[67]. Tale strumento è da ricollegarsi a quella giurisprudenza, invero piuttosto frequente, che vede la Corte modulare gli effetti delle proprie sanzioni in relazione alle circostanze del caso di specie[68], facendo uso della discrezionalità di cui dispone in relazioni a tali determinazioni[69]. La penalità degressiva, in particolare, è spesso utilizzata dalla Corte di giustizia in casi in cui lo Stato convenuto sia ancora lontano dal raggiungimento della *compliance* integrale, proprio per evitare che, passo dopo passo, la sanzione continui a decorrere in modo evidentemente sproporzionato. Tuttavia, un simile strumento avrebbe forse potuto rappresentare una valida alternativa anche per il caso di specie, in cui la percentuale di aiuti an-

durata pari a 3 e quello di gravità nuovamente fissato a 4, era stata richiesta la condanna al pagamento di 126.840 euro per ogni giorno di ritardo nell'adempimento. La Corte, dal canto suo, ha stimato la quantificazione più appropriata in 80.000 euro per giorno di ritardo, senza tuttavia esprimersi sui coefficienti di calcolo. Cfr. Causa C-576/18, *Commissione c. Italia*, *cit.*, punto 1, punti 113-119, punti 149-162 e punti 164-167.

[67] Si tratta di un'opzione di cui la Corte si è già avvalsa più volte, anche se sempre in materia ambientale, essendo le infrazioni legate a questa materia tipicamente rimediabili attraverso azioni dotate di effetti "a lungo termine": cfr. sentenza del 14 novembre 2018, causa C-93/17, *Commissione c. Grecia*; sentenza del 25 luglio 2018, C-205/17, *Commissione c. Spagna*; sentenza del 31 maggio 2018, causa C-251/17, *Commissione c. Italia*; sentenza del 22 febbraio 2018, causa C-328/16, *Commissione c. Grecia*; sentenza del 7 settembre 2016, causa C-584/14, *Commissione c. Grecia*; sentenza del 15 ottobre 2015, causa C-167/14, *Commissione c. Grecia*; sentenza del 2 dicembre 2014, causa C-378/13, *Commissione c. Grecia*; sentenza del 2 dicembre 2014, causa C-196/13, *Commissione c. Italia*; sentenza del 25 novembre 2003, causa C-278/01, *Commissione c. Spagna*. Per alcune riflessioni sull'utilizzo dello strumento in parola, cfr. M. CONDINANZI, C. AMALFITANO, *La procedura di infrazione dieci anni dopo Lisbona*, in corso di pubblicazione in *Federalismi*, giugno 2020, pp. 41-42 del dattiloscritto, ove si argomenta nel senso che "la degressività della sanzione nel rispetto della proporzionalità dovrebbe trovare sempre applicazione nelle sentenze rese ai sensi dell'art. 260, par. 2, TFUE, per violazione dell'obbligo di recupero di aiuti di Stato di cui la Commissione abbia accertato l'incompatibilità", nonché pp. 55-56 del dattiloscritto.

[68] Sul punto, cfr. P. MORI, *op. cit.*, in cui vengono ricollegate a tale tendenza giurisprudenziale sentenze che modulano la penalità in modi tra loro differenti, tra cui quello volto alla citata decorrenza degressiva; S. PEERS, *op. cit.*, p. 36, ove si riconosce la possibilità, per la Corte di tenere conto della c.d. "partial compliance" dello Stato membro convenuto; M. TRAPANI, C. ZADRA, *op. cit.*, pp. 1821-1822.

[69] Con riguardo a tale sfera di discrezionalità cfr., *ex multis*, R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 273; P. MORI, *op. cit.*; T. VAN RIJN, *op. cit.*, p. 569; C. AMALFITANO, *op. cit.*, spec. pp. 110-111; M. TRAPANI, C. ZADRA, *op. cit.*, pp. 1816-1819; L. PRETE, B. SMULDERS, *op. cit.*, pp. 51-52; I. KILBEY, *op. cit.*, p. 371 e p. 373.

cora non rientrati è invece molto bassa[70]. Infatti, associando la decorrenza degressiva a periodiche verifiche semestrali, la Corte avrebbe consentito all'Italia di rimediare, entro dette scadenze, a gran parte (se non alla totalità) della propria infrazione, al contempo incorrendo in penalità progressivamente e proporzionalmente ridotte.

Una decisione come quella prospettata – considerando anche solo la penalità degressiva, posta la già citata difficoltà di ottenere una somma forfettaria ridotta – non solo avrebbe lenito la gravosità del cumulo sanzionatorio, ma ne avrebbe soprattutto consentito un utilizzo proporzionalmente adatto all'evoluzione della vicenda, tanto passata quanto futura[71].

L'impressione è che, invece, sul giudizio della Corte non abbiano pesato solo le circostanze del caso di specie, ma anche una serie di altri fattori: la considerazione complessiva del comportamento italiano degli ultimi anni, che ha visto lo Stato già alcune altre volte citato in ricorsi per inadempimento, proprio per violazioni al regime degli aiuti di Stato e della concorrenza[72]; il carattere essenziale delle norme violate, particolarmente preziose per la concreta realizzazione dei principi del mercato interno[73] e,

---

[70] Poco più del 10%, come riconosciuto anche dalla Corte; cfr. causa C-576/18, *Commissione c. Italia*, *cit.*, punti 138-143.

[71] Sul ruolo, in termini generali, del principio di proporzionalità nell'ambito delle procedure d'infrazione (specie in relazione alle sanzioni irrogabili dalla Corte) cfr. L. PRETE, *op. cit.*, pp. 252-341; C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 87; S. PEERS, *op. cit.*, spec. p. 36. Nello stesso senso, v. M. TRAPANI, C. ZADRA, *op. cit.*, pp. 1817-1822, spec. p. 1817, ove si afferma che "[l]e sanzioni pecuniarie irrogate debbono […] essere decise in funzione del grado di persuasione necessario perché lo Stato membro in questione modifichi il suo comportamento" e, ancora, che "[l]'applicazione dell'una o dell'altra di queste due misure dipende dall'idoneità di ciascuna a conseguire l'obiettivo perseguito in relazione alle circostanze del caso di specie". Nel senso così specificato dagli Autori, dunque, l'irrogazione di una sanzione deve essere sorretta anche da considerazioni relative a quale scopo la sanzione stessa persegua e alla possibilità che, come nel caso di specie, la consistenza dell'inadempimento si sia notevolmente modificata nel tempo, grazie ad una o più condotte virtuose poste in essere dallo Stato membro.

[72] Tra i precedenti più recenti cfr., ad esempio, sentenza del 17 settembre 2015, causa C-367/14, *Commissione c. Italia*; sentenza del 17 novembre 2011, causa C-496/09, *Commissione c. Italia*.

[73] Per quanto attiene al caso di specie, questa valutazione di rilevanza è rinvenibile in causa C-576/18, *Commissione c. Italia*, *cit.*, punti 150-151; cfr. anche sentenza del 14 novembre 2018, causa C-93/17, *Commissione c. Grecia*; sentenza del 7 luglio 2009, causa C-369/07, *Commissione c. Grecia*; sentenza del 9 dicembre 2008, causa C-121/07, *Commissione c. Francia*; sentenza del 18 luglio 2006, causa C-119/04, *Commissione c. Italia*. In dottrina, cfr. A. CANEPA, *op. cit.*, p. 445 e p. 448, ove la disciplina sugli aiuti di Stato viene presentata come "uno dei capisaldi della costruzione del mercato comune"; P. WENNERÅS, *op. cit.*, pp. 157 e 158; A. QUATTROCCHI, *op. cit.*, p. 833, che definisce quella del recupero degli aiuti come una "esigenza primaria"; G. GATTINARA, *op. cit.*, p. 654, che evidenzia come la "disciplina degli aiuti di Stato […] tutel[i] un obiettivo di importanza fondamentale per l'ordinamento comunitario, che è l'integrità del mercato interno". Il medesimo giudizio di estrema rilevanza, tanto dello sviluppo del mercato interno quanto, più specificamente, delle norme sulla concorrenza e gli aiuti di Stato, è rinvenibile in COM/2012/0209 final, dell'8 maggio 2012, comunicazione della Commissione europea "Modernizzazione degli aiuti di Stato", punto 2.

infine, il lasso temporale piuttosto prolungato di cui l'Italia ha avuto bisogno per raggiungere un livello di conformità (comunque non integrale) agli obblighi derivanti dalla decisione 2008/854 e dalla sentenza dichiarativa del 2012[74].

4. Come accennato in apertura, la sentenza in commento offre la possibilità di svolgere alcune considerazioni che vanno oltre i profili di merito della vicenda oggetto della procedura di infrazione e che, in particolare, sono incentrate sul "tempismo" con cui la pronuncia in esame è stata emanata.

Ciò è avvenuto, difatti, il 12 marzo 2020, in un momento in cui l'ormai nota diffusione del virus *SARS-CoV-2* e della malattia "*Covid-19*", da esso provocata, era già progredita allo stadio di "pandemia"[75], rappresentando ovunque nel mondo un'emergenza di forte gravità[76] e colpendo l'Italia in modo particolarmente serio[77]. La situazione di crisi, tanto sanitaria quanto economica, ha dunque richiesto l'adozione di misure emergenziali senza precedenti, come il quasi totale divieto di circolazione (c.d. *lockdown*)[78], la

[74] Nella propria valutazione, la Corte – questa volta prendendo in considerazione anche tutti i progressi allegati dall'Italia in pendenza di giudizio – calcola questo lasso temporale in più di 7 anni, considerando come termine *a quo* la sentenza dichiarativa del 2012, fonte ultima dell'obbligo di adeguamento; sul punto cfr. causa C-576/18, *Commissione c. Italia*, *cit.*, punti 156 e 157.

[75] La dichiarazione formale in tal senso risale all'11 marzo 2020, anche se gli effetti del contagio che hanno condotto a tale dichiarazione sono relativi a un periodo antecedente; cfr. Organizzazione Mondiale della Sanità, *Coronavirus disease 2019 (Covid-19) situation report n. 51* dell'11 marzo 2020, in cui si esprime preoccupazione per il forte aumento di contagi (tredici volte tanto) nelle due settimane precedenti il comunicato stesso. Per di più, già il 30 gennaio l'OMS aveva dichiarato la situazione relativa al virus in questione come una "emergenza per la sanità pubblica di interesse internazionale"; cfr. Organizzazione Mondiale della Sanità, *Coronavirus disease 2019 (Covid-19) situation report n. 11* del 31 gennaio 2020.

[76] Dati dell'Organizzazione Mondiale della Sanità e del Ministero italiano della Salute, aggiornati al 12 aprile 2020, disponibili all'indirizzo internet www.salute.gov.it/portale/nuovocoronavirus/dettaglioContenutiNuovoCoronavirus.jsp?lingua=italiano&id=5338&area=nuovoCoronavirus&menu=vuoto.

[77] Dati del Ministero italiano della Salute, aggiornati al 12 aprile 2020, disponibili all'indirizzo internet www.salute.gov.it/portale/nuovocoronavirus/ dettaglioContenutiNuovoCoronavirus.jsp?id=5351&area=nuovoCoronavirus&menu=vuoto.

[78] La prima esperienza di quarantena è stata sperimentata, in realtà, in due aree relativamente limitate, vale a dire un gruppo di dieci Comuni nel lodigiano (c.d. "zona rossa di Codogno") ed un solo Comune nel padovano (c.d. "zona rossa di Vo' Euganeo"); cfr. Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 23 febbraio 2020. Tuttavia, come atto istitutivo della prima versione di tale divieto applicato ad un territorio di rilevante vastità (quello della Regione Lombardia e di altre 14 province, prevalentemente del nord Italia), cfr. Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri dell'8 marzo 2020. In questa prima disciplina del c.d. *lockdown*, la circolazione è stata consentita per soli motivi di provata necessità, di urgenza legata allo stato di salute e di esigenze lavorative. Le medesime limitazioni (comprese quelle indicate nel testo) sono poi state estese all'intero territorio nazionale, rimanendo in vigore fino al 3 maggio seguente; cfr. Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 9 marzo 2020.

mobilitazione di risorse finanziarie molto gravose sul bilancio nazionale, nonché l'improvvisa sospensione di tutte le attività produttive[79] e di buona parte di quelle amministrative, ivi compresa l'amministrazione della giustizia[80].

Soprattutto quest'ultimo tipo di misure – invero piuttosto paralizzanti per le attività amministrative italiane – ha ricadute di non poco momento sull'esecuzione della sentenza in commento che, come visto, impone il versamento di ingenti somme di denaro al bilancio dell'Unione sino all'integrale adempimento dell'obbligo di recupero degli aiuti di Stato illegittimamente concessi. Ne è risultato un problema urgente in particolar modo per quanto attiene alla penalità di mora (che, vale la pena ricordarlo, deve calcolarsi giornalmente e a partire dalla data di emissione della pronuncia stessa): non potendo in buona sostanza proseguire – a causa delle misure c.d. "anti-Covid" – le attività amministrative e giurisdizionali nazionali atte al recupero, l'Italia resta sottoposta alla decorrenza della penalità, senza poter fare sostanzialmente nulla per rimuovere definitivamente l'inadempimento accertato e sanzionato dalla Corte.

Tale situazione è dunque in grado di sollevare, almeno in astratto, alcuni dubbi sull'effettivo rispetto, da parte della Corte di giustizia, del principio di leale cooperazione, quale delineato dall'art. 4, par. 3, TUE[81]. Benché la declinazione di più frequente "impiego" e richiamo sia quella relativa al dovere in capo agli Stati membri di cooperare con l'Unione, la formulazione del trattato contempla (con pari dignità) anche un dovere "invertito", sulla base di un rapporto di reciprocità[82]. La disposizione pattizia,

---

[79] In tema, il primo provvedimento rilevante è stato Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri dell'11 marzo 2020, che ha sospeso tutte le attività commerciali, di cura della persona e di ristorazione, lasciando alle Regioni la facoltà di sospendere anche i trasporti pubblici. Pochi giorni dopo sono state sospese tutte le attività produttive del Paese, ad eccezione di quelle ritenute essenziali; cfr. Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 22 marzo 2020. Tali misure sono poi rimaste in vigore fino al 3 maggio seguente, per poi lasciare il posto ad alcune limitate riaperture nell'ambito della c.d. "fase due".

[80] Rileva soprattutto il decreto-legge n. 18 del 17 marzo 2020, mediante il quale la giustizia civile, penale ed amministrativa hanno subito l'immediata sospensione di tutti i termini fino al 15 aprile ed il rinvio a data di destinarsi di tutte le udienze programmate, a partire dall'8 marzo 2020, fino al medesimo termine *ad quem*. Le stesse misure sono state poi oggetto di proroga attraverso il decreto-legge n. 23 dell'8 aprile 2020, che ha esteso la sospensione di cui sopra fino al 12 maggio seguente, quando l'attività giudiziaria ha potuto avviare una cauta ripresa.

[81] Sul tema, per una voce fortemente critica, cfr. M. CASTELLANETA, *Non vedo, non sento e applico sanzioni: la Corte Ue sulla multa all'Italia per il mancato recupero degli aiuti di Stato*, 13 marzo 2020, disponibile all'indirizzo internet: http://www.marinacastellaneta.it/blog/non-vedo-non-sento-e-applico-sanzioni-la-corte-ue-sulla-multa-allitalia-per-il-mancato-recupero-degli-aiuti-di-stato.html. Esprime, invece, una posizione meno critica ma comunque lucida nell'evidenziare i problemi in esame L. PRETE, *Infringement Procedures in the Time of Covid-19*, in *Verfassungsblog*, 15 aprile 2020, disponibile all'indirizzo internet: verfassungsblog.de/infringement-procedures-in-the-time-of-covid-19/.

[82] La dimensione della reciprocità nel principio di leale cooperazione è oggi riconosciu-

infatti, sancisce che "l'Unione e gli Stati membri *si rispettano* e *si assistono reciprocamente* nell'adempimento dei compiti derivanti dai Trattati" (corsivi aggiunti).

Pare quindi legittimo interrogarsi sull'opportunità e sulla reale possibilità che, proprio in applicazione del principio appena esaminato, la Corte di giustizia tenesse conto, ai fini della emanazione della propria sentenza, della situazione di eccezionale gravità in cui versava l'Italia e, allo scopo, si avvalesse di alcuni strumenti astrattamente a sua disposizione, così da lenire la severità dell'obbligo di eliminazione dell'inadempimento accertato e del trattamento sanzionatorio ad esso collegato.

Una prima opzione forse ipotizzabile, di carattere informale, sarebbe stata quella di rinviare il deposito della decisione ad una data successiva[83]. Nell'assenza di meccanismi processuali formali – offerti dai trattati, dallo Statuto ovvero dai regolamenti di procedura – che consentano di bloccare il deposito della sentenza una volta che questa sia stata deliberata, un rinvio deciso dal Presidente della Corte o dalla riunione generale avrebbe assicurato di mantenere intatta la disciplina decisa dai giudici per il caso italiano, adeguandone però la produzione degli effetti all'evoluzione della pandemia. Si tratta, invero, di un'ipotesi che si è già verificata in passato, seppur (per quanto a noi noto – ma altri saranno senza dubbio i casi) solo in due specifiche evenienze – e mai in relazione alla pronuncia conclusiva di un giudizio. Primo celebre esempio è il caso *Menci*[84], in tema di *ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio: le conclusioni dell'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona erano inizialmente programmate per il 17 novembre 2016 ma, appena due giorni prima di tale data, la Corte EDU si pronunciò in un caso che aveva strette affinità con quello al vaglio della

---

ta a chiare lettere nel nuovo dettato normativo del TUE (come evidenziato anche poco *infra* nel testo), in aperta differenza con la formulazione "pre-Lisbona" del corrispondente articolo 10 TCE. La modifica normativa ha, sul punto, recepito un orientamento giurisprudenziale ben più risalente, che aveva affermato l'operatività di tale principio in entrambe le direzioni (Stati membri-istituzioni e istituzioni-Stati membri); cfr. sentenza dell'11 settembre 2014, causa C-527/12, *Commissione c. Germania*; sentenza del 23 febbraio 1995, causa C-349/93, *Commissione c. Italia*; ordinanza del 6 dicembre 1990, causa C-2/88-IMM, *Zwartveld e a.*; ordinanza del 13 luglio 1990, causa C-2/88-IMM, *Zwartveld e a*; sentenza del 10 febbraio 1983, causa C-230/81, *Lussemburgo c. Parlamento europeo*. In dottrina, argomentano in favore della bilateralità del principio in esame M. CONDINANZI, *La leale cooperazione*, in G. AMATO, E. MOAVERO MILANESI, G. PASQUINO, L. REICHLIN (a cura di), *Europa. Un'utopia in costruzione*, Roma, 2018, pp. 122-131, spec. pp. 125-126; C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 239; E. NEFRAMI, *Le Principe de Coopération Loyale comme Fondement Identitaire de l'Unione européenne*, in *Revue du Marché Commun de l'Union européenne*, 2012, pp. 197-203, spec. p. 198; C. SISLER, *Leale cooperazione e legittimità di azioni statali unilaterali nell'ambito di accordi misti dell'UE: su una recente pronuncia della Corte di giustizia*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 501; L. PRETE, B. SMULDERS, *op. cit.*, p. 15.

[83] Soluzione auspicata anche nel comunicato stampa del 17 marzo 2020 della Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione europea (SIDI) ed in M. CASTELLANETA, *op. cit.*.

[84] Sentenza del 20 marzo 2018, causa C-524/15, *Menci*.

Corte di giustizia[85]. La pronuncia, chiaramente capace di incidere sulle soluzioni adottate dall'avvocato generale (e, in seguito, dalla Corte) portò ad uno slittamento delle conclusioni, che furono presentate soltanto diversi mesi dopo[86]. Il secondo caso a noi noto è rappresentato da una causa tuttora pendente davanti alla Corte di giustizia[87], in relazione alla quale il deposito delle conclusioni dell'avvocato generale Sharpston ha subito una dilazione dal 23 gennaio 2020 al 30 aprile 2020[88].

Certo non sfugge la particolare delicatezza della scelta di rinviare il deposito già calendarizzato della sentenza – scelta da adottare, per di più, *in extremis*, vista la rapidità con cui si è sviluppata l'emergenza sanitaria e si sono di conseguenza succeduti i diversi provvedimenti nazionali pertinenti. La decisione del Presidente della Corte (o della riunione generale) avrebbe assunto tratti indiscutibilmente politici, e a quel punto si sarebbe potuta prefigurare una certa difficoltà nel negare ad altri Stati membri il medesimo trattamento ipoteticamente concesso all'Italia. Stante, oltretutto, la totale assenza di strumenti formali volti a conseguire la dilazione di cui si discute, una simile decisione si sarebbe potuta qualificare, al meglio, come una forma di "cortesia istituzionale" della Corte nei confronti dello Stato convenuto: il che esclude, di per sé, la configurabilità di una violazione dei doveri di leale cooperazione rispetto al caso (poi verificatosi) di mancato rinvio del deposito della sentenza.

La seconda che la Corte di giustizia avrebbe forse potuto percorrere avrebbe a dire il vero richiesto che il giudice del Kirchberg facesse un utilizzo più "creativo" della propria discrezionalità. Come già si è avuto modo di sottolineare *supra*, § 3, la Corte gode – nei confronti delle richieste avanzate dalla Commissione – di un'ampia libertà decisionale sulla natura, la struttura e l'importo delle sanzioni da irrogare nei confronti dello Stato convenuto[89]. Tenendo conto di questa sfera di discrezionalità, il giudice del Kirchberg avrebbe avuto il potere di disporre che la penalità di mora venisse comminata con decorrenza differita[90]: senza doverne alterare la giusti-

---

[85] Sentenza della Corte EDU del 15 novembre 2016, cause riunite 24130/11 e 29758/11, *A e B c. Norvegia*, ECLI:CE:ECHR:2016:1115JUD002413011.

[86] Conclusioni dell'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona del 12 settembre 2017, causa C-524/15, *Menci*. È dato conto dell'avvento della sentenza della Corte EDU e dello slittamento del deposito, oltre che nelle stesse conclusioni dell'Avvocato generale, punti 20 e 21, anche nell'ordinanza del 25 gennaio 2017, causa C-524/15, *Menci*, punti 5-7, con cui la Corte ha disposto la riapertura della fase orale ed il rinvio dell'udienza.

[87] Causa pendente C-693/18, *CLCV e a.*; la causa risulta pendente alla data in cui il presente lavoro viene concluso, vale a dire il 4 giugno 2020.

[88] Conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston del 30 aprile 2020, causa C-693/18, *CLCV e a.*

[89] Cfr., *ex multis*, R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 273; P. MORI, *op. cit.*; T. VAN RIJN, *op. cit.*, p. 569; C. AMALFITANO, *op. cit.*, spec. pp. 110-111; M. TRAPANI, C. ZADRA, *op. cit.*, pp. 1816-1819; I. KILBEY, *op. cit.*, 371 e p. 373; L. PRETE, B. SMULDERS, *op. cit.*, pp. 51-52.

[90] Anche questa ipotesi appare tra quelle prefigurate nel Comunicato stampa del 17

ficazione legale, l'importo o l'unità temporale di riferimento, il calcolo della penalità avrebbe visto modificarsi semplicemente il *dies a quo*, cosicché l'Italia avrebbe avuto il tempo necessario per far fronte all'emergenza sanitaria del momento. Si tratta di una soluzione, quanto alla comminazione della sanzione, che la Corte di giustizia ha già seguito, per quanto in un unico caso[91].

In relazione a questa seconda alternativa, deve riconoscersi tuttavia che, per quanto astrattamente concepibile, essa non era concretamente praticabile nel caso di specie. Vi è, infatti, un limite che la discrezionalità di cui la Corte dispone in tema di sanzioni non può superare: essa è esercitabile soltanto nel momento in cui i giudici deliberano la sentenza, e non successivamente[92]. Orbene, al momento della delibera della sentenza in esame, l'emergenza "Covid-19" non era pronosticabile, né poteva essere prefigurato un impatto di dimensioni quali quelle realmente assunte dalla pandemia. Questo, a sua volta, significa che la Corte non aveva modo di prevedere la difficile posizione dell'amministrazione italiana durante il *lockdown* e, per tale ragione, ha formulato una soluzione che del *lockdown* non ha tenuto (né poteva tener) conto. Contestare alla Corte il mancato rispetto del principio di leale cooperazione, in un caso simile, significa contestare ai giudici di non aver modificato, *ex post*, un *délibéré* già formulato e prossimo al deposito: anche la rinuncia a siffatta soluzione, quindi, non si ritiene che possa essere qualificata come violazione del dovere di leale cooperazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE.

Considerando complessivamente le due alternative analizzate, si può giungere a conclusioni piuttosto distanti da quelle espresse in dottrina[93]. Per quanto, alla luce delle condizioni emergenziali verificatesi in Italia, una diversa soluzione processuale fosse senza dubbio auspicabile[94], le limitazioni in cui la Corte stessa incorre sono – come s'è visto – maggiori di quanto si possa intuire ad un primo esame. Ne deriva che la configurazione di una violazione del principio di leale cooperazione da parte della Corte di giustizia pare non soltanto eccessiva, ma anche giuridicamente non fondata.

Ad ulteriore conferma di quanto detto, l'atteggiamento tenuto dalla

---

marzo 2020 della Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione europea (SIDI).

[91] Sentenza del 7 luglio 2009, causa C-369/07, *Commissione c. Grecia*.

[92] Implicano questa conclusione L. PRETE, *op. cit.*; C. AMALFITANO, *op. cit.*, spec. pp. 110-112; M. TRAPANI, C. ZADRA, *op. cit.*, pp. 1816 e 1817.

[93] V., ad esempio, M. CASTELLANETA, *op. cit*.

[94] Tenendo presente che, alla luce di quanto appena detto a proposito della eventuale "rideliberazione", ciò significa che fosse auspicabile una diversa valutazione *iniziale* da parte dei giudici del Kirchberg. In definitiva, se la Corte avesse dovuto avere "clemenza", l'ultimo momento disponibile per mostrarla sarebbe stato quello del *délibéré*.

Corte di giustizia nella sentenza in parola dimostra di essere coerente con la scelta di non interrompere, nonostante l'emergenza sanitaria, la propria attività giurisdizionale, proseguendo nell'emanazione di sentenze talvolta anche di notevole peso giuridico e politico per il sistema di diritto dell'Unione[95]. Una scelta, questa, diretta all'obiettivo – dichiarato in due comunicati stampa del mese di aprile[96] – di "assicurare la continuità dell'attività giurisdizionale" all'interno dell'Unione, in relazione tanto agli Stati membri quanto ai singoli cittadini. A tal fine, il giudice di Lussemburgo ha adottato, nel corso degli ultimi mesi, una serie di misure per reagire all'impatto della pandemia ed alle inevitabili limitazioni che ne sono conseguite. In un primo momento, la Corte si è limitata a riservare i propri locali alle udienze di discussione delle cause pendenti, trasferendo ogni altra attività in modalità telematica[97]. In seguito, anche le udienze di discussione hanno subito la cancellazione ed il conseguente rinvio (prima sino al 30 aprile 2020[98], poi fino al 25 maggio 2020, momento in cui tali adempimenti processuali hanno potuto riprendere[99]), venendo generalmente sosti-

---

[95] Ci si riferisce in particolar modo – come anche notato da L. PRETE, *op. cit.*, 15 aprile 2020 – alle misure cautelari disposte nell'ambito della procedura d'infrazione pendente nei confronti della Polonia e della relativa crisi dello Stato di diritto (cfr. ordinanza dell'8 aprile 2020, causa pendente C-791/19, *Commissione c. Polonia*), nonché alla pronuncia *ex* art. 258 TFUE, emanata ad accertamento delle violazioni commesse da Ungheria, Polonia e Repubblica Ceca in tema di ricollocazione dei migranti (cfr. sentenza della Corte di giustizia del 2 aprile 2020, cause riunite C-715/17, *Commissione c. Polonia*, C-718/17, *Commissione c. Ungheria*, e C-719/17, *Commissione c. Repubblica Ceca*).

[96] Comunicato stampa 46/20 del 3 aprile 2020 della Corte di giustizia dell'Unione europea, *La Corte di giustizia dell'Unione europea si adegua al contesto per garantire la continuità del servizio pubblico europeo della giustizia*; comunicato stampa 51/20 del 27 aprile 2020 della Corte di giustizia dell'Unione europea, *Continuità del servizio pubblico europeo della giustizia: la Corte di giustizia dell'Unione europea prevede di riprendere le udienze di discussione dal 25 maggio 2020*.

[97] Comunicato stampa 28/20 dell'11 marzo 2020 della Corte di giustizia dell'Unione europea, *Covid-19: la Corte di giustizia dell'Unione europea adotta le proprie disposizioni sia per garantire la continuità nella trattazione delle cause sia per contribuire alla prevenzione della diffusione dell'epidemia*. Il c.d. "*smart working*" è stato scelto, di fatto, come modalità di lavoro generalizzata, tanto che la Corte ha deciso di avvalersene, per tutti i suoi dipendenti, anche dopo la ripresa delle udienze di discussione; v. comunicato stampa 51/20 del 27 aprile 2020 della Corte di giustizia dell'Unione europea, *Continuità del servizio pubblico europeo della giustizia: la Corte di giustizia dell'Unione europea prevede di riprendere le udienze di discussione dal 25 maggio 2020*.

[98] Comunicato stampa del 31 marzo 2020 della Corte di giustizia dell'Unione europea, *Adeguamento dell'attività giurisdizionale della Corte di giustizia a causa della pandemia legata al coronavirus Covid-19*.

[99] Termine, quest'ultimo, in comune alla Corte di giustizia e al Tribunale; v. comunicato stampa 51/20 del 27 aprile 2020 della Corte di giustizia dell'Unione europea, *Continuità del servizio pubblico europeo della giustizia: la Corte di giustizia dell'Unione europea prevede di riprendere le udienze di discussione dal 25 maggio 2020*; v. anche comunicato stampa del 19 maggio 2020 della Corte di giustizia dell'Unione europea, *Misure sanitarie adottate per garantire lo svolgimento delle udienze di discussione a partire dal 25 maggio 2020 (applicabili alla Corte di giustizia e al Tribunale)*, ove sono stati predisposti i protocolli sanitari il cui rispetto è strumentale alla ripresa delle udienze.

tuite da atti scritti rivolti alle parti dei giudizi[100]. Inoltre, la Corte ha fornito indicazioni relative ai termini processuali, che sono stati suddivisi in due categorie: da un lato, i termini di ricorso e di impugnazione, che sono rimasti pienamente vigenti senza alcun rinvio o sospensione; dall'altro lato, i termini "endoprocessuali" e quelli assegnati dalla cancelleria, che sono stati prorogati di un mese a partire dalla scadenza originaria[101].

Risulta piuttosto chiaro l'intento della Corte di dilatare (il meno possibile) la durata dei procedimenti, senza però ritardarne l'instaurazione. In effetti, nei medesimi comunicati, si registra come il "servizio pubblico europeo della giustizia" continui ad essere offerto senza soluzione di continuità: pur con l'intero personale della Corte operante attraverso il c.d. "*smart working*", ben centosei cause sono state definite tra il 16 marzo 2020 ed il 27 aprile 2020, mentre ventinove conclusioni degli avvocati generali sono state depositate nel medesimo lasso temporale[102]; un risultato reso possibile dalla decisione di non sospendere le udienze di lettura delle sentenze e delle conclusioni, per le quali (a differenza delle udienze di discussione) è stata disposta una lettura raggruppata in un numero limitato di giorni[103].

5. Il fatto che la sentenza del 12 marzo non sia più suscettibile di modifiche e che alla Corte di giustizia non si possa contestare una violazione del principio di leale cooperazione non significa, tuttavia, che una qualche maggior flessibilità da parte dell'Unione non sia auspicabile con riferimento alla fase di esecuzione della sentenza. Eventuali istanze in tal senso potrebbero essere rivolte, sempre sulla base dell'art. 4, par. 3, TUE, alla Commissione, nell'ambito di quel dialogo con lo Stato membro, successivo anche all'emanazione di una sentenza di condanna, durante il quale essa è chiamata ad assicurare la piena e corretta esecuzione della pronuncia della Corte di giustizia[104]. In caso di irrogazione di una penalità, infatti, spetta

---

[100] Comunicato stampa del 5 maggio 2020 della Corte di giustizia dell'Unione europea, *Adeguamento dell'attività giurisdizionale*.

[101] L. PRETE, *op. cit*. Va segnalato come questa soluzione, relativa tanto ai termini "introduttivi" quanto a quelli "endoprocessuali", sia poi stata oggetto di proroga e rimanga, ad oggi, ancora vigente fino a nuove disposizioni in merito; v. Comunicato stampa del 5 maggio 2020 della Corte di giustizia dell'Unione europea, *Adeguamento dell'attività giurisdizionale*.

[102] Questi dati sono aggiornati all'ultima fonte disponibile sul punto, cfr. comunicato stampa 51/20 del 27 aprile 2020 della Corte di giustizia dell'Unione europea, *Continuità del servizio pubblico europeo della giustizia: la Corte di giustizia dell'Unione europea prevede di riprendere le udienze di discussione dal 25 maggio 2020*. Per una ricognizione complessiva delle misure adottate dalla Corte in reazione all'emergenza sanitaria cfr. anche A. MAFFEO, *Gli effetti della pandemia da Covid-19 sul contenzioso dell'Unione europea*, in *Eurojus, Numero speciale – L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, 2020, pp. 182-196, spec. pp. 182-189; L. PRETE, *op. cit*.

[103] L. PRETE, *op. cit.*.

[104] Una simile competenza non è, in realtà, compiutamente disciplinata dai Trattati,

alla Commissione verificare – di regola dopo sei mesi dall'emanazione della pronuncia e poi, di nuovo, a intervalli regolari di sei mesi – se lo Stato condannato ha posto fine all'inadempimento e quindi calcolare il *quantum* dovuto allo scadere del semestre rilevante[105]. Ciò detto, l'esercizio delle prerogative della Commissione potrebbe risultare più consono al principio di leale cooperazione ove essa decidesse di escludere, dal computo della penalità, i mesi immediatamente successivi all'emanazione della sentenza del 12 marzo[106]. In tal modo, il computo delle somme dovute a titolo di penalità potrebbe iniziare a decorrere, *de facto*, dal momento in cui le strutture amministrative e giudiziarie italiane hanno potuto riavviare le proprie attività[107], incluse le procedure volte al recupero degli aiuti illegittimamente concessi alle strutture alberghiere in Sardegna. Si ritiene che una simile decisione sarebbe pienamente rispettosa dell'art. 4, par. 3, TUE, consentendo che il calcolo della penalità comminata dalla Corte sia effettivamente commisurato alla capacità dello Stato membro di eliminare l'infrazione[108], così da dispiegare correttamente la propria efficacia persuasiva al ripristino della conformità.

Va riconosciuto, peraltro, che la decisione così prefigurata non sarebbe affatto scevra di complicazioni. Certamente, la Commissione gode di ampia discrezionalità anche in fase di esecuzione delle pronunce *ex* art. 260, par.

---

poiché manca una norma a ciò preposta in modo specifico. Ciò, tuttavia, non ha impedito di desumere la competenza dell'istituzione di Bruxelles dal combinato disposto dell'art. 17 TUE, fondamento del ruolo di "guardiana dei Trattati" attribuitole in via generale, e dell'art. 317 TFUE, che alla medesima istituzione attribuisce il compito di dare esecuzione al bilancio dell'Unione. Su questa base giuridica, la Corte ha costantemente incaricato il collegio di Bruxelles, nelle proprie sentenze *ex* art. 260 TFUE, di occuparsi della riscossione delle sanzioni comminate, stimolando gli Stati membri ad effettuare i dovuti versamenti sul conto "Risorse proprie dell'Unione europea". In materia, la Commissione gode dunque di vaste aree di competenza e discrezionalità (cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Wahl del 29 maggio 2013, causa C-95/12, *Commissione c. Germania*, punto 52).

[105] Cfr. L. PRETE, *op. cit.*; T. VAN RIJN, *op. cit.*, pp. 558-566; ID., *Non-Exécution des Arrêts de la Cour de justice par les États Membres*, in *Cahiers de Droit Européen*, 2008, pp. 83-122; C. AMALFITANO, *op. cit.*, pp. 237-247; S. PEERS, *op. cit.*, spec. pp. 54-55; M. TRAPANI, C. ZADRA, *op. cit.*, pp. 1821-1823; P. WENNERÅS, *op. cit.*, p. 170; L. PRETE, B. SMULDERS, *op. cit.*, pp. 54-55.

[106] Soluzione caldeggiata, seppur in termini generali, in M. CASTELLANETA, *op. cit.* Sull'atteggiamento della Commissione rispetto all'esecuzione della sentenza in esame e, più in generale, rispetto alle procedure di infrazione pendenti o avviabili durante la pandemia da Covid-19 cfr. M. CONDINANZI, C. AMALFITANO, *op.cit.*, p. 50 e pp. 59-62 del dattiloscritto.

[107] Si vedano i provvedimenti nazionali segnalati *supra*, nota 80.

[108] Come si è già sottolineato, diverse sono le voci dottrinali che ritengono la modulazione della penalità uno strumento particolarmente adatto a garantire il rispetto del principio di proporzionalità nel trattamento sanzionatorio; cfr. L. PRETE, *op. cit.*, p. 252-341; P. MORI, *op. cit.*; C. AMALFITANO, *op. cit.*, 2012, p. 87; S. PEERS, *op. cit.*, spec. p. 36; M. TRAPANI, C. ZADRA, *op. cit.*, 2012, pp. 1821-1822. Sebbene tale dottrina si riferisca principalmente alle determinazioni assunte dalla Corte di giustizia nel momento della delibera della sentenza *ex* art. 260 TFUE, non si rinvengono motivi che ostino all'estensione di queste conclusioni anche al ruolo della Commissione in fase esecutiva.

2, TFUE. Tale discrezionalità, tuttavia, non può dirsi assoluta, prima di tutto in quanto soffre l'imposizione dei limiti che derivano dalla stessa sentenza[109]. Orbene, nel caso in cui la Commissione adottasse una decisione simile a quella poc'anzi prospettata, tale decisione potrebbe sollevare un problema di compatibilità[110] con la soluzione delineata dalla Corte il 12 marzo scorso, che fissa una penalità a decorrenza *immediata*[111] e non, invece, differita di un qualsivoglia lasso temporale. Un problema di compatibilità di questo genere potrebbe, in linea di principio, esporre la decisione della Commissione a censure basate, da un lato, sul mancato rispetto del principio di certezza del diritto e, dall'altro lato, sullo sconfinamento (da parte dell'istituzione di Bruxelles) nelle prerogative di esclusiva pertinenza della Corte di giustizia[112].

Qualora, invece, la Commissione dovesse risolversi a calcolare la penalità dovuta fin dal giorno del deposito della sentenza in commento, senza operare lo scomputo di cui s'è detto, ci si può interrogare su quali sarebbero le possibilità di "difesa" dello Stato italiano. A fronte di una lettera di ingiunzione della Commissione del tenore indicato, l'Italia potrebbe presentare un ricorso di annullamento dinanzi alla Corte di giustizia (sulla base del riparto di competenze ridelineato dalla riforma dello Statuto del 2019[113]), contestandone la legittimità per violazione di legge (*rectius*, viola-

---

[109] Nel senso specificato in T. VAN RIJN, *op. cit.*, pp. 558-566, spec. pp. 565-566; C. AMALFITANO, *op. cit.*, pp. 240-241; S. PEERS, *op. cit.*, spec. p. 56.

[110] Cfr. T. VAN RIJN, *op. cit.*, p. 562, ove l'Autore sottolinea che "[s]i la Commission bénéficie d'une marge d'appréciation réduite dans une procédure sur base de l'article 260, il semble logique que cette marge soit encore plus réduite lors du recouvrement d'une astreinte. […] Ces sommes doivent être sûres et certaines et résulter directement de la disposition donnant lieu à l'imposition. Si la Commission pouvait aller au-delà du dispositif de l'arrêt ordonnant l'astreinte, elle empièterait sur le principe de sécurité juridique qui s'impose en particulier en cas d'imposition de dettes."

[111] Causa C-576/18, *Commissione c. Italia*, *cit.*, punto 162 e punto 4 del dispositivo.

[112] Un ragionamento di questo tipo è stato al centro di una vicenda che ha impegnato il Tribunale dell'Unione europea (cfr. sentenza del 29 marzo 2011, causa T-33/09, *Portogallo c. Commissione*) e, in sede di impugnazione, la Corte di giustizia (cfr. sentenza del 15 gennaio 2014, causa C-292/11 P, *Commissione c. Portogallo*) nel sindacare le valutazioni assunte dalla Commissione in sede di esecuzione di una sentenza di "doppia condanna". Oggetto della controversia era l'esecuzione della penalità giornaliera applicata, *ex* art. 260, par. 2, TFUE, nella sentenza del 10 gennaio 2008, causa C-70/06, *Commissione c. Portogallo*, ove era stato contestato, allo Stato convenuto, di non aver abrogato un decreto-legge precedentemente dichiarato non conforme al diritto dell'Unione, in altra sentenza *ex* art. 258 TFUE. Il governo portoghese, dopo la sentenza di *manquement sur manquement*, si era limitato di sostituire il citato decreto-legge con una legge, ma la Commissione aveva ritenuto questo comportamento non sufficiente a giustificare la ripristinata conformità e aveva, dunque, proseguito oltre con il calcolo della penalità. Tanto il Tribunale quanto la Corte, in quel caso, giudicarono l'attività della Commissione come esorbitante rispetto alle sue competenze, basandosi soprattutto sul fatto che, dalla sentenza di "doppia condanna", fosse deducibile in modo chiaro e preciso che dal governo portoghese ci si attendeva soltanto l'abrogazione del decreto-legge.

[113] V. regolamento (UE, Euratom) 2019/629 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, recante modifica del protocollo n. 3 sullo statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea. Prima della riforma, il riparto di competenze disciplinato dall'art. 256

zione del principio di leale cooperazione) e giustificando il proprio ritardo nell'adempimento – dal 12 marzo a fine emergenza sanitaria – sulla base della c.d. *force majeure*[114], vale a dire quell'insieme di circostanze eccezionali, imprevedibili ed ingovernabili[115] dovute, nel caso di specie, appunto all'emergenza sanitaria. Come già parzialmente anticipato, l'impossibilità assoluta (di carattere temporaneo, in questo caso) è infatti l'unico motivo che il giudice di Lussemburgo abbia finora considerato – seppur in termini puramente astratti – capace di giustificare la mancata esecuzione degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione e, nello specifico, dalle proprie sentenze[116]. Per di più, il prolungato *lockdown* che ha fermato, tra le altre, le attività amministrative e giudiziarie del Paese, non risulterebbe neanche configurabile come prassi, disposizione o difficoltà *interna*, conformandosi a quella giurisprudenza che ha costantemente negato rilievo a tali circostanze[117]. In definitiva, sembra potersi sostenere che, quantomeno nei mesi immediatamente successivi al deposito della sentenza nella causa C-

TFUE e dall'art. 51 dello Statuto assegnava (e tuttora assegna, nonostante la nuova deroga) al Tribunale una competenza generale di primo grado su tutti i ricorsi che i privati o gli Stati membri possono esperire nei confronti delle istituzioni dell'Unione (fatte salve alcune ipotesi derogatorie di cui la lettera menzionata nel testo non faceva parte); cfr. Articolo 256 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, versione consolidata 2016, e Articolo 51 del Protocollo n. 3 sullo Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, versione consolidata 2016, entrambi disponibili all'indirizzo internet: eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/treaties/treaties-force.html#new-2-52. Dal 1° maggio 2019 (data di entrata in vigore della riforma) i ricorsi contro decisioni della Commissione in tema di mancata esecuzione delle sentenze di condanna sono invece stati assegnati alla competenza, in primo ed unico grado, della Corte di giustizia. Sulla riforma dello Statuto e sui suoi profili più specifici cfr. C. AMALFITANO, *Note critiche sulla recente riforma dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2019, pp. 29-52.

[114] È questa una delle possibili opzioni prefigurate, seppur non con specifico riferimento al caso italiano, in L. PRETE, *op. cit.*, ove si ricollega la sostenibilità di una simile causa di giustificazione al principio secondo cui "*ad impossibilia nemo tenetur*", che nella giurisprudenza della Corte di giustizia si rintraccia fin dalla sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 1985, ccausa C-101/84, *Commissione c. Italia*.

[115] La formulazione che viene più spesso utilizzata dalla Corte – e che, ad avviso di chi scrive, potrebbe sostenersi integrata dall'emergenza "Covid-19" – fa riferimento a "circostanze estranee e non riferibili al soggetto che l'invoca, anormali e imprevedibili, le cui conseguenze non avrebbero potuto evitarsi nonostante ogni diligenza impiegata"; cfr., tra le altre, sentenza dell'8 luglio 2010, causa C-334/08, *Commissione c. Italia*, punti 46-47; sentenza del 5 ottobre 2006, causa C-105/02, *Commissione c. Germania*, punto 89.

[116] Cfr. le già citate sentenze in cui tale concetto è stato preso in considerazione, ad esempio sentenza del 9 novembre 2017, causa C-481/16, *Commissione c. Grecia*; sentenza del 22 dicembre 2010, causa C-304/09, *Commissione c. Italia*; sentenza del 27 giugno 2000, causa C-404/97, *Commissione c. Portogallo*; sentenza del 15 gennaio 1986, causa C-52/84, *Commissione c. Belgio*. In dottrina, cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 651; G. ZANCHI, *op. cit.*, pp. 1059-1060; P. WENNERÅS, *op. cit.*, p. 157; L. PRETE, B. SMULDERS, *op. cit.*, pp. 44-45; A. TERRASI, *op. cit.*, spec. pp. 1103-1107.

[117] Si ricordino, in particolare, sentenza del 17 settembre 2015, causa C-367/14, *Commissione c. Italia*; sentenza dell'11 settembre 2008, causa C-316/06, *Commissione c. Irlanda*; sentenza del 26 febbraio 2008, causa C-273/07, *Commissione c. Lussemburgo*; sentenza del 29 novembre 2007, causa C-34/07, *Commissione c. Lussemburgo*; sentenza dell'8 novembre 2007, causa C-40/07, *Commissione c. Italia*; sentenza del 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Lucchini*; sentenza dell'8 dicembre 2005, causa C-38/05, *Commissione c. Irlanda*.

576/18[118], l'avvento dell'epidemia di Covid-19 abbia fatto incorrere l'Italia in un caso di impossibilità assoluta sopravvenuta[119], in grado di impedire – in maniera del tutto incontrastabile – l'adempimento tempestivo degli obblighi derivanti dalla sentenza dichiarativa del 2012 (*rectius*, della parte piuttosto ridotta che ancora ne rimane inadempiuta). Se così la Corte dovesse riconoscere in sede di ricorso giudiziale, potrebbe crearsi, questa volta sì, lo spazio per una censura nei confronti della Commissione sul mancato rispetto del principio di leale cooperazione e, in ultimo, per una riduzione del *quantum* di penalità dovuta dall'Italia.

[118] Va ricordato, in effetti, che la Corte è ferma nell'idea che, dovesse anche riscontrarsi un caso concreto di *force majeure* "temporanea", quest'ultima potrebbe rilevare soltanto per il tempo strettamente necessario allo Stato membro per superare la causa di impossibilità; cfr., per un caso di applicazione di tale principio, sentenza dell'11 luglio 1985, causa C-101/84, *Commissione c. Italia* e, in dottrina, L. PRETE, B. SMULDERS, *op. cit.*, p. 45. Sarà dunque questione delicata definire cosa si intenda per "fine dell'emergenza": un'ipotesi è senz'altro quella di far riferimento all'attuale termine di scadenza dello stato di emergenza (vigente fino al 31 luglio 2020, salvo proroghe). Tuttavia, si è anche dato conto *supra* di come le misure più restrittive siano cessate ben prima, anche in relazione ai procedimenti giudiziari.

[119] La sentenza citata nella nota precedente funge da "precedente potenziale" rispetto al caso in commento. In quell'occasione, infatti, la Corte di giustizia aveva assegnato rilevanza di *force majeure* ad un attacco terroristico ed alle sue conseguenze dannose, salvo poi non far operare la causa di giustificazione per il lasso di tempo eccessivamente lungo trascorso dall'attacco stesso; cfr. L. PRETE, B. SMULDERS, *op. cit.*, p. 45. Tuttavia, se una simile qualificazione giuridica è stata riconosciuta per un attacco terroristico, non si vedono ragioni sufficienti per negarla all'emergenza sanitaria attualmente in corso in Italia e nel resto del mondo.

ABSTRACT

THE JUDGEMENT OF 12TH MARCH 2020, CASE C-576/18, COMMISSION V. ITALY, AND SOME REFLECTIONS REGARDING THE PRINCIPLE OF SINCERE COOPERATION IN TIMES OF COVID-19

The article examines the judgement delivered on 12th March 2020, by which the ECJ imposed severe financial sanctions to Italy, according to Article 260 (2) TFEU. First, the Author represents the facts underlying the case, concerning Regione Sardegna illegally granting State aids to some hotels on its territory, and analyses the substance of the matter within the decision of the Court of justice. Subsequently, the Author reflects on the timing of the judgement, delivered during the peak of the "Covid-19" pandemic: the aim is to verify whether and to what extent the EU institutions (notably, the ECJ and the Commission) have acted – and are acting – in accordance with the principle of sincere cooperation, referred to in Article 4 (3) TEU.

LA SENTENZA DEL 12 MARZO 2020, CAUSA C-576/18, COMMISSIONE C. ITALIA E ALCUNE CONSIDERAZIONI SUL PRINCIPIO DI LEALE COOPERAZIONE AI TEMPI DEL COVID-19

Il presente lavoro esamina la sentenza *ex* art. 260, par. 2, TFUE con cui, il 12 marzo 2020, la Corte di giustizia ha condannato l'Italia al pagamento di severe sanzioni pecuniarie. È condotta, dapprima, una ricostruzione della vicenda che ha dato origine alla causa, relativa all'illegittima concessione di aiuti di Stato ad alcune strutture alberghiere in Sardegna, nonché un'analisi del giudizio della Corte nei suoi profili più strettamente di merito. In seguito, l'Autore riflette sulle tempistiche dell'emanazione della sentenza nel pieno dell'emergenza sanitaria da "Covid-19", con l'obiettivo di stabilire se e in che modo l'operato delle istituzioni coinvolte (segnatamente, Corte di giustizia e Commissione) possa dirsi rispettoso del principio di leale cooperazione, di cui all'art. 4, par. 3, TUE.

Grazia Vitale[*]

Brevi considerazioni sulle conclusioni dell'Avvocato generale in materia di indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le carenze di metodo... – 3. ... e di merito. Il campo di applicazione della direttiva. – 4. La giurisprudenza della Corte di giustizia. – 5. Il riferimento alla Carta. – 6. La posizione del "reo itinerante". – 7. Brevissime conclusioni.

1. Con queste brevi note si intende focalizzare l'attenzione sulle Conclusioni rassegnate dall'Avvocato generale Bobek[1] nella causa instauratasi previo rinvio pregiudiziale della Corte di Cassazione italiana[2] in riferimento al sistema di indennizzo per le vittime di reati intenzionali violenti previsto dalla direttiva 2004/80/CE[3].

La vicenda riguardava una donna di origini rumene, sebbene ormai cittadina italiana residente in Italia, che risultava vittima, sempre in Italia, del reato di violenza sessuale, giudizialmente accertato in sede penale a carico di soggetti resisi, tuttavia, latitanti. La signora agiva quindi in giudizio contro lo Stato italiano, con domanda volta ad ottenere un risarcimento del danno subito a motivo della mancata corretta trasposizione, da parte dell'ordinamento italiano, della nota direttiva 2004/80/CE. Più in particolare, l'articolo 12 della direttiva in questione, dopo avere al primo paragrafo fatto riferimento al sistema generale di indennizzo nelle situazioni transfrontaliere, prevede al secondo paragrafo che "Tutti gli Stati membri provvedono a che le loro normative nazionali prevedano l'esistenza di un sistema di indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti commessi nei rispettivi territori, che garantisca un indennizzo equo ed adeguato delle

---

[*] Professore Associato di Diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Messina.

[1] Conclusioni presentate il 14 maggio 2020, causa C-129/19, *Presidenza del Consiglio dei Ministri/BV*, per un primo commento alle quali cfr. A. ARENA, *L'applicabilità della direttiva sull'indennizzo delle vittime di reato alle situazioni puramente interne: note a margine delle conclusioni dell'Avvocato generale Bobek nella causa C-129/19*, in *Il Diritto dell'Unione europea - Osservatorio europeo*, maggio 2020.

[2] Si tratta dell'ordinanza n. 2964/2019, sulla quale R.G. CONTI, *Il contenzioso sul risarcimento dello Stato alle vittime di reato: Cass. n. 2964/2019 alla ricerca dell'eguaglianza europea*, in *Rivista di diritti comparati*, n. 1, 2019.

[3] Per una ricostruzione critica della disciplina di cui trattasi e della giurisprudenza di riferimento cfr. R. MASTROIANNI, *La responsabilità patrimoniale dello Stato italiano per violazione del diritto dell'Unione: il caso della direttiva sull'indennizzo delle vittime dei reati*, in *Giustizia civile*, 2014, p. 283 ss.; ID., *Un inadempimento odioso: la direttiva sulla tutela delle vittime dei reati*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, p. 406 ss.

vittime". Sulla base del combinato disposto tra il primo e il secondo paragrafo dell'articolo 12, parte attrice riteneva quindi che la disposizione controversa dovesse ritenersi applicabile a tutte le vittime di reati violenti commessi nel territorio di uno Stato membro, comprese le vittime abitualmente residenti in tale Stato.

Approdata la vicenda in Cassazione, i giudici di legittimità sottoponevano alla Corte di giustizia dell'Unione europea due questioni pregiudiziali, la prima delle quali – l'unica sulla quale ci si soffermerà in questa sede – riconducibile alla risarcibilità o meno, da parte dello Stato, del pregiudizio subito dalle vittime di reati intenzionali violenti che non abbiano avuto la possibilità di ottenere un'effettiva tutela nei confronti degli autori delle condotte penalmente rilevanti e, ovviamente, accertate giudizialmente. Più in particolare, la Corte di Cassazione chiedeva alla Corte di giustizia di chiarire se il diritto dell'Unione configurasse o meno una responsabilità risarcitoria anche nei confronti di soggetti che versassero in "situazioni puramente interne"[4], ossia non ricadenti secondo il giudice del rinvio nel campo di applicazione della direttiva, ma che avrebbero dovuto e potuto, per evitare una violazione del principio di non discriminazione[5], beneficiare in via di estensione dell'effetto utile della direttiva stessa, ossia del sistema di indennizzo ivi previsto[6].

In data 14 maggio 2020, l'Avvocato generale Bobek presentava le proprie conclusioni, che succintamente si ripropongono nei passaggi essenziali.

In primo luogo, l' Avvocato generale si preoccupava di precisare come occorresse preliminarmente verificare se l'articolo 12, paragrafi 1 e 2 della direttiva, fosse o meno applicabile solo alle situazioni transfrontaliere, con ciò escludendo dal campo di applicazione dell'atto quelle cosiddette "puramente interne". A tal fine riteneva che "Sul piano testuale, non vi è nulla in tali disposizioni che limiti l'ambito di applicazione dell'articolo 12 alle sole situazioni transfrontaliere. Pertanto, la lettura proposta dalla convenuta per il secondo paragrafo di detta disposizione nel senso che impone agli

---

[4] In argomento si veda A. ARENA, *Le "situazioni puramente interne" nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2019.

[5] Il fenomeno discriminatorio che parrebbe profilarsi è quello delle "discriminazioni alla rovescia", su cui si veda F. SPITALERI, *Le discriminazioni alla rovescia nel diritto dell'Unione europea*, Roma, 2010.

[6] Con la seconda questione i giudici di legittimità hanno chiesto "se l'indennizzo stabilito in favore delle vittime dei reati intenzionali violenti (e, segnatamente, del reato di violenza sessuale, di cui all'art. 609-bis cod. pen.) dal decreto del Ministro dell'interno 31 agosto 2017 [emanato ai sensi del comma 3 dell'art. 11 della legge 7 luglio 2016, n. 122 (Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2015-2016) e successive modificazioni (recate dall'art. 6 della legge 20 novembre 2017, n. 167 e dall'art. 1, commi 593-596, della legge 30 dicembre 2018, n. 145)] nell'importo fisso di euro 4.800 possa reputarsi "indennizzo equo ed adeguato delle vittime" in attuazione di quanto prescritto dall'art. 12, par. 2, della direttiva 2004/80".

Stati membri di istituire sistemi che coprano *tutti* i «reati intenzionali (...) commessi nei rispettivi territori» è, per quanto concerne il testo di detta disposizione, del tutto giustificata" (conclusioni, punto 38). Questa impostazione sarebbe stata altresì confortata da vari altri elementi: da un'interpretazione sistematica della direttiva, che consterebbe di un Capo I, relativo all'indennizzo nelle situazioni transfrontaliere, ed un Capo II, contenente appunto l'articolo 12, relativo ad un sistema nazionale di indennizzo, applicabile anche nelle situazioni puramente interne (conclusioni, punto 42); dagli obiettivi avuti di mira da parte del legislatore dell'Unione, quali risultanti dal preambolo della direttiva (conclusioni, punto 48 ss.) e dai lavori preparatori (conclusioni, punto 67 ss.); dalla giurisprudenza stessa della Corte che, con specifico riguardo alla pronuncia *Commissione c. Italia*, avrebbe aperto le porte ad una possibile interpretazione alternativa della direttiva in esame, che ne estendesse cioè l'ambito di applicazione oltre che alle situazioni transfrontaliere, anche alle situazioni puramente interne (conclusioni, punti 91 ss.).

All'esito di tale approfondita valutazione, l'Avvocato generale concludeva nel senso che entrambe le opzioni interpretative fossero, in punto di diritto, fondate e sostenibili, e proponeva di conseguenza alla Corte di addivenire ad una conclusione che fosse favorevole alla vittima alla luce di tre argomenti, definiti utili per uno "spareggio" (conclusioni, punti 100 ss.).

Con il primo di tali argomenti veniva ad essere invocata la Carta dei diritti fondamentali e i diritti inviolabili in essa contemplati e da essa riconosciuti in capo a "chiunque". Attraverso un peculiare richiamo agli artt. 1 e 6, l'Avvocato generale riteneva che "chiunque", appunto, fosse titolare del diritto all'indennizzo previsto dall'articolo 12, ossia "tutte" le vittime di reati consumatisi nel territorio di uno Stato membro, a prescindere poi dalla circostanza che esse versassero o meno in situazioni transfrontaliere.

Con il secondo argomento, l'Avvocato generale proponeva poi un'estensione della portata applicativa della direttiva che facesse leva su una nozione più ampia di situazione transfrontaliera, ove poter ricomprendere anche la figura del cosiddetto "reo itinerante". La direttiva, in altri termini, avrebbe dovuto trovare applicazione, pena la violazione del principio di non discriminazione, rispetto a tutte quelle situazioni in cui, analogamente a quelle in cui la vittima abbia esercitato il diritto di circolazione, lo abbia piuttosto fatto l'autore del reato.

Con il terzo argomento, infine, si concentrava sull'idea di considerare l'atto come "dotato di vita propria", nel senso di dovere essere interpretato ed applicato senza valorizzare eccessivamente la volontà del legislatore storico, come rinvenibile in testi e documenti non ufficiali o non vincolanti,

ma piuttosto secondo il senso e la portata ad esso attribuibile da un "normale destinatario".

Concludeva, quindi, nel senso che "l'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2004/80 debba essere interpretato nel senso che gli Stati membri devono istituire sistemi di indennizzo nazionali che prevedano un indennizzo a favore di *qualsiasi* vittima di un reato intenzionale violento commesso nei rispettivi territori, indipendentemente dal luogo di residenza della vittima" (conclusioni, punto 124).

Ora, la conclusione cui si tenterà di giungere in queste brevi note sarà quella per la quale il "vizio" di base riscontrabile, ancorché in termini diversi e in diversa misura, tanto nell'ordinanza della Cassazione, quanto e più ancora nelle conclusioni dell'Avvocato generale, è quello di volere attribuire rilevanza, nell'ordinamento dell'Unione, a situazioni che, per loro caratteristiche strutturali, sono piuttosto irrilevanti per il diritto dell'Unione. Trattasi di situazioni "puramente interne", non disciplinate né altrimenti disciplinabili dall'ordinamento superiore; circoscritte alla dimensione nazionale che ne offre i parametri di disciplina e regolamentazione giuridica a mezzo dei quali, e solo dei quali, è possibile trovare soluzione rispetto ai fenomeni discriminatori eventualmente prodotti per effetto dell'applicazione dell'atto dell'Unione.

2. Le conclusioni in esame presentano innanzitutto delle carenze di carattere strettamente metodologico, ossia attinenti alla formale tecnica argomentativa utilizzata, che si ripercuotono, inevitabilmente, anche sul merito delle questioni di diritto controverse.

L'Avvocato generale, ad esempio, sposta l'attenzione e l'argomentazione su un profilo che in alcun modo era stato messo in discussione dalla Corte di Cassazione italiana in seno all'ordinanza di rinvio pregiudiziale, ossia quello relativo alla delimitazione della portata subiettiva di applicazione della direttiva di cui trattasi. Al punto 24 delle conclusioni si legge, infatti, che "Ritengo che la questione andrebbe riformulata nel modo seguente: se la direttiva 2004/80, in particolare l'articolo 12, paragrafo 2, obblighi gli Stati membri a istituire un sistema nazionale di indennizzo per *tutte* le vittime di reati intenzionali violenti commessi nei rispettivi territori, applicabile anche alle situazioni non transfrontaliere".

È come se, in altri termini, egli avesse risposto ad una domanda che nessuno gli aveva posto! Tecnica invero legittima in punto di diritto, ma tuttavia non congeniale al soddisfacimento di esigenze generali di cooperazione tra i sistemi nazionali e quello europeo di tutela giurisdizionale dei diritti.

La Cassazione, d'altra parte, ben consapevole degli approdi della giuri-

sprudenza di Lussemburgo, non aveva nemmeno tentato di mettere in discussione l'idea per cui, dalla lettura ed interpretazione dell'articolo 12, derivasse la conclusione che tale disposizione, e l'atto nel suo complesso, si applicassero solo alle situazioni transfrontaliere. Vero è che, nell'ottica del giudice del rinvio, l'avere escluso che l'inadempimento dell'Italia rispetto alla portata precettiva dell'articolo 12 potesse assumere rilievo anche per le situazioni puramente interne, non abbia determinato il rigetto della domanda risarcitoria; e tuttavia, una cosa è forzare a mezzo di argomenti letterali più o meno convincenti il dato normativo, come nemmeno tanto velatamente traspare dalle Conclusioni in commento; un'altra e ben diversa cosa è tentare di risolvere i fenomeni discriminatori emergenti nel caso di specie a mezzo di una lettura estensiva della portata soggettiva della direttiva, come tenta invece di sollecitare la Cassazione valorizzando i principi comunitari di uguaglianza e non discriminazione.

E tuttavia, come si tenterà di dimostrare nel corso della trattazione, entrambi i tentativi di ampliamento della portata applicativa della direttiva risultano invero poco condivisibili, e con ciò si auspica che la Corte non tenga in considerazione né l'uno, né l'altro.

La seconda carenza metodologica che si rinviene nelle Conclusioni in esame attiene alla prospettazione di argomenti *pro* e *contro* una possibile lettura della direttiva in materia di indennizzo delle vittime dei reati, senza prendere (apparentemente) posizione su alcuno di essi. L'Avvocato generale, infatti, partendo dal presupposto per il quale il testo della direttiva non appaia chiaro, e che si rinvengano anche convincenti argomenti a sostegno dell'idea per cui essa debba applicarsi "anche" alle situazioni puramente interne, finisce per proporre tre argomenti in considerazione dei quali suggerisce alla Corte di adottare l'interpretazione dell'atto proposta dalla convenuta. Approccio metodologico, questo, quanto meno insolito, se non addirittura foriero – come vedremo - di complicazioni e contraddizioni interpretative più gravi del problema che si intendeva risolvere.

3. La posizione assunta nelle conclusioni in commento non pare condivisibile, e per questo si auspica che non sia seguita dalla Corte, non solo per le carenze poco sopra rilevate in riferimento all'approccio metodologico seguito dall'Avvocato generale, ma anche e soprattutto per ragioni attinenti alla sostanza del loro contenuto. E ciò già a partire dagli argomenti addotti a sostegno di una particolare interpretazione della direttiva che pretenderebbe di ritenerla applicabile anche alle situazioni cosiddette puramente interne, cioè prive di elementi transfrontalieri.

Secondo l'Avvocato generale, il primo paragrafo dell'articolo 12 della direttiva, che offre un testuale riferimento alle situazioni transfrontaliere,

dovrebbe invero essere "innestato" sui sistemi di indennizzo nazionali di cui al secondo paragrafo della medesima disposizione, atteso che tale norma si limiterebbe ad affermare che "le norme imposte dalla presente direttiva sono un'«aggiunta» ai sistemi nazionali di indennizzo istituiti dagli Stati membri per le vittime di reati intenzionali violenti commessi nei rispettivi territori" (conclusioni, punto 36).

L'argomento non è condivisibile, in quanto inverte il rapporto che intercorre, sul piano logico e sul piano giuridico, tra il primo e il secondo paragrafo dell'articolo 12, con ciò incidendo in termini "devianti" sulla portata applicativa dell'atto nel suo complesso.

Dal combinato disposto tra le due parti della disposizione, infatti, emerge chiaramente che l'istituzione di sistemi nazionali di indennizzo, così come prevista al secondo paragrafo, debba intendersi come "strumentale" al corretto funzionamento del sistema generale di accesso all'indennizzo, ossia quello contemplato dal primo paragrafo e relativo alle situazioni transfrontaliere. Ciò significa, in altri termini, che fermo restando l'obiettivo principe della direttiva, che è quello di tutelare la posizione della vittima che si sia spostata in un Paese membro diverso da quello di residenza e lì abbia subito un reato, è fatto obbligo a tutti gli Stati membri, anche quelli non ancora provvisti in tal senso, di dotarsi di un sistema generale che consenta in concreto l'accesso ad un equo indennizzo in una tal sorta di situazioni.

È questo il senso del rapporto, logico e giuridico, tra il primo e il secondo paragrafo dell'articolo 12.

È chiaro, infatti, che se anche uno solo degli Stati membri non prevedesse un sistema di accesso all'indennizzo per le fattispecie transfrontaliere, il meccanismo nel suo complesso rischierebbe di non funzionare adeguatamente in tutti i casi in cui la vittima si sposti, ad esempio, proprio in tale Stato.

Questa ricostruzione del rapporto tra il primo e il secondo paragrafo dell'articolo 12 sarebbe altresì facilmente estendibile, negli stessi termini argomentativi e in un'ottica sistematica che abbracci l'intera direttiva, anche al rapporto tra il Capo I e il Capo II della direttiva stessa, con ciò contrapponendosi all'opzione argomentativa prospettata in seno alle conclusioni. A tal proposito si ricordi l'idea, ivi sostenuta dall'Ag e tutt'altro che condivisibile, per la quale il Capo primo prevederebbe l'istituzione di un sistema di cooperazione volto a facilitare l'accesso all'indennizzo nelle situazioni transfrontaliere; mentre il secondo conterrebbe indicazioni sull'obbligo di predisposizione di un sistema nazionale di indennizzo applicabile in presenza di qualsivoglia reato intenzionale violento. Non si capisce, invero, per quale misteriosa ragione l'esistenza di due distinti capi

all'interno di un atto di diritto derivato debba per ciò solo essere interpretata come sintomatica dell'esistenza di due distinte dimensioni giuridiche all'interno del medesimo *corpus* normativo, caratterizzate da obblighi distinti in capo al medesimo Stato membro.

Anche il preambolo della direttiva contiene riferimenti che, in termini espliciti, chiariscono la portata subiettiva di applicazione dell'atto.

Al considerando 7, ad esempio, si legge testualmente che "La presente direttiva stabilisce un sistema di cooperazione volto a facilitare alle vittime di reato l'accesso all'indennizzo nelle situazioni transfrontaliere, che dovrebbe operare sulla base dei sistemi degli Stati membri in materia di indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti commessi nei rispettivi territori. Dovrebbe essere pertanto istituito in tutti gli Stati membri un meccanismo di indennizzo". Il considerando 11 prevede, poi, che "Dovrebbe essere introdotto un sistema di cooperazione tra le autorità degli Stati membri per facilitare l'accesso all'indennizzo nei casi in cui il reato sia stato commesso in uno Stato membro diverso da quello in cui la vittima risiede". Ancora più esplicito il considerando 15 che, prima di rinviare all'applicazione del principio di sussidiarietà, precisa che la direttiva abbia "lo scopo di facilitare alle vittime di reato l'accesso all'indennizzo nelle situazioni transfrontaliere".

Ciò che con lapalissiana evidenza emerge dalla struttura dell'atto (compreso il preambolo), quindi, è che ferma restando la *ratio* sottesa alla direttiva nel suo complesso, che è quella di istituire un meccanismo di indennizzo per le vittime di reati intenzionali violenti che si collochino in situazioni transfrontaliere, è fatto obbligo agli Stati membri di dotarsi di apparati normativi idonei al perseguimento del suddetto fine, e ciò in relazione a qualsivoglia reato intenzionale violento che si consumi sul proprio territorio, purché involva situazioni non puramente interne.

La ricostruzione della portata subiettiva di applicazione della direttiva, così come ora sintetizzata, non è stata peraltro messa adeguatamente in discussione dall'Avvocato generale né attraverso l'analisi del preambolo della stessa, né dell'*iter* legislativo che avrebbe condotto alla sua emanazione. Senza dilungarsi sulla puntuale riproposizione di tutti i riferimenti utili al fine argomentativo in discorso, per i quali si rinvia al testo delle conclusioni (precisamente ai punti 48 ss.), paiono utili solo talune precisazioni.

Così, se da un lato l'Avvocato generale sostiene che l'impianto sistematico della direttiva dovrebbe deporre a favore dell'interpretazione proposta dalla convenuta, dall'altro non utilizza a tal proposito alcun argomento convincente. Egli si limita ad affermare che "malgrado l'apparenza", i considerando della direttiva presi in esame per sostenere la tesi del suo carattere transfrontaliero "non sono altrettanto univoci nel corroborare la posi-

zione sostenuta dal governo italiano e dalla Commissione" (conclusioni, punto 54). In altri termini, non riuscendo a trovare nel preambolo niente di utile ai propri fini argomentativi, non gli rimaneva altro da dire se non che i considerando posti a fondamento della corretta lettura della direttiva non erano particolarmente chiari e quindi probanti.

Né l'Avvocato generale è più preciso nella parte relativa all'analisi della genesi della direttiva 2004/80: da un lato, infatti, ammette che i lavori preparatori confermino il raggiungimento, in seno alla direttiva, di una soluzione di compromesso rispetto all'impianto originariamente immaginato, di talché la stessa dovrebbe intendersi come strumentale unicamente al buon funzionamento del sistema di accesso all'indennizzo nelle situazioni transfrontaliere; dall'altro, facendo leva su mere dichiarazioni della Commissione emerse nell'ambito dell'*iter* normativo e su taluni documenti estranei al testo consolidato dell'atto, quali ad esempio verbali di riunioni del Consiglio successive al compromesso sotteso all'adozione dell'atto stesso, insiste sul punto dell'incertezza degli obiettivi che la direttiva intendeva perseguire (conclusioni, punti 75 ss.), facendo derivare proprio da tale incertezza la possibile apertura della portata applicativa della direttiva anche alle situazioni puramente interne.

Ma il passaggio logico diviene ancora più sorprendente allorquando l'Ag ritiene piuttosto di poter dedurre dai considerando citati una nozione più ampia del termine "transfrontaliero", che possa cioè comprendere non solo quelle situazioni in cui sia la vittima ad essersi avvalsa del diritto di circolazione (vittima cosiddetta itinerante), ma anche quelle in cui lo abbia fatto l'autore del reato.

Ora, è evidente che un'opzione ricostruttiva di questo genere non risulti affatto condivisibile, e ciò per almeno due ragioni.

Se il problema è, nell'ottica dell'Ag quello di dimostrare che la direttiva in esame non si applichi solo alle situazioni transfrontaliere, ma anche alle situazioni puramente interne, è evidente che una tal sorta di argomento non sia utile a perseguire l'obiettivo. Esso, cioè, non vale a dimostrare che la direttiva possa trovare applicazione anche in relazione alle situazioni puramente interne, ma solo ad introdurre un'altra categoria di situazioni transfrontaliere, cui l'atto sarebbe applicabile.

A ciò aggiungasi che l'idea di considerare tutelabili, ai sensi e per gli effetti della direttiva, e al fine di eliminare gli ostacoli alla libera circolazione delle persone, quelle situazioni in cui sia stato l'autore del reato ad essersi avvalso della libertà di circolazione, comporta un'evidente forzatura giuridica ed interpretativa del testo normativo, per l'analisi più dettagliata della quale si rinvia comunque al prosieguo della trattazione, laddove si parlerà della fantasiosa figura del "reo itinerante".

4. La specifica lettura ed interpretazione della direttiva qui proposta è assolutamente chiara ed ormai pacifica anche nella consolidata giurisprudenza di Lussemburgo.

La Corte di giustizia, infatti, ha espressamente e ripetutamente precisato che la direttiva non avesse in alcun modo inteso regolamentare "anche" le situazioni puramente interne, ma piuttosto "solo ed esclusivamente" quelle transfrontaliere, caratterizzate cioè da una diversità tra il luogo di residenza della vittima e il luogo in cui si consuma il reato.

Si ricordi a tal fine, in primo luogo, la sentenza *Dell'Orto*[7], al cui punto 57 la Corte precisa che "la direttiva istituisce un sistema di cooperazione volto a facilitare alle vittime di reato l'accesso all'indennizzo in situazioni transfrontaliere. Essa intende assicurare che, se un reato intenzionale violento è stato commesso in uno Stato membro diverso da quello in cui la vittima risiede abitualmente, quest'ultima sia indennizzata da tale primo Stato". In secondo luogo, poi, nella sentenza *Giovanardi* si circoscrive la portata applicativa della direttiva nel senso che "come risulta segnatamente dal suo articolo 1, essa è diretta a rendere più agevole per le vittime della criminalità intenzionale violenta l'accesso al risarcimento nelle situazioni transfrontaliere"[8]. Ancora, nell'ordinanza *Paola C.*[9], la Corte si è dichiarata incompetente a rispondere alla questione pregiudiziale in quanto il reato era stato commesso nello stesso Stato membro di residenza della vittima. Pertanto, prosegue al punto 13, "la situazione di cui trattasi nel procedimento principale non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/80, bensì solo del diritto nazionale".

Né questa ricostruzione pare in alcun modo superata, anche solo parzialmente, dalla pronuncia *Commissione c. Italia*[10] citata dall'Avvocato generale allo scopo di dimostrare che ivi i giudici di Lussemburgo avrebbero precisato e ampliato il senso della loro precedente giurisprudenza sulla portata soggettiva di applicazione dell'articolo 12.

Al punto 49 della sentenza la Corte dichiara infatti che "la direttiva 2004/80 prevede un indennizzo unicamente nel caso di un reato intenzionale violento commesso in uno Stato membro dove la vittima si trova, nell'ambito dell'esercizio del suo diritto alla libera circolazione, cosicché una situazione puramente interna non rientra nell'ambito di applicazione di tale direttiva" . Prosegue precisando che "Ciò non toglie tuttavia che,

---

[7] Sentenza del 28 giugno 2007, causa C-467/05, *Dell'Orto*.

[8] Sentenza del 12 luglio 2012, causa C-79/11, *Giovanardi*, punto 37.

[9] Sentenza del 30 gennaio 2014, causa C-122/13, *Paola C.*

[10] Sentenza dell'11 ottobre 2016, C-601/14, *Commissione c. Italia*. Per un commento cfr. M. C. LOCCHI, *Il diritto all'indennizzo delle vittime di reato: l'Italia condannata dalla Corte di Giustizia per inadempimento della dir. 2004/80/CE*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2017, p. 119 ss.

nel fare ciò, la Corte si è limitata a precisare che il sistema di cooperazione istituito dalla direttiva 2004/80 riguarda unicamente l'accesso all'indennizzo nelle situazioni transfrontaliere, senza tuttavia escludere che l'articolo 12, paragrafo 2, di tale direttiva imponga ad ogni Stato membro di adottare, al fine di garantire l'obiettivo da essa perseguito in siffatte situazioni, un sistema nazionale che garantisca l'indennizzo delle vittime di qualsiasi reato intenzionale violento sul proprio territorio". Conclude, poi, al punto 50, nel senso che tale "interpretazione dell'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2004/80 è del resto conforme all'obiettivo di tale direttiva, consistente nell'abolizione degli ostacoli tra Stati membri alla libera circolazione delle persone e dei servizi al fine di migliorare il funzionamento del mercato interno".

Ora, non si capisce come da questi passaggi l'Avvocato generale tragga la conseguenza che la Corte di giustizia abbia inteso rimettere in discussione la sua precedente giurisprudenza sulla portata applicativa dell'articolo 12 della direttiva, e dell'atto nel suo complesso, lasciando aperta la possibilità che la stessa trovi applicazione anche di al di là delle sole situazioni transfrontaliere. Anzi, mi pare chiaro che la Corte, sulla scia dei suoi precedenti, ne abbia piuttosto confermato l'orientamento interpretativo e si sia pronunciata nel senso che la Repubblica italiana, non avendo adottato tutte le misure necessarie a garantire l'esistenza, nelle situazioni transfrontaliere, di un sistema di indennizzo delle vittime di "tutti" i reati intenzionali violenti consumatisi sul proprio territorio, fosse venuta meno all'obbligo su di essa incombente in forza dell'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva n. 80 del 2004. Il punto interessante per la Corte, in altri termini, non era affatto quello relativo al carattere transfrontaliero o meno delle fattispecie cui applicare la direttiva, circostanza assolutamente pacifica, ma piuttosto quello relativo alla scelta delle fattispecie criminose da far ricadere nel campo di applicazione della normativa di attuazione. E questo in quanto la norma citata, secondo i giudici dell'Unione, non attribuiva agli Stati alcun margine di discrezionalità in tale scelta; essa, piuttosto, mirava a garantire al cittadino dell'Unione il diritto di ottenere un indennizzo equo per le lesioni subite nel territorio di uno specifico Stato membro nel quale, esercitando il diritto di libera circolazione, si trovasse al momento della consumazione del reato.

In definitiva, secondo la Corte di giustizia lo Stato italiano non aveva adempiuto all'obbligo di introdurre per "tutti" i reati intenzionali violenti che si verificassero nel suo territorio un sistema generale di indennizzo, con ciò in nulla rilevando la decisione in questione, se non marginalmente, sulla questione relativa alla risarcibilità o meno di vittime di reati intenzionali violenti non rientranti nell'ambito di situazioni transfrontaliere, proprio

come quella relativa al caso che ci occupa.

Da questi rilievi consegue, quindi, quanto siano tecnicamente inappropriati, o quanto meno delle forzature, i vari tentativi di supplire ad una possibile carenza del sistema normativo disegnato dalla direttiva, con un ampliamento generalizzato della portata subiettiva di applicazione della stessa, atteso che ciò potrebbe dare luogo ad un obbligo risarcitorio in capo allo Stato nei confronti di soggetti che, invero, non sarebbero stati i destinatari diretti dei benefici derivanti dall'attuazione della direttiva.

A ciò aggiungasi che stupisce parecchio il modo di procedere dell'Avvocato generale il quale, in sostanza, si sarebbe potuto più proficuamente concentrare sul tentativo di convincere la Corte a cambiare orientamento, anziché insinuare letture alternative di una giurisprudenza che appare invero, ad oggi, costante e chiara.

5. Dopo avere focalizzato l'attenzione sul testo, sul contesto, sui lavori preparatori e sulle finalità generali della direttiva in questione, l'Avvocato generale giunge alla sorprendente conclusione che non sia possibile, in termini univoci e definitivi, determinare l'ambito di applicazione, sul piano soggettivo, dell'atto dell'Unione. Propone alla Corte, dunque, tre argomenti di soluzione che fungono, in sostanza, da criteri per uno "spareggio".

Ora, a parte il carattere opinabile di un approccio metodologico di tal sorta, come si è detto, ancora una volta non pare che i criteri indicati dall'Avvocato generale siano condivisibili nel merito.

Con il primo di tali criteri, più in particolare, egli propone di utilizzare la Carta dei diritti fondamentali, a tal fine precisando che "la Carta può funzionare come criterio per lo «spareggio» interpretativo in una situazione in cui un ambito di applicazione del diritto dell'Unione è stato chiaramente dischiuso da un atto derivato del diritto dell'Unione, del quale però, a causa di una redazione legislativa tutt'altro che perfetta, sono ugualmente plausibili diverse interpretazioni" (conclusioni, punto 105). In tale ottica, sembrerebbero già sufficienti a consentire un'interpretazione estensiva dell'ambito di applicazione dell'articolo 12 della direttiva i diritti sanciti dall'articolo 1 (dignità umana) e dall'articolo 6 (diritto alla libertà e sicurezza) e ciò in quanto garantiti, come recita il testo delle norme citate, a "chiunque".

L'argomento, come si è detto, non convince affatto.

In primo luogo, si ricordi come sia ormai pressoché pacifico nella giurisprudenza della Corte di giustizia che le norme del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea non si applichino a fattispecie che si collocano all'interno di un solo Stato membro[11]. Analogamente, la Corte è orientata

[11] La giurisprudenza di Lussemburgo in materia di situazioni puramente interne e di-

nel senso di ritenere che nemmeno la Carta possa trovare applicazione al di fuori dei casi in cui il diritto dell'Unione entri in gioco[12]. È vero che la Corte ha nel tempo ammesso la sussistenza di talune deroghe a questa regola generale e a quella che, di conseguenza, riguarda i limiti del suo sindacato. In presenza di tali deroghe, infatti, essa si è ritenuta competente a rispondere a questioni pregiudiziali sollevate in controversie puramente interne, e cioè prive di qualsivoglia elemento di transfrontalierietà[13]. Il punto è che il caso che ci interessa, a ben vedere, non pare rientrare in alcuna delle fattispecie che, nella ricostruzione offerta dalla giurisprudenza della Corte, potrebbero giustificare l'esercizio della competenza dei giudici dell'Unione nonostante i quesiti sottoposti alla loro attenzione riguardino situazioni puramente interne[14].

In secondo luogo, poi, è nota, certo, la portata che, soprattutto a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, le norme della Carta dei diritti fondamentali assumono per la tenuta del sistema. Ma, mi chiedo, ciò può ritenersi sufficiente al punto tale da ampliare, *ex se*, la portata applicativa, sul piano soggettivo, di un atto di diritto derivato, una direttiva, consentendone addirittura l'applicazione a fattispecie che in principio non ricadono né nel campo di applicazione della Carta, né a monte della direttiva stessa? E ciò solo in ragione di una "presunta" incertezza interpretativa avente ad oggetto il testo dell'atto?

Ora, così posta la domanda, mi pare che la risposta non potrebbe se non essere no.

Le norme dell'ordinamento dell'Unione, comprese quelle di diritto

---

scriminazioni al rovescio è invero sterminata. Si segnala, ad esempio la sentenza del 5 dicembre 2000, C-448/98, *Guimont*, su cui si vedano P. PALLARO, *La sentenza Guimont: un definitivo superamento processuale dell'irrilevanza comunitaria "sostanziale" delle c.d "discriminazioni a rovescio"?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2001, p. 95 ss.; C. RITTER, *Purely Internal Situations. Reverse Discrimination, Guimont, Dzodzi and Article 234*, in *European Law Review*, 2006, p. 690 ss. Nella stessa direzione si vedano: sentenza del 5 marzo 2002, cause riunite C-515/99, da C-519/99 a C-524/99 e da C-526/99 a C-540/99, *Reisch e a.*,; del 15 maggio 2003, causa C-300/01, *Doris Salzmann*; dell'11 settembre 2003, causa C-6/01, *Anomar e a.*; del 17 febbraio 2005, causa C-250/03, *Mauri*; del 30 marzo 2006, causa C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl c. Calafiori*; del 5 dicembre 2006, cause riunite C-94/04 e C-202/04, *Cipolla*; del 31 gennaio 2008, causa C-380/05, *Centro Europa 7 Srl.*; del 12 luglio 2012, causa C-79/11, *Giovanardi e altri*.

[12] Sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*; del 17 marzo 2009, causa C-217/08, *Mariano. Conf.*; del 26 marzo 2009, causa C-535/08, *Pignataro*; del 3 ottobre 2008, causa C-287/08, *Crocefissa Savia*; del 23 settembre 2008, causa C-427/06, *Birgit Bartsch*,; del 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU, *J. McB*; del 12 novembre 2010, causa C-339/10, *Asparuhov Estov e a.*; del 1° marzo 2011, causa C-457/09, *Chartry*; del 15 novembre 2011, causa C-256/11, *Dereci e a*.

[13] Su tale giurisprudenza della Corte di giustizia si veda A. ARENA, *The Wall Around EU Fundamental Freedoms: the Purely Internal Rule at the Forty-Year Mark*, in *Yearbook of European Law*, 2020, p. 12 ss.

[14] Per tale giurisprudenza e per una ricostruzione critica della stessa si veda A. ARENA, *Le "situazioni puramente interne" nel diritto dell'Unione europea*, cit.

primario riconducibili alla Carta, si applicano, fondamentalmente, alle fattispecie che, per le loro caratteristiche strutturali, rientrano nel campo di applicazione del diritto dell'Unione. Nella vicenda di cui alla causa principale, dal canto suo, veniva in rilievo un reato commesso in Italia, ai danni di una cittadina italiana, residente nel territorio italiano; una fattispecie, in altri termini, del tutto estranea al campo di applicazione della direttiva di cui si discute - come da pacifica giurisprudenza della Corte di giustizia - e pressoché irrilevante per il diritto dell'Unione. Ne consegue, con tutta evidenza, che non potrebbe nemmeno venire in rilievo la responsabilità risarcitoria dello Stato per la mancata o inesatta adozione delle misure necessarie al recepimento della direttiva di cui trattasi, in quanto lo Stato italiano non aveva alcun obbligo di dare attuazione alla direttiva se non nel rigoroso rispetto dei termini dalla stessa previsti, ossia solo in riferimento alle situazioni transfrontaliere. Né varrebbe in alcun modo a mettere in discussione questa impostazione, classica e sempre attuale, la circostanza citata nelle conclusioni in ordine alla quale i diritti sanciti dalla Carta si applicherebbero, per espressa previsione testuale, a "chiunque". L'articolo 51, paragrafo 2, della Carta, infatti, prevede che la stessa non possa estendere l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Ciò significa, in definitiva, che tali diritti si possano applicare "solo" a "chiunque" versi in condizioni ricadenti nel campo di applicazione del diritto dell'Unione e della Carta stessa.

E anche a volere considerare il riferimento alla Carta come l'*extrema ratio*, utile sul piano interpretativo nei casi in cui il testo da interpretare non sia chiaro, la ricostruzione si presenta ugualmente forzata, in quanto inverte il rapporto che intercorre tra la portata applicativa della direttiva e quella della Carta. Una fattispecie è soggetta alla Carta, lo si è detto, se rientra nel campo di applicazione della direttiva; nel caso di incertezza su tale ultimo profilo, prediligere l'interpretazione più in linea con il contenuto della Carta, finirebbe con l'estendere incondizionatamente la portata soggettiva di applicazione di una quantità tendenzialmente elevatissima di atti di diritto derivato molti dei quali, ovviamente, presentano un contenuto in qualche modo riconducibile a quello della Carta.

6. Vale la pena di dedicare un'ulteriore attenzione all'argomento con cui l'Avvocato generale si riferisce all'ipotesi eventuale del "reo itinerante".

Al punto 111 delle conclusioni si legge infatti che "Se la direttiva 2004/80 dovesse essere letta secondo i suggerimenti del governo italiano e della Commissione, si riserverebbe un trattamento diverso a due tipi di situazioni che comportano entrambe elementi transfrontalieri: la situazione in cui la vittima stessa si è avvalsa della propria libertà di circolazione (in

prosieguo: la «vittima itinerante») e quella in cui l'autore si è avvalso di tale libertà (in prosieguo: l'«autore del reato itinerante»)".

Ora, come si è già anticipato *supra*, e come ci si accinge ad approfondire, questo argomento, di certo originale e suggestivo, non pare affatto convincente, e ciò per una serie di ragioni che si passa ad esaminare.

La direttiva di cui si discute è intitolata all'indennizzo delle "vittime" di reato. Essa, in altri termini, si pone l'obiettivo precipuo di offrire una tutela forte e tendenzialmente adeguata alle "vittime" di reati che, avendo esercitato il diritto alla libera circolazione, si collochino in una posizione di transfrontalierietà. Non si tratta di valorizzare il profilo della libera circolazione delle persone *tout court*, ma di valorizzare la libera circolazione di quelle persone che, dopo essersi spostate in un Paese diverso da quello ove risiedano, subiscano nel primo reati violenti per mano di soggetti dai quali non riescano ad ottenere alcuna soddisfazione.

L'opzione ricostruttiva dell'Avvocato generale, poi, non convince in quanto finisce con l'attribuire ai principi di uguaglianza e non discriminazione un ruolo, una portata e una forza di incidenza sul sistema francamente eccessivi. Essi, infatti, verrebbero ad assumere rilievo rispetto a situazioni che, come si è ampiamente dimostrato, non rientrano affatto tra le quelle transfrontaliere e quindi sfuggono, per definizione, al campo di applicazione del diritto dell'Unione, ivi compresi i suoi principi generali. Per di più si applicherebbero anche in riferimento a fattispecie che, a rigor di logica, non potrebbero nemmeno considerarsi "analoghe". Infatti, potrebbero ritenersi analoghe, al più, le posizioni della vittima "stanziale" e di quella "itinerante", ma non certamente quelle della vittima e del reo, che si spostino entrambe da un Paese all'altro. Trattasi di due posizioni diverse nell'ottica della direttiva, la seconda delle quali, peraltro, dalla stessa nemmeno contemplata come rilevante ai fini dell'articolazione della disciplina giuridica di cui all'atto dell'Unione.

In sintesi: è chiaro che il principio di uguaglianza non potrebbe assumere rilievo nelle situazioni puramente interne in cui si collocano le vittime "stanziali", e ciò nemmeno ai fini della soluzione dei fenomeni di discriminazione alla rovescia che si determinano per effetto dell'applicazione a queste ultime di un trattamento normativo meno favorevole rispetto a quello spettante a vittime poste in situazioni che, pur se di analogo contenuto sostanziale, ricadano piuttosto nel campo di applicazione del diritto dell'Unione[15]. A maggior ragione il medesimo principio non può rappresentare utile criterio di risoluzione delle questioni in cui le due situazioni a

[15] Per talune riflessioni sul punto sia consentito rinviare a G. VITALE, *Reverse Discrimination and the Protection of Victims of Violent Intentional Crime*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, p. 942 ss.

confronto, pur se entrambe espressione dell'esercizio del diritto di circolazione, attengano a soggetti collocati - nell'ottica della direttiva, dei fini che la stessa vuole raggiungere, nonché degli interessi che vuole tutelare - in posizioni non del tutto omogenee.

7. Tentiamo di tracciare ora qualche considerazione conclusiva.

Il "peccato originale" è forse stato commesso proprio dal giudice del rinvio che, in verità, non doveva affatto rinviare alla Corte di giustizia.

Se la Cassazione si fosse rivolta alla Corte costituzionale, infatti, il suo rinvio si sarebbe presentato maggiormente in linea tanto con la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di discriminazioni alla rovescia, quanto con l'approccio tradizionalmente preferito dalla Corte costituzionale e funzionale alla risoluzione delle suddette discriminazioni[16].

Correlativamente, la soluzione prospettata dall'Avvocato generale appare, come si è tentato di mettere in luce, parecchio forzata, anche perché tutt'altro che confortata dall'analisi letterale, sistematica e teleologica del testo della direttiva. Questa, infatti, ha voluto intendere l'obbligo di creazione di un fondo di garanzia come funzionalmente connesso al perseguimento dello scopo precipuo della direttiva stessa, che è quello di propiziare il funzionamento di un sistema facilitato di accesso all'indennizzo ma solo nelle fattispecie transfrontaliere. Dovrebbe quindi ritenersi escluso l'obbligo per lo Stato di risarcire il danno eventualmente provocato al singolo a fronte dell'omesso recepimento di una direttiva che, in verità, escludeva dal suo campo di applicazione le situazioni puramente interne.

Il problema c'è, indubbiamente, ma come già più volte esplicitato deve essere risolto dal diritto interno, con l'ausilio degli strumenti all'uopo previsti dallo stesso. Ci sono infatti degli ambiti di disciplina di rilevanza nazionale, non disciplinati dal diritto dell'Unione, anzi per esso del tutto indifferenti, laddove spetta allo Stato, con gli strumenti a sua disposizione[17], intervenire in via auspicabilmente risolutiva delle questioni giuridiche all'interno eventualmente insorgenti. E quella delle discriminazioni al rovescio, che si potrebbe determinare per effetto della direttiva di cui si discute, è certamente una di queste.

Le conclusioni in commento, quindi, pur se ispirate al "meritorio" tentativo di tutelare situazioni "meritevoli" di tutela, in quanto frutto di vio-

---

[16] Si vedano Corte cost. sentenze n. 61/1996 e n. 443/1997.

[17] Si ricordi l'esistenza dell'articolo 53 della legge 234/12, che ha introdotto nell'ordinamento italiano una sorta di clausola generale relativa alla parità di trattamento prevedendo che "Nei confronti dei cittadini italiani non trovano applicazione norme dell'ordinamento giuridico italiano o prassi interne che producano effetti discriminatori rispetto alla condizione e al trattamento garantiti nell'ordinamento italiano ai cittadini dell'Unione europea". Per taluni dubbi sull'efficacia in concreto di tale strumento cfr. R. MASTROIANNI, *La responsabilità patrimoniale dello Stato italiano*, cit., pp. 313 e 314.

lenza ed espressione di fenomeni discriminatori, comportano in definitiva una forzatura del dato normativo priva di un'adeguata copertura argomentativa; l'attribuzione alle questioni puramente interne del tipo di quella in rilievo una portata che, nella giurisprudenza della Corte, obiettivamente esse non hanno; una pervasività, alla Carta dei diritti fondamentali, infine, che finisce con il forzare eccessivamente il sistema e la sua tenuta.

ABSTRACT

SOME CONSIDERATIONS ON THE OPINION OF ADVOCATE GENERAL ON THE PROTECTION OF VICTIMS OF INTENTIONAL CRIMES

This purpose of this work is to analyze the Opinion of Advocate General Bobek after a recent ruling of the Supreme Court of Cassation, whereby our judges submitted two preliminary questions to the Court of Justice of the European Union concerning matters which are essentially relative to compensation by the State of damages suffered by victims of violent intentional crimes. So, the paper will attempt to suggest some alternative methodological criteria as compared to those used by the referring judge and the Advocate General Bobek in his Opinion, that tried to attribute, on the contrary, a particular importance to the so called "purely internal situations" within the EU legal system.

BREVI CONSIDERAZIONI SULLE CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE IN MATERIA DI INDENNIZZO DELLE VITTIME DI REATI INTENZIONALI VIOLENTI

Questo lavoro mira ad analizzare le Conclusioni dell'Avvocato Generale Bobek nel procedimento avviatosi con una recente ordinanza della Suprema Corte di Cassazione, nell'ambito della quale i nostri giudici di legittimità hanno sottoposto alla Corte di giustizia due questioni pregiudiziali aventi ad oggetto l'ambito di applicazione della direttiva sull'indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti. Il testo tenta di suggerire alcuni criteri metodologici di soluzione della questione alternativi tanto rispetto a quelli contenuti nell'ordinanza di rimessione, quanto nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale Bobek dove, piuttosto, si è tentato di attribuire un particolare rilievo, nel sistema giuridico dell'Unione, alle cosiddette "situazioni puramente interne".

Focus per tema

Brexit

Maria Caterina Baruffi*

Brexit e le conseguenze in materia di stato civile ed anagrafe

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari e delimitazione dell'analisi. – 2. Il quadro giuridico di riferimento durante il periodo di transizione. – 2.1. Il quadro giuridico di riferimento dopo la fine del periodo di transizione. – 3. Esempi applicativi e possibili profili di discontinuità rispetto alla regolamentazione attuale.

1. La libera circolazione delle persone all'interno dell'Unione europea costituisce uno dei pilastri fondamentali su cui si fonda la costruzione dell'ordinamento giuridico integrato e, in particolare, dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia individuato dall'art. 3 TUE come uno degli obiettivi dell'Unione. Dall'esercizio di tale libertà di circolazione deriva, quale naturale conseguenza, la creazione di rapporti familiari caratterizzati da elementi di internazionalità, rispetto ai quali si impone l'esigenza di garantire la continuità delle situazioni giuridiche di cui il soggetto è titolare nel paese di origine. La stessa scelta di trasferirsi da uno Stato all'altro, infatti, risulta strettamente dipendente dalla possibilità di riconoscimento, nello Stato di destinazione, di diritti e *status* personali e familiari costituiti all'estero. Tuttavia, questa possibilità è a sua volta condizionata dall'assenza di competenza, in capo all'Unione, a legiferare nelle materie del diritto di famiglia e dello stato civile, che rimangono prerogative dagli Stati membri nell'ambito delle normative di diritto sostanziale, riflettendo le rispettive tradizioni sociali e culturali. In forza della base giuridica fornita dall'attuale art. 81 TFUE, l'Unione è invece intervenuta, come è noto, con riferimento alla cooperazione giudiziaria nelle materie civili (ivi compreso il diritto di famiglia) aventi implicazioni transnazionali, disciplinando gli aspetti propri del diritto internazionale privato, vale a dire giurisdizione, legge applicabile e riconoscimento ed esecuzione delle decisioni emesse in un altro Stato membro dell'Unione.

Premesse queste considerazioni, il presente contributo non intende affrontare la più ampia tematica della continuità degli *status* personali e familiari alla luce del diritto dell'Unione europea[1], quanto piuttosto concentrar-

* Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Verona.

[1] Sulla quale si rinvia, tra gli altri, a F. DEANA, *Rapporti e* status *familiari nel diritto dell'Unione europea*, Torino, 2020; S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruxelles, 2017; R. BARATTA, *La reconnaissance international des situations juridiques personnelles et familiales*, in *Recueil des Cours*, 2011, p. 253 ss.; R. BARATTA, *Problematic Elements of an Implicit Rule Providing for Mutual Recognition of Personal and Family Status in the EC*, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2007, p. 4 ss.;

si sulla concreta attuazione, a seguito dell'esercizio della libertà di circolazione, del riconoscimento di tali *status* negli Stati membri, che pone in stretto collegamento le norme UE emanate nel settore della cooperazione giudiziaria civile con i sistemi nazionali di stato civile e anagrafe[2]. In particolare, il tema in esame è trattato con riferimento all'ordinamento italiano e tenendo conto del recesso del Regno Unito dall'Unione europea avvenuto alla mezzanotte del 31 gennaio 2020[3], che ha dato (e darà) luogo a ripercussioni di notevole rilievo pratico per il funzionamento dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia[4]. Questioni quali, ad esempio, il riconoscimento dell'efficacia e la trascrizione in Italia di sentenze emesse nel Regno Unito, la ricezione da parte di autorità italiane di documenti pubblici formati nel Regno Unito, o l'iscrizione del cittadino del Regno Unito all'anagrafe italiana sono oggetto, attualmente, di una regolamentazione *ad hoc* per il periodo di transizione che si concluderà il prossimo 31 dicembre[5] e, in prospettiva, di una diversa disciplina che sarà applicabile a partire dal 1° gennaio 2021[6]. Risulta quindi particolarmente significativo l'impatto del mutamento del quadro giuridico di riferimento sull'attività quotidiana degli ufficiali di stato civile e di anagrafe e, di conseguenza, sulla futura circolazione delle persone (e dei relativi *status*) tra Regno Unito, ormai divenuto, a tutti gli effetti, un paese terzo, e Stati membri dell'Unione europea.

2. Appare opportuno esaminare più nel dettaglio l'assetto normativo, rilevante ai fini della tenuta dei registri di stato civile e anagrafe, che vige nell'attuale periodo di transizione durante il quale, per espressa previsione

---

M. FALLON, *Constraints of Internal Market Law on Family Law*, in J. MEEUSEN, M. PERTEGÁS, G. STRAETSMAN, F. SWENNEN (eds), *International Family Law for the European Union*, Antwerp-Oxford, 2007, p. 149 ss.; L. TOMASI, *La tutela degli* status *familiari nel diritto dell'Unione europea tra mercato interno e spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Padova, 2007.

[2] Per un'ampia trattazione della tematica, anche sotto il profilo pratico-operativo, cfr. R. CALVIGIONI, *Il diritto internazionale privato applicato allo stato civile*, Santarcangelo di Romagna, 2019, spec. pp. 315-340.

[3] Come regolato dall'accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica, entrato in vigore il 1° febbraio 2020.

[4] In generale, su questi aspetti, v. A. DAVÌ, A. ZANOBETTI, *Brexit: lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale all'alba dell'*exit day, in *federalismi.it*, n. 4, 2020, p. IV ss.; C. TUVO, *The Consequences of Brexit for Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters: Some Remarks*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2019, p. 302 ss.; G. RÜHL, *Judicial Cooperation In Civil And Commercial Matters After Brexit: Which Way Forward?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2018, p. 99 ss.; P. BERTOLI, *La "Brexit" e il diritto internazionale privato e processuale*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2017, p. 599 ss.

[5] Ai sensi dell'art. 126 dell'accordo di recesso.

[6] È opportuno precisare che l'analisi qui condotta non prende in considerazione i profili relativi alla protezione dei minori, che pure risulta, evidentemente, toccata dalle conseguenze del recesso del Regno Unito dall'Unione europea per quanto riguarda l'applicabilità degli strumenti UE di cooperazione giudiziaria civile.

dell'accordo di recesso e salvo diverse disposizioni, "il diritto dell'Unione si applica al Regno Unito e nel Regno Unito" (art. 127, par. 1). Rispetto ad esso, inoltre, la Corte di giustizia dell'Unione europea mantiene la sua giurisdizione (art. 131 dell'accordo) e ne garantisce l'uniformità in sede di applicazione.

In primo luogo, per quanto riguarda la circolazione dello *status* acquisito in forza di una decisione di divorzio emessa nel Regno Unito, l'ufficiale di stato civile è chiamato ad intervenire ai fini del riconoscimento dell'efficacia e per la trascrizione del provvedimento sulla base delle disposizioni del regolamento 2201/2003[7] (c.d. Bruxelles II-*bis*). Ciò è stabilito dall'art. 67, par. 2, lett. b), dell'accordo di recesso, che prevede l'applicabilità del citato regolamento per quanto riguarda il riconoscimento ed esecuzione delle decisioni "emesse in procedimenti giudiziari avviati prima della fine del periodo di transizione". L'accordo non chiarisce ulteriormente come intendere tale locuzione, ma al riguardo soccorre l'avviso agli *stakeholders* relativo al settore della giustizia civile e del diritto internazionale privato pubblicato dalla Commissione europea nell'agosto 2020[8]. Esso precisa che, laddove il procedimento giudiziario sia instaurato nel Regno Unito (o in uno Stato membro) prima del prossimo 31 dicembre, in relazione al riconoscimento ed esecuzione delle relative decisioni la norma in esame copre non solo quelle emesse anche dopo la fine del periodo di transizione, ma anche quelle eseguite dopo tale termine e quelle dichiarate esecutive (con procedura di *exequatur*) prima di tale termine ma eseguite solo successivamente[9]. Pertanto, al fine di mantenere il regime di riconoscimento ed esecuzione previsto dal regolamento Bruxelles II-*bis* per le decisioni che rientrano nel suo ambito di applicazione, il momento rilevante è rappresentato dalla data di avvio del procedimento giudiziario entro la fine del periodo di transizione. Da ciò si desume, evidentemente, che il suddetto regime è destinato ad essere applicato ben oltre la fine di tale periodo, sia da parte delle autorità del Regno Unito con riferimento a decisioni emesse in uno Stato membro sia, secondo la prospettiva che qui interessa,

---

[7] Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale (…). Nell'ampia bibliografia sul regolamento, tra le opere generali possono essere richiamate N. LOWE, M. EVERALL, M. NICHOLLS, *The New Brussels II Regulation: A Supplement to International Movement of Children*, Bristol, 2005; G. BIAGIONI, *Regolamento (CE) n. 2201/2003*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (dir.), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, pp. 553-571; U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds), *European Commentaries of Private International Law. Brussels IIbis Regulation*, Köln, 2017; nonché i contributi in A. ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto della famiglia*, 4ª ed., Milano, 2020, pp. 3017 ss.

[8] Avviso ai portatori di interessi REV2, del 27 agosto 2020, Recesso del Regno Unito e norme unionali nel settore della giustizia civile e del diritto internazionale privato, reperibile *online*.

[9] *Ivi*, par. 3.1.

dalle autorità degli Stati membri in relazione a decisioni provenienti dal Regno Unito.

In secondo luogo, di particolare rilievo per la circolazione degli *status* personali e familiari nell'Unione, e conseguentemente per l'attività degli ufficiali di stato civile, è il regolamento 2016/1191[10] che semplifica le procedure per la presentazione dei documenti pubblici negli Stati membri, in applicazione dal 16 febbraio 2019. L'accordo di recesso non contiene norme dedicate a questo regolamento con riferimento al periodo di transizione, ma, anche a tale riguardo, il già ricordato avviso della Commissione europea per la materia della giustizia civile specifica che esso è ancora applicabile ai documenti pubblici rilasciati nel Regno Unito che siano presentati alle autorità competenti di un altro Stato membro entro il 31 dicembre 2020, non essendo rilevanti, invece, la data di rilascio né il periodo di validità del documento[11].

Infine, e più in generale, è necessario esaminare le disposizioni che regolano la circolazione e il soggiorno dei cittadini dei Regno Unito (nonché dei loro familiari) in relazione agli adempimenti per l'iscrizione anagrafica in Italia. Per la durata del periodo di transizione, il diritto dell'Unione rilevante in materia (in particolare, la direttiva 2004/38/CE[12]) rimane applicabile in forza della generale previsione di cui al citato art. 127 dell'accordo di recesso. Pertanto, i cittadini del Regno Unito beneficiano del diritto di ingresso e di soggiorno in Italia alle stesse condizioni dei cittadini degli altri Stati membri[13]. La peculiarità dell'accordo di recesso, tuttavia, risiede nella specifica disciplina sancita dalla sua Parte seconda sui diritti dei cit-

---

[10] 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 (…). Come noto, esso esenta da legalizzazione o altre formalità analoghe i documenti pubblici cui si applica e ne facilita la circolazione, senza che sia necessaria la traduzione, attraverso la previsione di moduli standard multilingue. Non prevede alcuna armonizzazione, invece, quanto al diverso (e più delicato) profilo del riconoscimento, in uno Stato membro, degli effetti giuridici relativi al contenuto del documento pubblico rilasciato in un altro Stato membro. Per approfondimenti, si rinvia a A. ZANOBETTI, *La circolazione degli atti pubblici nello spezio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, 2019, n. 3, p. 20 ss.; M. FONT I MAS, *La libera circolazione degli atti pubblici in materia civile: un passo in avanti nello spazio giudiziario europeo*, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, 2017, n. 1, p. 104 ss.; A. VETTOREL, *La circolazione dei documenti pubblici stranieri dopo il regolamento (UE) n. 2016/1191*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, p. 1060 ss.

[11] Avviso ai portatori di interessi REV2, Recesso del Regno Unito e norme unionali nel settore della giustizia civile, cit., par. 7.1.

[12] Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri (…). In dottrina, per tutti, v. E. GUILD, S. PEERS, J. TOMKIN, *The EU Citizenship Directive: A Commentary*, 2nd ed., Oxford, 2019.

[13] In generale, sulla direttiva 2004/38 e la sua attuazione in Italia, dopo dieci anni dal recepimento, v. A. LANG, *Il soggiorno del cittadino dell'Unione europea in Italia*, Milano, 2017.

tadini e applicabile dopo la fine del periodo di transizione a talune categorie di beneficiari, tra i quali vi sono i "cittadini del Regno Unito che hanno esercitato il diritto di soggiorno in uno Stato membro in conformità del diritto dell'Unione prima della fine del periodo di transizione e che continuano a soggiornarvi dopo la fine del periodo di transizione" (art. 10, par. 1, lett. b), dell'accordo)[14]. Attraverso questa disciplina si permette quindi al cittadino del Regno Unito di conservare i diritti connessi al soggiorno come regolati dal diritto dell'Unione[15]. Per quanto qui interessa, rileva in particolare l'art. 18 dell'accordo di recesso che, ai fini di tutela dei diritti acquisiti dal cittadino del Regno Unito, prevede alternativamente una procedura costitutiva finalizzata al rilascio di un documento di soggiorno (par. 1) o un procedimento dichiarativo che registra l'avvenuta iscrizione in anagrafe entro la fine del periodo di transizione (par. 4). Tale seconda opzione è stata quella prescelta nell'ordinamento italiano, che è stata oggetto di provvedimenti illustrativi emanati dalle strutture del Ministero dell'Interno a beneficio degli interessati. Tra questi, è utile richiamare la circolare della Direzione centrale per gli Uffici demografici dello scorso febbraio[16], in cui è fornito il modello di attestazione di iscrizione anagrafica che l'ufficiale d'anagrafe rilascia al cittadino del Regno Unito che ne faccia richiesta entro il 31 dicembre 2020, distinguendo tra le ipotesi in cui egli fosse o non fosse già residente in Italia alla data del recesso del Regno Unito. Nel primo caso, può direttamente rivolgersi all'ufficio anagrafe del proprio Comune di residenza; nel secondo caso, ha diritto ad iscriversi in anagrafe, secondo la normativa vigente, recandosi nell'ufficio competente del Comune in cui ha

---

[14] È appena il caso di precisare che la Parte seconda dell'accordo di recesso disciplina anche le varie ipotesi "inverse" rispetto alla prospettiva qui esaminata, vale a dire i diritti dei cittadini dell'Unione nel Regno Unito.

[15] Esula dai limitati fini del presente contributo l'analisi del complessivo regime previsto dalla Parte seconda dell'accordo di recesso e dei relativi beneficiari, per la quale si rinvia, oltre al contributo di A. LANG, *Il diritto di soggiorno secondo l'accordo di recesso del Regno Unito dalla UE: una protezione per tutto l'arco della vita*, pubblicato nel presente Focus, tra gli altri, a G. MORE, *From Union Citizen to Third-Country National: Brexit, the UK Withdrawal Agreement, No-Deal Preparations and Britons Living in the European Union*, in N. CAMBIEN, D. KOCHENOV, E. MUIR (eds), *European Citizenship under Stress*, Leiden-Boston, 2020, p. 457 ss.; A. LANG, *La conservazione dei diritti di soggiorno in tempo di Brexit*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2020, n. 1, p. 80 ss.; O. PORCHIA, *Citizens' Rights in the Post Brexit Scenario*, in *ERA Forum*, 2019, p. 585 ss. In merito, si veda anche la comunicazione della Commissione, del 20 maggio 2020, Nota di orientamento relativa all'accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica. Parte seconda – Diritti dei cittadini, reperibile *online*.

[16] Circolare n. 3/2020 del Ministero dell'Interno, Dipartimento per gli affari interni e territoriali, Direzione centrale per i servizi demografici, dell'11 febbraio 2020, Brexit – Ratifica ed entrata in vigore dell'Accordo sul recesso del Regno Unito e dell'Irlanda del Nord dall'Unione europea. Istruzioni operative, reperibile *online*. Ulteriori indicazioni sono state fornite anche nel *Vademecum* sull'iscrizione anagrafica dei cittadini del Regno Unito in attuazione dell'accordo di recesso (art. 18.4 dell'accordo e d.lgs. 30/2007), predisposto dal Dipartimento per gli affari interni e territoriali del Ministero dell'Interno, reperibile *online*.

fissato la propria dimora abituale e, a seguito di tale iscrizione, può chiedere il rilascio dell'attestazione ai sensi dell'art. 18, par. 4, dell'accordo di recesso.

2.1. Se, quindi, il quadro normativo vigente fino al termine del periodo di transizione (e che produrrà effetti anche oltre, nei termini appena precisati nel precedente paragrafo) mantiene sostanzialmente invariata l'attuale disciplina rilevante nell'attività degli ufficiali di stato civile e anagrafe, altrettanto non può dirsi per la fase successiva che si aprirà dal 1° gennaio 2021. Nelle situazioni che coinvolgono la circolazione delle persone e dei relativi *status* tra Regno Unito e Italia, si dovrà infatti fare riferimento a convenzioni internazionali eventualmente applicabili o, in assenza, alla normativa nazionale che regola la determinata fattispecie.

Per quanto riguarda il riconoscimento dell'efficacia e la trascrizione di una decisione di divorzio emessa nel Regno Unito in un procedimento instaurato dopo la fine del periodo di transizione, la disciplina rilevante diverrà quella dettata dalla convenzione del 1970 sul riconoscimento dei divorzi e separazioni personali, elaborata in seno alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato (HCCH), di cui Regno Unito e Italia sono contraenti[17]. Tale strumento internazionale, tuttavia, vincola solo un ristretto numero di Stati membri dell'Unione[18], mentre gli altri paesi continueranno ad applicare le rispettive norme interne di diritto internazionale privato, con conseguente disallineamento della disciplina in materia che potrebbe comportare anche un rischio di non riconoscimento della decisione di divorzio emessa nel Regno Unito. Come noto, la convenzione costituisce uno strumento per riconoscere negli ordinamenti degli Stati contraenti lo *status* personale dei coniugi divorziati (o separati) quando ottenuto a seguito di un procedimento giudiziario o altro procedimento "riconosciuto ufficialmente" nello Stato di origine, non applicandosi invece all'eventuale profilo dell'addebito o alle misure accessorie stabilite nella decisione (art. 1). Il presupposto di tale riconoscimento risiede nella sussistenza della giu-

[17] Convenzione sul riconoscimento dei divorzi e delle separazioni personali, adottata a L'Aja il 1° giugno 1970, reperibile *online* nelle versioni ufficiali in inglese e francese. In dottrina, cfr. R. CLERICI, *Una codificazione troppo prudente? A proposito della convenzione dell'Aja sul riconoscimento dei divorzi e delle separazioni personali*, in AA. VV., *L'unificazione del diritto internazionale privato. Studi in memoria di Mario Giuliano*, Padova, 1989, p. 313 ss.; T. BALLARINO, *L'adesione dell'Italia alla Convenzione dell'Aja sul divorzio del 1970*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1986, p. 307 ss.; A. T. VON MEHREN, K.H. NADELMANN, *The Hague Conference Convention of June 1, 1970 on Recognition of Foreign Divorce Decrees*, in *Family Law Quarterly*, 1971, p. 303 ss.

[18] Oltre all'Italia (che l'ha ratificata con la legge 10 giugno 1985, n. 301), gli Stati membri UE vincolati alla convenzione sono Cipro, Repubblica ceca, Danimarca, Estonia, Finlandia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Slovacchia, Svezia. L'elenco completo e periodicamente aggiornato degli Stati contraenti della convenzione è reperibile *online*.

risdizione del giudice che ha pronunciato il divorzio (o la separazione) sulla base di uno dei criteri elencati dall'art. 2 della convenzione, che consentono di determinare un collegamento sufficiente della controversia nello Stato di origine[19]. Essi comprendono non solo i tradizionali criteri della residenza abituale del convenuto (*forum rei*) e della cittadinanza comune dei coniugi, ma anche una serie di criteri complessi fondati sulla residenza abituale o la cittadinanza dell'attore unitamente a ulteriori condizioni temporali o di presenza nello Stato di origine. La convenzione stabilisce inoltre taluni motivi di non riconoscimento della decisione di divorzio (o separazione) tipicamente previsti dalle normative che regolano questo aspetto del diritto internazionale privato, tra i quali figurano il mancato rispetto dei diritti di difesa (art. 8), l'eccezione di cosa giudicata (art. 9) e la manifesta contrarietà all'ordine pubblico (art. 10). È poi utile ricordare che l'Italia ha apposto una riserva all'operatività della convenzione ai sensi del suo art. 19, n. 1, in forza della quale è possibile rifiutare il riconoscimento di una decisione di divorzio (o separazione) qualora essa sia resa tra due coniugi che, al momento della pronuncia, erano esclusivamente cittadini italiani e sia applicata una legge diversa da quella designata dalle norme di diritto internazionale privato dell'ordinamento italiano, a meno che non si pervenga al medesimo risultato che si sarebbe ottenuto per mezzo dell'applicazione della disciplina interna. A questo proposito, va osservato che nell'ordinamento italiano la pertinente disciplina di diritto internazionale privato sulla base del quale determinare il diritto sostanziale applicabile al divorzio è data dal regolamento 1259/2010[20], che si caratterizza per la sua portata universale. Ciò che quindi rileva attraverso questo confronto tra il diritto sostanziale effettivamente applicato e quello applicabile sulla base della legge nazionale è, in particolare, l'esame delle cause che hanno dato luogo alla pronuncia di divorzio[21].

Con riferimento alla circolazione dei documenti pubblici rilasciati nel Regno Unito che saranno presentati alle competenti autorità italiane (o di altro Stato membro) dopo il 1° gennaio 2021, è lo stesso avviso della Commissione europea relativo al settore della giustizia civile[22] che indica

---

[19] Come chiarisce anche l'*Explanatory Report by Messrs P. Bellet and B. Goldman*, 1971, par. 24, reperibile *online*, tali criteri non mirano quindi a conferire giurisdizione alle autorità giurisdizionali degli Stati contraenti, ma stabiliscono le condizioni per la riconoscibilità della sentenza nello Stato contraente richiesto.

[20] Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale.

[21] Come sottolineato da R. CLERICI, *op. cit.*, p. 334.

[22] Avviso ai portatori di interessi REV2, Recesso del Regno Unito e norme unionali nel settore della giustizia civile, cit., par. 7.1.

l'applicabilità della convenzione dell'Aja del 1961 sull'apostille[23] in luogo del regolamento 2016/1191. Anche in questo caso, dunque, la disciplina rilevante per l'ufficiale di stato civile e di anagrafe rimane regolata da uno strumento internazionale di cooperazione giudiziaria, che abolisce la formalità della legalizzazione diplomatica o consolare sostituendola con l'apposizione dell'apostille sul documento pubblico, la quale ne certifica l'autenticità (ma non, ovviamente, il suo contenuto).

Da ultimo, ancora sotto un profilo più generale, è necessario considerare che, dopo la fine del periodo di transizione, ai cittadini del Regno Unito[24] si applicheranno le norme UE relative all'attraversamento delle frontiere esterne previste per i cittadini di paesi terzi[25], non potendo gli stessi essere più titolari del regime maggiormente favorevole sancito per i cittadini dell'Unione, i cittadini degli Stati contraenti dell'accordo sullo Spazio economico europeo e i cittadini svizzeri (UE/SEE/CH)[26]. In primo luogo, è possibile l'ingresso nello spazio Schengen per soggiorni di breve durata (che non superano cioè i novanta giorni su un periodo di 180 giorni), previa esibizione di un documento di viaggio valido e la dimostrazione dello scopo e delle condizioni del soggiorno, nonché della disponibilità di sufficienti mezzi di sussistenza, potendo tuttavia beneficiare dell'esenzione dall'obbligo di visto secondo quanto previsto dal regolamento 2019/592[27] che diverrà applicabile al termine del periodo di transizione. Per quanto riguarda i soggiorni di lunga durata, inoltre, i cittadini del Regno Unito che si recheranno in Italia, per risiedere, studiare o lavorare, per la prima volta

[23] Convenzione riguardante l'abolizione della legalizzazione di atti pubblici stranieri, adottata a L'Aja il 5 ottobre 1961, reperibile *online* nelle versioni ufficiali in inglese e francese. L'Italia ha ratificato e reso esecutiva tale convenzione con legge 20 dicembre 1966, n. 1253.

[24] A questi fini, sono inclusi anche i cittadini del Regno Unito beneficiari del regime previsto dalla Parte seconda dell'accordo di recesso per i quali, tuttavia, sarà sufficiente l'esibizione del documento rilasciato ai sensi dell'art. 18, par. 1, o 18, par. 4, dell'accordo stesso, in luogo della giustificazione dello scopo e delle condizioni del soggiorno, nonché della disponibilità di sufficienti mezzi di sussistenza. Sul punto, v. il documento della Commissione europea, del 12 ottobre 2020, *Brexit Readiness: treating UK nationals at the external Schengen borders and related issues*, reperibile *online*.

[25] Cfr. art. 8, par. 3, del 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) (codificazione).

[26] Sul punto, più ampiamente, Avviso REV5 della Commissione europea, del 2 dicembre 2020, sugli spostamenti tra l'Unione e il Regno Unito dopo la fine del periodo di transizione, reperibile *online*.

[27] Regolamento (UE) 2019/592 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 aprile 2019, recante modifica del regolamento (UE) 2018/1806 che adotta l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne e l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini sono esenti da tale obbligo, in relazione al recesso del Regno Unito dall'Unione. Va sottolineato che l'esenzione dall'obbligo di visto opera a condizione di reciprocità: pertanto, se il Regno Unito dovesse in futuro introdurre tale obbligo per i cittadini di uno Stato membro, si applicherebbe il meccanismo previsto dall'art. 7 del regolamento 2018/1806.

a partire dal 1° gennaio 2021 (senza perciò aver previamente esercitato i diritti di libera circolazione derivanti dal diritto dell'Unione) saranno assoggettati al diritto nazionale in materia di immigrazione, in particolare il d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (T.U. immigrazione)[28], che regolerà le condizioni per l'ottenimento di un permesso di soggiorno[29]. Qualora il soggiorno legale e continuativo si prolunghi per cinque anni, potrà essere richiesto, previa sussistenza anche di ulteriori requisiti, il rilascio di un permesso di soggiorno per soggiornanti di lungo periodo ai sensi dell'art. 9, comma 1, del T.U. immigrazione[30]. Quanto appena descritto, evidentemente, si avrà in assenza di un regime *ad hoc* nell'accordo (eventuale) sul futuro partenariato tra Unione europea e Regno Unito, per il cui esito non è possibile fare allo stato previsioni[31].

3. Alla luce di questo breve *excursus* normativo, è possibile, in conclusione, immaginare alcuni esempi che possono illustrare l'applicazione della disciplina rilevante, rispettivamente, durante e dopo il periodo di transizione, facendo emergere eventuali profili di discontinuità che potrebbero frapporre ostacoli alla circolazione degli *status* personali e familiari tra Regno Unito e Italia.

Quanto alla richiesta di riconoscimento dell'efficacia e trascrizione di una decisione di divorzio emessa nel Regno Unito, con conseguenti aggiornamenti anagrafici, che venga proposta dalla parte interessata all'ufficiale di stato civile in Italia, il momento determinante ai fini dell'applicabilità del regime previsto dal regolamento Bruxelles II-*bis* (anche oltre il 31 dicembre 2020) è, come si è detto, l'instaurazione del relativo procedimento giudiziario entro la fine del periodo di transizione. In questo caso, l'art. 39 del

---

[28] Si aggiungeranno, peraltro, talune previsioni specificamente dettate per i cittadini del Regno Unito che sono state adottate con il d.l. 25 marzo 2019, n. 22, convertito con modificazioni nella l. 20 maggio 2019, n. 41, contenente misure in relazione al recesso dall'Unione europea. Con riferimento ai diritti di soggiorno, la disciplina prevista dall'art. 14 del decreto non è risultata applicabile in quanto subordinata al recesso in assenza di accordo (la paventata *hard Brexit*), tuttavia lo sono alcune ulteriori disposizioni in relazione all'acquisto della cittadinanza italiana e alla posizione di studenti e ricercatori (per approfondimenti in merito, v. A. LANG, *La conservazione dei diritti di soggiorno*, cit., pp. 105-108).

[29] Nell'ipotesi "inversa" del cittadino dell'Unione che si dovesse recare nel Regno Unito, dopo il 1° gennaio 2021, per periodi di studio o lavoro che superino i sei mesi, sarà previsto un regime di immigrazione basato sull'ottenimento di un determinato numero di punti per fare richiesta di visto (c.d. PBS, *point-based immigration system*). Al riguardo, si rinvia al sito istituzionale *UK Visas and Immigration* (www.gov.uk/government/organisations/uk-visas-and-immigration).

[30] Come noto, tale disciplina è in attuazione della direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, recepita in Italia con d.lgs. 8 gennaio 2007, n. 3.

[31] I negoziati per la conclusione di un accordo sulle relazioni future sono documentati sul sito dedicato della Commissione europea, reperibile al link https://ec.europa.eu/info/european-union-and-united-kingdom-forging-new-partnership_en.

regolamento prescrive che all'istanza debba essere allegato il certificato redatto a cura dell'autorità competente dello Stato di origine sul modello di cui all'allegato I, a sua volta accompagnato da una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà resa dall'interessato che esclude la sussistenza delle incompatibilità di cui alle lettere c) e d) dell'art. 22 del regolamento[32]. La produzione di tale certificato è ritenuta sufficiente ai fini della trascrizione, senza che sia necessaria la sua traduzione in italiano o la legalizzazione, né una copia della sentenza, in conformità all'orientamento assunto dal Ministero dell'Interno con la circolare n. 24/2006[33]. Solo in via eccezionale, qualora dal certificato emergano "evidenti elementi" che possano far ritenere sussistenti uno dei motivi di non riconoscibilità dell'efficacia della decisione previsti dall'art. 22 del regolamento, l'ufficiale di stato civile può chiedere alla parte istante la documentazione aggiuntiva, inclusa copia della sentenza, prima di opporre un eventuale rifiuto.

Diversamente, laddove il procedimento giudiziario nell'ambito del quale è stata resa la decisione di divorzio sia stato instaurato nel Regno Unito dopo la fine del periodo di transizione, in relazione al riconoscimento dell'efficacia troverà applicazione la citata convenzione dell'Aja del 1970. Sarà quindi a questo strumento che l'ufficiale di stato civile in Italia dovrà fare riferimento ricevendo della parte interessata una richiesta di trascrizione. Perché ciò accada dovrà però trascorrere un certo lasso di tempo, dovendosi ovviamente attendere la conclusione dei procedimenti avviati sotto il nuovo regime, mentre nel frattempo continuerà ad applicarsi il regolamento. In base alla convenzione, la verifica verterà sui requisiti previsti dalla convenzione: in primo luogo, la circostanza che la decisione di divorzio sia stata emessa nel Regno Unito all'esito di un procedimento giudiziario (o altro "ufficialmente riconosciuto" in quel paese); in secondo luogo, la sussistenza di uno dei criteri di competenza indiretta di cui all'art. 2 della convenzione, da verificare alla data dell'instaurazione del procedimento nel Regno Unito; infine, l'assenza di motivi ostativi al riconoscimento stabiliti dalla convenzione. In particolare, la verifica richiesta quanto alla competenza impone di considerare i titoli di giurisdizione previsti dalla normativa nazionale applicabile nel Regno Unito a partire dal 1° gennaio 2021, che sostituirà quella dettata dal regolamento Bruxelles II-*bis* alla quale ri-

[32] Cfr. Ministero dell'Interno, Il Regolamento dello stato civile: guida all'applicazione. Massimario per l'ufficiale di stato civile, edizione 2012, par. 11.2, reperibile *online*.

[33] Circolare n. 24/2006 del Ministero dell'Interno, Dipartimento per gli affari interni e territoriali, Direzione centrale per i servizi demografici, del 23 giugno 2006, Regolamento del Consiglio dell'Unione Europea CE 2201/2003. Documentazione necessaria ai fini della trascrizione delle sentenze di separazione e divorzio emesse in un altro stato dell'Unione – Richiesta di traduzione in lingua italiana della sentenza da trascrivere, reperibile *online*. Per approfondimenti, v. M.C. BARUFFI, G. CASTELLETTI, *Artt. 21-39 Regolamento (CE) n. 2201/2003*, in A. ZACCARIA (a cura di), *op. cit.*, p. 3071 ss.; R. CALVIGIONI, *op. cit.*, p. 321 ss.

mane comunque in larga parte ispirata[34]. Il controllo cui è tenuto l'ufficiale di stato civile appare dunque più gravoso di quello attualmente svolto secondo le disposizioni del regolamento Bruxelles II-*bis*, non potendo peraltro fondarsi sul sistema uniforme creato dalla circolazione del certificato di cui all'art. 39 dello stesso e dalla conseguente semplificazione delle formalità richieste. Infatti, è da ritenere che, ai fini della trascrizione, la decisione di divorzio dovrà essere prodotta in copia e conformemente alle norme sulla traduzione e legalizzazione, essendo stata resa in uno Stato terzo[35].

Considerazioni non dissimili valgono per il caso della ricezione, da parte di un ufficiale di stato civile o di anagrafe, di un documento pubblico rilasciato nel Regno Unito che accerti un determinato *status* personale o familiare (ad esempio, l'esistenza in vita o il matrimonio). Se tale documento è presentato entro la fine del periodo di transizione, come si è visto, rimane applicabile il regolamento 2016/1191, in forza del quale l'ufficiale di stato civile o di anagrafe verifica l'esistenza del documento originale redatto in lingua straniera, con timbro e firma dell'autorità che l'ha rilasciato, cui è allegato il modello multilingue previsto dal regolamento e contenente la traduzione in italiano. Qualora non emergano dubbi sulla validità del documento e sulla correttezza della traduzione, l'ufficiale è quindi tenuto a ricevere il documento e ritenere certificato quanto in esso contenuto (si ribadisce che il regolamento non incide, invece, sul riconoscimento degli effetti giuridici relativi al contenuto del documento rilasciato nello Stato di origine).

A partire dal 1° gennaio 2021, le formalità richieste per la ricezione di un documento pubblico rilasciato nel Regno Unito saranno quelle regolate dalla convenzione dell'Aja del 1961 sull'apostille. Pertanto, non sarà necessaria la legalizzazione, sostituita dall'apposizione dell'apostille a cura dell'autorità competente, ma servirà comunque la traduzione in lingua italiana del documento. Pur con un minore livello di semplificazione, il regime convenzionale non sembra quindi in grado di dare luogo a particolari ostacoli nella circolazione dei documenti, essendo peraltro già consolidato

[34] Ciò, in particolare, per quanto riguarda la normativa applicabile in Inghilterra e Galles, contenuta nel *Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973* come modificato dallo *Statutory Instrument 2019 No. 519 (The Jurisdiction and Judgments (Family) (Amendment etc.) (EU Exit) Regulations 2019)* che riprende i titoli di giurisdizione previsti dall'art. 3 del regolamento Bruxelles II-*bis* per la giurisdizione in materia matrimoniale, aggiungendovi il criterio fondato sul *domicile* di uno solo dei coniugi in Inghilterra o Galles. Con riferimento alla Scozia, invece, la sussistenza della giurisdizione è destinata a mutare rispetto all'attuale assetto, fondandosi sulla residenza in Scozia di uno dei coniugi al momento dell'instaurazione del procedimento o sulla precedenza residenza per almeno un anno, conclusasi al momento dell'inizio del procedimento.

[35] Cfr., più ampiamente, Massimario per l'ufficiale di stato civile, edizione 2012, cit., par. 11.3, che fa tuttavia riferimento, in generale, alla verifica condotta ai sensi della legge italiana di diritto internazionale privato (legge 31 maggio 1995, n. 218).

e applicato dagli ufficiali di stato civile e anagrafe nelle relazioni con numerosi altri Stati terzi vincolati alla convenzione.

ABSTRACT

THE CONSEQUENCES OF BREXIT FOR CIVIL STATUS AND REGISTRATION AUTHORITIES

The end of the transitional period scheduled for 31 December 2020 entails, among its many consequences, also the one related to the change of the regulatory framework relevant to the activity of civil registrars and registry offices, which links the EU and international instruments on civil judicial cooperation with the national systems for the recognition of personal and family statuses, following the exercise of free movement within the Union. The paper aims to illustrate some aspects of this, from the perspective of the Italian system.

BREXIT E LE CONSEGUENZE IN MATERIA DI STATO CIVILE E ANAGRAFE

La fine del periodo di transizione prevista per il 31 dicembre 2020 comporta, tra le sue molteplici conseguenze, anche quella relativa alla modifica dell'assetto normativo rilevante nell'attività degli ufficiali di stato civile e anagrafe, che pone in collegamento gli strumenti UE e internazionali in materia di cooperazione giudiziaria civile con i sistemi nazionali ai fini del riconoscimento degli *status* personali e familiari a seguito dell'esercizio della libera circolazione all'interno dell'Unione. Lo scritto si propone di illustrarne alcuni aspetti, secondo la prospettiva dell'ordinamento italiano.

Giandonato Caggiano[*]

Nota sulla *Brexit* e sulle nuove relazioni fra Unione europea e Regno Unito

SOMMARIO: 1. La firma e l'applicazione dell'Accordo sugli scambi commerciali e sulla cooperazione tra Unione europea/Euratom e Regno Unito. – 2. Il percorso giuridico-istituzionale per la *Brexit* e le nuove relazioni convenzionali. – 3. La questione del confine e lo *status* dell'Irlanda del Nord. – 4. La natura giuridica dell'accordo. – 5. Le disposizioni relative alla *governance*. – 6. Un'analisi dei principali temi dell'Accordo.

1. L'Accordo sugli scambi commerciali e sulla cooperazione tra Unione europea/Euratom e Regno Unito (*d'ora in poi:* Accordo sugli scambi commerciali e sulla cooperazione, o Accordo) è stato concluso entro la data prevista della fine del periodo transitorio[1] ed è entrato in vigore in forma provvisoria dal 1°gennaio 2021[2].

Dopo aver partecipato all'integrazione europea per 47 anni[3], il Regno Unito ha cessato di essere uno Stato membro dall'Unione europea ed è diventato uno Stato terzo. Dal primo gennaio 2021, le relazioni fra Unione europea e Regno Unito vengono regolate dall'Accordo della "vigilia di Natale". L'Accordo sugli scambi commerciali e sulla cooperazione, concluso *in extremis*[4], ha evitato un fallimento del lungo negoziato (*no deal*) alla fine

---

[*] Già Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Roma Tre.

[1] Nel caso in cui l'accordo fra UE e Regno Unito non fosse entrato in vigore al 1°gennaio 2021, le relazioni commerciali tra le due Parti sarebbero state regolate dalle norme dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC), con l'applicazione della clausola della "nazione più favorita", secondo la quale ogni Stato si impegna ad accordare lo stesso trattamento a tutti i Paesi con cui non vi sono specifici accordi commerciali bilaterali.

[2] L'Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l'Unione europea e la Comunità europea dell'energia atomica, da una parte, e il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, dall'altra, in GUUE L 444, 31 dicembre 2020, p. 14 ss. con allegati e dichiarazioni. Un accordo integrativo dell'accordo sugli scambi e la cooperazione è l'Accordo sulla sicurezza delle informazioni e per le procedure di sicurezza per lo scambio e la protezione di informazioni classificate, *ivi*, p. 475 ss. Parallelamente, le parti hanno concluso l'Accordo di cooperazione tra il governo del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord e la Comunità europea dell'energia atomica sugli usi sicuri e pacifici dell'energia nucleare, in GUUE L 445, 31 dicembre 2020, p. 5 ss. Per un primo commento, v. S. PEERS, *Analysis 2 of the Brexit deal: EU/UK Trade and Cooperation Agreement - overview*, in *EU Law Analysis*, 31 December 2020, con *link* ad autori e specialisti su aspetti specifici.

[3] Il Regno Unito era diventato Stato membro della Comunità europea, insieme a Danimarca e Irlanda, il 1° gennaio del 1973. Il Trattato di Adesione alla Comunità Europea era stato firmato il 22 gennaio 1972, oltre che dai tre Paesi, anche dalla Norvegia che rinunciò poi all'adesione.

[4] Secondo indicazioni del Segretariato del Consiglio, il 23 novembre era la data ultima per raggiungere un accordo e poterlo trasmettere in tutte le lingue ufficiali al Parlamento

del periodo transitorio previsto dall'Accordo di recesso[5]. Una tale situazione sarebbe stata certamente difficile da gestire per entrambe le parti, soprattutto in termini di caos organizzativo, anche per le restrizioni alla mobilità delle persone derivanti dalla pandemia in atto. Rispetto alla formulazione della Dichiarazione politica sulle future relazioni tra l'Unione europea e il Regno Unito del 31 gennaio 2020[6], i risultati dell'Accordo sugli scambi commerciali e sulla cooperazione appaiono a prima vista molto inferiori alle attese. Le conseguenze economiche saranno comunque di grande impatto sulle relazioni future per effetto della cessazione dell'appartenenza del Regno Unito non solo all'Unione anche al Mercato unico e all'Unione doganale.

Considerato il vasto ambito di partenariato, la base giuridica adottata dal Consiglio è stata l'art. 217 TFUE mentre la procedura applicabile è fissata dall'art. 218, parr. 5 e 8, co. 2 TFUE, che prevede il voto all'unanimità in seno al Consiglio. La decisione del Consiglio dell'Unione prevede l'applicazione provvisoria sino a fine febbraio 2021 ma è previsto che il Consiglio di partenariato che gestirà la governance dell'Accordo[7]. possa prolungare quella scadenza di entrata definitiva in vigore dell'accordo per dare maggior tempo al Parlamento europeo per la valutazione dell'accordo (probabilmente sino alla sessione di marzo 2021).

Sul versante del Regno Unito, la *House of Common* ha approvato l'accordo (521 voti a favore e 73 contrari)[8]; favorevole anche il voto della Camera dei Lord. Al contempo è stata adottata la legge per l'applicazione delle sue disposizioni[9]. La firma dell'Accordo è stata apposta dal primo ministro Boris Johnson ed ha ricevuto il *Royal Assent* della Regina.

---

europeo entro il 14 dicembre 2020 (primo giorno della sessione plenaria del 14-17 dicembre 2020); in seconda istanza si sarebbe potuto valutare l'ipotesi di trasmettere al PE solo la versione inglese (unica versione ad entrare in vigore il 1° gennaio 2021, mentre le altre sarebbero entrate in vigore non appena disponibili le relative traduzioni); l'ultima ipotesi, che si è poi realizzata, era quella dell'entrata in vigore dell'Accordo in via provvisoria in attesa del completamento del processo di ratifica da parte dell'UE.

[5] L'accordo di recesso è in GUUE L 29, 31 gennaio 2020, p. 8 ss. Per un'analisi puntuale, v. The October 2019 EU-UK Withdrawal Agreement, House of Commons, Library, Briefing Paper, Number CBP 8713, 17 October 2019, disponibile *online*. Per un commento su vari aspetti del testo, v. S. PEERS, *Analysis 2 of the Revised Brexit Withdrawal Agreement: Transition Period*, in *EU Law Analysis*, 18 October 2019; M. DOUGAN, *So Long, Farewell, auf Wiedersehen, Goodbye: The UK'S Withdrawal Package*, in *Common Market Law Review*, 2020 p. 631 ss.

[6] In GUUE C 34, 31 gennaio 2020, p. 1 ss.

[7] V. infra, par. 5.

[8] A favore tutto il partito conservatore e gran parte del Laburisti che ha deciso di appoggiare l'accordo. Contrari decine di laburisti ribelli, oltre al Partito Nazionale scozzese, i liberal-democratici e, per motivi opposti, gli unionisti nordirlandesi Dup). L'*ex premier* britannica, Theresa May, che non è riuscita ad ottenere un accordo con l'UE che prevedeva la permanenza nel mercato unico ed unione doganale UE, ha evidenziato i limiti del nuovo accordo.

[9] European Union (Future Relationship) Act 2020, 30 December 2020.

Presupposto del partenariato è il riconoscimento della democrazia, dello Stato di diritto e dei diritti umani, nonché la lotta contro i cambiamenti climatici e contro la proliferazione delle armi di distruzione di massa. La violazione di questi elementi essenziali consente alle parti di denunciare o sospendere, in tutto o in parte, l'applicazione dell'Accordo sugli scambi e la cooperazione o di eventuali accordi integrativi. L'ambito di applicazione dell'accordo include i settori di interesse indicati nella Dichiarazione politica del 31 gennaio 2020: cooperazione commerciale ed economica, cooperazione delle autorità di contrasto e giudiziarie in materia penale, partecipazione ai programmi dell'Unione e cooperazione tematica. L'Accordo sugli scambi e la cooperazione è un testo unico che comprende disposizioni generali e istituzionali; economiche (sul commercio e sulle garanzie della parità di condizioni/*level playing field*); sulla cooperazione delle autorità di contrasto e giudiziarie in materia penale; e in materia di risoluzione delle controversie, valori di base e misure di salvaguardia[10]. L'Accordo non comprende disposizioni per la cooperazione nel settore della politica estera, della sicurezza esterna e della difesa.

Tra i molti nodi sciolti dall'intesa, ci sono quelli della pesca, della libertà di movimento, del commercio, della giurisdizione della Corte di Giustizia europea e della condivisione di informazioni. Molti altri restano irrisolti, in particolare il settore dei servizi. Si tratta di un'assenza di grande rilievo, considerato il loro impatto globale nell'economia inglese, caratterizzata dai servizi a livello globale. È auspicabile che Regno Unito e Unione raggiungano un accordo *ad hoc* in futuro su questo aspetto.

Per quanto riguarda la liquidazione finanziaria, il Regno Unito si impegna ad onorare tutti gli obblighi finanziari dovuti per la sua partecipazione all'Unione europea e, in particolare, tutti gli obblighi finanziari fino al 31 dicembre 2020, data di scadenza dell'attuale Quadro finanziario plurienna-

[10] La parte prima (Disposizioni comuni e istituzionali) contiene le disposizioni generali, i principi interpretativi dell'accordo sugli scambi e la cooperazione, le definizioni e il quadro istituzionale. La parte seconda (Commercio, trasporto, pesca e altre disposizioni) comprende sei rubriche: rubrica prima: commercio, composta da dodici titoli: titolo I (Scambi di merci), titolo II (Servizi e investimenti), titolo III (Commercio digitale), titolo IV (movimenti di capitali, pagamenti, trasferimenti e misure di salvaguardia temporanee), titolo V (Proprietà intellettuale), titolo VI (Appalti pubblici), titolo VII (Piccole e medie imprese), titolo VIII (Energia), titolo IX (Trasparenza), titolo X (Buone prassi di regolamentazione e cooperazione regolamentare), titolo XI (Parità di condizioni per una concorrenza aperta e leale e per la sostenibilità), titolo XII (Eccezioni); rubrica seconda: aviazione, composta da due titoli: titolo I (Trasporto aereo) e titolo II (Sicurezza aerea); rubrica terza: trasporto su strada, composto da due titoli: titolo I (Trasporto di merci su strada) e titolo II (Trasporto di passeggeri su strada); rubrica quarta: coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale e visti per viaggi di breve durata; rubrica quinta: pesca; rubrica sesta: altre disposizioni.

le di bilancio dell'Unione europea, nonché gli altri impegni finanziari già assunti che dovrebbero andare oltre tale data[11].

Occorre ricordare che, con la fine del periodo di transizione, iniziano ad applicarsi alcune parti dell'Accordo di recesso e i suoi Protocolli (salvo alcune specifiche disposizioni già applicabili): le parti seconda (diritti dei cittadini) e terza (disposizioni relative alla separazione), come anche i Protocolli relativi a Irlanda e Irlanda del Nord e alle zone di sovranità del Regno Unito a Cipro[12].

In particolare, occorre sottolineare che lo *status* dei cittadini dei 27 Stati membri residenti nel Regno Unito e dei cittadini del Regno Unito residenti nei 27 Stati membri continuerà ad essere regolata dall'Accordo di recesso[13].

Dal 1° gennaio 2021, il Regno Unito non sarà più sottoposto alla giurisdizione della Corte di giustizia[14]. La Parte Quarta dell'Accordo di recesso prevedeva che nel periodo di transizione (ora scaduto) il Regno Unito fosse pienamente soggetto al diritto dell'Unione e la Corte di giustizia mantenesse la sua giurisdizione, con competenza a interpretare e attuare, oltre alle norme dell'Unione, anche quelle dell'Accordo di recesso. È tuttavia ancora previsto che la Commissione possa avviare procedure di infrazione contro il Regno Unito anche nei quattro anni successivi, purché si tratti di infrazioni commesse entro il 31 dicembre 2020.

2. Le tappe principali del processo di *Brexit* meritano di essere ricordate nella loro successione istituzionale pur se, in questi quattro anni e mez-

---

[11] Secondo le prime stime non ufficiali, tale impegno corrisponderebbe ad una cifra tra i 45 e i 60 miliardi di euro.

[12] L'Accordo di recesso si articola nelle seguenti sei parti: Disposizioni comuni (articoli 1-8); Diritti dei cittadini (articoli 9-39), Disposizioni relative alla separazione (articoli 40-125), *Transizione* (articoli 126-132); Disposizioni finanziarie (articoli 133-157); Disposizioni istituzionali e finali (articoli 158-185). All'Accordo di recesso si aggiungono tre protocolli (il Protocollo su Irlanda e Irlanda del Nord, il Protocollo sulle zone di sovranità a Cipro, il protocollo su Gibilterra), e nove allegati (I-IX). Per un'analisi dell'Accordo e in particolare per tutto ciò che permane dopo la fine del periodo transitorio, v. N. LAZZERINI, *L'Accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020.

[13] A. LANG, *Il diritto di soggiorno secondo l'accordo di recesso del Regno Unito dalla UE: una protezione per tutto l'arco della vita,* in I *Post di AISDUE*, 2020. V., anche, E. SPAVENTA, *The Rights of Citizens under the Withdrawal Agreement: A Critical Analysis,* in *European Law Review,* 2020, p. 193 ss.

[14] Eventuali controversie circa l'interpretazione e l'applicazione dell'Accordo di recesso seguono una procedura tipica del diritto internazionale per la soluzione di controversie. In primo luogo, le Parti devono cercare di risolverle tramite consultazioni in buona fede fra di loro; qualora non si trovi un'intesa, la questione va discussa in un apposito comitato misto ed eventualmente sottoposta ad un collegio arbitrale. Le decisioni di quest'ultimo sono vincolanti per le Parti e, ove non correttamente eseguite, possono determinare l'applicazione di sanzioni pecuniarie (Titolo III della Parte Sesta dell'Accordo).

zo, sono state alla ribalta delle cronache di attualità e del dibattito politico dell'integrazione europea e non solo[15].

Il *referendum* del 23 giugno 2016 ha ottenuto una maggioranza del 51,9 % a favore dell'uscita dall'Unione. Di conseguenza, il governo del Regno Unito ha notificato, il 29 marzo 2017, l'intenzione di recedere dall'UE a norma dell'art. 50 TUE. Successivamente, il Primo ministro Theresa May ha siglato una bozza di accordo di recesso con l'Unione, concordato fra i negoziatori[16], in cui la questione irlandese era disciplinata nell'Allegato dal titolo "Protocollo su Irlanda e Irlanda del Nord"[17]. Il Regno Unito sarebbe rimasto all'interno dell'Unione doganale, finché non fosse stato trovato un accordo per evitare il ritorno di una frontiera fisica tra Repubblica d'Irlanda e Irlanda del Nord che sarebbe rimasta anche all'interno del Mercato unico (soluzione di salvaguardia o *backstop*). Le conclusioni del Consiglio europeo del 13 dicembre 2018, dopo il vertice dei capi di Stato e di governo[18], hanno chiarito che l'accordo sull'Irlanda non era rinegoziabile.

La bozza di accordo di recesso è stata però respinta dalla *House of Commons* in tre votazioni successive[19]. Il loro esito ha evidenziato come vi fosse una netta maggioranza contro l'uscita dall'Unione senza un accordo (diversamente detto: favorevole alla conclusione un *deal*). Tuttavia, mancava una maggioranza positiva a favore di qualsiasi opzione alternativa, tra

---

[15] A9-0004/2020, 23 gennaio 2020, Raccomandazione sul progetto di decisione del Consiglio relativa alla conclusione dell'accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica, Commissione per gli affari costituzionali, relatore: Guy Verhofstadt.

[16] TF50 (2018) 55, Commission to EU27 14 November 2018, Draft Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community, as agreed at negotiators' level on 14 November 2018.

[17] Ivi, p. 302 ss., Protocol on Ireland/Northern Ireland.

[18] EUCO XT 20022/18, 13 dicembre 2018, Riunione straordinaria del Consiglio europeo (Articolo 50) (13 dicembre 2018) – Conclusioni. Il Consiglio europeo sottolinea altresì che, qualora si dovesse comunque ricorrere alla soluzione "di salvaguardia", questa si applicherebbe in via temporanea, salvo e fintanto che non sia sostituita da un accordo successivo che garantisca che la frontiera fisica sia evitata. In tale eventualità l'Unione si adopererebbe al massimo – e lo stesso si aspetterebbe dal Regno Unito – per negoziare e concludere tempestivamente un accordo successivo che sostituisca la soluzione "di salvaguardia", cui si ricorrerebbe pertanto solo per il tempo strettamente necessario.

[19] La data della *Brexit* è stata spostata tre volte: 29 marzo 2019, 31 ottobre 2019, concretizzandosi il 31 gennaio 2020 dopo la seconda proroga del termine di uscita del Regno Unito. Per tre volte erano naufragate le intese fra il premier Theresa May e il capo negoziatore europeo Michel Barnier. Il primo voto negativo sull'intesa *House of Commons* è slittato al 15 gennaio 2019. Anche dopo aver trovato una diversa intesa con Bruxelles, è stata bocciato per la seconda volta la proposta della Primo ministro May. Infine, la Camera dei comuni ha votato, il 13 marzo 2019, anche contro l'opzione di una Brexit "*no deal*".

cui quella di un'unione doganale con l'Unione o quella di un *referendum* di conferma dell'accordo di recesso[20].

Dopo sei cicli di negoziati e molte altre riunioni a livello negoziale e tecnico, i negoziatori hanno siglato una nuova bozza d'intesa sul recesso. Il Consiglio ha adottato la decisione (UE) 2019/274 dell'11 gennaio 2019[21] relativa alla firma dell'accordo, nonché il progetto di decisione relativa alla conclusione dell'accordo. I negoziatori dell'Unione hanno chiarito che l'accordo di recesso non poteva essere rinegoziato senza individuare una soluzione giuridicamente accettabile per evitare una frontiera fisica.

Dopo le dimissioni di Theresa May per l'impossibilità di trovare un'intesa sul recesso[22], il nuovo primo ministro Boris Johnson ha proposto alla Regina la chiusura del Parlamento per ridurre il tempo a disposizione del fronte trasversale dei deputati contrari al *No deal*[23]. A fine settembre 2019, la Corte Suprema ha giudicato illegale tale richiesta sospensione[24] ma tale bocciatura non ha portato alle dimissioni da Primo ministro.

Il Consiglio europeo ha approvato il 17 ottobre 2019 l'accordo di recesso modificato e il testo riveduto della dichiarazione politica[25]. Si è infine

---

[20] Il Regno Unito ha presentato all'UE tre richieste consecutive di proroga del termine previsto all'articolo 50, paragrafo 3 TUE. La prima proroga è stata concessa fino al 12 aprile 2019 (decisione (UE) 2019/476 del Consiglio europeo), la seconda fino al 31 ottobre 2019 (decisione (UE) 2019/584 del Consiglio europeo) e l'ultima fino al 31 gennaio 2020 (decisione (UE) 2019/1810 del Consiglio europeo).

[21] Decisione (UE) 2019/274 del Consiglio, dell'11 gennaio 2019, relativa alla firma, a nome dell'Unione europea e della Comunità europea dell'energia atomica, dell'accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica. Il testo dell'accordo di recesso accluso alla decisione (UE) 2019/274 è stato pubblicato nella GUUE C 66, 19 febbraio 2019, p. 1.

[22] Il 24 maggio 2019 annunciava le sue dimissioni, lasciando formalmente l'incarico il 24 luglio 2019.

[23] The EU Withdrawal (No.2) Act (Benn Act) del 7 settembre 2019 prevedeva che il primo ministro avrebbe dovuto chiedere all'Unione una proroga del periodo di negoziazione dell'art. 50, per evitare una Brexit senza accordo. Se i parlamentari non avessero trovato un'intesa "significativa" o avessero approvato l'uscita dall'Unione senza un accordo entro il 19 ottobre 2019, il primo ministro avrebbe dovuto inviare una lettera (espressamente formulata nella legge) al presidente del Consiglio europeo chiedendo un'estensione dell'art. 50 fino al 31 gennaio 2020.

[24] La Corte Suprema del Regno Unito si è pronunciata su due ricorsi di Gina Miller, la cui richiesta iniziale di illegittimità è stata respinta dall'Alta Corte di Inghilterra e Galles, e un altro del governo di Johnson che ha perso in un procedimento promosso dal membro del Parlamento Joanna Cherry e altri legislatori presso la Court of Session scozzese. A seguito di tali ricorsi, la Corte Suprema del Regno Unito ha stabilito, il 24 Settembre 2019, che il primo ministro Boris Johnson ha agito illegalmente quando ha consigliato alla regina di sospendere il Parlamento. [2019] UKSC 41, On appeals from: [2019] EWHC 2381 (QB) and [2019] CSIH 49, Judgment R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent); Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland) Before Lady Hale, President Lord Reed, Deputy President Lord Kerr; Judgement given on 24 September 2019.

[25] Con le decisioni (UE) 2019/1750 del 21 ottobre 2019 e (UE) 2020/48 del 21 gennaio 2020, il Consiglio ha modificato il suo progetto di decisione relativa alla conclusione dell'accordo di recesso, v. XT 21105/3/18 REV 3, Progetto di decisione del Consiglio relativa alla conclusione dell'accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda

pervenuti a un accordo sulla revisione del protocollo sull'Irlanda/Irlanda del Nord accluso alla bozza di accordo di recesso e sui necessari adeguamenti tecnici (articoli 184 e 185). Pertanto, le sue disposizioni principali si riferiscono ai diritti dei cittadini, alla liquidazione finanziaria dovuta dal Regno Unito ed alla disciplina del confine tra Irlanda e Irlanda del Nord[26].

A seguito delle nuove elezioni del 12 dicembre 2019 e della enorme maggioranza conquistata del partito conservatore[27], la *House of Commons* ha approvato, il 31 gennaio 2020, in seconda lettura (358 voti a favore e 234 contrari) il *Withdrawal Agreement*[28] per l'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea, in base all'accordo raggiunto tra il Primo ministro Boris Johnson e i negoziatori europei.

Di conseguenza, il Consiglio ha adottato la decisione (UE, Euratom) 2020/266 del 25 febbraio 2020 sull'avvio di negoziati con il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord per un accordo di partenariato[29]. La decisione del Consiglio comprendeva anche un *addendum* con le direttive di negoziato per un nuovo partenariato con il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord ("direttive di negoziato")[30].

In modo inaspettato, il governo britannico ha presentato, il 9 settembre 2020, un progetto di legge (*UK Internal Market Bill*), finalizzato al mantenimento e alla protezione dell'integrità del mercato interno britannico. Durante la riunione straordinaria del Comitato misto del 10 settembre 2020, il vicepresidente della Commissione europea Maroš Šefčovič ha evidenziato le possibili violazioni che il progetto di legge avrebbe determinato[31]: un'evidente violazione dell'accordo di recesso e, in particolare, del Protocollo su Irlanda e Irlanda del Nord. Secondo la Commissione, le incompatibilità con il Trattato di recesso riguardavano il principio di buona fede. Infatti, il disegno di legge intendeva modificare alcuni punti del protocollo

---

del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica, documento del Consiglio.

[26] Accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica, entrato in vigore il 1° febbraio 2020).

[27] Il partito conservatore ha ottenuto 365 seggi sui 650 del Parlamento, e una maggioranza di 80 seggi. I laburisti hanno ottenuto 203 seggi, gli indipendentisti scozzesi del Snp hanno ottenuto 48 seggi, mentre i Liberal-democratici hanno ottenuto 11 seggi.

[28] European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020 (c. 1), 23 gennaio 2020.

[29] Decisione (UE, Euratom) 2020/266 del Consiglio che autorizza l'avvio di negoziati con il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord per un nuovo accordo di partenariato. Per la posizione, v. P9_TA(2020)0033, Risoluzione del 12 febbraio 2020 sulla proposta di mandato per i negoziati per un nuovo partenariato con il Regno Unito.

[30] 5870/20 ADD 1 Rev 3, 25 febbraio 2020, Allegato, Addendum (direttive di negoziato) alla decisione del Consiglio che autorizza l'avvio di negoziati con il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord per un nuovo accordo di partenariato.

[31] European Commission, Statement by the European Commission following the extraordinary meeting of the EU-UK Joint Committee, London, 10 September 2020, Statement 20/1607.

speciale, ridefinendo le modalità di commercio all'interno della Gran Bretagna.

In violazione degli articoli 5 e 10 del Protocollo, tale disegno di legge avrebbe consentito un accesso illimitato delle merci provenienti dall'Irlanda del Nord nel mercato britannico, conferendo, a tal proposito, ai ministri il potere di modificare o disapplicare le regole di esportazione per le merci dalla Gran Bretagna all'Irlanda del Nord; consentirebbe la disapplicazione delle norme sugli aiuti di Stato dell'UE, che invece continueranno ad applicarsi in Irlanda del Nord; conferirebbe pieni poteri di spesa al governo britannico, consentendo ai ministri di progettare e attuare schemi di sostituzione per i programmi di spesa dell'UE; garantirebbe in modo identico l'applicazione delle norme che regolano la produzione e la vendita di beni e servizi in ogni parte del Paese[32]. Come consentito durante il periodo di transizione dall'accordo di recesso (art. 131), la Commissione europea ha intrapreso la procedura di infrazione inviando al Regno Unito, in data 1°ottobre 2020, una lettera di messa in mora[33]. Tuttavia, l'*Internal Market Act* 2020 è stato ugualmente approvato, il 17 dicembre 2020, dal Parlamento del Regno Unito[34].

Nella più recente fase dei negoziati, il Capo negoziatore per l'Unione, Michel Barnier ha affermato che l'Unione avrebbe dovuto tenersi pronta per tutti gli scenari, compreso quello che non si raggiungesse nessun accordo (*no deal*). Per mitigare l'impatto di un mancato accordo (a condizione dell'adozione di misure equivalenti da parte del Regno Unito), la Commissione europea ha presentato, il 10 dicembre 2020, quattro proposte di regolamento (misure di *contigency*) su: trasporto stradale di merci e passeggeri su strada per sei mesi[35]; trasporti e sicurezza aerea, al fine di garantire la fornitura di servizi aerei per sei mesi e di validità dei certificati di

[32] Il Vicepresidente Maroš Šefčovič, nel corso della terza riunione ordinaria del 28 settembre 2020 del Comitato misto UE-GB, sollecitava il governo britannico a dare seguito alle richieste dell'Unione. Tuttavia, il governo britannico confermava la propria volontà di portare avanti il progetto di legge in parola senza apportare alcuna modifica, nonostante l'incoerenza o incompatibilità dello stesso con gli obblighi derivanti dal Protocollo, v. European Commissione, Press statement by Vice-President Maroš Šefčovič following the third meeting of the EU-UK Joint Committee, Brussels, Statement 20/1766, 28 September 2020.

[33] G. L. TOSATO, *Violazione dell'Accordo Di Recesso, Cosa aspettarsi dalla procedura di infrazione contro il Regno Unito,* in *affariinternazionali.it,* 9 ottobre 2020, disponibile *online*.

[34] United Kingdom Internal Market Act 2020, UK Public General Acts, 2020, c. 27, 17 December 2020.

[35] COM(2020) 826 final, 10 dicembre 2020, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme comuni atte a garantire i collegamenti di base per il trasporto di merci e di passeggeri su strada dopo la fine del periodo di transizione di cui all'accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica.

sicurezza degli aeromobili[36]; quadro giuridico in materia di pesca o per la continuità di accesso reciproco delle navi alle rispettive zone di pesca[37].

Infine, l'intesa è stata raggiunta nel pomeriggio della Vigilia di Natale. il testo dell'accordo di principio, discusso dai Rappresentanti permanenti nella mattinata di Natale, è stato reso noto, il giorno dopo. Firmato e autorizzato all'entrata in vigore provvisoria da tutti i 27 Capi di Stato e di governo è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 31 dicembre 2020. La decisione 2020/2252 del Consiglio del 29 dicembre 2020 relativa alla firma, a nome dell'Unione, e all'applicazione a titolo provvisorio dell'Accordo[38], stabilisce che esso si fonda "sulla base giuridica che prevede l'istituzione di un'associazione che consente all'Unione di assumere impegni in tutti i settori contemplati dai trattati". L'accordo è stato firmato dal presidente del Consiglio europeo e dalla presidente della Commissione europea a nome dell'Unione europea[39]. L'accordo avrà bisogno solo della ratifica del Consiglio e del Parlamento europeo in quanto coinvolge solo le competenze esclusive dell'UE[40].

3. Come abbiamo già visto, una *conditio sine qua non* della *Brexit* ha riguardato la questione dei rapporti dell'Unione e l'Irlanda del Nord. Una

---

[36] COM(2020) 827 def., 10 dicembre 2020, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme comuni atte a garantire la connettività di base del trasporto aereo dopo la fine del periodo di transizione di cui all'accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica; COM(2020) 828 def., 10 dicembre 2020, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a determinati aspetti della sicurezza aerea in relazione alla fine del periodo di transizione di cui all'accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica.

[37] COM(2020) 830 def., 10 dicembre 2020, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (UE) 2017/2403 per quanto riguarda le autorizzazioni di pesca per i pescherecci dell'Unione nelle acque del Regno Unito e le operazioni di pesca dei pescherecci del Regno Unito nelle acque dell'Unione

[38] Decisione (UE) 2020/2252 del Consiglio del 29 dicembre 2020 relativa alla firma, a nome dell'Unione, e all'applicazione a titolo provvisorio dell'accordo sugli scambi e la cooperazione tra l'Unione europea e la Comunità europea dell'energia atomica, da una parte, e il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, dall'altra, e dell'accordo tra l'Unione europea e il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord sulle procedure di sicurezza per lo scambio e la protezione di informazioni classificate.

[39] CM 5525/20 29 December 2020, Statement by the Council, End of written procedure Statements for the minutes of the Council: "Delegations are informed that the written procedure, opened by CM 5523/20 on 28 December 2020, was successfully completed at 15.00 on 29 December 2020. All delegations: voted in favour of the adoption of the Council Decision". In allegato le dichiarazioni: Austria, Paesi Bassi, Cipro; la Commissione europea sull'art. 4 della Decisione relativa alla firma, sull'Euratom, sulle competenze, su Gibilterra. L'avviso relativo all'applicazione provvisoria dei tre accordi è stato pubblicato in GUUE L 1, 1° gennaio 2021, p. 1.

[40] Nel caso di accordo misto, avrebbe richiesto l'approvazione da parte dei singoli Stati tramite la ratifica da parte dei Parlamenti nazionali.

seconda partita politica si apre con la possibile richiesta di indipendenza della Scozia e di un suo ingresso nell'Unione.

Dopo lunghi e ripetuti scontri diplomatici, la soluzione giuridica della situazione speciale del confine fra Irlanda e Irlanda del Nord è stata trovata nel Protocollo riveduto del 31 gennaio 2020 che evita una frontiera fisica tutelando l'accordo del Venerdì Santo (accordo di Belfast). L'intesa conserva l'Irlanda del Nord nell'orbita del diritto dell'Unione, con la quale continuerà a essere allineata rispetto a molte regole e *standard* europei per quanto riguarda la legislazione sulle merci, le norme sanitarie e fitosanitarie ("norme SPS"), le norme sulla produzione/commercializzazione dei prodotti agricoli, sull'IVA e sulle accise sulle merci e le norme in materia di aiuti di Stato. L'Irlanda del Nord resta però nel territorio doganale del Regno Unito in modo che possa beneficiare di futuri accordi di libero scambio (ALS) che il Regno Unito concluderà con Paesi terzi. In contropartita saranno introdotti nuovi controlli sulle merci che entrano in Irlanda del Nord dal resto del Regno Unito e i controlli doganali si svolgeranno nel Mare d'Irlanda anziché sul confine terrestre con la Repubblica d'Irlanda (EIRE). In questo modo si eviteranno i controlli doganali sull'isola d'Irlanda. Sulle merci che entrano in Irlanda del Nord dal resto del Regno Unito saranno svolti i controlli e le verifiche necessari, ad esempio i controlli presso i posti d'ispezione frontalieri, per garantire il rispetto delle misure sanitarie e fitosanitarie.

Al fine di evitare controlli doganali tra Irlanda e Irlanda del Nord, tutte le merci che entrano nel territorio dell'Irlanda del Nord saranno soggette al codice doganale dell'UE, ma i dazi doganali europei si applicheranno alle merci in ingresso dal Regno Unito o da Paesi terzi nell'Irlanda del Nord solo se tali merci rischiano di entrare nel mercato unico dell'UE[41].

A seguito di intense discussioni tra l'Irlanda e il Regno Unito, l'UE e il Regno Unito hanno convenuto di creare un nuovo meccanismo "di consenso" che darà all'Assemblea dell'Irlanda del Nord una voce decisiva sull'applicazione a lungo termine del diritto dell'UE pertinente. Il meccanismo di consenso riguarda le questioni sostanziali dell'allineamento nor-

[41] I controlli sul rispetto del diritto dell'Unione europea per le merci in ingresso in Irlanda del Nord da altre parti del Regno Unito saranno esercitati dalle autorità del Regno Unito con un meccanismo di supervisione da parte dell'Unione. In materia di IVA viene stabilito che sarà l'autorità britannica (HMCR) a modificare le aliquote del proprio sistema in Irlanda del Nord per allinearle a quelle europee relativamente ai soli beni, e saranno le autorità britanniche responsabili della riscossione dell'imposta. In senso diverso, le esenzioni e aliquote ridotte in vigore in Irlanda potranno essere applicate anche in Irlanda del Nord al fine di "evitare distorsioni" del regime fiscale sull'isola irlandese. La valutazione del rischio delle merci in transito in Irlanda del Nord sarà affidata ad un Comitato misto EU-Regno Unito (*Joint Commitee*). Nel caso in cui il dazio doganale europeo sia superiore a quello del Regno unito è previsto un sistema di rimborso da parte del Regno Unito agli operatori dell'Irlanda del Nord.

mativo in materia di merci e dogane, mercato unico dell'energia elettrica, IVA e aiuti di Stato. Al termine del periodo di quattro anni, l'Assemblea potrà decidere se mantenere in vigore tale regime per altri quattro anni (a maggioranza semplice) o per altri otto anni (con la maggioranza "*cross-community*" cioè di tutte e due le comunità, unionista e nazionalista, dell'Assemblea). Nel caso in cui l'Assemblea si esprima contro il proseguimento di tale regime, le disposizioni del Protocollo continueranno comunque ad applicarsi per altri due anni mentre ove non fosse, invece, in grado di deliberare, si continuerebbe comunque ad applicare le disposizioni in parola.

La Corte di giustizia europea eserciterà ancora un ruolo nell'Irlanda del Nord perché continua a vigilare sull'applicazione di alcune regole commerciali dell'Unione.

La posizione attuale pro-Unione della Scozia apre una questione politica complessa in direzione opposta a quella della *Brexit*. Con il 62% dei voti degli scozzesi favorevoli a rimanere nell'UE nel 2016, il Partito nazionale scozzese (SNP) aspira a riconquistare la maggioranza assoluta al parlamento scozzese durante le elezioni regionali del maggio 2021 in modo da poter richiedere un altro referendum sull'indipendenza nei cui sondaggi si manifesta una solida maggioranza favorevole. Secondo l'Accordo, il Regno Unito sarà consultato sui nuovi paesi che chiedono di aderire all'Unione, per l'influenza che può determinare sulle disposizioni che potrebbero essere modificate alla luce dell'allargamento. Non si tratta di un veto perché il Regno Unito non potrà, ad esempio, impedire per questa via alla Scozia di entrare nell'UE. L'eventuale veto potrà venire dalla Spagna che decidesse di non creare precedenti per la Catalogna. Non sono da minimizzare le questioni dell'abbandono della sterlina e la difficoltà dell'opinione pubblica ad entrare in un nuovo tunnel negoziale dopo quello appena concluso con un qualche risultato.

Un effetto di *Brexit* può considerarsi ormai definito. L'accordo tra Regno Unito e Spagna su Gibilterra, firmato il 31 dicembre u.s (ma non ancora divulgato), sembra prevedere l'abolizione dei controlli di frontiera e la libera circolazione con il territorio spagnolo.

4. Per quanto riguarda la natura giuridica dell'accordo di libero scambio e commercio, la dichiarazione politica rivista del 17 ottobre 2019 si riferiva ad un accordo di associazione[42], che avrebbe creato uno quadro isti-

[42] TF50 (2019) 65 – Commission to EU 27, 17 October 2019 Part IV: Institutional and Other Horizontal Arrangements. I. Structure: The future relationship should be based on an overarching institutional framework covering chapters and linked agreements relating to specific areas of cooperation, while recognising that the precise legal form of this future relationship will be determined as part of the formal negotiations. Where appropriate, the

tuzionale unico coerente e meccanismo di applicazione per mantenere il rapporto con il partner commerciale anche su questioni non commerciali[43]. Diversa e più sfumata la posizione del Regno Unito sul contenuto del possibile accordo sulle future relazioni Regno Unito-Unione[44].

In effetti, l'accordo pur denominato di "libero scambio e cooperazione" ha una tale ampiezza di ambiti materiali coinvolti e di risvolti politici da costituire un accordo di associazione. Nel testo vi sono riferimenti al partenariato, che ben esprime la parità delle parti di un accordo, mentre la terminologia di "associazione" evoca paradossalmente la posizione di uno Stato terzo in stato di preadesione[45]. In quanto accordo di libero scambio, l'accessibilità reciproca al mercato è limitata quasi esclusivamente alle merci. Peraltro, dal punto di vista della politica commerciale dell'Unione l'ambito di applicazione ha un'estensione più ridotta dell'Accordo di commercio economico globale CETA con il Canada[46] e dell'Accordo di partenariato economico con il Giappone[47].

Parties may establish specific governance arrangements in individual areas. The Parties may also decide that an agreement should sit outside of the overarching institutional framework, and in those cases should provide for appropriate governance arrangements. The Parties note that the overarching institutional framework could take the form of an Association Agreement. The Parties should provide for the possibility to review the future relationship.

[43] Cons, 5870/20 ADD 1 REV 3, 25 febbraio 2020, Allegato della Decisione del Consiglio che autorizza l'avvio di negoziati con il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord per un nuovo accordo di partenariato: "The aim of the negotiations is to establish a new partnership between the Union, and Euratom where relevant, and the United Kingdom that is comprehensive and covers the areas of interest outlined in the Political Declaration: trade and economic cooperation, law enforcement and judicial cooperation in criminal matters, foreign policy, security and defence and thematic areas of cooperation. The envisaged partnership should form a coherent structure and be embedded in an overall governance framework (par. 7). V. anche European Commission, Future EU-UK Partnership: Question and Answers on the negotiating directives, 25 February 2020.

[44] *The Future Relationship with the EU. The UK's Approach to negotiation*, 27 February 2020.

[45] Per approfondimenti, v. G. CAGGIANO, *Principi e modelli per gli accordi internazionali dell'Unione europea nel dopo-Brexit*, in M. C. BARUFFI, M. ORTINO (a cura di), *Dai trattati di Roma a Brexit e oltre,* Bari, 2018, p. 73 ss.; P. MARIANI, G. SACERDOTI, *Brexit and Trade Issues*, in *European Journal of Legal Studies, Special Issue*, October 2019, p. 187 ss. Sulle diverse posizioni di Unione e Regno Unito circa il contenuto delle future relazioni, v. il Commento della Rivista LIEI, *From the Board: The EU-UK Future Relationship: A Trade or Governance Agreement?*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2020, p. 105 ss.

[46] L'Accordo economico e commerciale globale (CETA) tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra, riguarda beni e servizi. Entrato in vigore in via provvisoria il 21 settembre 2017, prima di entrare pienamente in vigore, dovrà essere approvato dai parlamenti nazionali e, in alcuni casi, anche da quelli regionali dei paesi dell'UE.

[47] L'accordo di partenariato economico (APE) tra l'UE e il Giappone è stato firmato il 17 luglio 2018 ed è entrato in vigore il 1° febbraio 2019. Tale accordo apre anche i mercati dei servizi, in particolare dei servizi finanziari, del commercio elettronico, delle telecomunicazioni e dei trasporti. Alla stessa data del 1° febbraio 2019 è iniziata l'applicazione provvisoria di una parte rilevante dell'accordo di partenariato strategico tra l'Unione europea e il Giappone, sottoscritto insieme all'accordo di partenariato economico, che rafforza il partenariato globale fornendo un contesto più ampio per una collaborazione politica e settoriale rafforzata e azioni congiunte su questioni di comune interesse, comprese le sfide regionali e

Com'è noto, gli accordi commerciali dell'Unione con Stati terzi variano a seconda del loro contenuto[48]. L'accordo di libero scambio e cooperazione consentirà lo scambio di merci tra il Regno Unito e l'UE ma il commercio sarà comunque di natura molto diversa da quanto consentito sinora dall'Unione doganale e dal mercato unico. In un contesto di libero scambio, si applicheranno le regole di origine e le formalità doganali; tutte le importazioni dovranno essere conformi alle regole della parte importatrice e saranno soggette a controlli per la sicurezza, la salute e altri scopi di politica pubblica. Ora, il Regno Unito è libero di impostare la propria politica commerciale e può negoziare accordi con altri Paesi. Sono in corso colloqui con Stati Uniti, Australia e Nuova Zelanda, paesi che attualmente non hanno accordi di libero scambio con l'UE.

L'accordo contiene molte clausole di sospensione e risoluzione che possono portare, nel tempo, ad un affievolimento delle relazioni tramite ritorsioni per eventuali controversie irrisolte. Al contempo, a seconda dell'evoluzione degli interessi comuni delle parti, la struttura dell'accordo consente di rafforzare il rapporto bilaterale in forme più strette di associazione con l'Unione.

5. La parte prima dell'Accordo di libero scambio e cooperazione contiene le disposizioni relative alla *governance* e all'attuazione dell'Accordo e istituisce organi di *governance* misti (il consiglio di partenariato, il comitato commerciale di partenariato, i comitati commerciali specializzati e altri comitati specializzati).

La parte prima, titolo III, dell'Accordo istituisce un consiglio di partenariato incaricato di sovrintendere al conseguimento degli obiettivi dell'accordo stesso e degli eventuali accordi integrativi. Il consiglio di partenariato è composto di rappresentanti dell'Unione e del Regno Unito a livello ministeriale che si riuniranno almeno una volta l'anno per sorvegliare e facilitare l'attuazione e l'applicazione dell'accordo e degli eventuali accordi integrativi, come ad esempio l'accordo sulla sicurezza delle informazioni.

Il consiglio di partenariato può adottare decisioni su qualunque materia prevista dall'accordo sugli scambi e la cooperazione o da un eventuale accordo integrativo. Può adottare decisioni ed emanare raccomandazioni soltanto di comune accordo fra Unione e Regno Unito. L'Unione e il Regno Unito possono decidere, tramite il consiglio di partenariato o i comita-

---

globali. L'accordo entrerà in vigore una volta ratificato da tutti gli Stati membri dell'Unione.

[48] Per una recente panoramica in relazione alla politica dell'Unione sugli accordi misti, v. P. CONCONI, C. HERGHELEGIU, L. PUCCIO, *EU Trade Agreements: To Mix or not to Mix, That is the Question*, in *World trade review*, forthcoming.

ti specializzati, di modificare determinati aspetti dell'accordo sugli scambi e la cooperazione o di qualsiasi accordo integrativo soltanto nei casi ivi previsti specificamente. Quando le parti approvano una decisione in tal senso, questa deve essere soggetta all'osservanza dei rispettivi obblighi e adempimenti interni applicabili.

Il consiglio di partenariato sarà assistito dal comitato di partenariato commerciale, a sua volta coadiuvato dai comitati commerciali specializzati e da altri comitati specializzati. L'accordo sugli scambi e la cooperazione assegna al consiglio di partenariato e ai comitati specializzati un ruolo nella risoluzione delle controversie (parte sesta, titolo I, dello stesso accordo). L'accordo sugli scambi e la cooperazione istituisce o scioglie, se del caso, i comitati commerciali specializzati e i comitati specializzati che lo assisteranno nell'espletamento dei suoi compiti.

Il consiglio di partenariato può riunirsi in varie formazioni a seconda delle materie discusse. Il consiglio di partenariato ha i poteri seguenti: (a) adotta decisioni su qualunque materia nei casi previsti dall'accordo o eventuale accordo integrativo; (b) rivolge alle parti raccomandazioni sull'attuazione e applicazione del presente accordo o eventuale accordo integrativo; (c) adotta, mediante decisione, le modifiche del presente accordo o eventuale accordo integrativo nei casi ivi previsti[49].

La fine della giurisdizione della Corte di giustizia europea è stato uno degli aspetti più dibattuti del negoziato[50]. I britannici hanno ottenuto che i giudici europei non saranno competenti nel garantire il rispetto degli accordi per la *Brexit*. Le disposizioni generali sulla risoluzione delle controversie assomigliano ampiamente alle regole dell'accordo di recesso ma con alcune differenze. Ad esempio, non vi è alcun coinvolgimento della Corte di giustizia, né direttamente (tranne che per i programmi dell'UE) né tramite i riferimenti degli arbitri che le pongono domande sul diritto dell'Unione. La Corte europea però avrà ancora giurisdizione nell'Irlanda del Nord, che conserverà uno *status* speciale facendo parte del mercato unico europeo.

Per essere sicuri che nessuna delle due parti abbia un vantaggio ingiusto, entrambe devono rispettare alcune regole e *standard* condivisi sui diritti dei lavoratori, così come molti normative ambientali (*level playing*

---

[49] Articolo INST.5 - Cooperazione parlamentare 1. Il Parlamento europeo e il Parlamento del Regno Unito possono istituire un'Assemblea parlamentare di partenariato composta di membri del Parlamento europeo e membri del Parlamento del Regno Unito.

[50] P. MARIANI, *Brexit e il sistema di soluzione delle controversie nell'accordo di recesso dall'Unione europea: quale ruolo per la Corte di giustizia?*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2018, p. 441 ss.; C. MAUBERNARD, *Le règlement des différends entre l'Union européenne et le Royaume-Uni après son retrait: un voyage vers l'inconnu*, in *Revue de l'Union européenne*, 2020, p. 417 ss.

field)[51]. Sebbene rimangano libere di stabilire la loro politica nei settori delle sovvenzioni, del lavoro e della politica sociale o della politica in materia di clima e ambiente, l'accordo prevede principi e meccanismi di "parità di condizioni" al fine di evitare la possibilità di meccanismi di *dumping* o concorrenza sleale da parte del Regno Unito. Ciò distingue le relazioni con il Regno Unito da quelle con il Canada o dal Giappone, con cui l'UE ha accordi commerciali, dove gli accordi prevedono disposizioni relativamente limitate sulla parità di condizioni.

Per le controversie, la parte sesta dell'Accordo comprende tre titoli: risoluzione delle controversie (titolo I), base della cooperazione (titolo II) e adempimento degli obblighi e misure di salvaguardia (titolo III). L'accordo prevede la possibilità che le parti adottino misure rapide, autonome e operative per tutelare i loro interessi, in particolare nei settori della parità di condizioni (ossia misure di riequilibrio, misure correttive) e della pesca (ossia misure compensative, misure correttive). Per quanto riguarda la risoluzione delle controversie, se non è possibile trovare una soluzione tra le parti, è prevista l'istituzione di un collegio arbitrale indipendente che può emanare una decisione vincolante. Questo meccanismo di risoluzione delle controversie si applica alla maggior parte dei settori contemplati dall'accordo, tra cui la parità di condizioni (*level playing field*) e la pesca. Sono inoltre previsti meccanismi di applicazione, quali misure di ritorsione nello stesso o in altro settore economico quando l'altra parte non si conformi alle decisioni del collegio arbitrale. Ciascuna parte può inoltre prendere opportune misure di salvaguardia unilateralmente in caso di gravi difficoltà economiche, sociali o ambientali di natura settoriale o regionale.

Il potere di sospendere alcuni obblighi derivanti dall'accordo sugli scambi e la cooperazione è conferito alla Commissione europea[52]. In forza

[51] EUCO XT 20001/18 European Council (Art. 50) (23 March 2018) – Guidelines: "Given the UK's geographic proximity and economic interdependence with the EU27, the future relationship will only deliver in a mutually satisfactory way if it includes robust guarantees which ensure a level playing field. The aim should be to prevent unfair competitive advantage that the UK could enjoy through undercutting of levels of protection with respect to, *inter alia*, competition and state aid, tax, social, environment and regulatory measures and practices. This will require a combination of substantive rules aligned with EU and international standards, adequate mechanisms to ensure effective implementation domestically, enforcement and dispute settlement mechanisms in the agreement as well as Union autonomous remedies, that are all commensurate with the depth and breadth of the EU- UK economic connectedness (par.12) 5870/20, ADD 1 REV 3, 25 February 2020, Annex to Council Decision authorising the opening of negotiations with the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for a new partnership agreement

[52] In conformità delle seguenti disposizioni: articolo GOODS.19 [Misure in caso di violazione o elusione della normativa doganale], articolo LPFOFCSD.3.12 [Misure correttive per la paritàdi condizioni], articolo ROAD.11 [Misure correttive nel trasporto su strada], articolo AIRTRN.8 [Rifiuto, revoca, sospensione o limitazione della licenza di esercizio nel trasporto aereo], articolo FISH.14 [Misure correttive nella pesca], articolo FISH.9 [Misure compensative in caso di revoca o limitazione dell'accesso], articoli UNPRO.3.1 e UNPRO.3.20 [Sospensione e cessazione della partecipazione del Regno Unito a un programma

dell'allegato sui prodotti biologici e dell'allegato sui medicinali la Commissione può adottare decisioni atte a sospendere i benefici riconosciuti al Regno Unito, dopo aver informato i rappresentanti degli Stati membri, che con una minoranza di blocco possono opporsi.

6. In questa sede non è possibile un'analisi completa dell'accordo che richiederà nei prossimi mesi numerosi contributi.

La prima osservazione riguarda l'esclusione di tariffe o quote sulle merci tra il Regno Unito e l'UE, ma verranno introdotti nuovi controlli alle frontiere, come i controlli di sicurezza e le dichiarazioni doganali. Le imprese possono autocertificare il rispetto delle regole di origine concordate ma sono richieste le formalità doganali e all'importazione si applicano l'IVA e alcuni altri dazi. Esistono disposizioni intese a limitare gli ostacoli tecnici al commercio (TBT), sulla base dell'accordo dell'OMC. Le imprese dovranno prepararsi per nuove procedure nei porti ed una documentazione incompleta potrebbe causare blocchi alla circolazione delle merci. Se una delle parti si allontanerà troppo dalle attuali regole sugli *standard* di prodotto, potranno essere imposti dazi (oneri sulle importazioni) su alcuni beni.

La parte seconda dell'Accordo stabilisce la politica commerciale. Entrambe le parti si impegnano a rispettare *standard* comuni elevati in settori quali le norme sociali e del lavoro, la protezione ambientale, la lotta contro i cambiamenti climatici che comprende la fissazione del prezzo del carbonio, e le norme pertinenti in materia di elusione fiscale e trasparenza fiscale. Contiene inoltre principi in materia di sovvenzioni per evitare che una delle parti conceda sovvenzioni che incidono in modo rilevante sugli scambi o sugli investimenti tra le parti. Tali norme e principi concordati sono associati ai meccanismi interni di applicazione e di risoluzione delle controversie per assicurare che le imprese dell'UE e del Regno Unito competano in condizioni di parità. Si prevede che ciascuna parte possa adottare misure unilaterali adeguate per tutelarsi dagli effetti sugli scambi o sugli investimenti derivanti da sovvenzioni o da divergenze rilevanti fra i rispettivi sistemi di controllo delle sovvenzioni o i rispettivi livelli di protezione del lavoro o di protezione sociale, dell'ambiente o del clima.

Per quanto riguarda lo scambio di merci, le disposizioni della parte seconda vanno al di là dei recenti accordi di libero scambio conclusi dall'UE con partner come il Canada e il Giappone, prevedendo tariffe e contingenti zero su tutte le merci. Per beneficiare di queste preferenze eccezionali, le imprese devono garantire che i loro prodotti siano originari dell'Unione o

UE] e articolo INST.24 [Misure correttive temporanee], ovvero il potere di adottare le opportune misure di salvaguardia in virtù dell'articolo INST.36.

del Regno Unito. Tali "norme di origine" sono essenziali per garantire l'integrità del mercato dell'Unione. L'accordo sugli scambi e la cooperazione agevolerà, nella misura consentita dal codice doganale dell'Unione, le formalità doganali che si applicano a qualsiasi Paese terzo al di fuori dell'unione doganale. Esso eliminerà anche gli inutili ostacoli tecnici agli scambi, pur nel rispetto degli elevati *standard* normativi dell'Unione, anche per quanto riguarda la qualità dei prodotti alimentari (ad esempio le norme sanitarie e fitosanitarie) e la sicurezza dei prodotti.

Per quanto riguarda i servizi, le imprese (banche, società di architettura e di contabilità) perderanno il diritto automatico di accesso ai mercati dell'Unione e dovranno affrontare alcune restrizioni, ma sono anche previsti alcuni vantaggi rispetto alle disposizioni di base dell'accordo generale sugli scambi di servizi (GATS) dell'OMC. I prestatori di servizi del Regno Unito che intendono offrire servizi nell'Unione dovranno soddisfare tutti gli opportuni requisiti ma non riceveranno un trattamento meno favorevole rispetto agli operatori dell'Unione nei settori contemplati dall'accordo sugli scambi e la cooperazione. Gli investitori del Regno Unito potranno anche istituire persone giuridiche nell'Unione per offrire servizi in tutto il mercato unico e viceversa. Non ci sarà più riconoscimento automatico delle qualifiche professionali ma è previsto un quadro di futuri negoziati al riguardo. Per facilitare la fornitura transfrontaliera di servizi sono previste norme in determinati settori, come i servizi digitali (anche per quanto riguarda le norme sulla protezione dei dati), gli appalti pubblici, i viaggi d'affari e il distacco di dipendenti altamente qualificati.

In materia di energia, l'accordo non garantisce al Regno Unito tutti i benefici del mercato unico, dal momento che non fa più parte del mercato dell'energia e del sistema di scambio di quote di emissioni. L'accordo afferma però la necessità di una cooperazione normativa e tecnica, oltre a riconfermare gli obiettivi climatici dell'accordo di Parigi. L'accordo crea un nuovo quadro di cooperazione bilaterale per assicurare un approvvigionamento energetico efficiente sotto il profilo dei costi, pulito e sicuro, con meccanismi di cooperazione in materia di energie rinnovabili, in particolare nel Mare del Nord e nella lotta ai cambiamenti climatici. L'accordo contiene inoltre disposizioni sostanziali in materia di parità di condizioni e di liberalizzazione, anche in termini di condizioni per le sovvenzioni nel settore dell'energia.

Il regime della protezione dei dati digitali non è più applicabile ma resterà in vigore per almeno quattro mesi (periodo eventualmente esteso a sei mesi), a condizione che il Regno Unito non modifichi le proprie norme sulla protezione dei dati. Il prolungamento della tutela dovrebbe consentire alla Commissione europea di considerare l'adozione di una decisione di

adeguatezza. Nelle telecomunicazioni, gli operatori britannici non sono più soggetti al divieto di tariffe di *roaming* aggiuntive, sebbene saranno incoraggiati ad avere "tariffe trasparenti e ragionevoli" per il *roaming*. Alcune disposizioni esistenti sulla proprietà intellettuale che eccedono gli impegni TRIPS (compreso il periodo di 70 anni sul diritto d'autore) devono essere preservate nell'UE e nel Regno Unito.

Per quanto riguarda i trasporti, l'accordo sugli scambi e la cooperazione prevede una connettività aerea e stradale continua e sostenibile, nel rispetto dell'integrità del mercato unico. Comprende disposizioni volte ad assicurare che la concorrenza tra gli operatori dell'Unione e del Regno Unito avvenga in condizioni di parità, in modo da non compromettere i diritti dei passeggeri e la sicurezza dei trasporti. Nel settore dell'aviazione, i vettori dell'UE e del Regno Unito continuano a godere dell'accesso al traffico da punto a punto tra gli aeroporti dell'UE e del Regno Unito (terza e quarta libertà del volo). Ma non hanno più accesso ai reciproci mercati dell'aviazione in altro modo, anche per quanto riguarda i voli nazionali o i voli in collegamento con altri paesi. Il Regno Unito è libero di negoziare "diritti di traffico di quinta libertà" per i voli cargo individualmente con gli Stati membri dell'UE. Esiste una cooperazione in materia di sicurezza aerea, ma il Regno Unito non partecipa più all'EASA. Allo stesso modo, nel trasporto su strada, l'accesso reciproco al mercato è generalmente limitato ai trasporti transfrontalieri da punto a punto, con un massimo di due movimenti extra nel territorio dell'altra parte.

In relazione alla cooperazione delle autorità di contrasto e giudiziarie in materia penale, la terza parte dell'Accordo ribadisce la garanzia del rispetto della democrazia e dello Stato di diritto, della protezione efficace dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone, compresi quelli sanciti dalla CEDU, nonché su elevati standard di protezione dei dati. Questa parte è sottoposta a sospensione con un preavviso di nove mesi (per qualsiasi motivo) o senza preavviso nel caso in cui il Regno Unito o uno Stato membro denunci la CEDU o i protocolli 1, 6 o 13 (gli ultimi due riguardano l'abolizione della pena di morte). Disposizioni specifiche sono previste sulla sospensione della cooperazione in caso di carenze gravi e sistemiche, nonché un apposito meccanismo di risoluzione delle controversie.

Al di fuori dello Spazio Schengen, al Regno Unito non è più consentito l'accesso alle banche dati sensibili (ad es. SIS II e le altre banche sull'immigrazione). E' previsto invece lo scambio di dati: PNR; DNA; impronte digitali e immatricolazione dei veicoli (Prüm); informazioni operative e sui precedenti penali; cooperazione Europol e Eurojust; procedure *ad hoc* per la consegna dei criminali, in materia di diritti processuali e controllo giudiziario; assistenza reciproca, ad esempio mediante procedure sem-

plificate, termini e infrastrutture tecnologiche in materia di congelamento e confisca dei beni; cooperazione nella lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo.

Per la sicurezza sanitaria e la cibersicurezza (cooperazione tematica), la parte quarta dell'accordo prevede la cooperazione tra le parti in materia, anche attraverso la partecipazione temporanea e limitata del Regno Unito a una serie di strutture dell'Unione, solo su invito dell'Unione e a condizione che emergano specifiche minacce comuni.

Per la partecipazione ai programmi dell'Unione, la quinta parte dell'Accordo contiene disposizioni relative al proseguimento della partecipazione del Regno Unito in qualità di Paese terzo a una serie di programmi faro dell'Unione, subordinatamente al contributo finanziario del Regno Unito al bilancio dell'Unione[53].

Infine, è possibile solo accennare alla intesa sulla pesca è stato uno degli aspetti più controversi del negoziato e che nella sua tecnicità e complessità merita un approfondimento a parte. L'Unione europea intendeva far rientrare la questione nell'accordo complessivo con il Regno unito, mentre quest'ultimo richiedeva la conclusione di un distinto accordo rinnovabile annualmente. Nell'ambito della politica comune della pesca, le flotte dei Paesi dell'UE possono attualmente pescare, nell'ambito di un regime di quote, fino a 12 miglia nautiche dalla costa del Regno Unito, che intendeva invece riprendere il controllo dei diritti di pesca fino a 200 miglia nautiche dalla propria costa[54]. Nei prossimi cinque anni e mezzo, il Regno Unito acquisirà gradualmente una quota maggiore del pescato nelle proprie acque. Dopo questo periodo, potrà decidere di vietare l'accesso alle acque britanniche dei pescherecci dell'Unione, che potrebbe di conseguenza introdurre tasse sul pescato britannico.

---

[53] L'elenco preciso di tali programmi sarà adottato in un secondo momento dal comitato specializzato per la partecipazione ai programmi dell'Unione, che può anche stilare un elenco dei servizi forniti attraverso l'attuazione dei programmi dell'Unione ai quali il Regno Unito può accedere. La base giuridica dei programmi e delle attività dell'Unione a cui il Regno Unito può partecipare non è ancora stata adottata. Tuttavia, le parti concordano sui programmi a cui il Regno Unito può partecipare e sulle condizioni specifiche a cui può farlo, previste nella base giuridica definitiva. Pertanto, una dichiarazione comune acclusa all'accordo sugli scambi e la cooperazione offre un quadro per i protocolli che saranno aggiunti a tale accordo.

[54] In particolare, il Regno Unito vuole una ripartizione 80-20 per cento a suo favore nella sua zona di competenza, oltre al diritto esclusivo per i pescherecci britannici nell'area tra le 6 e le 12 miglia nautiche dalla propria costa. Inoltre, il Regno Unito ha chiesto una percentuale della quota di pesce catturato da imbarcazioni UE nella zona economica esclusiva del Regno Unito del 60% mentre l'UE ha offerto tra il 15 e il 18%. Alla fine, invece ha dovuto cedere alla posizione europea e si è dovuta accontentare di un taglio del valore del pescato nelle sue acque pari al 25 per cento.

ABSTRACT

NOTE ON BREXIT AND THE NEW RELATIONS BETWEEN THE EUROPEAN UNION AND THE UNITED KINGDOM

The Trade and Cooperation Agreement (TCA) between European Union (EU), Euratom and United Kingdom (UK) signed on 31 December 2020 was provisionally applied immediately after the Brexit transition period. The article recalls the legal path for Brexit and the adoption of new conventional partnership relations. After explaining the complexity of the border issue and the status of Northern Ireland, the article examines the legal nature of the Agreement; the provisions relating to Agreement's governance and the main topics of the Agreement.

NOTA SULLA BREXIT E SULLE NUOVE RELAZIONI DI PARTENARIATO FRA UNIONE EUROPEA E REGNO UNITO

L'Accordo sugli scambi commerciali e sulla cooperazione tra Unione europea/Euratom e Regno Unito è stato concluso entro la data prevista della fine del periodo transitorio ed è entrato in vigore in forma provvisoria dal 1°gennaio 2021. L'articolo ricorda il percorso giuridico-istituzionale per la *Brexit* e l'adozione di nuove relazioni convenzionali di partenariato. Dopo aver spiegato la complessità della questione del confine e dello *status* dell'Irlanda del Nord, l'articolo esamina la natura giuridica dell'accordo; le disposizioni relative alla *governance* e i principali temi dell'Accordo.

Alessandra Lang·

Il diritto di soggiorno secondo l'accordo di recesso del Regno Unito dalla UE: una protezione per tutto l'arco della vita

SOMMARIO: 1. La fine del periodo di transizione e i diritti dei cittadini dell'Unione nel Regno Unito e dei cittadini del Regno Unito negli Stati membri dell'Unione. – 2. Lo *status* previsto dalla parte seconda dell'accordo di recesso. – 3. Una protezione per tutto l'arco della vita: quali garanzie per scongiurare modifiche *in peius*?

1. Il 31 dicembre 2020 termina il periodo di transizione previsto dall'accordo di recesso (d'ora innanzi anche AR), durante il quale il Regno Unito, benché ormai Stato terzo, ha continuato ad essere vincolato al diritto dell'Unione[1]. È incerto se le successive relazioni tra la UE e i suoi Stati membri da una parte e il Regno Unito dall'altra saranno regolate da un accordo apposito o dal diritto internazionale (il c.d. "modello Australia", per usare le parole di Boris Johnson); è invece sicuro che lo *status* dei cittadini dei 27 Stati membri residenti nel Regno Unito e dei cittadini del Regno Unito residenti nei 27 Stati membri (i *Brexit citizens*, come li chiama Spaventa[2] o "i beneficiari dell'AR", come li si chiamerà qualche volta nel testo) sarà regolato dalla parte seconda dell'AR. Anzi, con o senza accordo sulle future relazioni, la condizione di tali persone non dovrebbe cambiare, perché dare certezza e salvaguardare le loro legittime aspettative è stato il *leitmotiv* dei negoziati, che ha trovato concretizzazione nella parte seconda dell'AR. Al contrario, l'accordo sulle future relazioni, per quanto si può conoscere e se mai sarà concluso, non dovrebbe riguardare il tema che qui interessa né attribuire nuovi diritti ai beneficiari dell'AR[3]. La libera circola-

---

· Professore associato di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Milano.

[1] L'accordo di recesso è in GUUE L 29 del 31.1.2020, p. 8 ss. L'art. 126 AR stabilisce la durata del periodo di transizione (che avrebbe potuto essere esteso di uno o due anni con decisione del Comitato misto assunta entro il 1.7.2020, ai sensi dell'art. 132, par. 1, AR) e l'art. 127 gli obblighi per il Regno Unito in tale fase. Sull'accordo di recesso in generale, si v. M. DOUGAN, *So Long, Farewell, auf Wiedersehen, Goodbye: The UK'S Withdrawal Package*, in *Common Market Law Review*, 2020 p. 631 ss.

[2] E. SPAVENTA, *The Rights of Citizens under the Withdrawal Agreement: A Critical Analysis*, in *European Law Review*, 2020, p. 193 ss.

[3] Il Parlamento europeo aveva inizialmente assunto una posizione favorevole ad inserire nell'accordo sulle future relazioni disposizioni per dare "piena continuità ai diritti dei citta-

zione delle persone, intesa in senso comunitario come diritto di ingresso, soggiorno, ricongiungimento familiare, non discriminazione in base alla nazionalità, accesso al lavoro, protezione contro l'allontanamento, non farà parte del patrimonio giuridico comune a Regno Unito e Unione europea[4].

La parte seconda dell'AR stabilisce uno status, ossia un insieme di diritti e obblighi, di cui i beneficiari dell'accordo godranno "per tutta la vita" (art. 39 AR), che comunque costituisce uno standard minimo (art. 38 AR). Durante un periodo di sei mesi dalla fine del periodo di transizione (ma estendibile), i beneficiari dell'accordo dovranno adempiere ad una serie di formalità amministrative per la transizione verso lo *status* regolato dall'accordo (art. 18 AR). Tale periodo è molto delicato e i timori che possano sorgere complicazioni non sono infondati. Le parti contraenti, sin dall'entrata in vigore dell'AR, dovevano istituire le procedure amministrative necessarie per la registrazione del nuovo status e decidere se avesse valore costitutivo o dichiarativo. La Commissione europea ha svolto un'opera di *moral suasion* nei confronti degli Stati UE, affinché ispirassero

---

dini garantiti dall'accordo di recesso" e "l'ulteriore concretizzazione dei diritti dei cittadini, compresa la libera circolazione per i cittadini del Regno Unito nell'Unione basata su un approccio reciproco", che avrebbero dovuto costituire la "pietra angolare e parte indivisibile del futuro accordo" (Risoluzione del 12.2.2020 *sulla proposta di mandato per i negoziati per un nuovo partenariato con il Regno Unito*, P9_TA(2020)0033, punti 51-61). In seguito, la sua posizione è divenuta meno audace, forse riconoscendo che le parti non sono disponibili a negoziare sul punto, e gli auspici favorevoli alla riaffermazione e alla estensione dei diritti dei beneficiari dell'AR non si ritrovano nella successiva Risoluzione del 18.6.2020, *sulle raccomandazioni per i negoziati su un nuovo partenariato con il Regno Unito*, P9_TA(2020)0152.

[4] Nella *Dichiarazione politica che definisce il quadro delle future relazioni tra l'Unione europea e il Regno Unito*, in GUUE C 34 del 31.1.2020, p. 1 ss., nulla si dice dei beneficiari dell'AR. Invece, nella parte intitolata *Mobilità* si legge che, preso atto della decisione del Regno Unito di non applicare più il principio di libera circolazione delle persone, le parti giudicano "opportuno" stabilire "un regime di mobilità", basato sulla non discriminazione tra gli Stati membri e sulla reciprocità, e "convengono di esaminare le condizioni di ingresso e soggiorno per fini quali ricerca, studio, formazione e scambio di giovani" (punti 48-51). Il Consiglio ha specificato che "il prospettato partenariato dovrebbe mirare a stabilire le condizioni di ingresso e di soggiorno per fini quali ricerca, studio, formazione e scambio di giovani" (*Direttive di negoziato* del 25.2.2020, 5870/20 ADD1 REV 3). Il Regno Unito, invece, mantiene una posizione molto distante e nel documento che tratteggia il contenuto del possibile *Comprehensive Free Trade Agreement* (modellato sull'accordo con il Canada) e di altri accordi complementari, nulla si dice circa eventuali condizioni di ingresso e soggiorno per studenti o altre categorie di persone (*The Future Relationship with the EU. The UK's Approach to negotiation*, 27.2.2020). Sulle diverse posizioni di Unione e Regno Unito circa il contenuto delle future relazioni, si v. *From the Board: The EU-UK Future Relationship: A Trade or Governance Agreement?*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2020, p. 105 ss.

le procedure nazionali a principi comuni[5]. Il comitato dei diritti dei cittadini è la sede dove le parti discutono dei problemi di attuazione della parte seconda dell'AR e ha svolto la sua funzione sin dall'entrata in vigore dell'AR[6]. La definizione delle formalità amministrative che sarà necessario espletare per ottenere il cambiamento di status è regolata dal diritto nazionale e per quanto il comitato vigili, non possono escludersi difficoltà, legate sia allo svolgimento delle pratiche[7], sia ai problemi interpretativi delle norme dell'accordo di recesso. Difficoltà potrebbero addirittura derivare da un documento, intitolato *Nota di orientamento relativa all'accordo di recesso*, pubblicato sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea[8] come comunicazione della Commissione, e che dichiara di avere carattere puramente informativo, e "sebbene sia stata preparata dal personale della Commissione europea, le opinioni ivi contenute non devono essere interpretate come una posizione ufficiale della Commissione europea". Tale *Nota* fornisce di fatto un'interpretazione della parte seconda dell'AR, che potrebbe far sorgere un affidamento nei beneficiari dell'accordo, se a loro favorevole, ma che difficilmente potrebbe essere opposta al Regno Unito, in quanto predisposta solo dall'altra parte contraente, o agli Stati membri, perché non sembra avere la funzione di contribuire all'uniforme applicazione dell'accordo, o alla Commissione stessa, in quanto ne disconosce il valore.

---

[5] Sia consentito rinviare a A. LANG, *La conservazione dei diritti di soggiorno in tempo di Brexit*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2020, p. 80 ss. per l'analisi del contesto e delle procedure decise dall'Italia.

[6] Il comitato dei diritti dei cittadini è uno dei comitati specializzati istituiti dall'art. 165 AR. Composti in modo paritario da rappresentanti della UE e del Regno Unito, sono la sede privilegiata, ma non esclusiva, per discutere dell'attuazione dell'AR. L'AR prevede che i comitati si riuniscano almeno una volta l'anno. Al 9 dicembre 2020, il comitato dei diritti dei cittadini si era riunito tre volte. Dichiarazioni rilasciate al termine della riunione, che indicano in modo sintetico i temi discussi, sono pubblicate all'indirizzo ec.europa.eu/info/european-union-and-united-kingdom-forging-new-partnership/eu-uk-withdrawal-agreement/meetings-eu-uk-joint-and-specialised-committees-under-withdrawal-agreement_it

[7] La dottrina non manca di sottolineare l'enorme mole di lavoro che attende l'amministrazione del Regno Unito, anche perché il paese non prevedeva un sistema di registrazione del soggiorno per i cittadini dell'Unione, analogo a quello che la quasi totalità degli altri Stati prevede e che è consentito dall'art. 7 della direttiva 2004/38, *relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri*, che, come si dirà, costituisce il riferimento principale per il trattamento dei beneficiari dell'AR. Per quanto riguarda gli Stati membri dell'Unione, ci sono 27 regimi giuridici diversi, che la Commissione ha cercato di inquadrare secondo linee comuni.

[8] In GUUE, C 173 del 20.5.2020, p. 1 ss.

Ma non è a questi profili che si vogliono dedicare le considerazioni che seguono, bensì al contenuto dello status, per confrontarlo con quello di cui i beneficiari avrebbero goduto come cittadini dell'Unione, e al significato dell'art. 39 AR e a come garantirne il rispetto.

2. L'accordo di recesso attribuisce dunque un insieme di diritti a coloro che rientrano nel suo ambito di applicazione personale e soddisfano le condizioni prescritte. In sintesi, tali diritti equivalgono al mantenimento del diritto di soggiorno come garantito dal diritto dell'Unione a persone che non hanno la cittadinanza dello Stato ospitante. Tali persone, a seconda della durata del soggiorno pregresso, devono soddisfare condizioni diverse[9], con l'obbiettivo di giungere tutti, dopo cinque anni, ad un unico status che si perde solo in caso di assenze di durata superiore a cinque anni o per motivi di ordine pubblico o di sicurezza pubblica.

Senza qui scendere nei dettagli circa l'esatta individuazione dei beneficiari[10], sia consentito limitarsi a darne le coordinate generali. Quanto alla nazionalità, i beneficiari posso anche essere cittadini di paesi terzi: infatti, sono tutelati anche i familiari, quale ne sia la cittadinanza, in ragione del legame con un cittadino del Regno Unito in uno degli Stati UE, oppure con un cittadino dell'Unione nel Regno Unito. Dal punto di vista temporale, il legame con lo Stato può essere iniziato prima del recesso, durante il periodo di transizione, oppure, in una limitata serie di ipotesi, dopo la fine del periodo di transizione[11]. Sotto il profilo territoriale, lo status dell'accordo di recesso potrà essere invocato solo nello Stato al quale il beneficiario era collegato al momento della fine del periodo di transizione: di regola lo Stato di residenza, ma in alcuni casi anche uno Stato diverso, sia perché dell'AR beneficiano anche i frontalieri, il cui diritto alla non discriminazione nello Stato di lavoro è salvaguardato, sia perché può essere in-

---

[9] Le condizioni sono le stesse già previste dalla direttiva 2004/38: prima dell'acquisizione dello status previsto dall'AR, essere lavoratore subordinato o autonomo, oppure studente o persona economicamente autosufficiente. In generale, sulla direttiva si v. C. MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, III ed., Torino, 2017, p. 167 ss.

[10] Non che la questione sia priva di rilevanza, perché il modo in cui l'AR indentifica i beneficiari esclude dal suo ambito di applicazione, e quindi dalla conservazione dei diritti, i familiari del cittadino dello Stato ospitante nei casi in cui il diritto di soggiorno è pure attribuito loro dal diritto dell'Unione, come interpretato dalla Corte di giustizia. Per un approfondimento, si v. N. BERNARD, *Union Citizens' Rights Against Their Own Member State after Brexit*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2020, p. 302 ss., e con riguardo al Regno Unito, I. SOLANKE, *The Impact of Brexit on Black Women, Children and Citizenship*, in *Journal of Common Market Studies*, 2020, p. 147 ss.

[11] È il caso dei familiari ammessi al ricongiungimento, di cui si dirà oltre nel testo.

vocato in certi casi anche dall'estero, in quanto è possibile soggiornare in uno Stato ai sensi del diritto dell'Unione anche senza viverci[12].

Il contenuto dello *status* è modellato sulla direttiva 2004/38, *relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri*, alla quale l'accordo di recesso di regola rinvia. Eventuali, future modifiche della direttiva non dovrebbero essere rilevanti, giacché, ai sensi dell'art. 6 AR, le disposizioni richiamate sono quelle applicabili alla data della fine del periodo di transizione[13].

L'AR attribuisce ai beneficiari il diritto di uscire dal paese di residenza e di rientrarvi, senza necessità di ottenere un visto (art. 14, par. 2, AR), e dietro presentazione di un documento di identità. Per i primi cinque anni dopo la fine del periodo di transizione ogni parte dovrà accettare i documenti di identità rilasciati dalle altre parti; in seguito, potrà richiedere che il documento di identità sia munito "di chip conforme alle norme dell'Organizzazione per l'aviazione civile internazionale applicabili in materia di identificazione biometrica" (art. 14, par. 1, secondo co., AR).

Nello Stato ospitante i beneficiari godranno di un diritto di soggiorno che a regime[14] sarà senza condizioni, cioè essi non dovranno dimostrare di essere lavoratori o di avere risorse sufficienti (art. 15 AR), e avranno diritto alla parità di trattamento con i cittadini, senza condizioni (art. 23 AR), e, se lavoratori, anche ai diritti previsti dal reg. 492/2011, *relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione* (articoli 24 e 25 AR)[15].

Il diritto di soggiornare senza condizioni si perderà in caso di un'assenza di durata superiore a cinque anni continuativi. È, questa, una condizione più favorevole rispetto alla direttiva 2004/38, che invece prevede una durata più breve, pari a due anni, per le assenze che causano la perdita del diritto di soggiorno permanente. La differenza è spiegata come

---

[12] Si dia il caso di una persona che al termine del periodo di transizione risiedeva in uno Stato, per esempio per motivi di salute, oppure per frequentare un corso di studio, ma aveva conservato il diritto di soggiorno in un altro Stato. Secondo la direttiva 2004/38, le assenze non fanno perdere la continuità del soggiorno nei casi previsti dall'art. 16, par. 3, né il diritto di soggiorno permanente nel caso di cui all'art. 16, par. 4.

[13] Per la direttiva 2004/38 non è prevista una disposizione analoga all'art. 36 AR, in forza del quale le modifiche ai regolamenti 883/2004, *relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale*, e 987/2009, che ne stabilisce le modalità di applicazione, o i provvedimenti che li sostituissero, adottati dopo la fine del periodo di transizione, sono resi applicabili nei rapporti tra Stati membri e Regno Unito.

[14] L'AR prevede infatti che tutti i beneficiari che hanno soggiornato per cinque anni, indipendentemente da quando tale periodo ha avuto inizio, possano accedere allo status che *ex* art. 39 AR, deve essere garantito per tutta la loro vita.

[15] Di molti dei diritti del regolamento potranno beneficiare anche i lavoratori autonomi, non solo i salariati.

una sorta di compensazione per i beneficiari dell'AR, i quali se perdono lo status non lo possono più riacquistare[16], mentre il diritto di soggiorno permanente di cui alla direttiva 2004/38 può essere ottenuto più volte e in ogni caso sussiste il diritto di soggiornare nuovamente nello Stato dal quale ci si è assentati. Cinque anni è tra l'altro il periodo richiesto dal diritto dell'Unione per l'acquisto di uno status di soggiorno più sicuro, che sia quello della direttiva 2004/38 per i cittadini dell'Unione e i loro familiari, o quello della direttiva 2003/109 per i cittadini dei Paesi terzi.

Rispetto ai diritti di cui godevano prima del recesso, il diritto alla mobilità tra gli Stati, ossia il diritto di soggiorno in Stati membri diversi dal proprio o dallo Stato ospitante, non è più garantito. I cittadini UE potranno comunque esercitare i diritti connessi alla cittadinanza[17] e conservare lo status previsto dall'AR, ma ai cittadini del Regno Unito l'AR non conferisce il diritto alla mobilità nell'Unione di cui pur beneficiavano in precedenza[18]. In particolare, non avranno diritto di ingresso e soggiorno di breve periodo negli altri Stati dell'Unione allo stesso titolo dei cittadini dell'Unione, ma in quanto stranieri[19], e non avranno diritto al soggiorno per periodi superiori a tre mesi, né a cambiare lo Stato di residenza, pur continuando a lavorare nello Stato ospite, o a cambiare lo Stato di lavoro, pur continuando a soggiornare nello Stato ospitante. Anzi, l'accordo esclude la prestazione di servizi dal novero dei diritti garantiti, cosicché non sarà possibile esercitare un'attività economica in uno Stato diverso da quello ospitante neppure a titolo occasionale. La mobilità intra UE degli stranieri regolarmente presenti in uno Stato membro è tema al momento regolato in modo molto frammentario dal diritto UE[20]. I cittadini del Regno Unito, beneficiari dell'AR, in quanto assimilabili ai soggiornanti di

---

[16] E. SPAVENTA, *op. cit.*, p. 199.

[17] Ci si può chiedere se i cittadini che ritornano nel proprio Stato membro dal Regno Unito, divenuto Stato terzo, potranno beneficiare della giurisprudenza *Surinder Singh*, la quale comporta il diritto di essere raggiunti dal proprio familiare, perché non consentirlo potrebbe essere un ostacolo alla libera circolazione delle persone. Per ulteriori considerazioni su questo problema, si v. N. BERNARD, *op. cit.*

[18] Il Parlamento europeo auspicava che la mobilità intra UE fosse assicurata ai cittadini del Regno Unito beneficiari dell'AR dall'accordo sulle future relazioni (punto 19 della Risoluzione del 15 gennaio 2020 *sull'attuazione delle disposizioni relative ai diritti dei cittadini nell'accordo di recesso del Regno Unito*, P9_TA-PROV(2020)0006).

[19] Le condizioni per l'attraversamento delle frontiere interne sono stabilite dal Codice frontiere Schengen. Sul punto si v. A. DI PASCALE, *Respingimento dello straniero e controlli delle frontiere interne ed esterne nel diritto dell'UE*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2020, p. 1 ss.

[20] Sul punto si v. S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea: controllo delle frontiere, protezione internazionale, immigrazione regolare, rimpatri, relazioni esterne*, Torino, 2019, p. 211 ss.

lungo periodo di cui alla direttiva 2003/109, potrebbero godere del regime ivi previsto, che attribuisce un diritto di soggiorno negli altri Stati membri, benché subordinato a condizioni sostanziali e all'adempimento di formalità amministrative (art. 14 della direttiva).

Più limitato, rispetto allo status di cittadini dell'Unione, è il diritto al ricongiungimento familiare, che sarà regolato dal diritto nazionale, salvo in alcune ipotesi espressamente previste. In particolare, il diritto al ricongiungimento familiare spetterà al membro della famiglia ristretta (coniuge, ascendete o discendente), purché il vincolo di parentela sia sorto prima della fine del periodo di transizione, e potrà essere esercitato alle condizioni di cui all'art. 2, par. 2, della direttiva 2004/38[21]. Il partner, legato al beneficiario in una relazione stabile precedente alla fine del periodo di transizione, godrà del più limitato diritto a che il suo ingresso sia agevolato. Per i figli nati (o adottati) dopo il termine del periodo di transizione è previsto un diritto di soggiorno (se nati o adottati nello Stato ospitante) o al ricongiungimento (se nati o adottati in altro Stato), se minori di 21 o a carico, come previsto dall'art. 2, par. 2, lett. *c*) della direttiva 2004/38, purché rientrino in una delle tre ipotesi seguenti: 1) entrambi i genitori sono cittadini dell'Unione o cittadini del Regno Unito beneficiari dell'accordo di recesso; 2) i genitori sono uno beneficiario dell'accordo di recesso e l'altro cittadino dello Stato ospitante; 3) il genitore, beneficiario dell'accordo di recesso, è titolare di un diritto di affidamento esclusivo, congiunto o condiviso del minore. Di conseguenza, il coniuge, sposato dopo la fine del periodo di transizione, non gode di un diritto di ingresso e soggiorno a titolo dell'AR, neppure in quanto genitore del minore che invece beneficia di tale diritto.

Più limitata rispetto al diritto dell'Unione, è inoltre la protezione contro l'allontanamento assicurata ai beneficiari dall'AR. Ai sensi dell'art. 20, par. 2, AR, infatti, il comportamento "messo in atto dopo la fine del periodo di transizione, può costituire motivo di limitazione del diritto di soggiorno …, ai sensi della legislazione nazionale", mentre lo stesso comportamento, se messo in atto prima della fine del periodo di transizione, "è valutato conformemente al capo VI della direttiva 2004/38/CE" (art. 20, par. 1, AR). La disposizione, isolatamente presa, è chiara nel differenziare il parametro di valutazione della condotta, lasciando spazio al diritto nazionale per prevedere ipotesi di limitazione del diritto di soggiorno per motivi di ordine pubblico e pubblica sicurezza che non avrebbero potuto essere previsti in base al diritto dell'Unione. Una lettura così rigida potrebbe però essere ammorbidita se collegata all'art. 21 AR, il quale recita: "Le garanzie

[21] In sintesi, l'ascendente deve essere a carico del beneficiario, il discendente deve avere meno di 21 anni o essere a carico del beneficiario.

di cui all'articolo 15 e al capo VI della direttiva 2004/38/CE si applicano a tutti i provvedimenti dello Stato ospitante che limitano i diritti di soggiorno delle persone di cui all'art. 10 [ambito di applicazione personale] del presente accordo". Le garanzie previste dalla direttiva sono di carattere sia procedurale sia sostanziale. Il diritto dell'Unione, infatti, non regola i casi in cui il cittadino dell'Unione può essere espulso, ma stabilisce solo le garanzie che il diritto nazionale deve assicurare. Per il diritto UE, lo Stato che vietasse l'espulsione del cittadino dell'Unione, non commetterebbe alcuna violazione. Per la dottrina è pacifico che le garanzie procedurali si applicano[22]. Ma perché non anche le garanzie sostanziali? La risposta dipende da come si costruisce il rapporto tra art. 20 e art. 21. Se l'art. 20, par. 2, è norma speciale rispetto all'art. 21, deve essere interpretata in modo restrittivo. Quindi, sono inapplicabili solo quelle garanzie sostanziali che incidono direttamente sul modo in cui la norma nazionale è disegnata, non su come è applicata. In questo senso, non troverebbe applicazione la previsione della direttiva secondo cui "Il comportamento personale deve rappresentare una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave da pregiudicare un interesse fondamentale della società. Giustificazioni estranee al caso individuale o attinenti a ragioni di prevenzione generale non sono prese in considerazione" (art. 27, par. 2, seconda frase, dir. 2004/38). Il richiamo al diritto nazionale avrebbe inoltre l'effetto di escludere la rilevanza quella giurisprudenza della Corte di giustizia, non codificata nella direttiva 2004/38, che impone agli Stati di rispettare un certo parallelismo tra motivi di cessazione del diritto di soggiorno e repressione della condotta, nel senso che sarebbe in contrasto con il diritto dell'Unione prevedere che un comportamento che non è sanzionato se posto in essere da un cittadino nazionale, è motivo di allontanamento se tenuto da un cittadino dell'Unione[23].

3. Lo *status* assicurato dall'accordo di recesso, per quanto meno ricco di diritti di quello dei cittadini dell'Unione, è uno standard minimo che deve essere assicurato per tutta la vita ai beneficiari, a meno che essi lo perdano per assenze o per motivi di ordine pubblico o sicurezza pubblica. Merita allora riflettere su quali siano le garanzie che l'accordo di recesso prevede a questo proposito e su come assicurare che tale status rimanga omogeneo nei diversi Stati e non diverga con il passare del tempo, a causa dell'adozione di nuove disposizioni o dell'interpretazione data dai giudici nazionali. In sostanza, ci si interroga sui mezzi predisposti dall'AR cui ri-

[22] E. SPAVENTA, *op. cit.*, p. 200 s., che afferma che anche la garanzia derivante dal principio di proporzionalità è applicabile solo se prevista dal diritto nazionale.

[23] Sentenza del 10 maggio 1982, 115 e 116/81, *Adoui e Cornuaille*, punto 9.

correre se una parte contraente adotta una misura individuale o generale in contrasto con la parte seconda dell'AR. Il quesito, che lo studioso si pone per mettere alla prova i meccanismi di garanzia di questo come di qualunque altro accordo, non ha però una dimensione puramente astratta. Un fatto avvenuto nel Regno Unito, che non rientra nell'obiettivo del presente scritto analizzare nel dettaglio, ma solo segnalare, spinge infatti a guardare con occhio diverso a quello che avrebbe potuto limitarsi ad essere un mero esercizio teorico. Il governo britannico ha presentato un controverso progetto di legge che, per assicurare la tenuta del mercato comune alle quattro nazionali del Regno Unito, consente espressamente di non applicare le disposizioni del Protocollo su Irlanda/Irlanda del Nord, se confliggono con quelle nazionali[24]. Anche se poi il Primo Ministro britannico ha dichiarato che il progetto di legge sarebbe stato depurato delle disposizioni controverse[25], la vicenda conserva il valore di monito.

In via preliminare, bisogna ricordare che l'AR, quando rinvia al diritto nazionale, come a proposito della valutazione del comportamento personale ai fini della limitazione del diritto di soggiorno, non prevede espressamente una clausola di non regresso, per proteggere da modifiche legislative *in peius* i beneficiari. In via interpretativa, però, si potrebbe affermare che i diritti garantiti dall'AR, in quanto standard minimo, non possono essere svuotati di significato attraverso l'adozione di nuove disposizioni che ne compromettano seriamente la portata o l'esercizio.

Il valore delle disposizioni dell'AR negli ordinamenti interni è regolato dall'accordo stesso. Esse sono direttamente applicabili e prevalgono sul diritto nazionale (art. 4, rispettivamente par. 1 e par. 2, AR). Quelle che rinviano al diritto dell'Unione o a concetti del diritto dell'Unione devono essere interpretate e applicate secondo i metodi e i principi generali del diritto dell'Unione (art. 4, par. 3, AR), e conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia resa prima della fine del periodo di transizione (art.

---

[24] Il progetto, denominato *UK Internal Market Bill*, è stato criticato anche dalle nazioni del Regno Unito, che lamentano la perdita di autonomia che rischiano di subire (sul punto, si v. G. CARAVALE, *Una tempesta perfetta? La fine del periodo di transizione, l'emergenza sanitaria e il problema del mercato interno*, in *Nomos*, 2-2020, p. 2 ss.). Si v. Parlamento europeo, Think Tank, *UK Internal Market Bill and the Withdrawal Agreement*, 20 novembre 2020, europarl.europa.eu/thinktank/it/document.html?reference=EPRS_BRI%282020%29659359. La Commissione europea ha inviato una lettera di messa in mora per violazione dell'art. 5 AR: *Withdrawal Agreement: European Commission sends letter of formal notice to the United Kingdom for breach of its obligation*, IP/20/1798, 1° ottobre 2020.

[25] Si v. Joint statement by the co-chairs of the EU-UK Joint Committee, STATEMENT/20/2346, 8.12.2020.

4, par. 4, AR)[26]. Di quella resa dopo il 31.12.2020, il Regno Unito si limita a tenere debitamente conto (art. 4, par. 5, AR). Saranno però per esso vincolanti, anche se pronunciare dopo la fine del periodo di transizione, le pronunce della Corte, rese in via pregiudiziale su richiesta dei giudici britannici, o in procedimenti di infrazione contro il Regno Unito, se le cause sono state instaurate[27] prima del 31.12.2020 (art. 86 AR), o anche dopo, se vertono su violazioni di obblighi previsti dai Trattati, commesse dal Regno Unito quando era uno Stato membro e purché instaurate nei quattro anni successivi alla fine del periodo di transizione (art. 87 AR). Tra le cause pendenti promosse da giudici del Regno Unito[28], due riguardano l'interpretazione della direttiva 2004/38: la prima concerne l'art. 24, in un caso relativo ad un cittadino dell'Unione che si è trasferito dall'Irlanda al Regno Unito dove ha presentato istanza di fallimento, che sostiene sia discriminatoria l'impossibilità di escludere dal fallimento i diritti pensionistici derivanti da un regime irlandese[29]; la seconda l'art. 7, par. 1, e in particolare la legittimità della normativa nazionale sull'assicurazione sanitaria richiesta a un minore che soggiorna ai sensi della giurisprudenza *Teixeira*, cioè come figlio scolarizzato del lavoratore migrante[30]. La Commissione ha inoltre inviato due lettere di costituzione in mora relative alla non corretta attuazione della direttiva 2004/38, contestando nella prima la limitazione dei beneficiari e della possibilità di impugnare le decisioni che limitano la libera circolazione[31], e nella seconda la mancata considerazione, a favore dei cittadini dell'Unione europea non economicamente attivi, dell'affilia-

---

[26] In generale, oltre ai rilievi di M. DOUGAN, *op. cit.*, si v. A. DASHWOOD, The Withdrawal Agreement: Common Provisions, Governance and Dispute Settlement, in *European Law Review*, 2020, p. 183 ss.

[27] Ai sensi dell'art. 88, par. 3, AR, la data rilevante è quella della registrazione della causa presso la cancelleria.

[28] Una ricerca sul sito della Corte di giustizia, consultato il 10 dicembre 2020, restituisce 17 cause pendenti.

[29] Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla High Court of Justice Business and Property Courts of England and Wales, causa C-168/20, *Joint Trustee (1) in bankruptcy of Mr M. e Joint Trustee (2) in bankruptcy of Mr M. c. M, MH, ILA e M.*

[30] Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Appeals Service Northern Ireland, causa C-247/20, *VI c. Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs*, non ancora pubblicata in GUUE, ma accessibile dal sito curia. Giova ricordare che i diritti di soggiorno che derivano dalla giurisprudenza *Teixeira* (sentenza del 23 febbraio 2010, C-480/08) sono salvaguardati dall'AR, in base all'art. 9, lett. a), ii), se le condizioni dell'art. 10 sono soddisfatte.

[31] Commissione europea, *Pacchetto infrazioni di maggio*, INF/20/859, n. dell'infrazione 20202202.

zione al sistema sanitario nazionale, al fine di dimostrare la disponibilità di un'assicurazione malattie che copra tutti i rischi nello Stato ospitante[32].

L'AR non impone invece l'obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale all'AR, a meno di non farlo discendere come corollario dal principio del primato.

La Corte di giustizia resta competente ad interpretare le disposizioni dell'AR per gli Stati membri: l'accordo di recesso è senza dubbio diritto dell'Unione di cui la Corte assicura l'uniformità di interpretazione[33]. I giudici del Regno Unito però potranno, fino a otto anni dopo la fine del periodo di transizione, chiedere alla Corte di giustizia di interpretare la parte seconda dell'accordo (e solo questa), con una sentenza che avrà lo stesso valore di quelle rese *ex* art. 267 TFUE (art. 158 AR).

Per quanto riguarda gli Stati membri, le garanzie consuete possono essere usate per assicurare il rispetto dello status per i beneficiari dell'accordo di recesso. All'azione di infrazione, eventualmente su sollecitazione degli interessati[34], si affianca la possibilità della contestazione di fronte al giudice nazionale, con eventuale coinvolgimento della Corte in via pregiudiziale. Se le misure in contrasto con l'AR fossero invece adottate dalle istituzioni, la Corte potrebbe essere investita di un'azione di annullamento[35].

Meno certa, invece, è l'efficacia delle garanzie previste dall'accordo nel Regno Unito. Come ha messo in evidenza la dottrina[36], non è sufficiente che l'accordo affermi che le sue disposizioni godono di effetto diretto e di primato perché esse siano effettivamente applicate dalle autorità amministrative e giudiziarie e non siano superate da disposizioni legislative o regolamentari successive[37]. A ulteriore garanzia dei diritti dei cittadini dell'Unione nel Regno Unito, l'accordo di recesso prevede inoltre che il Regno Unito debba istituire un'autorità indipendente, sul modello della Commissione, competente a ricevere denunce di violazioni della parte se-

---

[32] Commissione europea, *Pacchetto infrazioni di ottobre*, INF/20/1687, n. dell'infrazione 20112054.

[33] Per interessanti considerazioni circa la natura dell'AR, si v. F. CASOLARI, *Il recesso dall'Unione europea: per una lettura dell'art. 50 TUE tra diritto sovranazionale e diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, p. 1006 ss.

[34] La nazionalità del denunciante non è rilevante. Il Regno Unito non avrà ovviamente più la possibilità di valersi dell'art. 259 TFUE.

[35] Per un esame della giurisprudenza sulla compatibilità con gli accordi conclusi dall'Unione di misure degli Stati e delle istituzioni, si v. M. MENDEZ, *The Enforcement of EU Agreements: Bolstering the Effectiveness of Treaty Law?*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 1719 ss.

[36] Si v., in particolare, S. SMISMANS, *EU Citizens' Rights post Brexit: Why Direct Effect beyond the EU is not Enough*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, p. 443 ss., ma tutti gli autori inglesi citati nelle note precedenti svolgono considerazioni analoghe.

[37] M. DOUGAN, *op. cit.*, p. 656 s.

conda dell'AR e in grado di agire in giudizio (art. 159 AR). Annualmente, la Commissione[38] e l'Autorità del Regno Unito informeranno il comitato dei diritti dei cittadini circa l'attuazione e l'applicazione della parte seconda e le denunce ricevute.

Se tali garanzie non fossero sufficienti e una parte ritenesse che l'altra non rispetta la parte seconda dell'AR, sorgerebbe una controversia che dovrebbe essere affrontata secondo le procedure previste in via esclusiva dall'accordo stesso[39]. In primo luogo, le parti devono rivolgersi al Comitato misto[40], che ha tra i suoi compiti quello di cercare una soluzione diplomatica ad ogni controversia insorga tra le parti. Ci si può domandare se questo organo, al fine di risolvere la controversia, possa prendere una decisione che modifica l'accordo oppure una decisione per precisare il significato della disposizione oggetto di disaccordo tra le parti. Il Comitato misto può adottare per consenso decisioni vincolanti nei casi previsti dall'art. 166 AR, che sono molto circoscritti[41]. Da menzionare, ai presenti fini, è l'ipotesi di cui all'art. 164, par. 5, lett. *d*), che consente l'adozione di decisioni che modificano anche la parte seconda, sino alla fine del quarto anno dopo il termine del periodo di transizione "purché tali modifiche siano necessarie per rettificare errori, omissioni o altre carenze o per risolvere situazioni impreviste al momento della firma [dell'accordo], e purché siffatte decisioni non siano tali da modificare gli elementi essenziali [dell'accordo]". Il Comitato misto ha invece un ampio potere di adottare raccomandazioni

---

[38] La Commissione deve riferire annualmente al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione e applicazione dell'accordo di recesso, in particolare della parte seconda: art. 2, par. 4, della decisione 2020/135 del Consiglio, del 30 gennaio 2020, *relativa alla conclusione dell'accordo di recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica*.

[39] Sul meccanismo di soluzione delle controversie nell'AR, oltre a A. DASHWOOD, *op. cit.*, e M. DOUGAN, op. cit., e si v. C. MAUBERNARD, *Le règlement des différends entre l'Union européenne et le Royaume-Uni après son retrait: un voyage vers l'inconnu*, in *Revue de l'Union européenne*, 2020, p. 417 ss., nonché P. MARIANI, Brexit *e il sistema di soluzione delle controversie nell'accordo di recesso dall'Unione europea: quale ruolo per la Corte di giustizia?*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2018, p. 441 ss.

[40] Il Comitato misto è l'organo principale istituito dall'accordo di recesso, ed è composto da rappresentanti del Regno Unito e dell'Unione. Organi analoghi sono previsti negli accordi che l'Unione conclude con Stati terzi. In generale, si v. E. RUFFER, *Interpretation, implementation and enforcement of association agreements: institutional structures, dispute settlement mechanisms and the jurisdiction of the Court of Justice of the EU*, in N. ŠIŠKOVÁ (ed.), *From Eastern Partnership to the Association. A Legal and Political Analysis*, Cambridge, 2014, p. 41 ss.

[41] Si v. A. DASHWOOD, *op. cit.*, p. 188 s., per una analisi di questi casi.

non vincolanti[42]. Quindi, per rispondere alla domanda sopra posta, sembra improbabile che il Comitato misto possa adottare una decisione vincolante, ma non è da escludere che adotti una raccomandazione.

Se invece le parti, senza ricorrere al Comitato misto, adottassero una dichiarazione congiunta per chiarire il significato della disposizione contestata, tale atto potrebbe costituire un elemento della prassi successiva di cui tenere conto nell'interpretazione dell'accordo di recesso, ai sensi dell'art. 31, par. 3, lett. *b*) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Per l'Unione e i suoi Stati membri l'adozione di tale dichiarazione dovrebbe ovviamente rispettare il diritto dell'Unione, sotto il profilo sia procedurale, sia sostanziale.

Nel caso di fallimento delle consultazioni nel Comitato misto, è possibile il ricorso all'arbitrato. L'AR contiene, infatti, una clausola compromissoria completa (art. 170 e 171 AR)[43]. Ai sensi dell'art. 174 AR, il collegio arbitrale potrà presentare una domanda pregiudiziale alla Corte di giustizia se la controversia solleva una questione di interpretazione di un concetto di diritto dell'Unione, di una disposizione del diritto dell'Unione cui l'AR rinvia oppure sulla conformità del Regno Unito agli obblighi derivanti da sentenze rese dalla Corte di giustizia *ex* art. 86 AR (cioè durante il periodo di transizione o anche in seguito, nei casi già ricordati). La sentenza sarà vincolante per il collegio arbitrale. Sulla base della formulazione letterale dell'art. 174, e senza dover affrontare la definizione della – assai criptica – locuzione "concetto di diritto dell'Unione", basti sottolineare che se la controversia vertesse sull'art. 20, par. 2, AR, che, come richiamato *supra*, rinvia al diritto nazionale per la valutazione dei comportamenti che i beneficiari dell'AR tengano dopo la fine del periodo di transizione, difficilmente sarebbe possibile un rinvio pregiudiziale alla Corte, al punto che viene da pensare che la complessa disposizione sia stata così formulata per escludere ogni possibile intervento della Corte di Lussemburgo.

Tornando al meccanismo di soluzione delle controversie dell'AR, il lodo arbitrale è vincolante per le parti (art. 181) e deve essere eseguito in buona fede (art. 175)[44]. Se l'attore ritiene che il convenuto soccombente

---

[42] Sul ruolo che gli organi previsti dagli accordi dell'Unione possono esercitare nel gestire le controversie tra le parti, si v. M. MELILLO, *Informal Dispute Resolution in Preferential Trade Agreements*, in *Journal of Word Trade*, 2019, p. 95 ss.

[43] Stringate norme procedurali sono contenute nella parte A dell'Allegato IX AR.

[44] Gli effetti di tali lodi nell'ordinamento dell'Unione possono essere ricavati dall'analisi della giurisprudenza e dei principi generali applicabili alle decisioni dei meccanismi di soluzione delle controversie previste in altri accordi cui l'Unione è vincolata. Sul punto, si v. A. DELGADO CASTELEIRO, *The Effects of International Dispute Settlements Decisions in EU Law*, in M. CREMONA, A. THIES, R. A. WESSEL (eds.), *The European Union and International Dispute Settlement*, Bloomsbury, 2017, p. 191.

non si sia conformato al lodo nel termine ragionevole, definito secondo le modalità dell'art. 176, può chiedere al collegio arbitrale di pronunciarsi in merito (art. 177). Si apre allora una seconda possibilità di presentare una domanda pregiudiziale alla Corte di giustizia, negli stessi termini già visti. Il collegio arbitrale può comminare al convenuto il pagamento di una somma forfettaria o di una penalità di mora. Se il convenuto non paga o non esegue il lodo, l'attore può sospendere in via temporanea gli obblighi derivanti dall'AR o da altri accordi tra le parti se questi lo consentono. Non possono però essere sospesi a titolo di contromisura gli obblighi derivanti dalla parte seconda dell'AR (art. 178, par. 2). L'avvenuta esecuzione del lodo porta alla cessazione della sospensione, ma non in modo automatico, bensì secondo le condizioni dell'art. 179, che prevede il coinvolgimento del collegio arbitrale, per valutare l'adeguatezza dell'adempimento, e apre alla possibilità di un terzo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

In conclusione, l'AR regola piuttosto minuziosamente sia gli effetti delle sue disposizioni nel diritto interno, sia i meccanismi di soluzione delle controversie. Limitato è però il ruolo degli individui e incerto il grado di efficacia che quelle disposizioni avranno effettivamente negli ordinamenti nazionali. Il recesso del Regno Unito, anche sotto questo aspetto, riserverà allo studioso nuove occasioni di riflessione.

ABSTRACT

RIGHTS OF RESIDENCE UNDER THE WITHDRAWAL AGREEMENT OF THE UNITED KINGDOM FROM THE EUROPEAN UNION: A LIFE-LONG PROTECTION

At the end of the transition period, part two of the withdrawal agreement enters into force. It aims to allow UK citizens residing in one of the Member States of the Union or EU citizens residing in the UK maintain the right of residence as acquired under EU law and enjoy this right for all their life. The paper will first analyze the rights granted by part two of the withdrawal agreement and compare them to the rights the beneficiaries would have been entitled to according to EU law, and secondly how the withdrawal agreement guarantees that these rights are not modified by the contracting parties to the detriment of the beneficiaries.

IL DIRITTO DI SOGGIORNO SECONDO L'ACCORDO DI RECESSO DEL REGNO UNITO DALLA UE: UNA PROTEZIONE PER TUTTO L'ARCO DELLA VITA

Con la fine del periodo di transizione, entrerà in vigore la parte seconda dell'accordo di recesso, che mira a conservare i diritti dei cittadini dell'Unione nel Regno Unito del Regno Unito negli Stati membri dell'Unione, attraverso la concessione di uno status che è destinato a durare per tutta la vita dei beneficiari. L'articolo intende confrontare i diritti attribuiti ai beneficiari dell'accordo con quelli di cui godrebbero se potessero ancora invocare i diritti connessi alla cittadinanza dell'Unione, e riflettere su quali siano i meccanismi che l'accordo di recesso prevede per proteggere i beneficiari da modifiche *in peius* poste in essere dalle parti contraenti.

Matteo Ortino*

Il variegato ricorso dell'UE ad elementi esterni per la disciplina del commercio internazionale e i suoi riflessi su *Brexit*

SOMMARIO: 1. – Introduzione. – 2. Le norme tecniche. – 3. Paesi terzi e le norme tecniche nel 'nuovo quadro legislativo'. – 4. Gli accordi internazionali di mutuo riconoscimento: il caso dei prodotti farmaceutici. – 5. Le decisioni di equivalenza di regimi giuridici stranieri: il caso dei servizi finanziari. – 6. Conclusioni.

1. La *Brexit* offre lo spunto per mettere in evidenza l'eterogeneo ecosistema giuridico di cui l'ordinamento dell'Unione europea (UE) si avvale per regolare il commercio di merci e servizi con Paesi terzi. Anche ove ci si soffermi su singoli segmenti di tale ecosistema, ad esempio su particolari norme (come le *norme tecniche* a cui le merci e servizi devono conformarsi per accedere legittimamente al mercato interno UE) oppure su determinati settori economici (come quello farmaceutico o dei servizi finanziari), emerge immediatamente la varietà delle sue componenti e articolazioni.

Quanto appena rilevato deriva anzitutto dall'esigenza dell'UE di garantire l'assolvimento delle funzioni basilari di ogni ordinamento giuridico, ossia la produzione di regole e il controllo del loro rispetto. A tale fine, in relazione al commercio internazionale, l'ordinamento UE ha bisogno di fare ricorso ad una varietà di soggetti, procedimenti e strumenti. Per riassumere in forma schematica, è possibile evidenziare come l'ecosistema giuridico rilevante nei rapporti internazionali dell'UE sia composto, tra l'altro, da:

a) varie tipologie di regole, tra cui le norme giuridiche e le norme tecniche, pubbliche o private;

b) vari livelli ordinamentali dell'UE e nazionali;

c) vari attori coinvolti, tra cui: istituzioni UE, agenzie e organismi UE, autorità nazionali, organismi privati europei, organismi privati nazionali e organizzazioni internazionali;

d) varie 'categorie' di Stati: gli Stati membri dell'UE, gli Stati membri dello Spazio economico europeo (SEE) o della sola Associazione europea di libero scambio (EFTA), Stati terzi connessi all'UE da accordi internazionali bilaterali, Stati membri dell'organizzazione mondiale del commercio (WTO), ecc.

---

* Professore associato di Diritto dell'economia presso l'Università di Verona.

e) vari procedimenti regolatori e di controllo delle regole: il c.d. nuovo approccio, oggi 'nuovo quadro legislativo (*new legislative framework*), gli accordi bilaterali internazionali di mutuo riconoscimento, le decisioni unilaterali UE di equivalenza, ecc.

In particolare, è opportuno se non indispensabile che alle attività di regolazione e/o a quella di controllo, strumentali alla disciplina dei rapporti commerciali internazionali dell'UE, partecipino anche soggetti pubblici e/o stranieri (cioè, di Paesi terzi). La necessità di effettuare una sorta di 'delega' (non in senso tecnico) a tali soggetti esterni deriva soprattutto da considerazioni pratiche, dall'esigenza di alleggerire il lavoro delle autorità pubbliche interne all'UE e ai suoi Stati membri. Tali 'deleghe' sono almeno in parte disciplinate dall'UE per quanto attiene i limiti e le modalità di esercizio, fissando il tipo di regole interessate dalla delega, i soggetti deputati alla loro elaborazione e/o al controllo della loro osservanza, i procedimenti da seguire nell'esercizio di tali attività, gli Stati terzi ed eventualmente le organizzazioni internazionali in materia di commercio transfrontaliero coinvolti nella delega.

Una panoramica di questo tipo, sebbene solo abbozzata, può essere utile a dare una prima idea delle varie opzioni tecniche a disposizione del Regno Unito e dell'Unione per accordarsi sui loro rapporti giuridici e commerciali *post Brexit* per quello che riguarda anche solo determinate discipline (es. le norme tecniche) o determinati settori (es. quello farmaceutico e dei servizi finanziari). Allo stesso fine, a titolo illustrativo, merita soffermarsi su alcune delle principali articolazioni mediante le quali l'UE disciplina gli scambi con Paesi terzi. Sono articolazioni che possono essere rappresentate con cerchi concentrici, in cui al centro si colloca l'UE; e a seconda del grado decrescente di integrazione giuridica e commerciale tra il Paese terzo e quest'ultima, il primo è posizionato in cerchi sempre più lontani dal centro, sebbene a questo in qualche modo e misura comunque connesso. Anzi, per una rappresentazione più granulare e allo stesso tempo per un approccio analitico più adeguato è probabilmente utile fare ricorso al concetto e allo studio delle reti: l'Unione costituisce il nodo centrale a cui sono collegati in vario modo gli Stati terzi, a mo' di nodi decentrati. Le singole connessioni presentano uno spessore diverso a seconda della quantità e della qualità di interazione e integrazione presente tra l'UE e lo Stato terzo (o raggruppamento di Stati terzi).

2. Una delle articolazioni più interessanti della disciplina UE dei rapporti commerciali con Paesi terzi è quella che attiene alle norme tecniche private e il nuovo quadro legislativo.

Due parole di inquadramento sembrano opportune. Una componente fondamentale dell'economia, e in particolare del commercio transfrontaliero di merci e servizi, è costituita dalle norme tecniche, di natura volontaria, elaborate da privati o da soggetti pubblici. Nello specificare generalmente gli aspetti più prettamente tecnici di una disciplina normativa o comunque di scelte politiche di fondo adottate dall'autorità pubblica, nazionale, internazionale o sovranazionale, e nonostante la mancanza di vincolatività giuridica formale, tali norme infatti possono avere un impatto notevole non solo sull'attività produttiva e commerciale privata, ma anche sulla capacità di un determinato settore economico di autoregolarsi (in particolare tramite norme tecniche private) e sulle funzioni normative dei pubblici poteri.

Le norme tecniche possono essere distinte e raggruppate sulla base di vari criteri, tra i quali vi sono le caratteristiche e la natura (pubblica o privata) del 'regolatore', e l'ambito geografico-giurisdizionale in cui lo stesso opera. Alcune norme sono prodotte all'interno di organismi di normalizzazione che sono in qualche modo riconosciuti dall'autorità pubblica (nazionale, regionale o internazionale), mentre altre norme sono prodotte da altri soggetti, privi di un tale 'riconoscimento'[1]. Per quanto attiene ai primi, i principali organismi privati di normalizzazione a livello internazionale ed europeo sono rispettivamente *l'International Organization for Standardization* (ISO) e *l'European Committee for Standardization* (CEN) e l'*European Committee for Electrotechnical Standardization* (CENELEC). A livello nazionale, si può fare l'esempio del *British Standard Institution* (BSI). Gli organismi internazionali e europei sono composti dai delegati di organismi nazionali. Tra gli organismi pubblici di elaborazione di norme tecniche si può ricordare la *Codex Alimentarius Commission* e il Comitato di Basilea di vigilanza bancaria.

Per quanto riguarda invece i secondi, un esempio tra i tanti possibili è il GLOBAL G.A.P., un organismo privato, rappresentativo di produttori e venditori di prodotti agricoli, che elabora norme per la certificazione dell'intero processo produttivo, a partire dagli input utilizzati fino al momento in cui il prodotto esce dall'impresa agricola. Nel prosieguo, l'analisi si concentrerà sui primi, di natura privata, e in particolare su quelli europei, vista la loro stretta rilevanza con il tema dei rapporti giuridici e commerciali tra il Regno Unito e gli altri Paesi europei dopo *Brexit*.

Il sistema di norme tecniche in Europa (come quelle internazionali) si basa su pilastri nazionali, che sono gli organismi nazionali di normalizzazione, membri delle organizzazioni europee (e internazionali). Un organismo nazionale di normalizzazione è lo sportello unico per tutte le parti in-

[1] P. MAVROIDIS, R. WOLFE, *Private Standards and the WTO: Reclusive no More*, in *World Trade Review*, 2017, p. 1 ss.

teressate ed è il principale punto di accesso al sistema concordato, che comprende la normazione regionale (e internazionale). In Europa, è responsabilità dei membri nazionali delle organizzazioni europee di implementare le norme europee come norme nazionali. Gli organismi nazionali di normalizzazione distribuiscono e vendono la norma europea implementata e devono ritirare qualsiasi norma nazionale in conflitto.

Nel diritto dell'UE, una distinzione importante è quella tra norme armonizzate e norme non armonizzate. Le prime, a differenza delle seconde, sono adottate da uno degli organismi europei di normalizzazione sulla base di una richiesta presentata dalla Commissione, e intendono essere quindi delle specifiche tecniche di obblighi previsti dalla legislazione UE. Un prodotto conforme a tali norme tecniche, e quindi a tali specifiche, soddisfa la presunzione di conformità alla normativa UE, e in quanto tale può liberamente circolare ed essere venduto in tutti gli Stati dell'UE (in base al 'nuovo approccio' all'armonizzazione adottato dalla UE dalla seconda metà degli anni Ottanta del secolo scorso, su cui ritorneremo *infra*).

Le norme tecniche sono, per definizione, volontarie. La decisione da parte di un produttore o di un prestatore di osservare una norma tecnica è assunta sulla base di un'analisi costi/benefici. Questi ultimi derivano in gran parte dalla possibilità di ridurre i costi transattivi, in quanto la conformità a determinate norme facilita la commercializzazione del prodotto, sul piano economico, legale e/o del marketing, nei rapporti interprofessionali (B2B) e/o in quelli con i consumatori (B2C), a livello interno ma soprattutto internazionale. Sul piano legale, come già detto, la conformità di un prodotto ad una norma armonizzata europea permette al produttore in uno Stato membro dell'UE, ma anche al produttore extra-europeo, di vendere tale prodotto in tutti i Paesi membri dell'UE e in altri paesi europei (che più avanti specificheremo) senza dover modificare le specifiche tecniche dello stesso a seconda del mercato nazionale di destinazione. A di là di tali effetto 'liberalizzante', l'adesione a norme tecniche può rispondere anche ad altre esigenze di mercato (es. assicurazioni in termini di sicurezza o di corretto funzionamento a beneficio dell'acquirente, rispondenza a determinati desiderata dei consumatori).

3. Per quanto riguarda le norme tecniche, uno dei gruppi di Stati terzi che risulta più integrato all'UE è quello incluso nel funzionamento del nuovo quadro legislativo[2]. Quest'ultimo è la versione aggiornata del 'nuovo

[2] Il "nuovo quadro legislativo" del 9 luglio 2008 consiste nel regolamento (CE) 765/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 luglio 2008, che definisce i requisiti per l'accreditamento e la sorveglianza del mercato relativi alla commercializzazione dei prodotti; decisione 768/2008/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 luglio 2008, su un quadro comune per la commercializzazione dei prodotti; e regolamento (CE) 764/2008

approccio' già sopra menzionato, in base al quale il legislatore UE si limita ad armonizzare i requisiti essenziali di una determinata normativa disciplinante determinati prodotti, prevedendo allo stesso tempo il ricorso ad altri soggetti, ed in particolare alle tre organizzazioni europee di normazione (CEN, CENELEC e ETSI[3], indicate complessivamente con l'acronimo inglese ESOs) e ai c.d. organismi notificati, per l'esercizio delle attività, rispettivamente, di elaborazione delle norme tecniche idonee a specificare i requisiti essenziali e di verifica che un determinato prodotto sia comunque conforme agli stessi requisiti. Con la marchiatura CE un produttore, in determinati settori merceologici, certifica che il proprio prodotto è conforme ai requisiti tecnici previsti dalla normativa UE, o in quanto ha adottato le norme elaborate dalle ESOs, o in quanto ha seguito altre norme tecniche certificate da un organismo notificato.

Ciò che rileva ai nostri fini è che le suddette organizzazioni europee di normazione vedono tra i loro membri anche organismi nazionali di normazione di Paesi terzi, e che gli organismi notificati ai quali i produttori possono rivolgersi per la suddetta verifica possono essere anche organismi collocati in Paesi terzi. Per quanto riguarda il CEN e il CENELEC si tratta di organismi nazionali provenienti da Paesi terzi che fanno parte dell'EFTA e dei Paesi "likely to become members of European Union or EFTA"[4]. Inoltre, vi sono di organismi altri Paesi terzi, anche non europei, 'affiliati' all'organizzazione di normazione.

Di conseguenza, anche tali Paesi terzi sono "rappresentati" (quanto meno sul piano dell'*expertise* e delle caratteristiche tecniche e di mercato nazionali) nel processo normativo UE (per quanto riguarda l'attività delle ESOs), e sono "autonomi" sul piano della certificazione dei prodotti sulla base della quale possono circolare liberamente in tutto il mercato UE-SEE (nel senso che i produttori di un Paese terzo non hanno bisogno di rivolgersi ad un certificatore di uno Stato membro dell'UE).

Sebbene non soddisfi più i requisiti per essere membro a pieno titolo del CEN e CENELEC, è molto verosimile che l'organismo di normazione britannico, il *British Standards Institution*, rimarrà comunque coinvolto a diverso titolo nelle attività di normazione di tali organizzazioni. Infatti, come accennato, negli ultimi anni vi è stata un'apertura verso organismi nazionali provenienti da altri Paesi terzi, che sono stati in qualche modo affiliati alle suddette organizzazioni. Inoltre, visto che una parte delle norme tecniche europee discende in realtà da quanto deciso a livello interna-

---

del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 luglio 2008, che stabilisce procedure relative all'applicazione di alcune norme tecniche nazionali a prodotti legalmente commercializzati in un altro Stato membro.

[3] *European Communications Standards Institute*.

[4] Così l'art. 7.1 dello Statuto del CEN.

zionale in seno all'ISO, ove il BSI rimane membro a pieno titolo, è possibile ritenere che l'allontanamento del Regno Unito dall'*hub* normativo UE potrà essere in qualche misura attenuato.

4. Il meccanismo delle norme tecniche affidate ad organismi privati si applica solo a certe categorie di merci. Non è esteso in particolare a quei settori nei quali i rischi sono molto alti e particolarmente complessi, e che quindi si ritiene esigano un ruolo più diretto e pervasivo del regolatore pubblico, anche tramite un'apposita agenzia di regolazione e controllo. Si tratta per esempio del settore farmaceutico, dei pesticidi e delle auto.

In simili settori, per agevolare il commercio transfrontaliero da e verso l'UE, e allo stesso tempo garantire la sicurezza dei prodotti, si fa ricorso tra l'altro agli accordi bilaterali di mutuo riconoscimento. Anche in questo caso, come in quello di cui al precedente paragrafo, l'UE si affida ad organismi esterni e, in queste ipotesi, stranieri, per l'esercizio di determinate attività relative alle norme tecniche. A differenza del nuovo approccio, tuttavia, nella loro versione comune, gli accordi bilaterali in parola prevedono il mutuo riconoscimento non delle rispettive normative tecniche o giuridiche (sebbene non sia escluso che essi facciano riferimento anche a norme armonizzate o a standard globali elaborati da privati o da organismi pubblici[5]), quanto piuttosto delle attività di verifica svolte all'estero dell'osservanza delle sue norme da parte del produttore straniero.

Più precisamente, gli accordi di mutuo riconoscimento stabiliscono le condizioni in base alle quali una Parte (l'UE) accetterà i risultati della valutazione di conformità eseguiti dagli organismi di certificazione e di ispezione designati dell'altra parte (paese non membro) per dimostrare la conformità ai requisiti del primo (l'UE), e viceversa. Tali accordi comprendono elenchi pertinenti di laboratori designati, organismi di ispezione e organismi di valutazione di conformità sia nell'UE che nel paese terzo.

Nel settore farmaceutico, per esempio, l'UE ha stipulato accordi di mutuo riconoscimento con vari Paesi terzi (Canada, Giappone, Stati Uniti, Australia, Nuova Zelanda, Israele, Svizzera), al fine tra l'altro di facilitare l'accesso a mercati stranieri di farmaci e di promuovere la convergenza di sistemi di controllo. L'oggetto del mutuo riconoscimento sono i sistemi di certificazione dei farmaci e i sistemi di ispezione delle buone pratiche di fabbricazione (*good manufacturing practices*). Tramite tali accordi i Paesi interessati riconoscono come equivalenti i sistemi di certificazione e di ispezione, e si impegnano a mantenerli equivalenti. Gli accordi permettono

[5] In tema di prodotti farmaceutici, per es., vi sono le *good manufacturing practices* 'globali' elaborate in seno all'Organizzazione mondiale della sanità, che servono da modelli di base per le norme tecniche nazionali relative alle modalità di fabbricazioni dei farmaci all'insegna della sicurezza.

alle autorità UE e a quelle del paese terzo di fare reciproco affidamento sui sistemi di controllo stranieri, per verificare il rispetto delle buone pratiche di fabbricazione[6], scambiarsi informazioni sulle ispezioni effettuate e sui difetti rilevati, ed evitare la duplicazione di controlli sui prodotti al momento dell'importazione (essendo tali controlli effettuati nel paese di fabbricazione dall'autorità competente di tale paese).

L'accordo bilaterale di mutuo riconoscimento tra il Regno Unito e l'UE è una delle opzioni possibili per gestire, anche solo per singoli settori, i nuovi rapporti tra le due giurisdizioni. Proprio in materia farmaceutica, l'opportunità di ricorrere a tale strumento, anche a prescindere da accordi più ampi, è stata invocata pubblicamente da esponenti dell'industria farmaceutica, in considerazioni dell'importanza di mantenere stretta la collaborazione internazionale in questo ambito, di importanza commerciale e soprattutto sociale[7].

5. Vi è un terzo regime nel quale l'UE, al fine di regolare e facilitare il commercio tra il mercato interno e i mercati extra-UE, si avvale dell'attività normativa e/o di controllo esercitata da soggetti in Paesi terzi. È quello dell'equivalenza.

Si tratta di un processo nel quale la Commissione europea valuta e stabilisce unilateralmente che il sistema giuridico di uno Stato terzo – relativamente ad un determinato settore, come quello dei servizi finanziari – sul piano normativo, della vigilanza e dell'enforcement è da considerarsi equivalente a quello corrispondente dell'UE. In questo caso, tra l'UE e lo Stato terzo non vi sono regimi normativi necessariamente identici (come invece il regime del nuovo approccio), né ci si limita a riconoscere come equivalente il sistema di controlli (come invece nel caso degli accordi di mutuo riconoscimento). Da un lato, non si tratta di identità ma di equivalenza, la cui determinazione si basa sulla capacità del sistema giuridico straniero di realizzare certi risultati, come quello di tutelare la stabilità del sistema bancario, tenendo conto degli specifici rischi presenti in tale sistema. La valutazione di equivalenza, quindi, non può che essere, così come per gli accordi di mutuo riconoscimento, effettuata caso per caso. Dall'altro lato, non ci si limita a ricorrere al sistema di controllo straniero, bensì ci si affida all'ordinamento straniero anche per quanto riguarda la normativa sostan-

[6] Per quanto riguarda l'ordinamento UE, compreso il SEE, v. la direttiva 2003/94/CE della Commissione, dell'8 ottobre 2003, che stabilisce i principi e le linee direttrici delle buone prassi di fabbricazione relative ai medicinali per uso umano e ai medicinali per uso umano in fase di sperimentazione.

[7] Si veda ad es. la lettera aperta invitata alle istituzioni UE e al governo britannico dall'industria biotecnologica e farmaceutica a favore della conclusione di un accordo di mutuo riconoscimento, www.efpia.eu/news-events/the-efpia-view/statements-press-releases/need-for-a-mutual-recognition-agreement-between-the-eu-and-uk/.

ziale applicabile, se ritenuta funzionalmente equivalente. Dal riconoscimento di equivalenza, ad es. del diritto dei servizi finanziari del paese terzo, deriva che i soggetti regolati stranieri potranno evitare di duplicare oneri normativi, così come, se così stabilisce la Commissione, potranno operare nell'UE rimanendo sottoposti al regime giuridico del paese di provenienza[8].

Gli obiettivi che l'UE intende perseguire mediante il riconoscimento di equivalenza in ambito di intermediazione finanziaria sono sostanzialmente assimilabili a quelli dei regimi di cui ai precedenti paragrafi. E cioè, conciliare l'integrazione tra il mercato UE e quelli extra-UE con la contestuale protezione degli interessi pubblici sottesi alla relativa disciplina (es. la stabilità finanziaria e la protezione degli utenti dei servizi finanziari); promuovere la convergenza regolatoria verso norme internazionali; e infine, dare impulso alla cooperazione con le autorità di vigilanza di Paesi terzi.

L'applicazione del regime di equivalenza per gestire i rapporti tra l'UE e il Regno Unito avrebbe notevoli vantaggi per entrambi, in particolare in materia di servizi finanziari. Tale regime costituisce uno degli scenari più realistici mediante il quale evitare una riduzione drastica del grado di integrazione raggiunto tra il Regno Unito e l'UE nel campo dei servizi finanziari. Riduzione che si avrebbe certamente ove i rapporti tra il Regno Unito e l'UE ricadessero semplicemente nel quadro dell'Organizzazione mondiale del commercio, e più specificamente dell'Accordo GATS. La liberalizzazione internazionale dei servizi, e in particolare dei servizi finanziari, realizzata per mezzo di tale Accordo è stata fino ad ora estremamente limitata.

È uno scenario tra i più realistici, come detto, ma non di facile realizzazione. Alla base del problema vi è essenzialmente il vizio genetico della campagna pro-*Brexit* e della stessa posizione tenuta dal Regno Unito nei negoziati con l'UE. E cioè la contraddizione di voler (continuare a) beneficiare dell'integrazione commerciale con il mercato UE, a cui cioè poter avere libero accesso, rivendicando però allo stesso tempo la volontà di riconquistare l'autonomia nell'esercizio dei propri poteri normativi e giurisdizionali. È evidente che si ricade nel tentativo mai fino ad oggi riuscito di fare quadrare il cerchio. Non si tratta di impedimenti di natura meramente politica: l'equivalenza dei regimi normativi stranieri per essere riconosciuta dalla UE presuppone oggettivamente il mantenimento di una convergenza – abbiamo detto di natura funzionale – del sistema giuridico britannico (es.

[8] Le decisioni di equivalenza della Commissione possono prevedere condizioni o limiti, in relazione agli obiettivi perseguiti dalla concessione del riconoscimento. Sul tema v. J. DESLANDES, C. DIAS, M. MAGNUS, *Third Country Equivalence in EU Banking and Financial Regulation*, In-Depth Analysis European Parliament, 2019.

in tema di servizi finanziari) con quello UE[9]. Vista la forte dinamicità del diritto, in particolare in settori attraversati da un forte carica innovativa, come quello finanziario, lo sforzo tecnico e politico necessario a mantenere equivalenti i due sistemi col passare del tempo sarebbe certamente immane. L'equivalenza sarebbe poi preclusa ove prevalesse l'orientamento (politico e di pensiero economico) a favore di un approccio fortemente liberistico teso alla deregolamentazione del sistema finanziario britannico al fine di creare una sorta di centro bancario *off-shore* mondiale, combinato con un omologo in campo tributario, che faccia concorrenza agli altri centri finanziari mondiali secondo la logica del ribasso.

6. Abbiamo sopra accennato alla contraddizione che si trova alla radice della posizione britannica di mirare allo stesso tempo all'integrazione economica e all'autonomia giuridica. È una contraddizione insanabile in quanto dimensione economica e giuridica non sono scindibili, ma in buona parte le due facce della stessa medaglia. Questo vale tanto per il commercio di manufatti semplici, come i giocattoli, che hanno comunque bisogno di essere prodotti secondo adeguate norme tecniche a tutela *in primis* della salute dei consumatori; quanto per le merci più complesse, come i medicinali, e ancora di più per i servizi, il cui contenuto in buona parte consiste proprio nella condotta imposta dall'ordinamento.

Riteniamo che, sul piano giuridico, e anche su quello politico, l'unica via di uscita delle negoziazioni relative a *Brexit* tra le parti in gioco che non elida molti dei benefici dell'integrazione economico-giuridica finora raggiunta in questi decenni, non possa che passare dalla diversità e dall'articolazione delle soluzioni. Per fattori giuridici ed extra-giuridici, il risultato finale in termini di autonomia/integrazione su cui, almeno nel lungo termine, sarà vario, e quindi non monocolore né uniforme. Diversi saranno gli strumenti giuridici a cui si ricorrerà per realizzare l'autonomia e conservare l'integrazione, così come diversa sarà la misura in cui sarà realizzata. Inoltre, diverso sarà il modo e l'intensità con cui l'UE continuerà a ricorrere ad elementi esterni, privati e pubblici, tra cui quelli localizzati nel Regno Unito, per mantenere il flusso degli scambi transfrontalieri. La diversità corrisponderà tra l'altro al tipo di bene o settore interessato dal commercio transfrontaliero e alla tipologia di intervento regolatore del commercio che si riterrà necessario.

---

[9] In materia di servizi finanziari, il ruolo principale di monitorare, dopo la decisione della Commissione, il mantenimento delle condizioni di equivalenza del sistema giuridico-finanziario straniero (con una particolare attenzione ai rischi per la stabilità finanziaria, l'integrità del mercato, la protezione dell'investitore e il funzionamento del mercato interno) è stato affidato dal legislatore UE alle competenti Agenzie europee (l'EBA, l'ESMA e l'EIOPA). V. l'art. 33, par. 3, dei regolamenti fondativi, n. 1093, 1094, 1095 del 2010, recentemente emendati sul punto.

È probabile quindi che, soprattutto nel medio-lungo termine, il rapporto tra il Regno Unito e UE sarà un mosaico di regimi legali, invece che un accordo monolitico o un *no-deal* assoluto. Gli esiti dipenderanno tra l'altro dal tipo di settore economico e da quanto densa è, e di quali strumenti giuridici si avvale, la pertinente normativa giuridica ritenuta necessaria per la tutela degli interessi pubblici connessi a quel settore. Certamente, uno degli aspetti ricorrenti, sebbene in varie forme e gradi, sarà il ricorso dell'UE a soggetti, sistemi giuridici e meccanismi esterni per regolamentare il proprio commercio transfrontaliero.

ABSTRACT

THE EU AND THE MANY WAYS IT RELIES ON FOREIGN ELEMENTS TO REGULATE INTERNATIONAL TRADE. SOME IMPLICATIONS FOR BREXIT

It is likely that, especially in the medium-long run, the relationship between the UK and the EU will be a patchwork of legal regimes, as opposed to a monolithic deal or an absolute no deal. The outcome(s) will depend inter alia on the type of economic sector and on how thick is the relevant legal rulebook needed for the protection of the public interests connected to that sector. One of the aspects that will be recurring, although in various forms and degrees, will be the EU's reliance on external actors, legal systems and mechanism to regulate its cross-border trade.

IL VARIEGATO RICORSO DELL'UE AD ELEMENTI ESTERNI PER LA DISCIPLINA DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE E I SUOI RIFLESSI SU BREXIT

È probabile che, soprattutto nel medio-lungo termine, il rapporto tra il Regno Unito e UE sarà un mosaico di regimi legali, invece di un accordo monolitico o di un *no-deal* assoluto. Gli esiti dipenderanno tra l'altro dal tipo di settore economico e da quanto densa è la pertinente normativa giuridica ritenuta necessaria per la tutela degli interessi pubblici connessi a quel settore. Uno degli aspetti ricorrenti, sebbene in varie forme e gradi, sarà il ricorso dell'UE a soggetti, sistemi giuridici e meccanismi esterni per regolamentare il proprio commercio transfrontaliero.

Jacques Ziller[**]

Brexit: avere o non avere un accordo[*]

SOMMARIO: 1. Perché accordi sono importanti – 2. L'accordo in vigore: l'Accordo di recesso. – 3. Le sfide per il futuro: l'attuazione della dichiarazione politica. - 4. Cosa succede se non c'è un ulteriore accordo: la fiducia e il *blame game.*

1. Al momento della stesura della presente nota (11 dicembre 2020) non è possibile dire se i negoziati tra il Regno Unito e l'Unione europea (UE) avviati nel febbraio di quest'anno avranno un esito positivo, ovvero se ci sarà o meno un accordo sulle relazioni tra le due parti che potrà entrare in vigore il 1° gennaio 2021. Questa data è cruciale in quanto il 31 dicembre a mezzanotte termina il periodo di transizione durante il quale il diritto dell'UE ha continuato ad applicarsi al Regno Unito come prima del ritiro - ad eccezione delle disposizioni istituzionali.

Dal 1° febbraio 2020 il Regno Unito non è più uno Stato membro dell'UE e per questo motivo non ha più rappresentanti nelle istituzioni, negli organi, e organismi dell'UE e non partecipa più al suo sistema decisionale. Tuttavia, sulla base dell'accordo di recesso entrato in vigore il 1° febbraio 2020[1] fino alla fine del 2020, il Regno Unito è membro a pieno titolo dell'unione doganale[2] e del mercato interno: la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali è garantita, le regole di concorrenza sono ancora applicabili; lo stesso vale per tutte le politiche diverse dalla politica monetaria e da quelle relative all'assenza di controlli alle frontiere interne per le persone, nonché per la politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne, di cui il Regno Unito è stato esentato ai sensi del protocollo (n. 21) sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Al momento della sua entrata in vigore, l'accordo di recesso è diventato un trattato internazionale a pieno titolo tra il Regno Unito da una parte e l'UE dall'altra. Esso rimarrà in vigore a tempo indeterminato, fatti salvi i

---

[**] Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Pavia: jacques.ziller@univp.it. Former Professeur à l'Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne and Professor at the European University Institute, Florence.

[*] Una versione in lingua inglese è stata pubblicata sulla Rivista CERIDAP il 29 novembre 2020: ceridap.eu/brexit-to-have-or-not-to-have-a-deal/.

[1] Accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica, disponibile online sul sito .https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A22020A0131%2801%29.

[2] Tuttavia, come anche la Turchia, il Regno Unito non partecipa più alle decisioni che stabiliscono i dazi doganali adottate dalle istituzioni dell'UE.

principi codificati dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, come l'articolo 62 sul cambiamento fondamentale delle circostanze. Tutte quelle disposizioni dell'accordo di recesso che non sono strettamente dedicate al recesso stesso e al periodo di transizione rimarranno in vigore e quindi il Regno Unito dovrebbe mantenere un rapporto molto speciale con l'UE, qualunque cosa accada.

Per il resto si applicherà il diritto internazionale generale, così come i trattati di cui sia il Regno Unito che l'UE sono parti, come l'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio (GATT), l'Accordo che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio (WTO), gli aspetti relativi al commercio dei diritti di proprietà intellettuale (GATS), ecc., che sono solitamente indicati come regole dell'OMC, e un numero molto importante di trattati multilaterali in settori quali la protezione dell'ambiente e il cambiamento climatico, ecc.

Qualunque cosa accada, le relazioni tra il Regno Unito e l'UE e i suoi Stati membri continueranno ad essere regolate dal diritto internazionale – trattati e diritto consuetudinario, nonché dai principi generali del diritto internazionale – e sottoposte ai meccanismi di *governance* e di risoluzione delle controversie del diritto internazionale. Allora perché negoziare un altro accordo? Sia l'UE che il Regno Unito hanno concordato, nella dichiarazione politica[3] firmata il 24 gennaio 2020 insieme all'accordo di ritiro, di essere "determinati a collaborare al fine di salvaguardare l'ordine internazionale fondato su regole, lo Stato di diritto e la promozione della democrazia, nonché gli standard elevati in materia di commercio libero ed equo e diritti dei lavoratori, la protezione dei consumatori e dell'ambiente e la cooperazione contro le minacce interne ed esterne ai valori e interessi delle parti" e quindi di stabilire un "partenariato ambizioso, ampio, approfondito e flessibile che abbraccia una cooperazione commerciale ed economica imperniata su un accordo di libero scambio globale ed equilibrato, attività di contrasto e giustizia penale, politica estera, sicurezza e difesa e settori più ampi di cooperazione".

In assenza di uno specifico accordo di libero scambio (ALS) tra il Regno Unito e l'UE si applicheranno solo le regole dell'OMC, il che significa, tra l'altro, che i dazi doganali e le restrizioni quantitative al commercio applicati tra i membri dell'OMC si applicheranno al commercio di beni e servizi tra le due parti, il che comporterebbe costi supplementari sia per i consumatori che per le imprese, a volte molto importanti. Inoltre, non appena gli standard per la protezione dell'ambiente, la salute, la sicurezza, la pro-

[3] Dichiarazione politica che definisce il quadro delle future relazioni tra l'Unione Europea e il Regno Unito, disponibile online sul sito https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=OJ%3AC%3A2020%3A034%3ATOC.

tezione, ecc. e gli standard tecnici saranno modificati sia nell'UE che nel Regno Unito, la divergenza normativa che ne risulterà creerà nuovi ostacoli al commercio.

Per il ripristino delle politiche dell'UE a cui il Regno Unito ha partecipato, l'interdipendenza dovuta all'intreccio di attori pubblici e privati in reti sempre più istituzionalizzate si spezzerà con le divergenze normative se il Regno Unito non parteciperà più a importanti meccanismi di *governance*.

La mancanza di accordi tra le due parti su tutte queste questioni creerà incertezza giuridica, che sarà dannosa per le imprese dei cittadini, le associazioni, ecc. fintantoché non saranno concordate di comune accordo nuove regole settoriali. In tutti quei campi in cui non esistono accordi internazionali tra il Regno Unito da un lato e l'UE o i suoi Stati membri dall'altro, l'incertezza giuridica sarà molto più elevata che nei rapporti con altri Stati non UE.

2. Qualunque cosa accada nelle prossime settimane, accordo o non accordo, il primo accordo – quello concordato nel 2019 dal Consiglio e dal Parlamento europeo e dai governi guidati da Teresa May e Boris Johnson – rimarrà in vigore: l'accordo di recesso.

Vale la pena sottolineare che l'unica modifica tra il testo concordato da Theresa May e quello firmato da Boris Johnson riguarda il meccanismo per garantire che non si debbano organizzare controlli alle frontiere tra l'Irlanda del Nord e il resto dell'Irlanda. Nella versione concordata da Theresa May, ma che non ha ottenuto il necessario sostegno della Camera dei Comuni, la soluzione tecnica alle difficoltà derivanti dalla necessità di istituire controlli doganali tra UE e Regno Unito - anche in assenza di dazi doganali - è stata rinviata alle trattative che sarebbero iniziate dopo il ritiro, con una rete di sicurezza (*backstop*) nel caso in cui non fosse stato possibile raggiungere un accordo. I sostenitori di un "*hard Brexit*" hanno usato questa clausola come pretesto per rifiutare l'accordo, che i partiti dell'opposizione hanno rifiutato anche perché promosso dalla coalizione a sostegno di Theresa May. Invece del "*backstop*" il Protocollo sull'Irlanda contiene quindi un meccanismo complesso che in pratica significa che il controllo doganale deve essere effettuato sul suolo britannico per le merci la cui destinazione finale non è l'Irlanda del Nord prima di attraversare il mar d'Irlanda. Ciò che è stato presentato da Boris Johnson come una grande vittoria in pratica crea un confine tra l'Irlanda del Nord e l'Inghilterra, la Scozia e il Galles e il Primo Ministro britannico si sta dando da fare per spiegarlo.

L'accordo di recesso in sé è a lungo termine più importante dei protocolli sull'Irlanda, Gibilterra e la base sovrane britanniche a Cipro. Mentre

questi ultimi riguardano principalmente il mantenimento di una circolazione fluida di beni e persone tra alcuni territori del Regno Unito e dell'UE, le disposizioni dell'accordo di recesso che non si limitano a gestire il recesso stabiliscono la permanenza di uno status molto specifico del Regno Unito in relazione al diritto dell'UE. Per farla breve, i diritti dei cittadini dell'UE che sono stati stabiliti nel Regno Unito e dei cittadini britannici che sono stati stabiliti nell'UE il 31 gennaio 2020 rimarranno gli stessi di quelli previsti dal diritto dell'UE prima di tale data *ad vitam*, il diritto di circolare e risiedere liberamente nel territorio degli Stati membri dell'UE e del Regno Unito, come garantito dal diritto primario e secondario dell'UE, in primo luogo e soprattutto dalla direttiva 2004/384. Al fine di evitare divergenze nell'interpretazione di tali disposizioni, l'accordo di recesso prevede inoltre la possibilità per le corti del Regno Unito di continuare ad adire la Corte di giustizia dell'UE fino al 31 dicembre 2028.

Qualunque cosa accada nelle prossime settimane, i diritti dei cittadini residenti non cambieranno. Per quanto riguarda i cittadini britannici che si stabiliscono nell'UE dal 1° febbraio 2020, saranno sottoposti alla legislazione degli Stati membri e dell'UE sui cittadini di paesi terzi, tra cui la direttiva 2003/109 sui residenti di lungo periodo[5] a partire da cinque anni dopo il loro insediamento. I cittadini dell'UE che vogliono stabilirsi nel Regno Unito saranno sottoposti alla nuova legislazione britannica che istituirà un sistema di migrazione a punti. Le trattative in corso non si stanno occupando della questione, ed è quindi probabile che la situazione dei cittadini dell'UE per quanto riguarda l'immigrazione nel Regno Unito sarà peggiore di quella di un certo numero di cittadini di altri Stati con cui il Regno Unito avrà un accordo speciale. I cittadini irlandesi sono protetti da accordi di lunga data con il Regno Unito.

3. Le trattative in corso, iniziate all'inizio di febbraio 2020 e notevolmente rallentate dalla pandemia di Covid-19, dovrebbero prevedere uno o più accordi per l'attuazione della Dichiarazione politica, ovvero un ALS e una serie di accordi settoriali che potrebbero essere contenuti in un unico trattato o in più accordi diversi.

Se le trattative avranno successo nei prossimi giorni, sembra a prima vista che non ci sarà un unico accordo di partenariato tra il Regno Unito e l'UE, perché alcuni dei settori interessati richiederanno uno o più "accordi misti" che dovranno essere ratificati non solo dal Regno Unito e dall'UE,

[4] Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri (…).

[5] Direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano residenti di lungo periodo.

ma anche da tutti gli Stati membri dell'UE; tali ratifiche sono impossibili da realizzare prima del 31 dicembre 2020.

Detto questo, una soluzione tecnica esiste, purché vi sia buona volontà e fiducia. Come è successo con il Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) tra il Canada e l'UE, che è un accordo misto già ratificato dal Canada, dall'UE e da nove dei ventisette Stati membri e quindi non è ancora entrato in vigore. Come codificato nell'articolo 25 della Convenzione di Vienna sull'applicazione provvisoria, il CETA contiene clausole di applicazione provvisoria per prepararne l'entrata in vigore. Qualsiasi accordo tra l'UE e il Regno Unito potrebbe contenere clausole di applicazione provvisoria, in particolare il mantenimento dell'assenza di restrizioni quantitative e dazio zero che si applicano alla circolazione delle merci fino al 31 dicembre, nonché disposizioni sulla *governance*.

Va sottolineato che, con o senza accordo, i controlli doganali dovranno essere istituiti il più presto possibile dopo il 1° gennaio, sia che si tratti di merci provenienti da paesi terzi in libera pratica.

Secondo l'articolo 29 del TFUE: "I prodotti provenienti da un paese terzo sono considerati in libera pratica in uno Stato membro se le formalità di importazione sono state espletate e se i dazi doganali o le tasse di effetto equivalente dovuti sono stati riscossi in tale Stato membro e se non hanno beneficiato di un rimborso totale o parziale di tali dazi o tasse". Ciò significa che i prodotti cinesi o statunitensi, ad esempio quelli importati nel Regno Unito, devono pagare dazi alla dogana britannica (o viceversa per l'UE); i dazi riscossi nei porti, negli aeroporti e in altri punti di entrata dell'UE sono trasferiti dall'amministrazione doganale dello Stato membro alla Commissione perché sono risorse proprie tradizionali del bilancio UE. Pertanto, se le merci entrano nel Regno Unito da paesi terzi, sono disponibili due tecniche: in primo luogo, le autorità britanniche non riscuotono i dazi e garantiscono la libera circolazione alla frontiera in modo che i dazi siano riscossi quando il bene entra nel territorio dell'UE: ciò richiede controlli alle frontiere. In alternativa, le autorità britanniche riscuotono i dazi e li pagano alla Commissione europea. In entrambi i casi, la questione delle merci in transito in Gran Bretagna, la cui destinazione finale è l'Irlanda, è particolarmente difficile.

Il 7 marzo 2019 la Commissione europea ha avviato una procedura d'infrazione contro il Regno Unito nella causa C-213/19 perché "avendo omesso di computare gli importi corretti dei dazi doganali e non avendo messo a disposizione l'importo corretto delle risorse proprie tradizionali e delle risorse proprie basate sull'IVA relative ad alcune importazioni di prodotti tessili e calzature provenienti dalla Repubblica popolare cinese", le autorità britanniche hanno generato una perdita per il bilancio dell'UE:

"496.025.324,30 EUR nel 2017 (fino all'11 ottobre 2017 incluso); 646.809.443,80 EUR nel 2016; 535.290.329,16 EUR nel 2015; 480.098.912,45 EUR nel 2014; 325.230.822,55 EUR nel 2013; 173.404.943,81 EUR nel 2012; 22.777.312,79 EUR nel 2011". La data dell'udienza è stata fissata all'8 dicembre 2020. Se la Commissione ha ragione, ci sono solo tre possibili spiegazioni a quanto accaduto: la corruzione degli agenti doganali del Regno Unito, l'azione intenzionale del governo guidato da David Cameron, o la mancanza di risorse umane e la considerazione che l'azione in questione non era una priorità - la mia ipotesi è che quest'ultima sia la spiegazione pertinente.

Questa procedura d'infrazione accende i riflettori sull'ingrediente essenziale per concordare un accordo e poi gestirlo: la fiducia. Se, retrospettivamente, non ci si può fidare del governo Cameron per la gestione delle frontiere, che ne sarà del governo Johnson?

4. Per quanto riguarda le informazioni disponibili da due settimane almeno, la sostanza di un accordo tra il Regno Unito e l'UE esiste sotto forma di un testo completo, con disposizioni finali mancanti solo su tre questioni. La prima e più importante questione è la cosiddetta "parità di condizioni" prevista dalla dichiarazione politica. La posta in gioco è evitare divergenze normative tra l'UE e il Regno Unito sulla sostanza della regolamentazione applicabile a beni e servizi, comprese le norme sulla concorrenza, in particolare quelle sugli aiuti di Stato ai sensi dell'articolo 107 del TFUE. L'UE richiede disposizioni vincolanti scritte sulla sostanza e sulla governance, ma il governo britannico insiste sul fatto che le disposizioni vincolanti non rispettano la sovranità e che è sufficiente un *gentleman's agreement* in materia. La seconda questione è quella della pesca: l'UE vuole un accordo pluriennale che mantenga l'accesso dei pescatori dell'UE alle acque del Regno Unito e viceversa; il governo britannico dice che rivedrà i diritti di pesca ogni anno. La terza questione è quella della *governance*, in particolare la risoluzione delle controversie: l'UE vuole un sistema in cui qualsiasi questione che comporti l'interpretazione del diritto comunitario dovrà essere trattata da un meccanismo che coinvolga la CGUE - come quello incluso nell'accordo di associazione UE-Ucraina, ad esempio; il Regno Unito non vuole che la CGUE sia coinvolta.

In un mondo guidato dalla ragione, è abbastanza fattibile raggiungere una sorta di compromesso sulle tre questioni. Ciò significa tuttavia che le istituzioni dell'UE devono avere fiducia nel governo britannico, di cui diversi ministri hanno recentemente dichiarato che il Regno Unito violerebbe legittimamente, in una certa misura gli accordi di ritiro se fosse necessario

evitare che l'UE blocchi i beni essenziali per la sua popolazione per entrare nel territorio dell'Irlanda del Nord...

In fin dei conti, ciò che conta è la scelta fatta dal Primo Ministro Boris Johnson e dal suo gabinetto dopo l'ultimo round di negoziati tra Michel Barnier per l'UE e David Frost per il Regno Unito. Come Barnier diceva sempre durante la negoziazione dell'accordo di ritiro "*The clock is ticking*".

Un parere molto interessante, che vale la pena citare, è quello dell'*ex* parlamentare europeo Brendan Donnelly pubblicato il 25 novembre[6]: "Data la scarsa preparazione alle nuove formalità frontaliere all'inizio del 2021, sembra ormai inevitabile che nella prima metà del prossimo anno ci saranno notevoli e fotogeniche perturbazioni all'interno e nei dintorni dei porti strettamente legati all'Europa continentale. Se Johnson ha firmato un accordo che si vede aver facilitato questa confusione, difficilmente potrà sottrarsi alle critiche diffuse per il suo ruolo nel caos che ne deriva. Né i benefici di qualsiasi "accordo" firmato si avvicineranno lontanamente ai presunti benefici di *Brexit* promessi dalla campagna Leave nel 2016. Il primo ministro sarebbe attratto da un "*no deal*" *Brexit* che gli consentirebbe di incolpare l'UE, almeno inizialmente, per i disordini e la scarsa preparazione del governo. L'approccio di questo governo al CV-19 ha ruotato intorno al posizionamento politico e alla prevenzione delle colpe. Non sarebbe sorprendente se si comportasse in modo simile nei momenti conclusivi dei negoziati *post-Brexit*. CV-19 e l'UE sarebbero un'attraente coppia di cattivi nell'autoesecuzione governativa l'anno prossimo".

ABSTRACT

BREXIT: TO HAVE OR NOT TO HAVE A DEAL

The Withdrawal agreement, which regulates the status of citizens settled before 1 February 2020 is ensuring the continuation of EU citizen's rights to free movement and residence in the UK *ad vitam* and *vice-versa* for the UK citizens settled in the EU. Whether there will be one or more other binding agreements on free trade and other issues between the UK and the EU to enter into force on 1 January 2021

[6] Brendan Donnelly, *Brexit Dilemma di Johnson: Nessun buon risultato in vista*, *The Federal Trust*, 25/11/2020, fedtrust.co.uk/johnsons-brexit-dilemma-no-good-outcome-insight/ Traduzione dell'a.

so as to avoid a very damageable "hard Brexit" depends on variables that escape rationality and are therefore unpredictable.

BREXIT: AVERE O NON AVERE UN ACCORDO

L'accordo di recesso, che regola lo *status* dei cittadini stabilitisi prima del 1° febbraio 2020, garantisce il mantenimento dei diritti di libera circolazione e di soggiorno dei cittadini dell'UE nel Regno Unito *ad vitam* e viceversa per i cittadini britannici stabilitisi nell'UE. Se ci saranno uno o più altri accordi vincolanti sul libero scambio e altre questioni tra il Regno Unito e l'UE che entreranno in vigore il 1° gennaio 2021 per evitare un "*hard Brexit*" molto dannoso dipende da variabili che sfuggono alla razionalità e sono quindi imprevedibili.

Coronavirus e diritto dell'Unione

Stefano Bastianon*

Uniti nell'uguaglianza

Unita nella diversità, *Unie dans la diversité*, *United in the diversity*, *Unida en la diversidad*, *In Vielfalt geeint*. Quante volte, parlando con gli studenti, abbiamo commentato insieme il motto dell'Unione europea; e quante altre volte ci siamo soffermati soprattutto, se non esclusivamente, sul concetto di diversità piuttosto che su quello relativo all'unità, quasi dando quest'ultimo per scontato. L'idea di preservare le caratteristiche specifiche (linguistiche, culturali, sociali e storiche) dei singoli Stati, pienamente lecita e condivisibile, con il tempo ha fagocitato l'idea stessa di unità e di unione, complice anche la "sciagurata" decisione di abbandonare il termine "Comunità" che, al di fuori del contesto strettamente giuridico, porta con sé l'idea stessa di un comune sentire estraneo al concetto di "Unione". Il termine "Unione", infatti, anche etimologicamente, richiama l'idea di unire qualcosa o qualcuno che è diverso, sottolineando appunto questa diversità; per contro, il termine "Comunità" (dal latino *cum munus*) mette soprattutto in risalto il reciproco obbligo di donarsi gli uni agli altri.

In quest'ottica, le diversità degli Stati sono state sempre più spesso celebrate per sottolinearne la natura di patrimonio (linguistico, culturale, storico) dell'Europa e, quindi, di ricchezza, da preservare e difendere in modo quasi assoluto, automatico, sempre e comunque. Sennonché, con il tempo, questa tendenza a celebrare l'idea stessa della diversità come sinonimo di ricchezza ha ceduto il passo ad un'idea di diversità fine a sé stessa e, in ultima analisi, ostativa a qualsiasi ambizione di unità e, ancor di più, di comunità.

L'attuale emergenza sanitaria in atto rappresenta la proverbiale cartina di tornasole. Cosa c'è di più diverso, infatti, del *whatever it takes* di Mario Draghi rispetto al *we are not there to close the spreads* di Christine Lagarde? dell'immunità di gregge evocata qualche settimana fa da Boris Johnson rispetto alla chiusura (seppur graduale) dell'Italia? dell'assordante silenzio dell'Unione europea rispetto alle reazioni scomposte, improvvisate e diverse dei singoli Stati?

In realtà, a ben vedere, proprio l'emergenza sanitaria di questi giorni ha svelato uno scenario ben diverso, che però ci ostiniamo ancora a non voler accettare. Se l'Italia è chiusa, il Regno Unito è *locked down*; il *whatever it takes* è stato sostituito dal *whatever is necessary*; le code, lunghe, ma com-

* Professore associato di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Bergamo.

poste, fuori dai supermercati di persone con la mascherina sono uguali dovunque; così pure le piazze delle città europee vuote e deserte; uguali, nella loro drammaticità, sono anche i numeri dei contagiati e dei morti. Questo nemico invisibile ci ha messi tutti sullo stesso piano, squarciando l'ipocrisia nascosta dietro la bandiera della diversità quale sinonimo di superiorità.

Paradossalmente, il forzato distanziamento sociale di questi giorni ha mostrato che nella difficoltà, nel dolore e nell'emergenza tutti gli esseri umani sono uguali.

E allora non resta che ripartire proprio da qui. Occorre prendere atto del fatto che, quando questa emergenza sarà passata, l'Europa e il mondo non saranno più come prima; anzi, quasi certamente nulla sarà più come prima: se non altro perché, a meno di voler mettere la testa sotto terra, ci saremo resi conto del fatto che nessuno è al riparo da simili catastrofi e che nessuno può salvarsi da solo. La convulsa, e per certi aspetti paradossale, vicenda della *Brexit* già aveva evidenziato quanto strettamente gli Stati europei fossero legati gli uni agli altri, nonostante alcune voci contrarie; l'attuale emergenza sanitaria ha amplificato ancora di più tale aspetto. Il virus non conosce confini, né politici né geografici e non considera i famosi parametri di Maastricht, tanto da aver colpito praticamente tutti gli Stati, non solo quelli europei.

E allora, è tempo che anche le attuali tensioni europee manifestate soprattutto dagli Stati cc.dd. virtuosi siano definitivamente abbandonate a favore di un approccio veramente comune e condiviso, che faccia terra bruciata delle vecchie ed ormai anacronistiche contrapposizioni nazionali, e si ponga quale tappa fondante nel processo di creazione di una vera, nuova comunità ispirata dall'obiettivo del definitivo superamento delle divisioni interne e dall'affermazione dei principi di uguaglianza e di solidarietà fra i popoli. Questo è il momento di agire, tutti insieme, verso il medesimo fine, senza se e senza ma, e soprattutto senza guardare al proprio tornaconto personale.

Le decisioni non devono essere improvvisate, ma un'attenta valutazione della situazione non può e non deve protrarsi oltre misura. Ora è il momento di agire. Da questo punto di vista, l'annunciato programma SURE (*Temporary Support to Mitigate Unemployment Risks in an Emergency*) della Commissione, finalizzato a proteggere i posti di lavoro in Europa dagli effetti della pandemia di Covid-19, rappresenta indubbiamente un segnale forte e in controtendenza con la latitanza sino ad ora registrata in ambito europeo. Ma ovviamente, questo programma da solo non basta.

Quando si tratta di salvare vite umane e, in ultima analisi, quel sogno di unità e di solidarietà che ha ispirato le menti dei Padri fondatori dell'Europa, non ci può essere spazio per divisioni tra Stati virtuosi e Stati

meno virtuosi, tra Stati che hanno dato di più e Stati che hanno ricevuto di meno. In una vera comunità solidale (di Stati come di essere umani), di fronte all'emergenza lo sforzo deve essere teso esclusivamente a salvare coloro che fanno parte di questa comunità. A qualunque costo, con qualunque mezzo. Da questo punto di vista, ciò che conta non è la forma, ma la sostanza delle misure: possono chiamarsi SURE, MES senza condizionalità o con condizionalità attenuata; ciò che rileva lo ha chiarito in modo crudo, ma efficace Mario Draghi: "Di fronte a circostanze non previste un cambio di mentalità è necessario in questa crisi come lo sarebbe in tempi di guerra. Lo *shock* che ci troviamo ad affrontare non è ciclico. La perdita di reddito non è colpa di chi la soffre. Il costo dell'esitazione potrebbe essere irreversibile. La memoria delle sofferenze degli europei negli anni 1920 sono un ammonimento". Per questo occorre che i "Paesi mobilitino il loro intero sistema finanziario senza rinvii".

L'Unione europea deve comprendere che non è questo il momento di calcoli personalistici, esitazioni e divisioni interne: non lo consente l'emergenza in atto, ma soprattutto la posta in gioco. Dopo tante crisi (dal fallimento della CED alla c.d. "sedia vuota" e al c.d. "compromesso di Lussemburgo", dalla crisi economico-finanziaria ai recenti flussi migratori), l'Unione europea si trova di fronte alla sfida più importante: quella della sua stessa sopravvivenza. Man mano che passano i giorni diventa sempre più chiaro che questa volta o ci salviamo tutti, o non si salva nessuno. La Germania e gli Stati del nord Europa devono comprendere che la soluzione imposta alla Grecia qualche anno fa non può essere replicata in questo momento: la portata europea e mondiale della crisi in atto impone all'Unione europea di far sentire la sua voce, unica e coesa sulla scena internazionale; se non lo farà, l'Unione europea è destinata a scomparire dal futuro scenario geo-politico. La Commissione europea, attraverso la sua presidente Ursula von der Leyen, ha di recente evocato un Piano Marshall europeo.

Si tratta di una proposta sicuramente importante, ma a patto che si abbia ben presente la natura e la dimensione del precedente storico evocato.

Fuor di metafora: è indispensabile che, dopo i proclami di questi giorni, la montagna (europea) non partorisca l'ennesimo topolino. L'Europa non può più permettersi di essere divisa di fronte ad un nemico che ci ha reso tutti nudi e tutti ugualmente inermi.

Soltanto dopo, quando si tratterà di ripartire (e non sarà certamente una cosa facile), a bocce ferme, si potrà anche pensare a nuove regole comuni, indispensabili per un ordinato svolgimento della vita sociale. Ora no. Per questo non è più accettabile che le Istituzioni europee dicano tutto e il contrario di tutto, né tantomeno che decidano di non decidere. È indi-

spensabile, prima che sia troppo tardi, che gli uomini e le donne che in questi giorni hanno la responsabilità di decisioni gravi e difficili facciano appello al loro senso di umanità e di solidarietà. Lo chiede l'Europa intera; lo chiede quel sogno di pace e solidarietà che con il tempo abbiamo dimenticato; lo chiedono tutte le vittime di questa tragedia; lo chiede, quindi, ciascuno di noi.

Giandonato Caggiano[*]

COVID-19. Competenze dell'Unione, libertà di circolazione e diritti umani in materia di controlli delle frontiere, misure restrittive della mobilità e protezione internazionale

PREFAZIONE: *È difficile rendersi pienamente conto di quanto e come il mondo sia cambiato dal nostro ultimo incontro. In un batter d'occhio, un virus comparso dall'altro capo del mondo è diventato una pandemia letale dalle conseguenze catastrofiche anche qui in Europa. Da un giorno all'altro le nostre vite sono cambiate. Le strade si sono svuotate. Le porte si sono chiuse. E siamo passati dalla routine quotidiana alla battaglia per la vita. In questo periodo ci siamo resi conto della fragilità della vita. E abbiamo visto dilagare nel cuore dell'Europa una tragedia la cui portata era inimmaginabile solo qualche settimana fa.* (Ursula von der Leyen, Presidente della Commissione, discorso al Parlamento europeo, sessione straordinaria del 26 marzo 2020).

SOMMARIO: 1. La posizione delle istituzioni dell'Unione. – 2. Stato di eccezione, deroga CEDU e limiti ai diritti umani per motivi di salute. – 3. Le competenze dell'Unione e le basi giuridiche nelle materie. – 4. Natura ed effetti giuridici degli atti atipici della Commissione. – 5. Gli orientamenti sul controllo delle frontiere interne ed esterne. – 6. Gli orientamenti sulla libertà di circolazione delle persone per motivi di salute pubblica. – 7. Gli orientamenti sui viaggi non- essenziali verso l'Unione. – 8. Il trattamento dei cittadini degli Stati terzi alla frontiera esterna e gli orientamenti sulla gestione del pacchetto-asilo. – 9. Conclusioni e una postilla.

1. Due decisioni dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) hanno segnato la prima fase della crisi sanitaria in corso: la dichiarazione della COVID-19 quale emergenza di sanità pubblica di interesse internazionale (30 gennaio) e il suo riconoscimento quale pandemia (11 marzo)[1].

---

[*] Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea presso l'Università Roma Tre.

[1] Sulla base dei poteri conferiti al direttore generale dalla regolamentazione vigente, v. WHA58.3, Revision of the International Health Regulations, disponibile *online*. Per approfondimenti sul diritto internazionale delle crisi sanitarie, v. G.A. SPAGNOLO, *Contromisure dell'OMS come conseguenza di violazioni dei regolamenti sanitari internazionali in contesti epidemici*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari*, Napoli, 2017, p. 391 ss.; S. NEGRI, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, Torino, 2018; F. CASOLARI, *Il contributo delle organizzazioni internazionali e regionali alla gestione delle crisi sanitarie: il caso dell'epidemia di Ebola*, in E. CIMIOTTA, N. NAPOLETANO (a cura di), *Nazioni Unite e Organizzazioni regionali tra autonomia e subordinazione,* Bologna, 2019, p. 218 ss.; I. R. PAVONE,

Il trasferimento del suo epicentro dalla Cina all'Europa ha indotto gli Stati dell'Area Schengen (d'ora in poi: Stati Schengen) a ricercare uno "scudo di protezione dai contagi" tramite l'introduzione di controlli alle frontiere, drastiche limitazioni alla mobilità interna e internazionale anche al costo della "compressione" della libera circolazione delle persone nel mercato interno e dell'esercizio dei diritti fondamentali/umani. Soprattutto il blocco delle frontiere esterne dell'Unione rappresenta un "perimetro di sicurezza" o "cordone sanitario" dal carattere fortemente simbolico, anche se di modesta efficacia[2]. In poche settimane, la diffusione delle misure restrittive è stata inarrestabile, così come quella della malattia. Oltre alla dimensione senza precedenti della crisi economica e sociale[3], l'Unione europea si trova a dover fronteggiare anche la sospensione generalizzata del sistema Schengen, la deroga d'emergenza e i limiti ai diritti fondamentali, il rallentamento delle procedure per il riconoscimento della protezione internazionale, rimpatrio e reinsediamento dei cittadini degli Stati terzi.

L'auspicio iniziale delle istituzioni è stato quello di un coordinamento fra gli Stati membri, accompagnato da preoccupazioni e dubbi sulla necessità e proporzionalità del rispristino dei controlli alle frontiere interne[4]. Dalla cautela sulla efficacia delle restrizioni, la Commissione è poi passata ad una generale positiva valutazione della legittimità delle misure nazionali, pur ricordandone i parametri di compatibilità con il diritto dell'Unione. Il Consiglio riconosce che: "(…) l'efficacia delle misure nazionali adottate ai confini e ai punti di entrata dell'UE per tutelare la salute pubblica, comprese le misure già adottate dagli Stati membri nel contesto dell'epidemia di Covid-19, può essere migliorata ulteriormente rafforzando il coordinamento già esistente tra gli Stati membri e la Commissione, nel quadro delle raccomandazioni dell'OMS"[5].

Il presidente della Commissione Ursula von der Leyen invita a difendere il sistema Schengen e il mercato unico: "La risposta europea avrà succes-

---

La dichiarazione di pandemia di Covid-19 dell'Oms: implicazioni di governance sanitaria globale, in *Biodiritto,* 27 marzo 2020, disponibile o*nline*.

[2] Per un inquadramento, v. G. CAGGIANO, *Recenti sviluppi del regime delle frontiere esterne nello spazio di libertà, sicurezza e giustizi*a, in A. DI STASI, L. S. ROSSI (a cura di), *Lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. A vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere*, Napoli, 2020, p. 383 ss.

[3] Solo per citare i primi atti della Commissione, v. COM (2020) 112 fin., del 13 marzo 2020, Risposta economica coordinata all'emergenza COVID-19; Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19 (2020/C 91 I/01).

[4] V. dichiarazioni dei commissari Lenarčič e Kyriakides sulla mobilitazione del sostegno finanziario dell'UE per aiutare la lotta globale contro l'epidemia di COVID-19, EU Audiovisual Service, LIVE EC Press Point, 24 February 2020.

[5] Conclusioni del Consiglio sul Covid-19 del 13 febbraio 2020, doc. 6038/20, punto 15, lett. *b*). V. anche conclusioni del Presidente del Consiglio europeo, del 17 marzo 2020, a seguito della videoconferenza con i membri del Consiglio europeo sul Covid-19.

so e potrà essere coordinata solo se il nostro mercato interno e il nostro spazio Schengen funzioneranno a dovere. Una crisi che non conosce confini non può essere risolta ergendo muri tra noi. Eppure questa è stata proprio la prima reazione di molti Stati europei. Non ha alcun senso. Perché non vi è alcuno Stato membro in grado di far fronte da solo alle proprie necessità di forniture e attrezzature mediche essenziali. Nemmeno uno".

Nella sua risoluzione del 17 aprile 2020, il Parlamento europeo propone il rilancio della base giuridica dell'Unione in materia di salute pubblica, tramite una sua "semplificazione", vale a dire che "la prestazione di servizi sanitari è anzitutto una competenza nazionale, mentre la sanità pubblica è una competenza concorrente degli Stati e dell'Unione"[6]; considera che "finora la risposta dell'UE alla pandemia di COVID-19 è stata caratterizzata da una mancanza di coordinamento tra gli Stati membri in termini di misure di sanità pubblica, in particolare per quanto riguarda le restrizioni imposte alla circolazione delle persone a livello nazionale e transfrontaliero e la sospensione di altri diritti e norme (…)"[7], "(…) i controlli alle frontiere e le restrizioni alla circolazione devono rimanere proporzionati ed eccezionali e che occorre ripristinare tutte le libertà di circolazione non appena ciò sarà ritenuto possibile (…). Il Parlamento europeo sottolinea la necessità di tornare alla piena operatività dello spazio Schengen, senza controlli alle frontiere interne, quale parte di una strategia di uscita dalla crisi"[8], lamentando al contempo "l'incapacità iniziale degli Stati membri di agire in modo collettivo e chiede che tutte le future azioni degli Stati membri siano guidate dal principio fondante dell'Unione di solidarietà e di leale cooperazione"[9].

Il fenomeno della pandemia ha inciso su molti aspetti dell'integrazione europea[10]. In definitiva, la radicale riduzione della mobilità delle persone in questa fase si deve non tanto alle misure nazionali che hanno reintrodotto i controlli alle frontiere interne, quanto a quelle di confinamento (*lockdown*) di cittadini e residenti dei singoli Stati membri all'interno del territorio na-

---

[6] Risoluzione del Parlamento europeo del 17 aprile 2020 sull'azione coordinata dell'UE per lottare contro la pandemia di COVID-19 e le sue conseguenze, P9_TA-PROV (2020)0054, considerando lett. *d*): "considerando che la prestazione di servizi sanitari è anzitutto una competenza nazionale mentre la sanità pubblica è una competenza concorrente degli Stati e dell'Unione".

[7] *Ivi*, considerando lett. *e*).

[8] *Ivi*, par. 49.

[9] *Ivi*, par. 5.

[10] Per prime riflessioni, V. G. FIENGO, *Le misure di contenimento della diffusione del COVID-19: la sospensione dell'accordo di Schengen,* in *DPCE online*, *Osservatorio Covid 19,* 4 aprile 2020; F. CASOLARI, *Prime considerazioni sull'azione dell'Unione ai tempi del Coronavirus*, in *rivista.eurojus.it*, 2020, p. 95 ss., spec. pp. 102-104; S. DOMINELLI, *COVID-19: riflessioni di diritto dell'Unione europea*, in L. CUOCOLO (cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata,* in *federalismi.it - Osservatorio Covid-19,* p. 150 ss.; P. DE PASQUALE, *La pandemia di Covid-19: il coordinamento alla prova dei fatti* in *DPCE online*, *Osservatorio Covid-19,* aprile 2020.

zionale e alla drastica riduzione dei trasporti internazionali, iniziata con il *travel ban* del presidente degli Stati Uniti dei voli con gli Stati Schengen[11].

2. Sul piano nazionale, le copiose modifiche introdotte alla legislazione ordinaria, per lo più dagli esecutivi tramite decretazione di urgenza, hanno riproposto il fenomeno ben noto della dottrina dello *stato di eccezione*[12]. La risposta dei sistemi giuridici nazionali alla crisi sanitaria è stata formulata all'interno di legislazioni speciali che, non sempre a seguito della proclamazione dello stato di emergenza[13], formano comunque un diritto speciale considerato da molti governi l'opzione migliore per disporre della flessibilità necessaria per la protezione della comunità nazionale.

Le misure adottate secondo i meccanismi costituzionali di ciascuno Stato membro sono soggetti a valutazione di compatibilità con i principi di necessità e di proporzionalità nel diritto dell'Unione europea. In ogni caso, in tale contesto non sono derogabili i valori fondanti dell'Unione, comuni agli Stati membri, specie lo Stato di diritto (art. 2 TUE). Come ricordato dalla Corte di giustizia nel caso *Achmea*: "(…) ciascuno Stato membro condivide con tutti gli altri Stati membri, e riconosce che questi condividono con esso, una serie di valori comuni sui quali l'Unione si fonda, così come precisato all'articolo 2 TUE. Tale premessa implica e giustifica l'esistenza della fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto al riconoscimento di tali valori e, dunque, al rispetto del diritto dell'Unione che li attua"[14].

Al riguardo, la Presidente Ursula von der Leyen ha reso noto una dichiarazione sullo Stato di diritto, garantendo un monitoraggio sul suo rispetto da parte degli Stati membri[15]. Nello stesso senso, un gruppo di Stati

---

[11] D. TRUMP, *Proclamation, Suspension of Entry as Immigrants and Nonimmigrants of Certain Additional Persons Who Pose a Risk of Transmitting 2019 Novel Coronavirus*, 11 March 2020.

[12] C. SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München-Leipzig, 1934; trad. it. *Teologia politica*, in G. MIGLIO, P. SCHIERA (a cura di), *Le categorie del 'politico'*, Bologna, 1972; G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003. Per approfondimenti, v. F. RIMOLI, *Stato di eccezione e trasformazioni costituzionali: l'enigma costituente*, in *AIC, Materiali*, 30 aprile 2007, disponibile *online*; C. ACOCELLA, *L'epidemia come metafora della sospensione e della compressione delle libertà fondamentali. Rileggendo La peste di Camus*, in *Diritti regionali, Rivista di diritto delle autonomie locali* 28 marzo 2020, disponibile *online.*

[13] Al 30 marzo 2020, gli Stati membri che hanno dichiarato lo stato di emergenza erano sedici: Belgio, Bulgaria, Cipro, Estonia, Finlandia, Francia, Italia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Portogallo, Repubblica Ceca, Romania, Slovacchia, Spagna e Ungheria.

[14] sentenza del 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Achmea*, punto 34. Sullo Stato di diritto nel diritto dell'Unione europea, v., da ultimo, U. VILLANI, *Sul controllo dello Stato di diritto nell'Unione europea,* in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies,* 2020, n. 1, p. 10 ss. e bibliografia ivi citata.

[15] Statement 20/567 by President von der Leyen on emergency measures in Member States, 31 March 2020: "(...) it is of utmost importance that emergency measures are not at the expense of our fundamental principles and values as set out in the Treaties".

membri ha firmato una dichiarazione congiunta sull'esercizio del potere di adottare misure emergenziali nei limiti fissati dal principio di proporzionalità e dello Stato di diritto, della democrazia e dei diritti fondamentali[16]. La mancanza di espliciti riferimenti alla situazione dell'Ungheria da parte dei 19 Stati membri firmatari ha consentito la sua paradossale e provocatoria adesione alla dichiarazione in parola[17].

In alcuni Stati membri dell'Unione, la decretazione di emergenza si inserisce in progetti politici che tendono a rivedere la divisione dei poteri come in Ungheria[18] e Polonia[19]. In relazione alle misure adottate dai due Paesi, il Parlamento europeo "(…) ritiene totalmente incompatibili con i valori europei sia la decisione del governo ungherese di prolungare lo stato di emergenza a tempo indeterminato, di autorizzare l'esecutivo a governare per decreto senza limiti di tempo e di indebolire la sorveglianza di emergenza del Parlamento (…)"[20]; "(…) sia le misure adottate dal governo polacco, ovvero la modifica del codice elettorale contrariamente alla pronuncia del Tribunale costituzionale e alle disposizioni di legge, al fine di svolgere le elezioni presidenziali nel mezzo di una pandemia, il che rischia di mettere in pericolo la vita dei cittadini polacchi e mina il concetto di elezioni libere ed eque, dirette e segrete, come sancito dalla Costituzione polacca"[21].

---

[16] Statement by Belgium, Bulgaria, Cyprus, Denmark, Estonia, Finland, France, Germany, Greece, Ireland, Italy, Latvia, Lithuania, Luxembourg, the Netherlands, Portugal, Romania, Spain, Sweden, Diplomatic statement, Government of the Netherland, 1. 4. 2020. Tali Stati membri "support the European Commission initiative to monitor the emergency measures and their application to ensure the fundamental values of the Union are upheld and invite the General Affairs Council to take up the matter when appropriate".

[17] V. F. CASOLARI, *La protezione dello Stato di diritto nell'Unione europea ai tempi del coronavirus: se non ora, quando?* in *SidiBlog,* 7 aprile 2020.

[18] P. MORI, *COVID-19, Misure emergenziali e Stato di diritto*, in *I Post di AISDUE,* 2020, vol. II; n. 2, sezione "Coronavirus e diritto dell'Unione", 6 aprile 2020; S. BENVENUTI, *Sulla legge organica ungherese n. 12 del 30 marzo 2020 "sulla protezione contro il coronavirus"*, in *SidiBlog*, 7 aprile 2020; P. DE SENA, *Contrasto al Covid-19 e/o demolizione dello stato di diritto? le misure ungheresi e la convenzione europea, ivi,* 7 aprile 2020; F. CASOLARI, *La protezione dello Stato di diritto nell'Unione europea ai tempi del coronavirus: se non ora, quando?, ivi,* 7 aprile 2020.

[19] Sulla situazione in Polonia, v. G. FIENGO, A. CIRCOLO, *Il rispetto della* rule of law *al tempo del COVID-19: gli inquietanti provvedimenti adottati in Ungheria e la nuova legge elettorale polacca*, in *comparativecovidlaw.it*, 10 aprile 2020; A. KUSTRA-ROGATKA, *The Constitution as a Bargaining Chip*, in *VerfassungBlog,* 21 aprile 2020.

[20] Risoluzione, *ult cit*., par. 46. Le autorità polacche hanno deciso di non proclamare lo "stato di catastrofe naturale" (uno dei tre *status* di emergenza previsti a livello costituzionale) che, in pendenza, impedirebbe qualsiasi modifica costituzionale. La legge adottata per la prevenzione e la lotta contro la COVID-19 contiene, invece, modifiche al codice elettorale, ivi compresa la decisione di introdurre il voto postale; decisione ritenuta molto rilevante ai fini del risultato elettorale delle elezioni presidenziali.

[21] Per riferimenti e bibliografia, v. E SOMMARIO, *Misure di contrasto all'epidemia e diritti umani, fra limitazioni ordinarie e deroghe*, in *SidiBlog*, 27 marzo 2020; L. ACCONCIAMESSA, *COVID-19 e diritti umani: le misure di contenimento alla luce della CEDU*, in *Ius in itinere*, 28 marzo 2020.

La tutela internazionale dei diritti umani ha proprio il compito di tutelare gli individui nei confronti dei possibili abusi di potere del governo. Per quanto riguarda i diritti fondamentali protetti dalla Carta, appaiono necessarie garanzie che le misure nazionali adottate nel contesto dell'emergenza siano coerenti con il diritto alla salute (art. 35)[22]. Nel titolo sulla Solidarietà è sancito il diritto di ogni persona "di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche", alle condizioni stabilite da legislazioni e prassi nazionali con la garanzia di un "livello elevato di protezione della salute umana". Tale norma, riconosce il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni fissate "dalle legislazioni e prassi nazionali". Pertanto, resta affidato agli Stati membri il compito di organizzare i propri sistemi sanitari in termini di accessibilità e di prestazioni. Tale diritto fondamentale si configura come un vero e proprio diritto sociale, anche in riferimento alla salubrità dell'ambiente e sicurezza delle condizioni di lavoro. Il principio di proporzionalità (art. 52, par. 1) consente limitazioni ove necessarie e idonee a soddisfare realmente obiettivi di interesse generale dell'Unione alla tutela dei diritti e le libertà altrui.

L'Agenzia dei diritti fondamentali (FRA) registra, cataloga e valuta l'impatto delle misure nazionali rispetto alla Carta dei diritti fondamentali nell'Unione[23]. Ne deriva un quadro assai articolato che merita attenzione e cautela di giudizio. Le misure adottate per gestire la crisi della salute pubblica e prevenire il crollo dei sistemi sanitari hanno posto a rischio la parità di trattamento nelle cure e pari accesso all'assistenza sanitaria. Il diritto alla vita (art. 2), il diritto alla salute (art. 35), in combinazione con il divieto di discriminazione (art. 21) richiedono un'assistenza sanitaria preventiva e cure mediche disponibili per tutti. In alcuni casi, la limitatezza delle risorse di cura ha portato a "declassare la priorità" (*deprioritize*) di cura dei pazienti anziani colpiti dal virus, nonché dei gruppi vulnerabili (persone con disabilità, senzatetto, rom e i migranti) in ragione delle loro condizioni abitative e socioeconomiche svantaggiate.

La maggior parte degli Stati membri ha istituito misure obbligatorie di distanziamento sociale per l'intera popolazione, come la sospensione di ogni possibile assembramento, il soggiorno obbligato a casa, comprese le misure di quarantena, la chiusura di attività commerciali non-essenziali e degli spazi pubblici e, in generale, il distanziamento fisico e sociale. Tali misure incidono su molti diritti fondamentali garantiti dalla Carta, quali i diritti alla libertà e alla sicurezza (art. 6), rispetto vita privata e familiare

[22] G. DI FEDERICO, *Commento all'art. 35,* in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea,* Milano, 2017, p. 664 ss.

[23] Per un quadro completo, v. FRA, Periodic updates/Series, Coronavirus pandemic in the EU, Fundamental Rights Implications, Bulletin 1, 1° February – 20 March 2020.

(art. 7), libertà di pensiero, coscienza e religione (art. 10), libertà di espressione e informazione. libertà di riunione e di associazione (art. 12), libertà delle arti e delle scienze (art.13) e libertà di movimento e di residenza (art.45). La maggior parte degli Stati membri ha introdotto sanzioni per violazioni delle misure restrittive sotto forma di sanzioni pecuniarie, ma in alcuni casi includono la possibilità di pene detentive. Le scuole sono state in gran parte chiuse con conseguenze diversificate a seconda di vari fattori, quali le condizioni socioeconomico delle famiglie. Al riguardo occorre ricordare che, in base al principio del "miglior interesse del bambino" (art. 24 della Carta e al diritto all'istruzione (art. 14), ogni bambino ha diritto all'istruzione, che deve essere fornita senza discriminazioni (art. 21). In alcuni Stati membri, alcune le scuole sono rimaste aperte per i figli di lavoratori occupati nei servizi essenziali o per quelli senza disponibilità di assistenza.

Nel bilanciamento dell'interesse pubblico a proposito dei sistemi tecnologici indirizzati al controllo della diffusione dell'infezione, si può richiamare il regolamento generale sulla protezione dei dati del 2016, secondo cui il divieto di trattare dati relativi alla salute senza il consenso dell'interessato non si applica quando il trattamento "è necessario per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, quali gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero o la garanzia di parametri elevati di qualità e sicurezza dell'assistenza sanitaria e dei medicinali e dei dispositivi medici, sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri che prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti e le libertà dell'interessato, in particolare il segreto professionale"[24].

Nel quadro del Consiglio d'Europa[25], si pone la questione se ad una situazione emergenza sanitaria sia applicabile la clausola derogatoria dell'art. 15 CEDU prevista "in caso di guerra o di altro pericolo pubblico che mi-

[24] Regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, sulla protezione dei dati, art. 9, co. 2, lett. i) e relativo 54° 'considerando', ai sensi del quale in simili casi il trattamento potrebbe avere luogo "senza il consenso dell'interessato", purché nel rispetto di "misure appropriate e specifiche a tutela dei diritti e delle libertà delle persone fisiche"; *ivi*, lett. *h*), sui trattamenti necessari a scopi di "diagnosi, assistenza o terapia sanitaria o sociale ovvero gestione dei servizi o sistemi sanitari" e relativo considerando n. 53 ai sensi del quale nel trattamento di dati sensibili per finalità sanitarie, da un lato, "[i]l diritto dell'Unione o degli Stati membri dovrebbe prevedere misure specifiche e appropriate a protezione dei diritti fondamentali e dei dati personali" e, dall'altro, "gli Stati membri dovrebbero rimanere liberi di mantenere o introdurre ulteriori condizioni, fra cui limitazioni, con riguardo al trattamento di dati (…) relativi alla salute, senza tuttavia ostacolare la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione (…)". V. European Data Protection Board, Statement on the processing of personal data in the context of the COVID-19 outbreak.

[25] Per un quadro generale, v. SG/Inf (2020)11, 7 April 2020, Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis. A toolkit for member states,

nacci la vita della nazione"[26]. Nell'attuale crisi sanitaria alcuni Stati contraenti hanno comunicato al Consiglio d'Europa di avvalersi della deroga in parola[27]. In ogni caso, gli Stati contraenti che esercitano tale facoltà hanno l'obbligo di conformarsi ai relativi obblighi sostanziali e procedurali, come confermato dalla Corte di Strasburgo nelle sentenze *Altan e Alpay c. Turchia*[28]. Pur riconoscendo che le emergenze nazionali richiedono flessibilità, la clausola prevede solo determinati diritti come inderogabili: il diritto alla vita, il divieto di schiavitù e tortura e il diritto a non subire una legislazione retroattiva[29]. Quando uno Stato contraente sospende i diritti durante una crisi, è obbligato a darne notifica. Al riguardo, non è prevista una scadenza, ma si richiede una notifica della conclusione della minaccia e del ripristino dell'impegno dello Stato contraente in materia di diritti individuali. Com'è noto, ad eccezione dei diritti inderogabili, gli altri sono sottoposti alla dottrina del "duplice margine di apprezzamento". Il primo è lasciato agli Stati contraenti in relazione a quanto necessario in una società democratica per motivi di ordine pubblico, sicurezza, morale e sanità; il secondo margine è riservato al controllo giurisdizionale della Corte europea dei diritti umani.

Alcuni Stati membri hanno dichiarato a livello costituzionale lo stato di eccezione o di emergenza secondo meccanismi che differiscono nella por-

---

[26] List of Notifications under Article 15 of the Convention: Albania, 1 April 2020; Armenia, 20 March 2020, 17 April 2020: Estonia, 20 March 2020; Georgia, 23 March 2020; Latvia, 16 March 2020, 16 April 2020; North Macedonia, 2 April 2020; Moldova, 20 March 2020; Romania, 18 March 2020, 3 April 2020, 15 April 2020; San Marino, 14 April 2020; Serbia, 7 April 2020, disponibili online.

[27] Nelle precedenti sentenze in argomento, la Corte EDU aveva dichiarato inammissibili i ricorsi individuali per il non avvenuto esaurimento delle vie di ricorso interne, v. A. ADINOLFI, *Alcune riflessioni sulla reazione dell'Unione europea alle violazioni dei diritti umani in Turchia e sui possibili strumenti di contrasto*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, 2017, p. 223 ss.

[28] V. sentenza della Corte EDU del 10 settembre 2018, *Mehmet Hasan Altan v. Turkey*, Concurring Opinion of Judge Spano, par. 4, il presidente della Corte europea dei diritti umani, Robert Spano, afferma: "Moreover, as flows directly from the language of Article 15 of the Convention, these principles apply equally where a State is confronted with a public emergency threatening the life of the nation. Such a situation does not give States carte blanche. In other words, a state of emergency is not an open invitation to member States to erode the foundations of a democratic society based on the rule of law and the protection of human rights. Only measures which are strictly required by the exigencies of the situation can be justified under the Convention, and it is ultimately for the Court to pass judgment at the European level on whether such justification has been adequately demonstrated on the facts".

[29] Sulla clausola dell'art.15 CEDU, v. G. CATALDI, *Art. 15. Deroga in caso d'urgenza*, in A. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo,* 2012, Padova, 2012, p. 555 ss. Sull'illegittimità della sospensione del Parlamento, v. M. STARITA, *Articolo 3, Primo Protocollo, cit.,* p. 832 ss.

tata e nella natura dei poteri esecutivi straordinari concessi all'esecutivo[30]. Per la decretazione di urgenza è stata prevista una base, legislativa "secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso" [31].

Un provvedimento adottato come deterrente dei salvataggi in mare da parte delle navi di ONG straniere è quello adottato, di recente, dal governo italiano tramite un atto amministrativo (decreto interministeriale del 7 aprile 2020) secondo cui, per l'intero periodo di durata dell'emergenza sanitaria, i porti italiani non assicurano i "necessari requisiti per la classificazione e definizione di *Place of Safety* (POS)" ai sensi delle convenzioni internazionali, limitatamente ai casi di soccorso effettuati da parte di navi straniere al di fuori dell'area SAR italiana[32].

3. Per quanto riguarda le limitate competenze dell'Unione in materia di salute pubblica occorre ricordare che, nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche comuni, è garantito un livello elevato di protezione della salute umana; l'Unione deve tener conto, in tutte le sue azioni, delle esigenze connesse alla tutela (art. 9 TFUE)[33].

---

[30] C. BJØRNSKOV, S. VOIGT., *The State of Emergency Virus*, in *VerfassungBlog*, 19 aprile 2020. Per un quadro delle misure nazionali al 30 marzo 2020, v. S. CARRERA, N. CHUN LUK, *Love thy Neighbour? Coronavirus politics and their impact on EU freedoms and rule of law in the Schengen Area*, *Annex 1. Overview of EU member states and Schengen countries' measures in light of COVID-19 Pandemic*, in *CEPS Paper*, 3 April 2020; J. GROGAN, *Debate "Covid 19 and States of Emergency", Introduction and List of Country Reports*, in *VerfassungBlog*, 6 April 2020; L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19, cit.*

[31] Lo stato di emergenza è stato proclamato, ai sensi del Codice della Protezione civile (art. 7, co. 1, lett. c) del d. lgs n. 1 del 2018) con la Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili. Per un'analisi del diritto dell'emergenza, specie in relazione agli aspetti del diritto penale, v. G. L. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci ed ombre nel d. l. 25 marzo 2020, n. 19,* in *Sistema penale*, 26 marzo 2020; ID., *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena,* in *Sistema penale*, 2 aprile 2020; F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto-legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *federalismi.it - Osservatorio Covid-19,* 6 aprile 2020; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC,* 2020/2, 10 aprile 2020; F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge* in *federalismi.it - Osservatorio Covid-19*, 22 aprile 2020.

[32] F. MUNARI, *Il decreto interministeriale per gestire l'emergenza Covid-19 nell'ambito degli obblighi dell'Italia ai sensi della convenzione SAR: l'insostenibile "intermittenza" del luogo sicuro per i migranti diretti verso l'Italia*, in *SidiBlog,* 16 aprile 2020. Nel comunicato del 15 aprile 2020, disponibile *online*, l'ASGI chiede l'immediata revoca del decreto in parola, affermando che l'Italia resta sempre vincolata all'obbligo di fornire un porto sicuro alle persone salvate in mare.

[33] G. FARES, M. CAMPAGNA, *La tutela della salute nell'ordinamento comunitario,* in P. GARGIULO (a cura di), *Politica e diritti sociali nell'Unione europea,* Napoli, 2011, p. 325 ss.; M. MARLETTA, *Commento all'art. 168 TFUE. Sanità pubblica,* in A. TIZZANO (a cura

Nella crisi in corso, le istituzioni europee (salvo il Parlamento europeo) non hanno richiamato la base giuridica della salute pubblica (art. 168 TFUE). In materia coesistono nel diritto dell'Unione tre diverse categorie di competenze.

La prima categoria relativa a "tutela e miglioramento della salute umana" riguarda la competenza di coordinamento, completamento e sostegno dell'azione in cui l'Unione integra le politiche nazionali. Sono escluse misure di armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri (art. 2, par. 5 e art. 6, par. 5, lett. *a*), TFUE). All'interno di questa prima categoria, il trattato ribadisce il ruolo complementare dell'Unione nella "lotta contro (...) gravi minacce transfrontaliere alla salute", consentendo "di adottare misure di incentivazione volte a (...) combattere i principali flagelli sanitari transfrontalieri"[34]. Infatti, le misure legislative di incentivazione dell'Unione (prevalentemente di tipo finanziario) dei comportamenti degli Stati membri rappresentano un *tertium genus* rispetto a quelle di coordinamento o armonizzazione.

La seconda categoria riguarda la competenza concorrente fra Stati membri e Unione per i "problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica": a) misure sugli organi e sostanze di origine umana, del sangue e degli emoderivati; b) misure nei settori veterinario e fitosanitario; c) misure sui medicinali e dei dispositivi di impiego medico (articoli 4, lett. *k*), e 168, par. 4). In questa ambito vale il principio di *pre-emption* o di svuotamento delle competenze nazionali quando l'Unione abbia adottato atti legislativi.

La terza categoria riguarda la politica sanitaria, l'organizzazione e la fornitura di servizi sanitari che spettano esclusivamente agli Stati membri (par. 7 dell'art. 168 TFUE). Al riguardo sarebbe una inaccettabile "forzatura" dell'interpretazione testuale e sistematica sostenere che tutti gli aspetti della salute pubblica (diversi dalla politica sanitaria, l'organizzazione e la fornitura di servizi sanitari) rientrano nell'ambito nella competenza concorrente.

A nostro avviso, una scelta corretta della base giuridica di nuovi atti legislativi per la gestione della pandemia dovrebbe essere quella che valorizza il mercato unico in quanto tale (art. 114 TFUE). Non v'è dubbio che una crisi sanitaria incide sulla dimensione economica e ambientale ed è idonea a compromettere la funzionalità del mercato unico e la libera circolazione di merci, persone e servizi. Al riguardo l'Unione, nell'adozione degli atti legislativi "in materia di sanità, sicurezza, protezione dell'ambiente e

---

di), *Trattati dell'Unione europea,* Milano, 2014, p. 1517 ss.; C. CATTABRIGA, *Commento all'art. 168 TFUE. Sanità pubblica*, in C. CURTI GIALDINO, *Codice dell'Unione europea Operativo,* Napoli, 2012, p. 1374 ss. Per un quadro generale, v. G. DI FEDERICO, S. NEGRI, *Unione europea e salute. Principi, azioni, diritti e standard qualitativi*, Milano, 2020.

[34] Art. 168, par. 5, TFUE.

protezione dei consumatori, si basa su un livello di protezione elevato, tenuto conto, in particolare, degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici" (*ivi*, par. 3)[35].

Negli sviluppi della crisi, l'Unione europea potrebbe esercitare propri poteri normativi, ricorrendo alla base giuridica dell'art. 114 TFUE in combinato disposto con l'art. 168 TFUE, esercitando per questa via una competenza concorrente senza la frammentazione e i limiti derivanti dal ricorso alla sola base della salute pubblica [36]. Non è difficile prevedere che, rispetto ai singoli atti da adottare, sarebbero spesso soddisfatti i criteri della sussidiarietà, vale a dire l'efficacia e la transnazionalità dell'azione dell'Unione.

Il TFUE nell'attribuire la competenza della sicurezza agli Stati membri (art. 72), conferma il ruolo dell'Unione contro il "malfunzionamento" del mercato, "nell'eventualità di gravi agitazioni interne che turbino l'ordine pubblico" (art. 347 TFUE). A maggior ragione questo ruolo dovrebbe essere riconosciuto in occasione di crisi sanitarie transnazionali.

Inoltre, occorre ricordare che la protezione della salute assume un particolare rilievo nell'ambito della libertà di circolazione delle merci. Salvo il divieto di restrizioni di carattere abusivo (discriminazioni di carattere arbitrario nei confronti di beni provenienti da altri Stati membri o in restrizioni dissimulate del commercio infra-comunitario), il Trattato consente espressamente agli Stati membri di apporre restrizioni per motivi di salute pubblica (art. 36 TFUE).

Gli atti legislativi dell'Unione in materia dovrebbero essere caratterizzati dal principio di precauzione sancito nella politica ambientale (art. 191,

---

[35] Al riguardo, v. COM (2018) 651 fin., del 21 settembre 2018 sul funzionamento della direttiva 2011/24/UE concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera. Per l'effetto dell'emergenza sul suo funzionamento, v. Decisione di esecuzione (UE) 2020/534 della Commissione, del 16 aprile 2020, che sospende l'esame delle domande di adesione alle reti di riferimento europee esistenti.

[36] A tale duplice base giuridica si riferisce la direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2011, concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera, v. 2° 'considerando': "L'articolo 114 TFUE costituisce la base giuridica appropriata dato che la maggior parte delle disposizioni della presente direttiva hanno lo scopo di migliorare il funzionamento del mercato interno e la libera circolazione di merci, persone e servizi. Dal momento che sono soddisfatte le condizioni per il ricorso, quale base giuridica, all'articolo 114 TFUE, la normativa dell'Unione deve basarsi su questa base giuridica anche nel caso in cui la protezione della sanità pubblica sia un elemento determinante delle scelte operate. (…)". In materia di sicurezza della salute e malattie trasmissibili dagli animali all'uomo (zoonosi), settore di probabile interesse per il coronavirus, il regolamento (UE) n. 2016/429 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, relativo alle malattie animali trasmissibili, ha come base giuridica l'art. 114, oltre che gli articoli 168, par. 4, lett. b) e 43, par. 2 (politica agricola). La precedente (e ancora in vigore) direttiva 2003/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 novembre 2003, sulle misure di sorveglianza delle zoonosi e degli agenti zoonotici, è basata solo sull'art. 152, par. 4, lett. b) TCE (attuale art. 168 TFUE). Per questi ultimi strumenti giuridici, l'armonizzazione ha come base giuridica il medesimo art. 168, in quanto "problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica", misure nei settori veterinario e fitosanitario (*ivi*, par. 4, lett. b)).

par. 2 TFUE) che è esteso nella prassi ai settori della salute e dell'alimentazione[37]. Com'è noto, si tratta di un principio di azione anticipata in un contesto di rischio ed incertezza per l'ambiente e la salute pubblica, che impone alle autorità competenti di prendere misure protettive senza bisogno di attendere una prova scientifica della sussistenza e dell'entità del rischio. Il contesto della pandemia rappresenta un ambito di specifica declinazione del principio in parola anche per le difficoltà di acquisire dati scientifici sulle modalità di diffusione, sulla idoneità e durata delle potenzialità infettive, ecc. Il principio è stato richiamato già in passato per altre emergenze di sanità pubblica a giustificazione delle misure adottate dall'Unione. D'altronde, la diversa valutazione di tale principio alla base delle misure nazionali dimostra proprio la necessità dell'applicazione del principio di precauzione a livello dell'Unione in una crisi di così vasta portata materiale e ambito spaziale[38].

In materia si deve ricordare anche la competenza dell'Unione che deriva dalla "clausola di solidarietà" (art. 222 TFUE), secondo cui l'Unione e i suoi Stati membri agiscono congiuntamente quando uno di essi è oggetto di un attacco terroristico o vittima di un disastro naturale o causato dall'uomo[39], nonché l'istituzione di un meccanismo di protezione civile (art. 196 TFUE)[40]. Inoltre, dagli anni '90, l'Unione ha istituito una rete per

---

[37] Sui vari aspetti del principio nel diritto internazionale e del diritto dell'Unione, v. F. BASSAN, *Gli obblighi di precauzione nel diritto internazionale*, Napoli, 2006; M. GESTRI, *La portata normativa del principio di precauzione nel diritto comunitario; gestione politica del rischio e controllo giurisdizionale*, in A. BIANCHI, M. GESTRI (a cura di), *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2006; S. DI BENEDETTO, *La funzione interpretativa del principio di precauzione in diritto internazionale*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2006, p. 321 ss.; J. ZANDER, *The application of the precautionary principle in practice: comparative dimensions*, Cambridge, 2010; B. BERTARINI *Tutela della salute, principio di precauzione e mercato del medicinale, Torino*, 2016. Sulla valutazione del rischio, v. A. ALEMANNO, *EU Risk Regulation: Towards a European Government of Health, Safety and Environmental Risks,* London, 2016; S. PUGLIESE, *Il rischio nel diritto dell'Unione europea tra principi di precauzione, proporzionalità e standardizzazione*, Bari, 2017; R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Torino, 2018. Sul valore delle prove scientifiche, v. F. MUNARI, *Il ruolo della scienza nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di tutela della salute e dell'ambiente*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2017, p. 131 ss.

[38] Sulle prospettive, v. 2020/C 126/01, del 17 aprile 2020, Tabella di marcia comune europea verso la revoca delle misure di contenimento della COVID-19.

[39] Decisione del Consiglio, del 24 giugno 2014, relativa alle modalità di attuazione da parte dell'Unione della clausola di solidarietà.

[40] Decisione (UE) 2019/420 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 marzo 2019, che modifica la decisione n. 1313/2013/UE su un meccanismo unionale di protezione civile. In tale ambito è prevista la possibilità che gli Stati membri, anche grazie a sovvenzioni della Commissione, possano acquistare, noleggiare o affittare risorse operative *ad hoc* (denominate rescEU), da utilizzare prioritariamente per le operazioni di risposta nell'ambito del Meccanismo. V. inoltre, la decisione di esecuzione (UE) 2017/253 della Commissione, del 13 febbraio 2017, che stabilisce le procedure per la notifica degli allarmi nell'ambito del sistema di allarme rapido e di reazione istituito in relazione a gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero e per lo scambio delle informazioni, la consultazione e il coordi-

garantire la sorveglianza epidemiologica delle malattie trasmissibili e un sistema di risposta tempestiva per la prevenzione e il controllo di tali malattie. A seguito delle precedenti epidemie, tale rete è stata potenziata in un quadro giuridico predisposto per l'azione dell'Unione europea sulla base della Decisione sulle minacce sanitarie transfrontaliere del 2013[41]. Tale decisione impone agli Stati membri e alla Commissione di consultarsi in seno al Comitato per la sicurezza sanitaria (HSC), al fine di coordinare le risposte della sanità pubblica degli Stati membri e la comunicazione pubblica sulla crisi.

4. Nella crisi sanitaria in corso, la *governance* europea è caratterizzata dall'attività di orientamento da parte della Commissione, che rappresenta un punto di riferimento per gli Stati e i cittadini, consentendo l'esame contestuale e sistematico della legalità e compatibilità delle misure nazionali con il diritto dell'Unione, in particolare rispetto al parametro di proporzionalità.

Prima di esaminare le comunicazioni adottate dalla Commissione europea nei vari settori della crisi sanitaria occorre premettere qualche considerazione generale. Nel diritto dell'Unione, le comunicazioni svolgono varie funzioni istituzionali: proposta legislativa, monitoraggio dell'attuazione, interpretazione finalizzata all'applicazione di norme esistenti. Nello specifico settore delle competenze di coordinamento, sostegno e completamento dell'Unione, la prassi presenta vari atti di *soft law* che, in presenza del divieto di armonizzazione, cercano di "ridurre le divergenze" tra le normative nazionali[42]. In questo ambito, (più che altrove), la prassi ha dato luogo all'eterogenea categoria degli "atti atipici" del diritto dell'Unione europea in assenza di specifiche previsioni nei Trattati[43]. Diversi gli effetti e le de-

---

namento delle risposte a tali minacce a norma della decisione n. 1082/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio. In generale sulla gestione dei disastri naturali e antropici, v. M. GESTRI, *La risposta alle catastrofi nell'Unione europea*, in M. GESTRI (a cura di), *Disastri, protezione civile e diritto: nuove prospettive nell'Unione europea e in ambito penale*, Milano, 2016, p. 3 ss.

[41] Decisione 1082/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, relativa alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero. Coordinata dal 2001 dal Comitato per la sicurezza sanitaria (HSC) e composta da rappresentanti dei ministeri della salute, la rete si basa sul contributo scientifico del Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie. Nel caso della COVID-19, è stato istituito un gruppo di esperti consultivi *ad hoc* (composto da epidemiologi e virologi di diversi Stati membri e presieduto dal presidente della Commissione europea) per formulare "orientamenti dell'UE su misure scientifiche e coordinate di gestione dei rischi".

[42] T. M. MOSCHETTA, *L'armonizzazione normativa mediante gli atti di soft law della Commissione europea: uno sviluppo ipotizzabile?*, in AA. VV., *Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, p. 297 ss.

[43] G. FIENGO, *Gli atti atipici della Comunità europea*, Napoli, 2008; P. DE LUCA, *Gli atti atipici nel diritto dell'Unione europea*, Torino, 2012; A. DI PASCALE, *Gli atti atipici nel sistema delle fonti del diritto dell'Unione europea*, Milano, 2017.

nominazioni (note, orientamenti, comunicazioni, risoluzioni, conclusioni, comunicati stampa, linee guida, ecc.).

La prassi degli atti atipici suscita dubbi rispetto ai principi generali del diritto dell'Unione, quali la certezza del diritto e il principio di legalità. Gli atti in parola sollevano dubbi soprattutto rispetto alla loro idoneità a produrre effetti giuridici e alla garanzia di una tutela giudiziaria effettiva. Al riguardo, la Corte di giustizia ha dichiarato la loro annullabilità per violazione della competenza delle istituzioni legislative allorché non si limitano ad interpretare norme esistenti ma oltrepassano questa funzione[44]. La Corte ha precisato che sono considerati "atti impugnabili" ai sensi dell'art. 263 TFUE tutti i provvedimenti, a prescindere dalla loro forma, adottati dalle istituzioni e intesi alla produzione di effetti giuridici vincolanti. Quest'ultimi sono valutabili "in funzione di criteri obiettivi, come il contenuto dell'atto stesso, tenuto conto del contesto, nonché dei poteri dell'istituzione emanante". In ogni caso, la Corte di giustizia ha ritenuto che tali atti possano essere sottoposti al rinvio di interpretazione pregiudiziale, quando ne ricorrano le condizioni e lo scopo[45].

Durante la crisi sanitaria in corso, l'attività della Commissione è stata principalmente finalizzata alla trascrizione e interpretazione delle norme esistenti e della prassi con la finalità di consolidamento dell'interesse comune dell'Unione tra gli interessi nazionali[46]. Per quanto riguarda l'attività di interpretazione e adattamento delle disposizioni legislative in vigore, si realizza così una sorta di codificazione con un forte intento di sviluppo progressivo[47]. Questa copiosa produzione di atti di *soft law* tiene conto della competenza (primaria) degli Stati membri e di quella (limitata) di coordinamento, completamento e sostegno in materia di sanità pubblica dell'Unione (art.168 TFUE). In realtà, la prassi della Commissione svolge una funzione di sostituzione/surrogazione dell'attività dei legislatori dell'Unione per l'impossibilità di adottare nei tempi necessari una fonte legislativa in quelle materie disciplinate dal diritto dell'Unione (frontiere, libertà di circolazione, ecc.), considerata l'urgenza della crisi sanitaria.

---

[44] V. ad es. sentenza del 20 marzo 1997, causa C-57/95, *Francia c. Commissione*. Al riguardo, particolarmente chiare e rilevanti per la decisione della Corte le conclusioni dell'avvocato generale Tesauro, del 16 gennaio 1997, punti 19-20, in cui distingue, oltre alle comunicazioni dichiarative e interpretative, quelle decisorie, ad es. nel settore della concorrenza.

[45] sentenza del 20 febbraio 2018, causa C-599/15 P, *Belgio c. Commissione*, punti 31 e 32.

[46] A. RENDA, R. J. CASTRO, *Towards stronger EU governance of health threats after the COVID-19 pandemic*, in *European Journal of Risk,* 2020, p. 1 ss; A. M. PACCES, M. WEIMER, *From diversity to coordination: A European approach to Covid19,* in *Amsterdam Law School Research Paper No. 2020-10,* 15 April 2020.

[47] Sulle varie accezioni e procedure della codificazione, v. E. TRIGGIANI, *La codificazione nell'Unione europea attraverso i principi di democrazia, efficacia e trasparenza*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, p. 557 ss.

5. In un "limbo giuridico", si trova ormai il Codice Frontiere Schengen (CFS) che stabilisce le regole per l'attraversamento delle frontiere esterne e i requisiti per la gestione delle frontiere interne.[48]

Il Consiglio, oltre al potere di raccomandare la riapertura delle frontiere interne, potrebbe certamente dare indicazioni non-vincolanti sullo svolgimento dei controlli alle frontiere da parte degli Stati membri (art. 29 CFS). Nella crisi in corso, indicazioni sono contenute nelle linee guida della Commissione del 16 marzo 2020[49], volte a contenere la diffusione del contagio e a garantire la disponibilità di beni e servizi di prima necessità, che non solo includono raccomandazioni finalizzate ad un approccio integrato o coordinato, ma chiariscono anche i parametri di conformità al diritto dell'Unione delle misure nazionali.

Secondo la comunicazione in parola, gli Stati membri hanno la facoltà di reintrodurre i controlli alle frontiere interne, se giustificati da motivi di ordine pubblico o sicurezza nazionale, a patto che il ripristino sia motivato e notificato in conformità al CFS. Secondo le linee guida, i controlli sanitari consentiti possono essere effettuati da pattuglie di frontiera (*screening* primario) o da personale medico (*screening* secondario). I controlli dovrebbero essere limitati ai controlli sanitari sulle persone che attraversano le frontiere interne e non implicano la reintroduzione generalizzata dei controlli alle frontiere. Se i casi sospetti necessitano di isolamento immediato e/o cure mediche, le autorità dei due Stati frontalieri hanno l'obbligo di coordinarsi per decidere il luogo di svolgimento della quarantena e delle cure[50].

Nell'ambito di questo contributo non rientra l'analisi comparata delle misure adottate a livello nazionale. Ci sembra comunque utile richiamarne qualche aspetto a testimonianza del carattere incoerente e unilaterale, che ha contraddistinto l'esercizio dei poteri degli Stati membri in materia. Le autorità competenti hanno chiuso alcuni aeroporti, conservando una sparuta attività di voli commerciali, o bloccando alcune destinazioni: in alcuni casi, limitando i trasporti aerei alle sole merci, ivi compresa persino la qua-

---

[48] Tra i 180 casi di reintroduzione dei controlli alle frontiere interne (dal 2006), ben 57 sono quelle notificate a partire dal 13 marzo 2020, v. Member States' notifications of the temporary reintroduction of border control at internal borders pursuant to Article 25 and 28 et seq. of the Schengen Borders Code, disponibile online. Ai sensi dell'art. 25 CFS, Reintroduzioni temporanee dei controlli alle frontiere nel contesto di casi che richiedono un'azione immediata: Ungheria, Austria, Spagna, Estonia, Lituania, Islanda, Belgio, Polonia, Slovacchia, Germania, Portogallo, Svizzera, Repubblica Ceca; ai sensi dell'art. 28 CFS, Controlli alle frontiere ripristinati temporaneamente nel contesto di eventi prevedibili: Finlandia, Austria, Svezia, Danimarca, Francia, Norvegia.

[49] COM (2020) 1753 fin., del 16 marzo 2020, COVID-19 Orientamenti relativi alle misure per la gestione delle frontiere destinate a tutelare la salute e garantire la disponibilità di beni e servizi essenziali (2020/C 86 I/01). Per un commento, v. D. THYM, *Travel Bans in Europe: A Legal Appraisal*, in *Verfassungblog*, 19 March 2020.

[50] COM (2020) 1753 fin., *cit*, par. 11.

rantena obbligatoria per i piloti in arrivo[51]. Per i trasporti su gomma, alcune autorità nazionali hanno chiesto agli autotrasportatori un certificato medico recente rilasciabile solo a seguito di analisi cliniche. Qualche Stato ha consentito a far rientrare nel territorio nazionale gli stranieri regolarmente residenti, solo a seguito della sottoscrizione di un impegno alla quarantena volontaria; altri Stati hanno richiesto loro di dimostrare di avere anche assoluta necessità di rientrare. In Danimarca i confini sono stati blindati dall'esercito e l'ingresso è stato condizionato alla dimostrazione di un importante motivo di rientro. La Polonia consente il rientro solo dei cittadini e degli stranieri con permesso di lavoro e residenza legale, sempre con l'obbligo di quarantena; in Ungheria possono rientrare solo i cittadini nazionali.

Il sistema Schengen aveva già mostrato limiti e difficoltà in materia di immigrazione e asilo. L'impatto della pandemia sul rispristino delle frontiere interne è assai più grave e sistemico di quello determinato dai movimenti secondari dei profughi provenienti dalle rotte dei Balcani e del Mediterraneo centrale. Al momento dello scoppio dell'emergenza sanitaria, i controlli alle frontiere interne erano già stati introdotti in alcuni Paesi da più di tre anni (Germania, Austria, Danimarca, Norvegia, Svezia e Francia - quest'ultima con motivazioni collegate al terrorismo). Alle misure restrittive già esistenti si sono sovrapposte quelle di carattere sanitario. Nonostante l'impegno dell'Unione di "offrire ai suoi cittadini uno spazio (...) senza frontiere interne", i controlli sono stati reintrodotti negli ultimi cinque anni. La reintroduzione appare legittima poiché l'epidemia di coronavirus può essere considerata "una grave minaccia per l'ordine pubblico" quando un'epidemia colpisce in modo così radicale gli interessi fondamentali della società.

Com'è noto, le frontiere interne possono essere attraversate "senza che sia effettuata una verifica di frontiera sulle persone" (art. 22 CFS). Secondo il CFS, gli Stati membri mantengono il potere di effettuare verifiche all'interno delle frontiere interne tramite l'esercizio delle competenze di polizia in forza della legislazione nazionale (nella misura in cui l'esercizio di queste competenze non abbia effetto equivalente alle verifiche di frontiera); sono competenti per effettuare i controlli di polizia nei porti o aeroporti nello stesso modo in cui vengono effettuati all'interno del territorio di uno Stato membro[52]. Tuttavia, agli Stati membri è consentito reintrodurre

[51] Dopo un breve tempo, è stato deciso di eliminare i "voli fantasma" che "giravano vuoti" solo per conservare le bande orarie acquisite dalle compagnie aeree da una stagione all'altra (slot), v. P9_TA (2020)0041, Risoluzione legislativa del Parlamento europeo, del 26 marzo 2020, sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CEE) n. 95/93, relativo a norme comuni per l'assegnazione di bande orarie negli aeroporti.

[52] Art. 23 (a) (ii); (b) CFS.

controlli alla frontiera per eventi prevedibili (articoli 25 e 26) in caso di minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna per un periodo di trenta giorni, eventualmente prorogabili, fino ad un massimo di sei mesi.

In relazione alla pubblica sicurezza, la reintroduzione dei controlli alle frontiere interne può essere temporanea e immediata (art. 28 CFS) ove necessario a causa di una grave minaccia per l'ordine pubblico o interno, tra cui una "malattia contagiosa". Quando una minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna di uno Stato membro richiede un'azione immediata, lo Stato membro interessato ha la facoltà di ripristinare "eccezionalmente e immediatamente" il controllo alle frontiere interne con l'unico obbligo di informare gli altri Stati membri e la Commissione, che ha a sua volta la facoltà di consultare gli altri Stati membri (art. 28). Il Consiglio, su proposta della Commissione, può raccomandare quale *extrema ratio* a uno o più Stati membri, come misura volta a proteggere gli interessi comuni, di ripristinare il controllo di frontiera in tutto o in parte delle sue frontiere interne (art. 29). Quando, in presenza di circostanze eccezionali che mettono a rischio "il funzionamento globale dello spazio senza controllo alle frontiere interne", il Consiglio raccomanda il ripristino in parola, esso valuta anche se possa costituire una risposta adeguata alla minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza interna "nello spazio senza controllo alle frontiere interne" e verifica la proporzionalità della misura medesima (art. 30).

Come evidenziato in una raccomandazione del 2017, il ripristino temporaneo dei controlli di frontiera dovrebbe in particolare includere: la consultazione con largo anticipo di tutti gli Stati membri interessati; il mantenimento di una stretta e costante cooperazione per il riesame e l'adeguamento dei controlli; l'assistenza reciproca ai fini dell'attuazione efficace dei controlli alla frontiera[53]. Inadeguato è stato il coordinamento delle decisioni nazionali rilevanti per Schengen con le misure di emergenza sanitaria nell'ambito della rete di collaborazione stabilita dalla Decisione n. 1082/2013 del 2013 relativa alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero[54].

---

[53] COM (2017) 6560 def., del 3 ottobre 2017, raccomandazione relativa all'attuazione delle disposizioni del Codice frontiere Schengen sul ripristino temporaneo dei controlli di frontiera alle frontiere interne dello spazio Schengen.

[54] Decisione 1082/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, relativa alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero; decisione di esecuzione (UE) 2018/945 della Commissione, del 22 giugno 2018, relativa alle malattie trasmissibili e ai problemi sanitari speciali connessi da incorporare nella sorveglianza epidemiologica, nonché alle pertinenti definizioni di caso. V. anche COM (2015) 617 fin., del 22 dicembre 2015, Relazione sull'attuazione della decisione n. 1082/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, relativa alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero.

Per quanto riguarda le frontiere esterne, il principio di base è che le condotte in materia non devono essere discriminatorie e devono essere proporzionate, "gli Stati membri possono, tuttavia, adottare misure adeguate come richiedere alle persone che entrano nel loro territorio di sottoporsi all'autoisolamento o misure simili al ritorno da una zona colpita da Covid-19 a condizione che impongano gli stessi requisiti applicati per i propri cittadini"[55]. Gli Stati Schengen hanno la facoltà di rifiutare l'ingresso alle frontiere esterne ai "cittadini di paesi terzi non residenti se presentano sintomi compatibili con il virus o se sono stati particolarmente esposti al rischio di infezione e sono da considerarsi un rischio per la salute pubblica". "Una misura nazionale può essere considerata proporzionata a "condizione che sia stata adottata a seguito della consultazione delle autorità sanitarie e che sia stata considerata da loro adeguata e necessaria per conseguire l'obiettivo di sanità pubblica"[56]. Le restrizioni nazionali attribuiscono alle guardie di frontiera e alle autorità di polizia (accompagnate da personale volontario) un ruolo di accertamento sanitario, con un rischio di discriminazione sulla base della provenienza geografica o del focolare di infezione con conseguente rischio di discriminazione. L'incertezza delle nozioni utilizzate e la "scala possibile" delle prove fattuali lasciano un alto grado di discrezionalità alle autorità nel decidere sull'autorizzazione all'ingresso e sul suo carattere essenziale o urgente.

In una successiva comunicazione del 30 marzo 2020, la Commissione ha raccomandato agli Stati membri la creazione di corsie preferenziali (*green lanes*) che consentano la circolazione agevolata delle merci nel territorio dell'Unione[57]. Gli Stati sono tenuti a designare tempestivamente i punti di valico "di tipo preferenziale" delle frontiere interne della *rete transeuropea di trasporto* (TEN-T) per i veicoli di trasporto merci. Nell'attraversamento delle frontiere le procedure andrebbero ridotte al minimo strettamente necessario. I conducenti dei veicoli per il trasporto merci non dovrebbero in alcun caso subire discriminazioni per origine, destinazione, nazionalità o immatricolazione del veicolo. Inoltre, per facilitare la mobilità delle merci, gli Stati membri dovrebbero sospendere tutte le restrizioni di accesso alla rete stradale, come quelle del fine settimana, durante la notte o a carattere settoriale. La condizione prevista è quella al percorso designato e di effettuare le pause minime necessarie. Gli Stati membri

[55] Linee guida per le misure di gestione delle frontiere per proteggere la salute, cit. IV. Frontiere esterne punto 9.

[56] *Ivi*, IV. Frontiere esterne, punto 4.

[57] Comunicazione della Commissione sull'attuazione delle corsie verdi ("*green lanes*") previste dagli orientamenti relativi alle misure per la gestione delle frontiere destinate a tutelare la salute e garantire la disponibilità di beni e servizi essenziali (2020/C 96 I/01).

dovrebbero garantire il funzionamento di almeno un aeroporto per consentire i voli di rimpatrio e di soccorso internazionale[58].

Secondo la Commissione, regole quali le restrizioni di viaggio e la quarantena obbligatoria per i lavoratori del settore dei trasporti che non presentano sintomi dovrebbero essere sospese, in particolare gli Stati membri non dovrebbero esigere alcun certificato medico.

6. Oltre che per le misure di controllo alle frontiere, anche per le restrizioni alla libertà di circolazione delle persone, gli Stati membri non sembrano aver condiviso l'approccio di massima condivisione derivante dall'obbligo di leale cooperazione (art. 4, par. 3, TUE).

Le notifiche effettuate in questo periodo dagli Stati Schengen non forniscono informazioni riguardo alla mobilità dei cittadini nazionali e degli stranieri regolarmente residenti. In corrispondenza delle restrizioni in entrata e in uscita imposte da altri Stati Schengen, è evidente la legittima mobilità di cittadini nazionali, residenti regolari e altri cittadini dell'Unione, nonché delle loro famiglie. Fra le condizioni d'ingresso di un cittadino di Paesi terzi, il CFS fissa quella di non essere considerato una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza interna, la salute pubblica o le relazioni internazionali di uno degli Stati membri (art. 6, par. 1, lettera *e*), oltre alla condizione di non essere segnalato nel SIS ai fini della non ammissione[59]. Per i beneficiari del diritto alla libera circolazione ai sensi del diritto dell'Unione, è previsto l'obbligo di effettuare una valutazione individuale minima da considerare come limitata alla verifica dei documenti e alla consultazione delle banche-dati pertinenti (art. 8, par. 2).

Le misure restrittive hanno assunto forme e caratteristiche capaci di provocare duplicazioni o asimmetrie nelle richieste delle autorità di frontiera all'atto dell'attraversamento. Si sono spesso determinati percorsi ad ostacoli per le persone costrette a muoversi per motivi di lavoro o per tornare nello Stato di cittadinanza o di residenza. La formulazione delle misure restrittive ha sollevato, all'inizio, il sospetto che non fosse solo finalizzata al contenimento dell'epidemia ma soprattutto a bloccare l'accesso a cure mediche e ospedali da parte di malati dei Paesi vicini, almeno sino a che si sono chiarite le procedure per la mobilità dei pazienti al fine di evitare scompensi nella gestione operativa e finanziaria dei sistemi sanitari nazio-

[58] V. anche, orientamenti della Commissione europea: agevolare le operazioni di trasporto aereo di merci durante l'epidemia di Covid-19 (2020/C 100 I/01), 27 marzo 2020.

[59] sentenza del 12 dicembre 2019, causa C-380/18, *E.P.* V. la prima decisione al riguardo, sentenza del 29 aprile 2004, cause riunite C-482/01 e C-493/01, *Orfanopoulos*, punti. 95-97.

nali[60]. In linea di massima, i movimenti di merci e di pendolari sono stati comunque garantiti.

Nel diritto dell'Unione, limitazioni del diritto d'ingresso e di soggiorno nel territorio di uno Stato membro possono essere invocate esclusivamente per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica, alle cui deroghe gli Stati membri non possono tuttavia fare appello per fini economici (art. 27, par. 1, direttiva n. 2004/38/CE)[61]. Ai sensi dell'art. 29, "[l]e sole malattie che possono giustificare misure restrittive della libertà di circolazione sono quelle con potenziale epidemico, quali definite dai pertinenti strumenti dell'Organizzazione mondiale della Sanità, nonché altre malattie infettive o parassitarie contagiose, sempreché esse siano oggetto di disposizioni di protezione che si applicano ai cittadini dello Stato membro ospitante". (*ivi*, art. 29). Tuttavia, tali restrizioni devono rispettare il principio di proporzionalità ed essere soggette a una procedura di riesame in caso di ricorso – anche se le garanzie procedurali non comportano un diritto di essere ammessi a titolo provvisorio per coloro che sono respinti alla frontiera (art. 31).

Non vi è dubbio che i motivi di tutela della sanità pubblica in un'emergenza come quella della pandemia di COVID-19 sono assimilabili ai motivi di sicurezza pubblica che comportano le deroghe previste alla libertà di circolazione e la facoltà di ripristino dei controlli alle frontiere interne. La Corte di giustizia ha costantemente interpretato in modo restrittivo le deroghe alla libertà di circolazione per motivi di ordine pubblico e sicurezza pubblica, considerate spesso in modo unitario. La loro portata non può però essere determinata unilateralmente senza il controllo delle istituzioni dell'Unione. Le relative misure possono essere adottate esclusivamente solo dopo una valutazione caso per caso che il comportamento del soggetto in questione rappresenti realmente una minaccia effettiva e sufficientemente grave per un interesse fondamentale della società. Agli Stati membri spetta l'onere di provare in maniera circostanziata gli interessi essenziali coinvolti, dimostrando la necessità della loro tutela ai fini della sicurezza in rapporto alla gravità del pericolo e della minaccia e il grado di coercizione della misura da adottare.

La sicurezza pubblica nelle sue dimensioni interna ed esterna presenta un'accezione più ampia rispetto alla sicurezza nazionale, collegata con

---

[60] COM (2020) 2153 fin., del 3 aprile 2020, Orientamenti sull'assistenza di emergenza dell'UE per quanto riguarda la cooperazione transfrontaliera nell'ambito dell'assistenza sanitaria legata alla crisi della Covid-19 (2020/C 111 I/01).

[61] V. B. NASCIMBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Padova, 2012; nonché i diversi contributi in P. KOUTRAKOS, N. N. SHUIBHNE, P. SYRPIS (eds.), *Exceptions from EU Free Movement Law: Derogation, Justification and Proportionality*, Oxford-Portland-Oregon, 2016.

priorità allo Stato[62]. La competenza esclusiva degli Stati membri in materia è oggetto di definizione da parte della Corte di giustizia, che ha fissato i criteri interpretativi circoscrivendo la discrezionalità degli Stati membri. I suoi ambiti di applicazione non sfuggono ai vincoli del diritto dell'Unione sulla base dell'intensità del collegamento con le misure nazionali, specie se si tratta di diritti o principi fondamentali[63]. Pertanto, la tutela della sicurezza nazionale risponde non solo a un obiettivo di interesse generale ma contribuisce anche alla tutela dei diritti e delle libertà altrui.

Un riferimento alla tutela della salute come giustificazione di una limitazione alla libera circolazione è contenuto anche nell'art. 2, prot. 4 CEDU[64]. Le ragioni di salvaguardia della salute sono contemplate anche nella disposizione di cui all'art. 5, par. 1, lett. *e*), CEDU, che contempla l'ipotesi della "detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa". L'ipotesi della quarantena (e delle misure analoghe) rientra nel "diritto a presentare un ricorso a un tribunale, affinché decida entro breve termine sulla legittimità della detenzione" (*ivi*, par. 4).

In assenza di giurisprudenza in materia di deroghe all'ingresso per motivi di salute è difficile stabilire se sia giustificabile un diverso trattamento fra cittadini dell'Unione (e i loro familiari) e i cittadini dei Paesi terzi con visto o esonerati dall'obbligo di visto. Per quanto riguarda l'ordine pubblico, la Corte di giustizia ha stabilito che una diversa valutazione può essere legittima. Nella recente sentenza *EP* ha stabilito la legittimità del rimpatrio per un cittadino di uno Stato terzo, esente dall'obbligo di visto, anche se il suo comportamento non rappresenta "una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave per un interesse fondamentale della società affinché tale persona possa essere considerata una minaccia per l'ordine pubblico", come richiesto invece della direttiva 2004/38 (art. 27, par. 2).

7. Nella Comunicazione sulla restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'Unione e nelle successive linee guida[65], la Commissione fornisce orientamenti su vari aspetti: l'introduzione di una restrizione tempo-

---

[62] F. FERRARO, *Brevi note sulla competenza esclusiva degli Stati membri in materia di sicurezza nazionale*, in AA. VV., *Annali AISDUE*, vol I, Bari, 2020, p. 117 ss.

[63] M. E. BARTOLONI, *Ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli, 2018, p. 224 ss.

[64] Art. 2, par. 3: "L'esercizio di tali diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono previste dalla legge e che costituiscono, in una società democratica, misure necessarie alla (…) protezione della salute (…) o alla protezione dei diritti e libertà altrui".

[65] COM (2020) 115 fin., del 16 marzo 2020, COVID-19: restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE; COVID-19, Linee guida concernenti l'attuazione della restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE, la facilitazione delle modalità di transito per il rimpatrio dei cittadini dell'UE, gli effetti sulla politica in materia di visti (2020/C 102 I/02); COM (2020)148 fin., dell'8 aprile 2020, Valutazione dell'applicazione della restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE.

ranea dei viaggi applicabile a tutti gli spostamenti non essenziali da Paesi terzi verso l'Unione; la facilitazione delle modalità di transito per il rimpatrio dei cittadini dell'UE e dei loro familiari bloccati in Paesi terzi; il servizio dei consolati per il trattamento delle domande di visto; e il trattamento dei soggiorni fuori-termine causati da restrizioni dei viaggi, anche per i cittadini di Paesi terzi esenti dall'obbligo del visto.

La frontiera esterna dell'UE dovrebbe fungere da perimetro di sicurezza: gli Stati Schengen possono rifiutare l'ingresso alle frontiere esterne ai "cittadini di Paesi terzi non residenti se presentano sintomi compatibili con il virus o se sono stati particolarmente esposti al rischio di infezione e sono da considerarsi un rischio per la salute pubblica". Il divieto temporaneo in entrata nell'area Schengen per i cittadini di Paesi terzi non riguarda i cittadini degli Stati membri e i loro familiari, nonché i cittadini di Paesi terzi in possesso di visto di soggiorno di lungo termine. Le eccezioni al divieto riguardano anche alcune categorie: operatori sanitari, ricercatori e professionisti dell'assistenza agli anziani; lavoratori frontalieri; personale addetto al trasporto merci; diplomatici, militari e operatori umanitari; passeggeri in transito e che viaggiano per motivi familiari; persone bisognose di protezione internazionale o umanitaria. Inoltre, la Commissione chiede agli Stati Schengen di agevolare l'attraversamento delle frontiere dei lavoratori che svolgono lavori essenziali, in particolare nei settori dell'assistenza sanitaria e alimentare, o che siano prestatori di altri servizi essenziali (ad esempio gli operatori sanitari, gli addetti all'assistenza delle persone, i produttori di alimenti e i lavoratori stagionali).

La Commissione europea e il Servizio europeo per l'azione esterna hanno contribuito a rimpatriare i cittadini dell'Unione bloccati all'estero. Secondo il diritto dell'Unione, i cittadini nazionali hanno avuto il diritto di chiedere aiuto all'ambasciata o al consolato di altri Stati-membri quando le autorità nazionali di cittadinanza non siano stati in grado di assisterli.

La Corte di giustizia ha sempre confermato che la libera circolazione dei lavoratori è un principio fondamentale e ha richiesto che le deroghe siano interpretate in modo restrittivo. Gli Stati membri dovrebbero quindi consentire ai lavoratori frontalieri e ad altre persone economicamente attive di entrare nel Paese per lavorare alle stesse condizioni dei lavoratori nazionali. Naturalmente, possono essere effettuati controlli sanitari individuali, ma per chiudere ermeticamente la frontiera ai lavoratori frontalieri si dovrebbe modificare profondamente il mercato unico. L'ingresso e il transito devono essere consentiti e facilitati ai lavoratori frontalieri (in particolare a coloro che garantiscano servizi essenziali, quali: lavoratori e ricercatori del settore sanitario; personale addetto al trasporto di merci; personale diplomatico, militare e di aiuto umanitario, inclusi i membri di organizza-

zioni internazionali). La priorità per i lavoratori transfrontalieri e per determinate professioni ha però messo in secondo piano le esigenze di unità familiare.

8. Una specifica trattazione merita la situazione giuridica dei cittadini degli Stati terzi e, in particolare, di quelli bisognosi di protezione internazionale[66].

Nelle linee guida del 16 marzo 2020, la Commissione si è espressa sulla situazione dei soggiorni fuori-termine (*overstayer*) causati dalle restrizioni di viaggio introdotte per la pandemia. La raccomandazione agli Stati membri riguarda l'estensione della durata del soggiorno dei titolari di visto che si trovano nello spazio Schengen e che non possono partire entro la data di scadenza del visto (sino a un massimo di tre/sei mesi). Se i titolari di visto dovessero essere costretti a soggiornare al di là di tale proroga, le autorità nazionali dovrebbero rilasciare un visto nazionale per soggiorno di lunga durata o un permesso di soggiorno temporaneo. In ogni caso, si raccomanda agli Stati membri di non applicare sanzioni o penalità amministrative ai cittadini di Paesi terzi che si trovino in tale condizione. Successivamente, nel trattamento delle domande di visto non si dovrebbe valutare come un elemento negativo l'attuale situazione non imputabile al cittadino dello Stato terzo ma ad un caso di forza maggiore.

Nei confronti del pacchetto-asilo, del rimpatrio e del reinsediamento, le linee-guida della Commissione del 16 aprile 2020 valutano l'impatto dell'emergenza sanitaria[67]. L'accesso al territorio è parte integrante del diritto all'asilo, per cui gli Stati devono evitare di sottoporre i richiedenti a condizioni non necessarie. Vale la pena di ricordare che il "rifiuto alla frontiera" di un potenziale richiedente-asilo rappresenta una violazione del diritto dell'Unione perché deve essere consentito al richiedente di completare la procedura per il riconoscimento della protezione internazionale. Le misure restrittive degli Stati membri per ragioni sanitarie possono determinare violazioni del principio di *non-refoulement* (articoli 78, par. 1, TFUE e 18 e 19 della Carta). Ai sensi degli articoli 3 e 4 CFS, le autorità di controllo delle frontiere devono rispettare i diritti dei rifugiati e gli obblighi di protezione internazionale. In generale, le misure nazionali per limitare l'interazione interpersonale, specie con le autorità pubbliche e giudiziarie

[66] Sulle misure nazionali relative all'asilo e alla migrazione introdotte per la crisi sanitaria in Europa, v. ECRE, Information Sheet, 23 april 2020: Covid-19 measures related to asylum and migration across Europe, disponibile online.

[67] Comunicazione della Commissione Covid-19: linee guida sull'attuazione delle disposizioni dell'UE nel settore delle procedure di asilo e di rimpatrio e sul reinsediamento (2020/C 126/02).

possono avere un forte impatto; pertanto, devono essere "ragionevoli, proporzionate e non discriminatorie "[68].

La Commissione raccomanda flessibilità nell'applicazione delle direttive procedura e accoglienza. Sulla base della direttiva 2013/32/UE, l'accesso alle procedure deve essere garantito, insieme alla registrazione e al trattamento delle domande. Gli Stati membri dovrebbe sfruttare la flessibilità consentita dalla normativa dell'Unione, specie per i quanto riguarda i termini e la durata. Per la proroga dei termini, l'attuale situazione di blocco di alcune attività amministrative è paragonabile alla fattispecie (prevista nel testo della direttiva) della presentazione simultanea di un numero elevato di domande[69]. Secondo la Commissione, ove vi siano indizi che il richiedente possa aver contratto la malattia, si potrebbe omettere il colloquio personale che non pregiudica la decisione dell'autorità accertante[70], nonché effettuare l'esame preliminare dell'ammissibilità di una domanda reiterata basandosi unicamente sulle osservazioni scritte[71]. In tali casi, si dovrebbe consentire al richiedente di fornire ulteriori informazioni. Per quanto riguarda la direttiva 2013/33/UE, gli Stati membri possono stabilire, in casi giustificati come quello della crisi in corso, modalità diverse di accoglienza rispetto a quelle normali[72], purché siano garantite le esigenze essenziali, compresa l'assistenza sanitaria. L'eventuale ritardo nella registrazione della domanda non dovrebbe comportare, in nessun caso, una mancata applicazione delle condizioni di accoglienza.

Le questioni più complesse sono quelle che riguardano i rapporti bilaterali fra gli Stati destinatari dei movimenti secondari e quelli competenti (in massima parte perché di primo ingresso dei richiedenti asilo) nell'attuazione del regolamento Dublino III. La Commissione ritiene non sia possibile derogare, anche nella attuale situazione sanitaria, al principio dell'inversione della competenza fra lo Stato richiedente la ripresa in carico e lo Stato competente (art. 29, par. 2). Per questo motivo, le Autorità tedesche hanno sospeso le richieste di trasferimento, temendo la situazione di blocco delle attività amministrative. Con una metafora, si potrebbe dire … cercare di evitare di perdere al gioco del cerino, se non si trattasse di mi-

[68] Nelle linee-guida si legge: "Per prevenire e contenere la diffusione della Covid-19, le misure di salute pubblica quali lo screening medico, il distanziamento interpersonale, la quarantena e l'isolamento dovrebbero essere applicate, ove necessario, ai cittadini di paesi terzi, compresi i richiedenti protezione internazionale, le persone reinsediate e i cittadini di paesi terzi il cui soggiorno nell'Unione è irregolare, purché tali misure siano ragionevoli, proporzionate e non discriminatorie".

[69] Art. 31, par. 3, lett. *b*) direttiva 2013/32/UE.

[70] Art. 14, par. 2, lett. *b*) direttiva 2013/32/UE.

[71] Art. 42, par. 2, lett. *b*) direttiva 2013/32/UE.

[72] Art.18 direttiva 2013/33/UE.

gliaia di persone e delle loro famiglie[73]. La Commissione ritiene però che la decisione di sospendere per il periodo della crisi sanitaria ogni richiesta di trasferimento rappresenti una violazione del diritto dell'Unione, in quanto impedisce i ricongiungimenti familiari che, invece, dovrebbero continuare pur se con forme adeguate di precauzione. Alle Autorità tedesche non piace invece l'ipotesi alternativa secondo cui, dopo la ripresa a pieno titolo del sistema Dublino, si ricominci a far decorrere i termini ai fini del periodo di tempo che determina l'inversione della competenza a decidere sulla domanda di asilo. Non solo richiederebbe un accordo, caso per caso, fra gli Stati membri interessati ma soprattutto sarebbe comunque sottoposto al consenso della persona coinvolta nel trasferimento (art. 17, par. 2).

Un altro punto interessante della Comunicazione riguarda la resilienza dei criteri di competenza del regolamento Dublino IV in questa fase. Uno Stato membro può, prima che sia adottata una decisione sul merito, chiedere a un altro Stato membro di prendere in carico il richiedente al fine di procedere al ricongiungimento di persone per ragioni umanitarie fondate, in particolare, su motivi familiari o culturali, pur se il secondo Stato membro non è in linea di principio competente all'esame della domanda (art. 17, par. 2). Secondo la Commissione, tale norma dovrebbe applicarsi anche nei casi in cui i criteri relativi al ricongiungimento familiare siano applicabili ma l'impossibilità di effettuare il trasferimento sia dovuta alla scadenza dei termini per il blocco dovuto alla crisi sanitaria.

Per quanto riguarda la sospensione delle operazioni di rimpatrio, la crisi sanitaria ha lasciato in situazione irregolare un numero significativo di migranti, alcuni dei quali in strutture chiuse di detenzione/trattenimento in attesa di allontanamento. La Commissione ricorda che, secondo la direttiva-rimpatri 2008/115/CE, i cittadini di Paesi terzi devono avere accesso alle prestazioni sanitarie di urgenza e al trattamento essenziale delle malattie[74]. Pertanto, gli Stati membri dovrebbero adottare le misure necessarie per i "rimpatriandi". Secondo la Commissione, le restrizioni introdotte dagli Stati membri e dai Paesi terzi di origine per prevenire e contenere il contagio non comportano l'esclusione di ogni prospettiva di allontanamento; diversi dovrebbero essere invece gli elementi da considerare per una ta-

[73] Durante la crisi sanitaria, per effetto della sospensione dei termini, i profughi presenti in territorio tedesco non rischiano di essere espulsi sino alla scadenza (sei o diciotto mesi) allorché avranno titolo per fare domanda di asilo in Germania. Tuttavia, il Ministero degli interni ha deciso di applicare agli accordi di attuazione del regolamento di Dublino una norma sui contratti edilizi (o ad altre simili fattispecie) secondo cui una scadenza può essere congelata quando ci siano dei processi in corso. Nella lettera che molti profughi hanno ricevuto si avverte che tale periodo è congelato, v. L. TORNABUONI, *Berlino, il cavillo per respingere i profughi verso l'Italia*, in *Repubblica online,* 26 aprile 2020

[74] 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.

le conclusione (art. 15, par. 4). Nel caso in cui il rimpatrio non sia più realizzabile, la detenzione/trattenimento cessa di essere giustificabile con conseguente immediato rilascio.

La variegata prassi degli Stati membri presenta limitazioni e, persino, rifiuti alla frontiera[75]. Ad es., la Grecia giustifica sulla base all'emergenza sanitaria la sospensione dell'accettazione delle domande di asilo dei flussi provenienti dalla Siria e convogliati dai militari turchi. Non v'è dubbio che al confine greco-turco è stato messo in discussione il regime europeo della protezione internazionale, il cui cardine è costituito dal principio inderogabile di *non refoulement.* L'Alto Commissario esorta gli Stati membri a garantire il rispetto dei principi di non discriminazione e proporzionalità enunciati negli orientamenti, della Commissione in linea con il diritto primario e derivato dell'Unione[76].

Infine, la pandemia ha innescato un aumento di atti razzisti e xenofobi nei confronti di persone di origine cinese o asiatica, ivi compresi inclusi insulti, molestie, discriminazioni nell'accesso alle merci e servizi, ai servizi sanitari e all'istruzione, incitamento all'odio *online*. Occorre ricordare che gli atti di discriminazione motivati dai pregiudizi contrastano l'art. 21 della Carta dei diritti e devono essere oggetto di sanzioni nel campo di applicazione dalla decisione quadro del Consiglio 2008/913 /GAI sulla lotta contro alcune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia[77].

9. Nel passaggio alla "fase due" della crisi sanitaria, in cui si prevede l'allentamento delle misure restrittive degli Stati membri, l'Unione dovrà di certo svolgere un ruolo di forza centripeta dell'impegno degli individui, delle imprese e degli Stati membri per la ripresa economico-sociale. Un ruolo certamente diverso da quello sinora esercitato sotto l'impulso dell'urgenza delle decisioni da prendere a tutti i livelli. Il coordinamento a livello europeo delle decisioni degli Stati membri sarà determinante per

---

[75] Information Sheet 23 april 2020: Covid-19 measures related to asylum and migration across Europe, disponibile online*,* Emergenza Covid-19.

[76] Secondo l'UNHCR, le persone bisognose di protezione internazionale devono essere esentate dalle restrizioni alle frontiere, anche se possono essere utilizzate misure alternative, come l'isolamento e la quarantena, v. UNHCR, Key Legal Considerations on access to territory for persons in need of international protection in the context of the COVID-19 response, 16 March 2020; UNHCR, Legal Considerations with regard to the EU Commission´s Guidelines for border management measures to protect health and ensure the availability of goods and essential services, 18 March 2020.

[77] Il divieto di discriminazione è sancito dall'articolo 14 della CEDU, che garantisce la parità di trattamento nel godimento dei diritti riconosciuti nella Convenzione. Il protocollo n. 12 (2000) alla CEDU, ratificato solo da pochi Stati membri (Cipro, Finlandia, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Portogallo, Romania, Slovenia, Spagna), amplia la portata del divieto di discriminazione garantendo la parità di trattamento nel godimento di ogni diritto (compresi i diritti previsti dalla legislazione nazionale), v. Chart of signatures and ratifications of Treaty 177, Protocol No. 12, al 12 aprile 2020.

l'individuazione di un percorso comune sostenibile in considerazione delle specifiche situazioni epidemiologiche, dell'organizzazione territoriale delle autorità pubbliche, della resilienza dei servizi sanitari, della diversità di concentrazione della popolazione e delle dinamiche della ripresa produttiva.

Secondo la Commissione europea "[o]ccorre un approccio graduale all'apertura delle frontiere interne ed esterne per arrivare in seguito a ripristinare il normale funzionamento dello spazio Schengen. I controlli alle frontiere interne dovrebbero essere revocati in modo coordinato"[78]. Per la progressiva riapertura delle frontiere si dovrà dare precedenza ai lavoratori transfrontalieri e stagionali, evitando ogni discriminazione nei confronti dei lavoratori mobili dell'Unione[79]. Gli Stati membri confinanti dovrebbero mantenersi in stretto contatto per facilitare tale processo in stretto coordinamento con la Commissione.

Una postilla a questo articolo merita l'istituzione del sistema informatico ETIAS (Sistema Europeo di Informazione e Autorizzazione ai Viaggi)[80]. Fra un paio d'anni, tale sistema stabilirà se il viaggio di un cittadino di uno Stato terzo esente da visto (da circa 60 Stati) rappresenti un rischio per la sicurezza, di immigrazione illegale o un alto rischio epidemico. Il possesso di un'autorizzazione sarà una condizione per l'ingresso nel territorio degli Stati membri. Il mero possesso di un'autorizzazione ai viaggi non conferisce un diritto automatico d'ingresso[81]. Per viaggiare verso gli Stati Schengen, la richiesta dovrà comprendere, quali requisiti di ammissibilità: dati epidemiologici, informazioni relative al tempo speso in zone di guerre, eventuali espulsioni e precedenti penali. Il sistema sarà connesso alle altre banche-dati in base al principio di interoperabilità.

ABSTRACT

---

[78] Comunicazione della Commissione, Tabella di marcia comune europea verso la revoca delle misure di contenimento della COVID-19 (2020/C 126/01).

[79] La Commissione ha emesso orientamenti relativi all'esercizio della libera circolazione dei lavoratori durante la pandemia di Covid-19. V. COM (2020)2051 fin., del 30 marzo 2020, Guidelines concerning the exercise of the free movement of workers during COVID-19 outbreak.

[80] Regolamento (UE) n. 2018/1240 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 settembre 2018, che istituisce un sistema europeo di informazione e autorizzazione ai viaggi (ETIAS); Regolamento (UE) n. 2018/1241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 settembre 2018, recante modifica del regolamento (UE) 2016/794 ai fini dell'istituzione di un sistema europeo di informazione e autorizzazione ai viaggi (ETIAS).

[81] Per un quadro dei principi e del funzionamento, v. G. CAGGIANO, *L'interoperabilità fra le banche-dati dell'Unione sui cittadini degli Stati terzi,* in *Scritti offerti a Claudia Morviducci,* Bari, 2019, p. 565 ss.

COVID-19. EU COMPETENCES, FREE MOVEMENT AND HUMAN RIGHTS TEMPORARY REINTRODUCTION OF BORDERS, RESTRICTIVE MEASURES OF MOBILITY AND INTERNATIONAL PROTECTION

The article focuses on the limited competence of the Union in the field of public health and the lack of legislative changes in the area of freedom, security and justice; the derogation of the ECHR and the "margin of appreciation" of fundamental rights; the impact of the European Commission's soft-law documents, as guidelines of State's conduct, interpreting the applicable rules; as well as the compatibility of national measures with Union law.

COVID-19. COMPETENZE DELL'UNIONE, LIBERA CIRCOLAZIONE E DIRITTI UMANI IN MATERIA DI CONTROLLI ALLE FRONTIERE, MISURE RESTRITTIVE DELLA MOBILITÀ E PROTEZIONE INTERNAZIONALE

L'oggetto di questo contributo riguarda la limitata competenza dell'Unione in materia di salute pubblica e il mancato ricorso a modifiche legislative nell'ambito dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia; la "compressione" dei diritti delle persone nello Stato di eccezione o di deroga CEDU; l'impatto dei documenti di *soft law* della Commissione europea, finalizzati all'orientamento della prassi e all'interpretazione delle norme applicabili; nonché la compatibilità delle misure nazionali con il diritto dell'Unione.

Valeria Capuano*

Covid-19 e libera circolazione dei servizi sanitari: un esempio di solidarietà europea?

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La solidarietà nei Trattati dalle origini ad oggi. – 3. La solidarietà nel mercato comune: la libera circolazione dei servizi sanitari e la direttiva 2011/24/UE. – 4. Le linee guida della Commissione per la circolazione di medici e pazienti nell'emergenza sanitaria in atto. – 5. Conclusioni.

1. Mai come in questi ultimi giorni, alla luce del dilagare della pandemia causata dal Covid-19, le parole "solidarietà" ed "Unione europea" echeggiano in modo assordante nei dibattiti che imperversano nei diversi mezzi di comunicazione. E come il virus ha messo a nudo la fragilità dell'uomo[1], esso pare abbia palesato altresì la fragilità dell'Unione che, lontana dallo spirito solidale che animava i Padri Fondatori, sembra sgretolarsi al cospetto degli interessi economici dei singoli Stati membri. In tale contesto di eccezionale complessità sociale, economica e, di conseguenza, giuridica può essere utile riflettere a caldo (in attesa dei necessari sviluppi) sugli strumenti che almeno in teoria i Trattati e gli atti di diritto derivato predispongono per l'implementazione di tale principio. Partendo dal presupposto che il principio di solidarietà, pure di recente confinato in alcuni contesti come quello migratorio[2], resta almeno formalmente un principio fondamentale dell'Unione europea, compete all'interprete il compito di indagare sull'utilizzo che le istituzioni europee stanno facendo degli strumenti solidaristici a loro disposizione. In altri termini, per pesare al giusto ciò che l'Unione sta (o meno) facendo è necessario capire ciò che effettivamente è in suo potere fare. A tale fine è opportuno rimarcare che benché, come vedremo appresso, la solidarietà sia un concetto richiamato in abbondanza nei Trattati, di diverso spessore ed intensità sono gli strumenti predisposti dagli stessi Trattati per realizzare tale principio. In particolare, nelle mate-

---

* Ricercatore in Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Napoli "Parthenope".

[1] V. Papa Bergoglio «La tempesta smaschera la nostra vulnerabilità e lascia scoperte quelle false e superflue sicurezze con cui abbiamo costruito le nostre agende, i nostri progetti, le nostre abitudini e priorità», omelia pronunciata durante il momento di preghiera straordinario per la pandemia di coronavirus il 27 marzo 2020, in *corriere.it*.

[2] Sul punto ci permettiamo di rinviare alle nostre osservazioni in V. CAPUANO, *Flussi migratori e politiche dell'UE: verso la riforma del Sistema Europeo Comune di Asilo*, in V. GRASSI – M. PASCALI (a cura di) *Napoli e le migrazioni nel Mediterraneo - Contributo multidisciplinare alla comprensione del modello mediterraneo di integrazione*, Franco Angeli, 2019, p. 15. *Amplius* si veda G. MORGESE , *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione Europea in materia di immigrazione e asilo*, Bari, 2018.

rie in cui ancora, di fatto, vige il cd. metodo intergovernativo e, dunque, gli interventi legislativi sono rimessi essenzialmente alla volontà dei singoli Stati membri, gli egoismi nazionali costituiscono un evidente ostacolo per la emanazione di normative secondarie in linea con l'approccio solidaristico. *A contrario*, nei settori in cui il Parlamento europeo e la Commissione hanno maggior peso è più facile rinvenire provvedimenti conformi al principio in parola[3].

Sulla base di questa premessa, partendo da una fugace disamina del concetto di solidarietà nell'ordinamento giuridico dell'Unione, intendiamo soffermarci sulla solidarietà nello specifico contesto del mercato comune che, anche nell'attuale emergenza, pare l'unico settore in cui l'Unione riesce a far sentire la propria voce, mettendo a tacere le recriminazioni dei singoli Stati membri in nome della solidarietà.

2. Se pensiamo alla solidarietà nell'ordinamento giuridico comunitario in chiave storica imprescindibile è il riferimento alla Dichiarazione Schuman del 9 maggio 1950, con la quale l'allora Ministro degli esteri francese poneva le fondamenta dell'edificio europeo attraverso la progettazione della Comunità europea del carbone e dell'acciaio. Nella solennità e lungimiranza di quelle parole si afferma che "L'Europa non potrà farsi in una sola volta, né sarà costruita tutta insieme; essa sorgerà da realizzazioni concrete che creino anzitutto una *solidarietà di fatto*". Da qui il primo seme della solidarietà europea, richiamata non come aulico principio ispiratore ma come strumento concreto per la realizzazione di un nuovo sistema economico, politico e sociale. Da questo assunto prende, dunque, il via il processo di integrazione europea che nella realizzazione della solidarietà individua una prima manifestazione da parte degli Stati membri della loro volontà di trasferire parte della loro sovranità a favore di un progetto comune, che si imponeva allora come soluzione necessaria alla definitiva cessazione dei conflitti bellici. Trasfuso, poi, nel Preambolo del Trattato istitutivo della Comunità del Carbone e Acciaio (1951)[4] il riferimento alla solidarietà torna ad occupare i trattati solo qualche anno più tardi[5] e, in particolare, nel 1986 con l'Atto Unico Europeo[6] e nel 1992 con il Trattato di Maastricht[7].

---

[3] B. BEUTLER, *Solidarity in the EU: A Critique of Solidarity and of the EU*, in A. GRIMMEL – S. M. GIANG (eds.), *Solidarity in the European Union*, Zurich, 2017, p. 21 ss.

[4] «COSCIENTI che l'Europa non si potrà costruire altro che mediante concrete realizzazioni che creino innanzitutto una solidarietà di fatto, e mediante l'instaurazione di basi comuni di sviluppo economico».

[5] Nel Trattato CEE originario, invero, nel preambolo si invoca «L'INTENTO di confermare la solidarietà che lega l'Europa ai paesi d'oltremare e desiderando assicurare lo sviluppo della loro prosperità conformemente ai principi dello Statuto delle Nazioni Unite».

[6] «CONSAPEVOLI della responsabilità che incombe all' Europa di adoperarsi per parlare sempre più ad una sola voce per agire con coesione solidarietà al fine di difendere più efficacemente suoi interessi comuni la sua indipendenza non ché di far valere in partico-

Ma la grande spinta in avanti verso il riconoscimento "costituzionale" della solidarietà si registra solo nel 2009 con il Trattato di Lisbona che - promulgato all'esito del fallimento del Progetto di Costituzione europea - propone un avanzamento storico del grado di integrazione europea, mettendo la solidarietà al centro del processo di revisione: non solo collante dell'attività degli Stati, ma impegno dell'Unione a favore dei cittadini. È chiaro che, come accade sovente nei processi di revisione dei Trattati, le modifiche apportate a Lisbona non costituiscono una novità inattesa, ma rispondono alla precisa necessità da parte degli Stati membri di codificare traguardi e istanze già in altre sedi rilevati. In particolare, il riferimento è alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, nonché allo sviluppo delle politiche sociali europee, che già prima del 2009 si erano orientate verso la promozione del principio di solidarietà[8].

Non a caso la parola "solidarietà" compare, dopo il Trattato di Lisbona, in diverse norme dei nuovi Trattati attribuendone, di volta in volta, diverso peso giuridico. Partendo dall'art. 2 TUE in cui la "solidarietà" (insieme al pluralismo, alla non discriminazione, alla tolleranza, alla giustizia e alla parità tra uomini e donne) figura come *valore* comune agli Stati membri si passa, al successivo art. 3 TUE, a parlare di "solidarietà" tra gli *obiettivi* da raggiungere sia "tra generazioni", sia tra Stati membri nella promozione della "coesione economica, sociale e territoriale", per poi menzionarla al comma 5 del medesimo articolo tra "i *valori e interessi*" che l'Unione promuove "nelle relazioni con il resto del mondo". Sempre in tema di relazioni esterne, l'art.21 TUE rammenta come "l'azione dell'Unione sulla scena internazionale si fonda sui *principi* che ne hanno informato la creazione, lo sviluppo e l'allargamento" tra cui la solidarietà che, per la prima volta, viene descritto come "principio" e non più semplice valore od obiettivo.

Passando al TFUE, ritroviamo la solidarietà citata a più riprese nel titolo V intitolato allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Ma se l'art. 67 TFUE afferma che l'UE sviluppa una «politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne, fondata sulla solidarietà tra Stati membri», l'art. 80 TFUE giunge finanche ad affermare che tutte le politiche dell'Unione in materia "sono governate dal *principio* di solidarietà", sancendone - almeno formalmente - preciso valore normativo.

---

lare principi della democrazia il rispetto del diritto e dei diritti dell'uomo ai quali esse si sentono legate onde fornire congiuntamente il loro contributo specifico al mantenimento della pace della sicurezza internazionali conformemente all'impegno che hanno assunto nell'ambito della Carta delle Nazioni Unite».

[7] «DESIDERANDO intensificare la solidarietà tra i loro popoli rispettandone la storia, la cultura e le tradizioni».

[8] Cfr. E. A. MARIAS, *Solidarity as an Objective of the European Union end the European Community,* in *Legal Issues of Economic Integration*, 1994, p. 85 ss.

In materia di politica economica la solidarietà, invece, ritorna in forma di metodo laddove l'art. 122 TFUE prevede che "il Consiglio, su proposta della Commissione, può decidere, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, le misure adeguate alla situazione economica, in particolare qualora sorgano gravi difficoltà nell'approvvigionamento di determinati prodotti, in particolare nel settore dell'energia". Ancora, sempre lo "spirito di solidarietà" è invocato all'art. 194 TFUE in materia di energia per indicare il *modus* in cui la politica dell'Unione intende operare[9]; analogamente l'art. 222 stabilisce che «l'Unione e gli Stati membri agiscono congiuntamente in uno *spirito di solidarietà* qualora uno Stato membro sia oggetto di un attacco terroristico o sia vittima di una calamità naturale o provocata dall'uomo». In questo caso però la norma è rubricata quale "clausola di solidarietà" fornendo, pertanto, un diverso ed ulteriore significato giuridico al sostantivo in parola[10].

Per chiudere, infine, tale breve rassegna si rammenta come alla solidarietà sia dedicato un intero Titolo della Carta dei diritti fondamentali dell'UE a riprova della rilevanza che gli Stati membri, almeno formalmente, hanno inteso attribuire alla stessa.

In definitiva, è possibile rilevare come negli ultimi anni, soprattutto dopo l'ultima revisione dei Trattati, gli Stati membri hanno fatto della solidarietà un elemento qualificante dell'agenda politica dell'Unione, declinandola ora come principio, ora come metodo o semplice clausola, a seconda del settore di riferimento. In tal senso, come sopra precisato, pare che la forza del concetto di solidarietà sia in larga parte affidata agli interventi normativi europei da attuare nei singoli campi. Da qui la possibilità di verificare – attraverso l'analisi della disciplina di dettaglio - quando la solidarietà europea sia un principio fondamentale da rispettare e quando, invece, un mero slogan che, di fatto, non incontra la volontà politica degli Stati membri[11].

3. Accogliendo una definizione ampia e multidirezionale di solidarietà, è possibile rinvenire nelle norme relative al mercato interno e, in particolare, nelle disposizioni in materia di libera circolazione delle persone una

---

[9] Si veda T. M. MOSCHETTA, *La solidarietà interstatuale nella politica energetica dell'Unione europea: note a margine della sentenza del Tribunale Polonia c. Commissione*, in AA. VV., Annali AISDUE, vol. I, Bari, 2020, p. 425 ss.

[10] P. MENGOZZI, *Commento all'art.222 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014, p. 1834 ss.

[11] Sul punto A. GRIMMEL, *Solidarity in the European Union*, *op. cit*, p. 161. In tal senso si veda il fallimento che sta incontrando il principio di solidarietà rispetto alle politiche economiche di intervento relativamente all'emergenza Covid-19, da ultimo il Consiglio europeo dell'8 aprile, *Report on the comprehensive economic policy response at the COVID-19 pandemic.*

manifestazione della solidarietà europea[12]. La c.d. *market solidarity* è un elemento intrinseco al mercato comune, sostanziandosi in quell'insieme di "interazioni economiche transnazionali" che inevitabilmente derivano dalla libera circolazione dei fattori di produzione e, soprattutto, dei lavoratori[13]. L'abbattimento delle frontiere tra gli Stati membri e la conseguente creazione di uno spazio interno in cui beni, servizi, persone e capitali potessero circolare liberamente ha presupposto e, al medesimo tempo, implicato la creazione di un mercato solidale. L'affermazione del principio di uguaglianza, la libertà di circolazione, il miglioramento del tenore e delle condizioni di vita non sembrano, infatti, realizzabili in contesti di disaggregazione. In altre parole, il mercato comune ha condotto necessariamente all'accettazione del principio di solidarietà sebbene questo, almeno in origine, fosse stato inteso, in modo riduttivo, come "mutuo riconoscimento" delle singole legislazioni statali in attesa e/o in assenza di normative di armonizzazione. In questo senso un passo decisivo è stato compiuto con il regolamento n. 883/2004 (che sostituisce il regolamento (CEE) n.1408/71 del 14 giugno 1971) che semplifica un contesto normativo stratificato attraverso una disciplina onnicomprensiva sia *ratione materiae* che *ratione personae*[14]. Il regolamento, infatti, prevede un coordinamento a livello europeo di tutti i settori della sicurezza sociale (previdenziale, assistenziale, sicurezza sul lavoro), inclusa la tutela della salute. Inoltre, esso ha come destinatari non solo tutte le categorie di lavoratori subordinati, ma altresì i soggetti cd. inattivi (familiari, superstiti, invalidi, ecc.). Pertanto, in condizioni per così dire "fisiologiche" si potrebbe affermare che per quel che concerne le politiche relative al mercato comune sia gli Stati membri che le istituzioni europee si siano adoperate per dare pratica implementazione al principio di solidarietà, inteso come capacità di accogliere ed aiutare –al di fuori di stretti meccanismi di reciprocità – i cittadini UE che intendono circolare all'interno del mercato comune, seppure con non pochi profili problematici[15].

Per quel che qui rileva, pare interessante ricordare l'approccio senz'altro solidaristico in materia di servizi sanitari transfrontalieri che,

---

[12] S. GIUBBONI, *Free Movement of Persons and European Solidarity*, in *European Law Journal*, n. 3, 2007, p. 360 ss.; S. SCIARRA, *Solidarity and Conflict*, Cambridge, 2018.

[13] Così F. DE WITTE, *Justice in the EU, The Emergence of Transnational Solidarity*, Oxford, 2015, in part. p. 79 ss.

[14] Tale regolamento è al momento sottoposto a revisione: v. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) No 883/2004 on the coordination of social security systems and regulation (EC) No 987/2009 laying down the procedure for implementing Regulation (EC) No 883/2004 (Text with relevance for the EEA and Switzerland), 26 giugno 2018.

[15] D. THYM, *The elusive limits of solidarity: residence rights of and social benefits for economically inactive union citizens*, in *Common Market Law Review*, vol. 52, n. 1, 2015, p. 17.

grazie alla spinta della giurisprudenza della Corte di giustizia[16] e in virtù del sopra citato regolamento 883/2004, ha condotto all'emanazione della direttiva 2011/24 concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera[17]. Tale disciplina di armonizzazione ha essenzialmente realizzato un sistema centralizzato ed aperto che consente, alle dovute condizioni, ai cittadini europei di curarsi in paesi diversi da quello di appartenenza. Non possiamo in questa sede dilungarci sul contenuto e sui numerosi spunti di riflessione che tale disciplina ha sollevato[18], nondimeno è qui importante notare come questa direttiva sia un buon esempio di come, in virtù del principio di solidarietà, sia possibile un allargamento delle competenze dell'UE che - in nome della libera circolazione dei servizi – riesce legittimamente ad intervenire in settori tradizionalmente di competenza statale come la salute[19]. In particolare, il considerando 21 della direttiva recita che "il Consiglio ha riconosciuto che esiste un insieme di valori e principi comuni che sono condivisi in tutta l'Unione sul modo in cui i sistemi sanitari rispondono alle esigenze della popolazione e dei pazienti che tali sistemi servono. *I superiori valori di universalità, di accesso a un'assistenza di elevata qualità, di equità e di solidarietà sono stati ampiamente riconosciuti nell'azione di diverse istituzioni dell'Unione*. Di conseguenza, gli Stati membri dovrebbero altresì garantire il rispetto di tali valori nei confronti dei pazienti e dei cittadini di altri Stati membri ed assicurare un trattamento equo di tutti i pazienti in base ai loro bisogni di assistenza sanitaria e non in base allo Stato membro di affiliazione. Nel far questo gli Stati membri dovrebbero rispettare i principi della libera circolazione delle persone nel mercato interno"[20].

Ne consegue che la prevalenza del principio solidarietà ha consentito all'UE di disegnare un vero e proprio "diritto del paziente", fondato beninteso sul rispetto dei diversi sistemi sanitari nazionali[21]. In altre parole, la

---

[16] sentenza del 28 aprile 1988, causa C-158/96, *Kohll* e, in stessa data, causa C-120/95, *Decker*.

[17] Direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2011, concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera.

[18] S. DE LA ROSA, *The directive on cross- border healthcare or the art of codifyng complex case law*, in *Common Market Law Review*, vol. 49, n. 1, 2012, p. 15 ss.; G. DI FEDERICO, *Protezione della salute e cittadinanza europea nella direttiva 2011/24/UE sulla mobilità transfrontaliera di pazienti*, in L. S. ROSSI, C. BOTTARI (a cura di), *Sanità e diritti fondamentali in ambito europeo e italiano*, Santarcangelo di Romagna, 2013, pp. 45; L. UCCELLO BARRETTA, *Il diritto alla salute nello spazio europeo: la mobilità sanitaria alla luce della direttiva 2011/24/UE*, in *federalismi.it*, n. 19, 2014.

[19] Cfr. M. MARLETTA, *Commento all'art. 168 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *I Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014, p. 1517.

[20] Corsivo nostro.

[21] Ai sensi del 7° 'considerando', "La presente direttiva rispetta e non pregiudica la facoltà di ciascuno Stato membro di decidere il tipo di assistenza sanitaria ritenuta opportu-

direttiva 2011/24 spiega come l'esistenza di un mercato comune deve necessariamente implicare e favorire la circolazione anche delle persone e dei servizi nello specifico contesto sanitario che, proprio perché rientra tra le competenze di "sostegno", deve essere oggetto di una apposita disciplina di dettaglio e non può essere rimessa alle norme generali sulla libertà di circolazione.

4. Tuttavia è evidente che dinnanzi ad una crisi sanitaria quale quella in atto l'assistenza sanitaria transnazionale assume tutt'altri connotati, perdendo il suo valore di "servizio occasionale" per trasformarsi in uno strumento di tutela effettiva a vantaggio dei cittadini di quegli Stati membri che stanno fronteggiando con maggiori difficoltà la gestione ospedaliera del virus. In tal senso appare apprezzabile lo sforzo dell'Unione e, in particolare, della Commissione, che in virtù dei poteri di azione concessi ai sensi dell'art. 168, comma 2, TFUE, è intervenuta mettendo in campo tutti gli strumenti possibili per facilitare il diritto dei pazienti a ricevere cure in Stati membri diversi dal proprio e il diritto dei medici di fornire le loro prestazioni a vantaggio degli Stati maggiormente colpiti dalla pandemia[22]. A tal fine la Commissione ha ripreso ed utilizzato i risultati di coordinamento già in atto grazie alla citata direttiva 2011/24. In un'ottica solidaristica, completamente estranea a qualsiasi logica di reciprocità, la Commissione il 3 aprile ha pubblicato la comunicazione *Guidelines on EU Emergency Assistance in Cross-Border Cooperation in Healthcare related to the COVID-19*[23]. Scopo di queste linee guida è principalmente aiutare quei sistemi sanitari nazionali che a causa del virus si sono trovati sotto pressione (per carenze di posti di terapia intensiva), coordinando le richieste di aiuto pervenute da autorità sanitarie nazionali, regionali e locali. In particolare, in tale comunicazione si illustrano le misure poste in atto dalla Commissione per assistere le autorità sanitarie nell'emergenza Covid-19: coordinare le richieste e offrire posti di terapia intensiva attraverso il Comitato per la Sicurezza Sanitaria e l'*Early Warning and Response System* (EWRS); coordinare e cofinanziare il trasporto dei pazienti e del personale sanitario qualificato attraverso il Meccanismo Europeo di Protezione Civile; chiarire le regole sui sistemi di rimborsi dei costi sanitari per il trattamento in Stati membri diver-

---

na. Nessuna disposizione della presente direttiva dovrebbe essere interpretata in modo tale da compromettere le scelte etiche fondamentali degli Stati membri".

[22] Più in generale sugli atti di c.d. *soft law* della Commissione nell'attività di *governance* dell'UE v. T. M. MOSCHETTA, *L'armonizzazione normativa mediante gli atti di soft law della Commissione europea: uno sviluppo ipotizzabile?,* in AA VV, *Temi e questioni di diritto dell'UE - Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, p. 297 ss.

[23] COM (2020) 2153 fin., del 3 aprile 2020, Linee guida sull'assistenza di emergenza dell'UE sulla cooperazione transfrontaliera nel settore sanitario in relazione alla crisi COVID-19.

so da quello di appartenenza, conformemente al regolamento (UE) n. 883/2004 sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale; chiarire le condizioni necessarie al trasferimento transfrontaliero di pazienti, in linea con quanto prescritto dalla direttiva 2011/24/UE; incoraggiare le autorità – ad ogni livello – all'utilizzo di accordi bilaterali o punti di contatto per comunicare i numeri relativi alle terapie intensive nel trattamento dei malati Covid-19 tra regioni confinanti; infine, incoraggiare gli Stati membri e le ONG ad inviare personale specializzato in attività transfrontaliere.

Le spese necessarie all'attuazione di tali interventi sono state fatte gravare sul Fondo di Solidarietà che, sulla base del regolamento (UE) n. 461/2020 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 marzo 2020, ha modificato il regolamento (CE) n. 2012/2002 del Consiglio al fine di fornire assistenza finanziaria agli Stati membri (e ai Paesi che stanno negoziando la loro adesione all'Unione) colpiti da una grave emergenza di sanità pubblica. Più precisamente, il nuovo regolamento ha chiarito che il Fondo di Solidarietà dell'Unione europea è stato istituito "per fornire assistenza finanziaria agli Stati membri a seguito di gravi catastrofi, come segno concreto di solidarietà europea in situazioni di difficoltà. In caso di gravi emergenze di sanità pubblica, l'Unione dovrebbe dimostrare la propria solidarietà agli Stati membri e alla popolazione interessata fornendo assistenza finanziaria per aiutare la popolazione interessata, contribuire al ripristino in tempi rapidi delle normali condizioni di vita nelle regioni colpite e contenere la diffusione delle malattie infettive. […] Una grave situazione di crisi può derivare da emergenze di sanità pubblica, in particolare da una pandemia virale dichiarata ufficialmente. Il Fondo consente all'Unione di contribuire a mobilitare i servizi di emergenza per rispondere alle esigenze immediate dei cittadini e contribuire al ripristino a breve termine delle infrastrutture fondamentali danneggiate, in modo che l'attività economica possa riprendere nelle regioni colpite dalla catastrofe". Il regolamento istitutivo limitava, infatti, l'utilizzo del Fondo alle "catastrofi naturali che causano danni materiali", escludendo quelle derivate da pericoli biologici, quali il Covid-19.

In tal senso è stato giudicato necessario rivedere tali condizioni per consentire all'Unione di intervenire nella specifica ipotesi in corso. All'uopo il regolamento rammenta il rispetto del principio di sussidiarietà ove "obiettivo dell'azione è integrare gli sforzi degli Stati interessati nei casi in cui le conseguenze della situazione di crisi sono talmente gravi che gli Stati in questione non riescono ad affrontarla solamente con i propri mezzi. Poiché tale obiettivo non può essere conseguito in misura sufficiente dagli Stati membri ma, a motivo della portata e degli effetti dell'azione in questione, può essere conseguito meglio a livello di Unione, quest'ultima può

intervenire in base al principio di sussidiarietà sancito dall'articolo 5 del Trattato sull'Unione europea (TUE). Il presente regolamento si limita a quanto è necessario per conseguire tale obiettivo in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo"[24].

5. È evidente che l'intervento della Commissione appena richiamato sia solo un piccolo passo verso quella solidarietà europea sognata dai padri fondatori, e da alcuni ancora oggi auspicata. L'esempio dei servizi sanitari prova comunque come la possibilità che l'UE intervenga in maniera concreta e condivisa sia, ad oggi, possibile, almeno in quei settori dove l'Unione già esercita la propria competenza. Non a caso la comunicazione del 3 aprile non fa altro che utilizzare, con le dovute precisazioni, una serie di strumenti non dell'ultim'ora, ma conquistati negli anni dell'edificazione del mercato interno: dal regolamento (UE) n. 883/2004 sui sistemi di sicurezza sociale alla direttiva 2011/24/UE, passando per la direttiva 2005/36/CE sul riconoscimento delle qualifiche professionali e per il regolamento (UE) n. 492/2011 sulla libertà di movimento dei lavoratori. Vale a dire che la Commissione è intervenuta precisando e circostanziando diritti già previsti dalla legislazione dell'Unione. Ad esempio, il requisito della "previa autorizzazione" da parte della competente istituzione di sicurezza sociale - che può essere richiesta nelle prestazioni sanitarie transfrontaliere ai sensi dell'art. 8 della direttiva 2011/24/UE – viene in questo contesto definito "*not pratical*" dalla Commissione, che esorta gli Stati membri ad avere un approccio pragmatico in vista della situazione di emergenza, precisando una norma già concepita quale eccezionale. Insomma, la Commissione nelle sue linee guida non fa altro che mettere in pratica principi cardine del mercato comune, rapportandoli alle specifiche esigenze dovute alla pandemia.

Pertanto, sembra che, almeno relativamente all'emergenza sanitaria, l'Unione stia dando attuazione al principio di solidarietà, nei limiti e nel rispetto delle competenze attribuitele dai Trattati. Nondimeno, gli Stati membri sembrano oramai bene avvertiti del fatto che talune politiche sebbene di competenza statale –come quelle sanitaria – devono essere sviluppate in un'ottica transnazionale e solidaristica.

In conclusione la solidarietà europea è un principio la cui applicazione pare direttamente proporzionata alla cessione di sovranità che gli Stati membri hanno fatto a favore dell'Unione. Non sorprende, dunque, che in questo momento storico in cui i moniti sovranisti di alcuni Stati membri

[24] V. 5° 'considerando' del regolamento (UE) n. 461/2020 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 marzo 2020, recante modifica del regolamento (CE) n. 2012/2002 del Consiglio al fine di fornire assistenza finanziaria agli Stati membri e ai paesi che stanno negoziando la loro adesione all'Unione colpiti da una grave emergenza di sanità pubblica.

riecheggiano sempre più assordanti, di solidarietà se ne veda ben poca se non nel mercato che, forse, rimane l'unica vera ragione dell'Europa unita.

ABSTRACT

COVID-19 AND CROSS-BORDER HEALTHCARE SERVICES: SOLIDARITY IN ACT?

Moving from a rapid exam of solidarity in EU legal order, this article deals with the role that this principle has played in the issue of several important rules concerning the circulation of persons within the internal market. In particular, it examines the communication of the Commission on *EU Emergency Assistance in Cross-Border Cooperation in Healthcare related to the Covid-19*, to reflect if this intervention really may constitute an example of European solidarity.

COVID-19 E LIBERA CIRCOLAZIONE DEI SERVIZI SANITARI: UN ESEMPIO DI SOLIDARIETÀ EUROPEA?

Muovendo da una veloce ricognizione della solidarietà nell'ordinamento giuridico dell'Unione, l'articolo si sofferma sull'influenza che tale principio ha avuto nell'emanazione di importanti norme relative alla libera circolazione delle persone nel mercato comune. Nel dettaglio, esso esamina la comunicazione che la Commissione europea ha di recente emanato per favorire la circolazione dei medici e pazienti nell'emergenza Covid-19, per riflettere sulla possibilità che tale intervento possa rappresentare un esempio concreto di solidarietà europea.

Angela Correra[*]

COVID-19: la Commissione UE annuncia il "*whatever it takes*", ma non troppo

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Misure a sostegno dell'economia: la Comunicazione sul regime temporaneo degli aiuti di Stato. – 3. La clausola di salvaguardia generale del patto di stabilità e crescita. – 4. Conclusioni.

1. L'emergenza sanitaria provocata dal COVID-19 si è inesorabilmente tradotta in un grave *shock* economico e sociale per l'Unione europea e ha reso necessaria l'assunzione di misure impellenti nel quadro di una risposta coordinata e congiunta.

La chiusura delle frontiere esterne, il congelamento della disciplina di bilancio nel segno della flessibilità e il nuovo quadro temporaneo sugli aiuti di Stato diretti ai settori produttivi maggiormente coinvolti dagli effetti dell'epidemia da Coronavirus sono solo alcune delle azioni, per il vero le sole concretamente frutto di un disegno condiviso, che, in pochi giorni, hanno completamente ridisegnato il volto dell'Europa e che, sulla spinta dell'emergenza, dimostrano che alcuni degli assi portanti su cui si è sinora retta la costruzione europea sono entrati in crisi.

L'esecutivo dell'Unione ha assunto con una certa celerità le menzionate decisioni, nella consapevolezza che solo una tempestiva azione comune potrà essere seriamente utile a fronteggiare la sfida imposta dalla pandemia.

In questa ottica, a partire dal 16 marzo scorso, la Commissione ha innanzitutto proposto l'adozione di misure restrittive dei viaggi non essenziali verso l'UE con durata di 30 giorni, ferme restando eventuali proroghe in funzione degli sviluppi futuri[1]. In particolare, data l'ampia diffusione del COVID-19 in tutta l'UE, al fine di scongiurare controproducenti iniziative unilaterali degli Stati dell'area Schengen, la Commissione ha sottolineato l'importanza che un'azione concertata assume nella limitazione della propagazione globale del virus ed ha, pertanto, statuito che qualsiasi misura debba essere applicata alle frontiere esterne dell'UE unitariamente considerate[2]. Conseguentemente, tutte le iniziative di controllo delle frontiere

---

[*] Dottoranda di ricerca in Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Napoli *Parthenope*.

[1] Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio e al Consiglio europeo su "*COVID-19: restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso* l'UE", del 16 marzo 2020, COM(2020)115 final, su cui, peraltro, v. conclusioni del Presidente del Consiglio europeo del 17 marzo 2020, in consilium.europa.eu.

[2] In tale quadro, il Consiglio europeo ha altresì approvato gli orientamenti sulle misure di gestione delle frontiere in relazione agli aspetti sanitari nel contesto dell'emergenza CO-

interne, recentemente assunte da taluni Stati membri nel tentativo di arginare la diffusione del contagio, che di fatto rischiano di ripercuotersi gravemente sul funzionamento del mercato unico, devono ritenersi revocate.

Cionondimeno, al di là delle immediate conseguenze sulla mobilità e sugli scambi commerciali, l'epidemia di COVID-19 sta colpendo le imprese di tutti i settori e di tutti i tipi e sta incidendo sui mercati finanziari mondiali, destando grande allarme soprattutto per la mancanza di liquidità. Gli effetti di tali eventi verosimilmente non si limiteranno a un determinato Stato membro, ma avranno implicazioni dirompenti sull'economia dell'Unione complessivamente considerata. Così, la risposta della Commissione a sostegno dell'economia, messa duramente alla prova da una crisi in rapida evoluzione, non ha tardato ad arrivare.

Su tal scia, essa sta monitorando tutte le iniziative, *in primis* l'adozione di significative misure di bilancio, di sostegno alla liquidità e altre garanzie, che gli Stati membri hanno messo a punto e gli ulteriori provvedimenti in corso di adozione per aumentare la capacità dei sistemi sanitari e sostenere i cittadini e i settori particolarmente colpiti dall'emergenza. Infatti, la stessa Commissione ha riconosciuto che l'entità dello sforzo di bilancio necessario per proteggere i cittadini e le imprese europei dalle conseguenze della crisi e per sostenere l'economia anche dopo la pandemia richiede l'utilizzo di misure straordinarie che passano per una flessibilità più ampia, tanto nell'ambito della normativa sugli aiuti di Stato, quanto in quella relativa al patto di stabilità e crescita[3].

2. Coerentemente con tale premessa, con una comunicazione dello scorso 19 marzo, ha adottato un regime temporaneo degli aiuti di Stato[4] che rimarrà in vigore fino alla fine di dicembre 2020 e di cui potranno beneficiare le società che hanno incontrato difficoltà finanziarie dopo il 31 dicembre 2019[5]. Il quadro temporaneo, secondo la dichiarazione di princi-

---

VID-19, (C(2020)1753), proposti il 16 marzo dalla Commissione europea al fine di coordinare a livello di Unione le misure relative ai controlli di frontiera fra gli Stati membri ed evitare pratiche divergenti. Per un primo commento alle misure adottate, si rinvia a G. FIENGO, *Le misure di contenimento della diffusione del COVID-19: la sospensione dell'accordo di Schengen*, in *Osservatorio COVID-19*, DPCE online, 29 marzo 2020.

[3] Cfr, comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, alla Banca europea per gli investimenti e all'Eurogruppo relativa a una "Risposta economica coordinata all'emergenza COVID-19", del 13 marzo 2020, COM(2020) 112 final, che illustra il quadro generale delle misure a cui la Commissione intende fare ricorso per controbilanciare gli effetti socioeconomici della crisi.

[4] La materia degli aiuti di Stato è disciplinata dagli articoli 107, 108 e 109 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché da alcune norme Ue che ne chiariscono l'applicazione, tra cui il regolamento (UE) 2014/651 e il regolamento (UE) 2015/1589.

[5] Comunicazione della Commissione europea sul "Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'emergenza del COVID-19", del 19 marzo 2020, COM(2020) 1863 final.

pio, contribuirà a orientare il sostegno all'economia, limitando al contempo l'impatto negativo sulle condizioni di parità nel mercato unico.

Va subito osservato che esso integra, richiamandole le numerose altre possibilità, già illustrate dalla Commissione il 13 marzo scorso con la comunicazione relativa a "una risposta economica coordinata all'emergenza COVID-19", di cui gli Stati membri dispongono per attenuare l'impatto socioeconomico dell'epidemia, in linea con le norme dell'UE sugli aiuti di Stato[6].

Il riferimento è, in particolare, alla facoltà degli Stati membri di introdurre modifiche di portata generale a favore delle imprese, come il differimento delle imposte o il sostegno alla cassa integrazione in tutti i settori, che, com'è noto, esulano dal campo di applicazione delle norme sugli aiuti di Stato. E, ancora, alla possibilità per gli stessi di concedere compensazioni alle imprese per i danni subiti a causa dall'epidemia di COVID-19 o da essa direttamente cagionati.

In proposito, l'articolo 107, paragrafo 2, lettera *b*), TFUE, consente agli Stati membri di compensare le imprese "per danni arrecati da eventi eccezionali", comprese misure nei settori dei trasporti aerei e del turismo, nel settore alberghiero e del commercio al dettaglio, pesantemente colpiti. Ebbene, il regime temporaneo sembrerebbe suggerire che qualsiasi misura adottata per compensare le imprese in settori colpiti in modo particolarmente grave dall'epidemia e gli organizzatori di eventi annullati per i danni direttamente causati dall'epidemia sarebbe compatibile.

Beninteso, la Commissione dovrà pur sempre verificare l'eccezionalità della situazione e che siano soddisfatte talune condizioni, cioè che i danni per i quali i beneficiari ricevono una forma di aiuto siano la diretta conseguenza della catastrofe naturale e che l'aiuto sia destinato a coprire solo i danni provocati dalla calamità naturale o dall'evento eccezionale, dovendo escludersi qualsivoglia forma di sovracompensazione.

Tanto premesso, il quadro temporaneo specifica ulteriormente come verranno applicate siffatte misure in relazione alle Linee guida per il salvataggio e la ristrutturazione[7]. Secondo la Commissione, in particolare, il principio "*una tantum*"[8] degli orientamenti per il salvataggio e la ristrutturazione non si applicherà agli aiuti dichiarati compatibili ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 2, lettera *b*), del TFUE. Ciò significa che, in forza di tale ultima disposizione, gli Stati membri potranno compensare i danni derivanti direttamente dall'epidemia di COVID-19 alle imprese che hanno ottenuto aiuti sulla base dei citati orientamenti per il salvataggio e la

[6] Cfr. COM(2020)112 final, *cit*.

[7] Cfr. orientamenti sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese non finanziarie in difficoltà, 31 luglio 2014.

[8] Cfr. il punto 3.6.1 degli orientamenti in materia di salvataggio e ristrutturazione.

ristrutturazione. In proposito, è emblematico il caso di Alitalia che, attualmente oggetto di valutazione per gli aiuti al salvataggio, potrebbe essere esentata secondo il quadro temporaneo.

A ciò si aggiunge l'ampia gamma di misure supplementari, come quelle previste a norma del regolamento "*de minimis*" [9] e del regolamento generale di esenzione per categoria[10], che possono essere varate dagli Stati membri anche immediatamente, senza il coinvolgimento della Commissione.

Fermo tutto quanto sinora anticipato, evidentemente nella consapevolezza che l'impatto dell'epidemia di COVID-19 nell'Unione sia di natura e portata tale da consentire il ricorso all'articolo 107, paragrafo 3, lettera *b*), TFUE, è su quest'ultima disposizione che il quadro temporaneo si sofferma in maniera più incisiva.

In questa ottica, la comunicazione richiama la possibilità di approvare misure nazionali supplementari di sostegno per porre rimedio "al grave turbamento dell'economia di uno Stato membro" e, a tal fine, individua cinque categorie di aiuti per i quali gli Stati membri potranno chiedere l'approvazione alla Commissione, sempre che siano soddisfatte determinate condizioni. Più precisamente, potranno essere dichiarati compatibili gli aiuti sotto forma di sovvenzioni dirette, anticipi rimborsabili o agevolazioni fiscali; gli aiuti sotto forma di garanzie sui prestiti; gli aiuti sotto forma di tassi d'interesse agevolati per i prestiti; gli aiuti sotto forma di garanzie e prestiti veicolati tramite enti creditizi o altri enti finanziari; in ultimo, gli aiuti sotto forma di assicurazione del credito all'esportazione a breve termine, per i rischi che normalmente sono coperti dalle compagnie di assicurazione private, ma che ora non sono disponibili sul mercato a causa della pandemia[11].

Invero, l'esecutivo UE è parso sin da subito persuaso dall'idea che, rappresentando la pandemia COVID-19 un "evento inconsueto al di fuori del controllo del governo", è verosimile che gli Stati affronteranno, come

---

[9] Cfr. regolamento (UE) no. 1407/2013 relativo ai contributi in regime «de minimis» concessi dallo Stato, che disciplina i piccoli importi sovvenzionati dallo Stato (i contributi in regime *de minimis*) che sono esentati dal monitoraggio sulle sovvenzioni statali in quanto si ritiene che essi non abbiano nessun impatto sulla concorrenza e sugli scambi nel mercato interno dell'UE. Le sovvenzioni in regime *de minimis* si riferiscono infatti a piccoli contributi elargiti dallo Stato ad imprese (in sostanza aziende) relativamente ai quali i Paesi dell'UE non sono tenuti a informare la Commissione europea. L'importo massimo è di 200.000 euro per ciascuna impresa, per un periodo di 3 anni.

[10] Regolamento (UE) 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 TFUE.

[11] Si ricorda che già dal 1° gennaio 2008 al 31 dicembre 2011, in ragione della crisi finanziaria, l'Unione europea applicò un rialzo della soglia relativa agli "aiuti de minimis" da 200.000 a 500.000 euro, c.d. "Temporary Framework", su cui v. comunicazione della Commissione europea sul "Quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi finanziaria ed economica", 31 ottobre 2009.

di fatto sta accadendo, spese eccezionali per contenere l'epidemia, soprattutto nel settore sanitario per misure di soccorso mirate a imprese e lavoratori.

Sul punto, viene in rilievo il dibattuto tema degli effetti e dell'ambito applicativo delle norme in materia di aiuti di Stato nel settore della sanità pubblica[12]. Difatti, nella ricerca di modelli regolativi capaci di ovviare alle criticità dei sistemi sanitari nazionali, soprattutto sul versante dell'efficiente allocazione e distribuzione delle risorse, garantendo, ad un tempo, adeguati livelli essenziali di assistenza, non è parso sempre chiaro se la rivalità competitiva che ormai caratterizza i regimi sanitari nazionali possa indurre a qualificare la prestazione delle cure mediche come servizi di interesse economico generale (SIEG), soggetti alle norme sugli aiuti di Stato, ovvero come servizi di interesse generale (SIG), esentati dal rispetto di tali norme.

Come è noto, in ossequio al principio di sussidiarietà sancito nei Trattati[13], la programmazione e l'organizzazione dei servizi socio-sanitari è attribuita alla competenza dei singoli Stati membri. A questi ultimi, in particolare, viene riconosciuta una specifica responsabilità istituzionale in ordine all'organizzazione dei servizi socio-sanitari[14], che trova un nesso stringente con la pressione esercitata sui governi nazionali, in specie dopo la crisi finanziaria del 2008, affinché realizzino risultati più efficaci nella gestione delle politiche sanitarie. È, tuttavia, necessario ribadire che i Trattati europei, insieme con il riconoscimento della piena autonomia organizzativa e gestionale in capo ai singoli Stati membri, hanno però riconosciuto in capo alle istituzioni comunitarie il diritto ad esercitare un'azione di coordinamento e di intervento[15]. L'intervento delle istituzioni europee, in quest'ottica, svolge una funzione complementare rispetto alle funzioni degli Stati membri e trova una concreta giustificazione nello specifico caratte-

---

[12] Sull'argomento, v. A. SCHETTINO, *La disciplina sugli aiuti di Stato nel settore sanitario: quali effetti e, soprattutto, quale applicazione?,* in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2016, p. 115 ss.

[13] «Secondo il principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione». TUE, art. 5, par. 3. Per un'analisi del principio di sussidiarietà nel contesto istituzionale dell'Unione, vedi, tra gli altri, G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO, II ed., Napoli, 2020, p. 23; K. GRANAT, *The Principle of Subsidiarity and its Enforcement in the EU Legal Order. The Role of National Parliaments in the Early Warning System*, Oxford, 2018.

[14] V. conclusioni del Consiglio europeo sui valori e principi comuni dei sistemi sanitari dell'Unione europea, 2006/C 146/01, p. 2.

[15] Cfr. art. 168, paragrafi 1 e 2, TFUE. Ribadisce la necessità di favorire un'azione congiunta tra istituzioni europee e Stati membri nel comparto dei servizi sanitari il Libro Bianco "Un impegno comune per la salute: Approccio strategico dell'UE per il periodo 2008-2013", Commissione delle Comunità Europee, Bruxelles, 23.10.2007 COM(2007) 630 def.

re e nella primaria importanza che alla salute umana è riservata, quale obiettivo di pubblico interesse, secondo l'art. 168, par. 1, TFUE.

Da tanto discende, come noto, che in alcuni Stati membri[16], gli ospedali pubblici, che prestano i propri servizi gratuitamente agli iscritti sulla base di una copertura universale, sono parte integrante del servizio sanitario nazionale e sono quasi interamente basati sul principio di solidarietà. Rispetto a tali strutture, direttamente finanziate dai contributi sociali e da altre risorse statali, la Corte di giustizia e il Tribunale hanno confermato che le pertinenti organizzazioni non agirebbero come imprese[17].

Diversamente, in molti altri Stati membri[18], gli ospedali e gli altri fornitori di assistenza sanitaria offrono i loro servizi dietro il pagamento di un prezzo, direttamente dai pazienti o dalle loro assicurazioni. In tali sistemi, vi è un certo grado di concorrenza tra ospedali relativamente alla prestazione di servizi sanitari; sicché, il fatto che un servizio sanitario sia fornito da un ospedale pubblico non è sufficiente per classificare l'attività come non economica.

A ben riflettere, in presenza di un intervento proteso alla flessibilità come quello introdotto con il quadro temporaneo sin qui esaminato, in considerazione della ormai pervasiva capillarità delle logiche di mercato anche nella governance dei SSN, sarebbe preferibile un approccio che non escluda l'erogazione dei servizi sanitari dall'ambito applicativo della disciplina sugli aiuti di Stato, ma che valorizzi più decisamente la specificità della missione propria di tali servizi all'interno dell'ordinamento UE, facendo leva sulle potenzialità offerte dal regime riservato ai SIEG[19]. Indubbiamente, una simile prospettiva impone una maggiore responsabilità delle amministrazioni pubbliche, chiamate ad una definizione più puntuale e trasparente degli obblighi di servizio pubblico ospedaliero e delle relative compensazioni, nonché ad un loro costante e attento monitoraggio. Ma è altresì innegabile che al rispetto delle regole sugli aiuti pubblici, che il regime dei SIEG impone nel settore sanitario, si ricolleghino benefici rilevanti per gli

---

[16] In Italia i Servizi di interesse generale del Servizio sanitario nazionale non esercitano attività economica. Questo è stato anche confermato con la decisione della Commissione europea del 19 dicembre 2012 sul caso Ici-Imu riguardante il Servizio sanitario nazionale Italiano e gli Enti Ecclesiastici, relativo al procedimento di esenzione fiscale di immobili destinati allo svolgimento di attività sociali che ne esclude il carattere economico, in quanto valutata alla luce di un "approccio funzionale temperato", attribuendo rilevanza maggiore al principio di solidarietà ed all'offerta del servizio universale da parte degli ospedali pubblici e privati, finanziati in larga parte da contributi statali.

[17] Cfr. sentenza del Tribunale del 4 marzo 2003, causa T-319/99, *FENIN*, punto 39.

[18] Cfr. sentenze del 16 novembre 1995, causa C-244/94, *FFSA*, punti 20 e 21; del 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany*, punti 83-85; del 21 settembre 1999, cause riunite C-115/97, 116/97 117/97, *Brentjens*, punti 85 e 86; e del 21 settembre 1999, causa C-219/97, *Drijvende Bokken*, punto 69.

[19] Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme UE in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di SIEG, 11 gennaio 2012.

Stati: consentendo alle amministrazioni di vigilare sui disavanzi pubblici attraverso il controllo dei costi sanitari, favorendone, in tal modo, il ridimensionamento; garantendo risultati migliori in termini di efficienza e parità di trattamento tra le strutture pubbliche e private che assolvono agli obblighi di servizio pubblico ospedaliero; e, in ultimo, offrendo un concreto contributo nella risoluzione di eventuali problemi di omogeneità dell'assistenza medica nei territori nazionali e, più in generale, nel territorio europeo.

3. Va altresì rilevato che le misure proposte dalla Commissione nel quadro della recente iniziativa non conoscono precedenti, atteso che solo in parte riprendono, potenziandolo, il regime della crisi finanziaria del 2008. Inoltre, a connotare in termini di straordinarietà l'attuale crisi economica, rispetto alle misure accordate in quella di oltre un decennio fa, concorre la circostanza che la flessibilità concessa agli Stati membri si combina con la flessibilità anche su altri fronti prima mai esplorati, come il Patto di stabilità e crescita[20].

In tale contesto, la Commissione ha incontrato l'avallo del Consiglio Ecofin, che ne ha prontamente accolto la proposta avanzata con la comunicazione dello scorso 20 marzo di attivare la clausola di salvaguardia generale del patto di stabilità e crescita[21], ritenendo concordemente soddisfatta la condizione della sussistenza di una severa recessione economica[22].

L'uso della clausola che, come noto, è stata introdotta nel 2011 nell'ambito della riforma introdotta con il cosiddetto "*six-pack*"[23], compor-

---

[20] Il Patto di stabilità e crescita (PSC), la cui base giuridica è rinvenibile negli articoli 121 e 126 TFUE, è un insieme di norme intese a garantire che i paesi dell'Unione europea perseguano solide finanze pubbliche e coordinino le loro politiche fiscali.

[21] La clausola è prevista negli articoli 5, par. 1, 6, par. 3, 9, par. 1 e 10, par. 3, del regolamento (CE) 1466/97 del Consiglio, del 7 luglio 1997, per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche, e negli articoli 3, par. 5, e 5, par. 2, del regolamento (CE) 1467/97 del Consiglio del 7 luglio 1997 per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi.

[22] Cfr. COM(2020) 123 final, comunicazione della Commissione al Consiglio sull'attivazione della clausola di salvaguardia generale del patto di stabilità e crescita, 20 marzo 2020. I Ministri dell'economia e delle finanze, riuniti in video conferenza il 23 marzo, hanno concordato con la valutazione della Commissione circa il verificarsi delle condizioni per l'attivazione della clausola di salvaguardia. E nella dichiarazione congiunta sul patto di stabilità e crescita in luce della crisi COVID-19, nel ribadire che il ricorso a tale misura assicurerà la flessibilità necessaria a sostenere i sistemi sanitari e di protezione civile, hanno riaffermato il proprio "pieno impegno" rispetto al patto di stabilità e crescita.

[23] Il patto raggruppa sei atti legislativi (*six-pack*) entrati in vigore il 13 dicembre 2011: il regolamento (UE) 1173/2011 relativo all'effettiva esecuzione della sorveglianza di bilancio nella zona euro; il regolamento (UE) 1174/2011 sulle misure esecutive per la correzione degli squilibri macroeconomici eccessivi nella zona euro; il regolamento (UE) 1175/2011 che modifica le procedure di sorveglianza delle posizioni di bilancio; il regolamento (UE) 1176/2011 sulla prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici; il regolamento (UE) 1177/2011 che modifica la procedura per i disavanzi eccessivi; la direttiva

ta la sospensione temporanea coordinata e ordinata del rispetto dei requisiti, normalmente richiesti dalle norme di bilancio UE per tutti gli Stati membri, in una situazione di crisi generalizzata causata da una grave recessione economica della zona euro o dell'UE nel suo complesso. In tal modo, agli Stati, nell'ambito della procedura preventiva e correttiva del patto di stabilità e crescita, sarà permesso di "allontanarsi temporaneamente dal percorso di aggiustamento verso l'obiettivo di bilancio a medio termine" e adottare tutte le misure che riterranno opportune per l'adeguato superamento dell'emergenza.

In proposito, sembra doveroso chiarire, al fine di evitare di incorrere in erronee considerazioni, che la clausola di salvaguardia generale non sospende le procedure del patto di stabilità e crescita, ma, come confermato dall'esecutivo dell'Unione, la flessibilità accordata per mezzo della sua attivazione consentirà alla Commissione medesima e al Consiglio di adottare le necessarie misure di coordinamento delle politiche nel quadro del patto, discostandosi solo temporaneamente dagli obblighi di bilancio che normalmente si applicherebbero.

In tal senso, l'attivazione dell'*escape clause,* unitamente alla flessibilità accordata dalle norme in materia di aiuti di Stato, contribuirà secondo il quadro delineato dalle istituzioni coinvolte[24], a sostenere l'economia degli Stati attraverso un'azione di stimolo aggiuntivo, discrezionale e coordinato.

4. All'esito delle iniziative recentemente assunte, però, non può tacersi che la loro straordinarietà si accompagni a legittime preoccupazioni sugli scenari che potranno prefigurarsi in futuro non troppo lontano. Invero, le azioni richiamate hanno ad oggetto pur sempre interventi nazionali che, anche se non graveranno sul *deficit*, perché il Patto di stabilità è sospeso e le relative spese verranno scorporate, rischiano di alimentare il debito pubblico e le disuguaglianze. Basti pensare che Paesi come la Germania potranno concedersi interventi più ampi, diversamente da Italia, Portogal-

---

2011/85/UE relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri, che istituisce norme dettagliate sui quadri di bilancio nazionali degli Stati membri . Tali norme si inscrivono nell'ambito della sorveglianza dei bilanci all'interno dell'Unione europea (UE). Il loro obiettivo è contribuire a che gli Stati membri rispettino i loro obblighi in virtù del patto di stabilità e di crescita.

[24] Gli interventi proposti dalla Commissione europea si aggiungono al pacchetto di misure di politica monetaria per sostenere il mercato della zona euro presentato dalla BCE. In particolare, tra le misure di contrasto dei rischi di interruzione del meccanismo di trasmissione della politica monetaria a causa della rapida propagazione del coronavirus (COVID-19), si segnala l'avvio di un nuovo programma temporaneo di acquisto di titoli del settore privato e pubblico chiamato "Programma di acquisto per l'emergenza pandemica" (Pandemic Emergency Purchase Programme, PEPP), con una dotazione finanziaria complessiva di 750 miliardi di euro. Per un primo commento, si rinvia a C. PESCE, *Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP),* in *Osservatorio COVID-19*, DPCE online, 29 marzo 2020.

lo, Spagna, Francia, Belgio, che notoriamente godono di minori margini di manovra.

Non a caso, questi ultimi Stati, insieme con altri, reputando insufficienti le attuali linee di credito del MES, che l'Eurogruppo è maggiormente incline a sostenere, hanno formalmente richiesto al presidente del Consiglio UE di prevedere "uno strumento di debito comune per raccogliere risorse sul mercato sulle stesse basi e a beneficio di tutti gli Stati membri, garantendo in questo modo il finanziamento stabile e a lungo termine delle politiche utili a contrastare i danni causati dalla pandemia, che ha provocato uno *shock* simmetrico esogeno, di cui non è responsabile alcun Paese, ma le cui conseguenze negative gravano su tutti".

Su questo fronte, è agevole comprendere le ragioni per le quali non apparirebbe soddisfacente l'accesso all'assistenza finanziaria del citato MES, il Meccanismo europeo di Stabilità, noto anche come Fondo salva Stati[25], su cui convergono taluni Stati membri, *in primis* la Germania. Come in molti sanno, essa viene offerta sulla base di una rigorosa condizionalità politica nell'ambito di un programma di aggiustamento macroeconomico e di un'analisi della sostenibilità del debito pubblico effettuata dalla Commissione insieme al Fondo monetario internazionale (FMI) e di concerto con la Banca centrale europea (BCE); sicché, nella sostanza, in cambio di prestiti, si chiedono riforme e austerità allo Stato che li riceve.

Nondimeno, secondo un diverso approccio, sarebbe auspicabile il superamento dei dogmi e degli schemi tradizionali fin qui seguiti e adottati dall'UE per risolvere quella che sembra avviarsi a diventare la più grande crisi economica dal secondo dopoguerra, a vantaggio della promozione di politiche di stampo interventista da parte del settore pubblico, ivi compreso il ricorso al *deficit* di bilancio attuato dallo Stato, in qualità di strumenti tesi all'incremento della produttività economica nazionale. Ciò vale a dire che il potere pubblico si farebbe carico del debito privato e potrebbe supportarne la crescita e la sviluppo.

In questa ottica, è stato proposto il lancio di titoli obbligazionari europei, cosiddetti "Eurobond" o "coronabond", su cui il dibattito è ancora aperto, per permettere di finanziare misure straordinarie a sostegno di imprese e famiglie. Tuttavia, anche tale ultima proposta non sembra avere incontrato il consenso di tutti gli Stati membri, soprattutto da parte di Ger-

[25] Istituito nel 2012 per fornire assistenza finanziaria ai Paesi dell'Eurozona che si trovano in gravi difficoltà finanziarie o ne sono minacciati, il MES ha affiancato e poi sostituito il Meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria (MESF) e il Fondo europeo di stabilità finanziaria (FESF). Nel dicembre 2017 la Commissione europea ha presentato una proposta di regolamento per la trasformazione del Meccanismo in un Fondo monetario europeo (FME), basato sulla struttura finanziaria e istituzionale del MES, ma ancorato all'ordinamento giuridico dell'UE. Tuttavia, allo stato attuale, la proposta sembra superata da una soluzione diversa, che prevede solo una revisione del Trattato istitutivo del MES.

mania e Olanda, ostili all'emissione di titoli di debito congiunti. Le remore, forse anche legittime, da quest'ultimi nutrite nei confronti di tali strumenti sono evidentemente collegate al pericolo cui essi andrebbero incontro di una duplice sovraesposizione, sul piano finanziario, in caso di insolvenza degli altri Paesi, e sul piano politico nei confronti dei propri contribuenti, nell'ipotesi in cui dovessero essere chiamati ad accollarsi anche il rischio di Paesi ad alto debito.

La gravità della crisi e l'ampiezza delle risorse che si teme saranno necessarie per affrontarla, dunque, ha alimentato un intenso dibattito sulla necessità di individuare risorse aggiuntive al livello europeo da dedicare alla lotta alla pandemia. Tra le ipotesi formulate, oltre all'utilizzo delle risorse del MES e alla creazione dei "coronabond" appena ricordati, si segnala l'introduzione di fondi europei destinati esclusivamente alla spesa sanitaria di emergenza.

Allo stato ciò che emerge con assoluta evidenza è la straordinarietà di una situazione che ha colto tutti di sorpresa, anche le istituzioni.

Ma è innegabile che nelle prossime ore si giocherà la partita più importante dell'Unione e che le azioni che saranno intraprese avranno inevitabili ripercussioni sui futuri rapporti tra gli Stati membri. Pertanto, solo se tutti gli Stati membri sapranno cogliere l'importanza di un'azione fattivamente comune, l'originario progetto di condivisione uscirà vincente e non si trasformerà in un processo di integrazione solo a parole.

In tal senso, bisogna recuperare l'essenza di quella solidarietà reciproca che è il fondamento dell'Unione stessa, affinché non resti una mera enunciazione di principio, ma sia praticata in concreto, attraverso la individuazione di soluzioni condivise, nell'interesse comune e nel segno di una rinascita collettiva.

Intanto, l'Italia saluta con commozione gli aiuti provenienti da altri Stati, come la Cina, Cuba e l'Albania, protagonista nelle ultime ore di un significativo gesto di generosità, quello sì europeista, proprio di chi dell'Unione europea aspira un giorno a far parte con uno spirito che taluni nel vecchio continente hanno forse dimenticato.

ABSTRACT

COVID-19: THE EU COMMISSION PROMISES "WHATEVER IT TAKES", BUT NOT SO MUCH

The economic and social shock of the COVID-19 pandemic imposes a common European response. In this perspective, the EU Institutions are mobilising all available means to strengthen public health sectors and mitigate the socio-economic impact of the crisis. Among them, the suspension of the Schengen Agreement, the activation of the general safeguard clause of the Stability and Growth Pact and the new temporary framework on direct State aid to the production sectors most affected by the effects of the Coronavirus epidemic, in just a few days, have completely reshaped the face of Europe.

COVID-19: LA COMMISSIONE ANNUNCIA IL "WHATEVER IT TAKES", MA NON TROPPO

Lo *shock* economico e sociale provocato dalla pandemia di COVID-19 impone una risposta comune europea. In questa ottica, le Istituzioni dell'Unione stanno mobilitando tutti gli strumenti a disposizione per rafforzare i settori della sanità pubblica e attenuare l'impatto socioeconomico della crisi. Tra di essi la sospensione dell'Accordo di Schengen, l'attivazione della clausola di salvaguardia generale del patto di stabilità e crescita e il nuovo quadro temporaneo sugli aiuti di Stato diretti ai settori produttivi maggiormente coinvolti dagli effetti dell'epidemia da Coronavirus, in pochi giorni, hanno completamente ridisegnato il volto dell'Europa.

Pietro Manzini*

Emergenza e concorrenza

SOMMARIO: 1. La necessità di un approccio emergenziale all'applicazione del diritto antitrust europeo. – 2. La comunicazione della Commissione del 8 aprile 2020 sulla cooperazione commerciale tra imprese in risposta alla pandemia di Covid-19. – 3. Il fondamento giuridico per le deroghe dell'applicazione del divieto di intese sulla produzione di farmaci e dispositivi medicali.

1. Mentre risulta dal testo stesso dell'art. 107 che il divieto di aiuti concessi dagli Stati può essere derogato in caso di situazioni emergenziali[1], nulla di analogo sembrerebbe previsto nelle disposizioni antitrust *stricto sensu*, ossia gli articoli 101 e 102[2].

Ciò nonostante la pandemia di Covid-19 ha fatto emergere che anche per le suddette norme può risultare necessario un approccio emergenziale alla loro applicazione. Infatti dalla crisi sanitaria sono emerse due nuove esigenze, di segno opposto nella prospettiva antitrust. Per un verso, l'emergenza può incrementare le occasioni di condotte commerciali anticoncorrenziali che, in tale contesto, risultano aggravate anche sotto il profilo etico. Si pensi ad esempio alla ritardata immissione sul mercato dei farmaci o dei dispositivi medicali con il fine di creare una artificiale carenza degli stessi e un conseguente incremento del loro prezzo di vendita. Tali possibilità impongono una ancora più attenta e severa applicazione dei divieti antitrust. Tuttavia, per altro verso, l'emergenza sanitaria ha evidenziato anche la necessità di un'azione solidale tra imprese al fine di coordinare e razionalizzare la produzione e la distribuzione di beni essenziali atti a fronteggiare la pandemia. Ciò impone un rilassamento del divieto delle pratiche di coordinamento tra imprese previsto dall'art. 101.

---

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Bologna *Alma Mater Studiorum.*

[1] L'art. 107, par. 2, lett. b) prevede che siano compatibili con il mercato interno gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali; il par. 3, lett. b) della medesima norma stabilisce a sua volta che possano essere considerati compatibili con il mercato interno gli aiuti destinati a porre rimedio ad un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro. Su tali basi la Commissione ha adottato, per quel che riguarda la pandemia di Covid-19, il Temporary Framework del 19 marzo 2020 (COM (2020) 1863, successivamente emendato mediante (COM (2020) 2215) il 3 aprile 2020.

[2] Risulterà dalla presente nota che in relazione all'art. 101 questa affermazione deve essere più precisamente calibrata.

Con la comunicazione dell'8 aprile 2020 sulla cooperazione commerciale tra imprese in risposta alla pandemia di Covid-19[3], la Commissione ha riconosciuto entrambe le suddette esigenze. Quanto alla prima, dato che essa spinge per un'applicazione rigorosa delle norme antitrust, la Commissione ha potuto limitarsi a confermare che non intende tollerare comportamenti che cercano opportunisticamente di utilizzare la crisi come un copertura per la collusione anticoncorrenziale o per sfruttare una posizione dominante (eventualmente conferita dalle particolari circostanze), ad esempio applicando prezzi superiori al normale livello competitivo o ostacolando i tentativi di aumentare la produzione per far fronte a carenze di offerta[4].

Quanto alla seconda esigenza, comportando la necessità di non applicare i divieti ad intese che, di principio, sarebbero invece restrittive della concorrenza, la Commissione ha dovuto elaborare una risposta più articolata. In effetti essa ha riconosciuto che nel corso della pandemia posso prodursi situazioni di penuria di beni e servizi essenziali risultanti, non solo da una crescita rapida ed esponenziale del loro uso, ma anche a causa della formazione di scorte, o di un inserimento delle imprese produttive in regime di quarantena, ovvero di divieti di esportazione da parte dei paesi produttori. In queste circostanze è possibile che le imprese possano ritenere opportuno, per rispondere più efficientemente a tale penuria, decidere in maniera concordata un aumento della produzione dei farmaci e dei dispositivi medicali richiesti dall'emergenza e, se ciò è necessario per ottenere tale obiettivo, anche una riduzione della produzione di quelli non immediatamente funzionali a fronteggiare la crisi. Alternativamente le imprese potrebbero ritenere appropriato concentrare la produzione di farmaci emergenziali in determinati impianti in ragione delle caratteristiche tecniche degli stessi o delle loro più adeguate dimensioni.

2. La posizione assunta dalla Commissione nella comunicazione investe sia il profilo sostanziale del diritto antitrust che taluni aspetti procedurali relativi alla sua applicazione.

Per quanto riguarda il profilo sostanziale, la Commissione configura due categorie di misure commerciali connesse all'emergenza Covid-19: l'una che raccoglie le condotte che di principio non sollevano preoccupazione in materia di antitrust, l'altra nella quale rientrano invece i compor-

[3] COM (2020) 3200 fin., dell'8 aprile 2020, Temporary Framework for assessing antitrust issues related to business cooperation in response to situations of urgency stemming from the current COVID-19 outbreak. In pari data sono stati pubblicati sulla Gazzetta ufficiale gli orientamenti della Commissione sull'approvvigionamento ottimale di farmaci per evitare carenze durante la pandemia di Covid-19.

[4] COM (2020) 3200 fin., *cit.*, punto 20.

tamenti normalmente problematici sotto tale profilo, ma che, in considerazione delle circostanze emergenziali, non danno luogo ad un suo intervento repressivo.

Nella prima categoria la Commissione fa rientrare l'ipotesi di affidamento a un'associazione di rappresentanza imprenditoriale o comunque ad un soggetto terzo ed indipendente rispetto alle imprese interessate (ad esempio un consulente, o fornitore di servizi, o un ente pubblico) talune attività collegate all'esigenza di superare criticità nei rifornimenti di farmaci. Tali attività potrebbero consistere ad esempio nel: a) coordinamento del trasporto congiunto per i materiali in entrata; b) individuazione di farmaci essenziali per i quali vi sono rischi di penuria; c) aggregazione di informazioni sulla produzione e sulla capacità produttive; d) preparazione di modelli per prevedere la domanda a livello di Stato membro e identificare le eventuali carenze di rifornimento; e) condivisione di informazioni aggregate sulle carenze di approvvigionamento e l'accertamento della capacità delle imprese di soddisfare la penuria. La condizione essenziale per la legittimità di queste attività è che le imprese evitino di comunicarsi informazioni aziendali sensibili di carattere individualizzato[5].

Alla categoria di condotte normalmente problematiche sotto il profilo antitrust ma ammissibili, data l'emergenza, la Commissione riconduce: a) le misure per adattare la produzione, la gestione delle scorte e, potenzialmente, la distribuzione che comportano lo scambio di informazioni sensibili dal punto di vista commerciale e b) il coordinamento relativo alla concentrazione della produzione in un unico sito e/o alla razionalizzazione della stessa. Secondo la Commissione, tali condotte in considerazione della situazione di emergenza, non risultano rischiose per il diritto antitrust o comunque non danno luogo ad una priorità esecutiva. Ciò però se sono soddisfatte tre condizioni: (i) esse sono effettivamente necessarie per aumentare la produzione nel modo più efficiente per affrontare o evitare una carenza di fornitura di prodotti o servizi essenziali per il trattamento dei pazienti Covid-19; (ii) sono temporanee, cioè da applicare solo fino a quando v'è un rischio di carenza o comunque durante l'epidemia; e (iii) esse non devono superare quanto strettamente necessario per affrontare o evitare la scarsità dell'offerta. A tale fine – precisa la Commissione – le imprese dovrebbero documentare tutti gli scambi e gli accordi conclusi e metterli a disposizione della Commissione su richiesta[6].

La Commissione infine precisa che il fatto che una cooperazione sia incoraggiata e/o coordinata da un'autorità pubblica è un fattore preso in

[5] Secondo quanto indicato nelle linee direttrici della Commissione sull'applicabilità di articolo 101 del TFUE agli accordi di cooperazione orizzontale.

[6] COM (2020) 3200 fin., *cit.*, punto 15.

considerazione per concludere nel senso dell'assenza di problematicità o di priorità applicativa. Nel caso poi la cooperazione temporanea tra imprese sia richiesta obbligatoriamente da parte delle autorità pubbliche come risposta ad una situazione di emergenza legata all'epidemia di Covid-19 essa è senz'altro è consentita[7].

L'ultimo elemento della comunicazione dell'8 aprile 2020 riguarda, come accennato, il profilo procedurale. È ben noto che a partire dall'entrata in vigore del regolamento n. 1/2003, le imprese devono autonomamente valutare la compatibilità delle loro intese con le norme antitrust, non potendo più fare affidamento su un regime di esenzione preventiva, come quello originariamente stabilito dal regolamento n. 17/62. Tuttavia, la Commissione, date le circostanze, ha ritenuto opportuno rispolverare uno strumento che faceva parte del suddetto sistema di autorizzazione, vale a dire la *comfort letter*. Si trattava di una lettera amministrativa mediante la quale la Commissione comunicava alle imprese, ai fini della certezza del diritto, che l'intesa notificata, in base agli elementi comunicati, poteva ritenersi compatibile con il divieto previsto dall'art. 101. Nella stessa ottica di rafforzamento della certezza giuridica, la Commissione si è dichiarata disponibile, in via eccezionale e a propria discrezione, a fornire il proprio orientamento mediante una *comfort letter* quanto all'ammissibilità concorrenziale delle intese adottate dalle imprese per far fronte all'emergenza di Covid-19.

3. In assenza di indicazioni contenute nella comunicazione, occorre domandarsi se i provvedimenti in essa disposti trovino un qualche fondamento giuridico o debbano essere ritenuti adottati unicamente in considerazione delle circostanze emergenziali, nel qual caso la loro legittimità sarebbe evidentemente molto più dubbia. Ci si riferisce, in particolare, alle intese di coordinamento della produzione rientranti nella seconda categoria, che la stessa Commissione definisce ordinariamente problematiche per il diritto antitrust.

Ad avviso di chi scrive le intese anticoncorrenziali "legittimate" dalla comunicazione possono essere, in gran parte, ritenute coperte dalla deroga prevista dal par. 3 dell'art. 101, posto che appaiono soddisfare le quattro condizioni in esso stabilite. Sostanzialmente esse mirano a migliorare o garantire la produzione e l'efficiente distribuzione dei farmaci e dei dispositivi medicali, in modo che questi siano costantemente disponibili per gli utilizzatori a prezzi competitivi. Nella misura in cui sono strettamente funzionali al raggiungimento di questo obiettivo, tali intese inoltre non impongono restrizioni non indispensabili e non danno alle imprese coinvolte la pos-

[7] *Ivi*, punto 16.

sibilità di eliminare la concorrenza nel mercato di cui trattasi. La Comunicazione dunque ha solo la funzione di esprimere una posizione preventiva della Commissione quanto alla legittimità delle suddette intese, legittimità che comunque discende dall'art. 101, par. 3 e non dall'opinione dell'Istituzione. Pertanto a parziale correzione dell'affermazione iniziale della presente nota, secondo la quale le norme antitrust non prevedono deroghe in caso di situazioni emergenziali, occorre constatare che nulla nel par. 3 dell'art. 101 impedisce che esso si applichi anche in tali situazioni.

Qualche maggior dubbio potrebbe sorgere relativamente all'affermazione, anch'essa contenuta nella comunicazione, secondo la quale le intese tra imprese che sono imposte dalle autorità pubbliche per rispondere ad una situazione di emergenza legata all'epidemia di Covid-19 sono senz'altro consentite (v. *supra*). Infatti, si potrebbe osservare che, diversamente da quanto accade ad esempio per i divieti di restrizioni all'esportazione e all'importazione, nessuna norma del trattato consente agli Stati di derogare agli articoli 101 e 102 per ragioni di tutela della salute delle persone[8]. I dubbi potrebbero risultare accresciuti, ricordando che, secondo una giurisprudenza consolidata, il combinato disposto di tali disposizioni con l'art. 4, par. 3, TUE – che codifica il principio di leale collaborazione – obbliga gli Stati membri a non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa o regolamentare, idonei a eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese, ad esempio agevolando la conclusione di accordi in contrasto con l'art. 101[9]. Tuttavia, la legittimità delle intese di coordinamento della produzione di famaci e dispostivi di contrasto al Covid-19 imposte dagli Stati potrebbe fondarsi sul principio, ricavabile dalla medesima giurisprudenza appena menzionata, secondo il quale lo Stato non viola il suo dovere di leale collaborazione relativamente al rispetto delle norme antitrust, se la normativa da esso adottata mantiene il suo carattere pubblico, evitando di delegare ad operatori privati la responsabilità di prendere decisioni d'intervento in materia economica[10]. Ciò però comporta – e la Commissione avrebbe fatto bene a menzionarlo – che il provvedimento di autorizzazione statale alla cooperazione temporanea tra imprese individui l'interesse pubblico perseguito e funzionalizzi l'autorizzazione al raggiungimento del medesimo.

---

[8] V. art. 36 TFUE.

[9] V. sentenze del 16 novembre 1977, causa 13/77, *INNO/ATAB*, punto 31; 21 settembre 1988, causa 267/86, *Van Eycke*, punto 16; 17 novembre 1993, causa C-185/91, *Reiff*, punto 14; 9 giugno 1994, causa C-153/93, *Delta Schiffahrts-und Speditionsgesellschaft*, punto 14; 5 ottobre 1995, causa C-96/94, *Centro Servizi Spediporto*, punto 20; 19 febbraio 2002, causa C-35/99, *Arduino*, punto 34; 9 settembre 2003, *CIF*, causa C-198/01, punto 45.

[10] V. sentenze, *cit.*, *Van Eycke*, punto 16; *Reiff*, punto 14; *Delta Schiffahrts-und Speditionsgesellschaft*, punto 14; *Centro Servizi Spediporto*, punto 21; *Arduino*, punto 35; *CIF*, punto 46.

ABSTRACT

EMERGENZA E CONCORRENZA

Nella prospettiva antitrust, dalla crisi sanitaria del Covid-19 sono emerse due nuove esigenze di segno opposto. Da un lato, la necessità di un'attenzione rafforzata verso quelle condotte collusive o abusive favorite dalle circostanze della pandemia, come l'incremento del prezzo dei farmaci. Dall'altro, la necessità di un ammorbidimento dei divieti per consentire un'azione solidale tra imprese, al fine di coordinare la produzione dei beni essenziali per fronteggiare l'emergenza. Con una comunicazione dell'8 aprile 2020, la Commissione ha delineato le soluzioni per affrontare la seconda esigenza. È rimasta però evasiva quanto al fondamento giuridico delle stesse.

EMERGENCY AND COMPETITION

In the antitrust perspective two new opposite demands have emerged from the Covid-19 crisis. On the one hand, the need for a stronger focus on collusive or abusive conduct favored by the circumstances of the pandemic, such as rising prices of medicines. On the other hand, the need for a softening of the prohibitions to allow solidarity action between companies willing to coordinate the production of essential goods to deal with the emergency. In the Communication of 8 April 2020, the Commission outlined solutions to address the second need. However, it has remained evasive as to the legal basis of these solutions.

Paola Mori*

COVID-19, misure emergenziali e Stato di diritto

SOMMARIO: 1. La legge per la protezione contro il coronavirus. – 2. La procedura *ex* art. 7 TUE nei confronti dell'Ungheria e l'inerzia del Consiglio. – 3. Le reazioni della Presidente della Commissione e di alcuni Stati membri alla legge ungherese.

1. Il 30 marzo scorso il Parlamento ungherese ha approvato con 138 voti favorevoli, i voti dei deputati di Fidesz ed alcuni dell'estrema destra, contro 53 contrari la legge per la protezione contro il coronavirus che conferisce poteri straordinari al Governo[1].

Adottata, sulla base dell'art. 53 della Legge Fondamentale del 2011, "al fine di consentire al Governo di adottare tutte le misure di emergenza necessarie per fronteggiare la pandemia causata dal COVID-19 a seguito della grave epidemia iniziata nel 2020, considerata in particolare la possibilità che le riunioni del Parlamento possano essere sospese per questa ragione", la legge autorizza e definisce i poteri del Governo prevedendo la possibilità di sospendere mediante decreto l'applicazione di talune leggi e di introdurre deroghe a disposizioni normative e adottare altre misure necessarie per tutelare la vita, la salute, i beni, la sicurezza giuridica dei cittadini e la stabilità dell'economia nazionale.

Tra le varie misure introdotte, la legge prevede una "informazione in via breve" del Capo del Governo al solo Presidente del Parlamento e ai capi dei gruppi parlamentari sulle misure adottate per far fronte all'emergenza fino a quando le stesse rimarranno in vigore; la sospensione di tutte

---

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università *Magna Graecia* di Catanzaro.

[1] Il testo della legge è leggibile in ungherese e in una traduzione italiana non ufficiale con nota redazionale in *Questione giustizia*, questionegiustizia.it/articolo/stato-di-pericolo-e-poteri-straordinari-al-governo-ungherese_01-04-2020.php. Pochi giorni prima dell'approvazione della legge il Segretario generale del Consiglio d'Europa, Marija Pejčinović Burić, ha inviato al Primo Ministro ungherese una lettera in cui si ribadisce che "the measures which member states take in the present exceptional circumstances of the pandemic must comply with both national constitutions and international standards, and observe the very essence of democratic principles. An indefinite and uncontrolled state of emergency cannot guarantee that the basic principles of democracy will be observed and that the emergency measures restricting fundamental human rights are strictly proportionate to the threat which they are supposed to counter", rm.coe.int/orban-pm-hungary-24-03-2020/16809d5f04. Per alcuni, primi, commenti, v. R. UITZ, *The EU needs to stop funding Viktor Orbán's emergency rule view*, in euronews.com/2020/04/07/the-eu-needs-to-stop-funding-viktor-orban-s-emergency-rule-view; K. L. SCHEPPELE, *Orban's Emergency*, in *VerfBlog,* 29 marzo 2019, verfassungsblog.de/orbans-emergency/.

le elezioni e dei referendum fino alla fine del periodo dell'emergenza. Sono inoltre introdotte nuove norme al codice penale, configurando come reato l'"impedimento (o intralcio) del controllo epidemico" e punendo chiunque diffonda pubblicamente false rappresentazioni di fatti che possano causare turbamento o agitazioni, ovvero ostacolare o intralciare l'efficacia delle misure, in tal modo colpendo gravemente la libertà di informazione. Sono infine previste pene detentive, aggravate in caso di concorso di persone e nel caso abbiano causato un decesso, per chiunque "ostacola l'esecuzione della legge". La legge non prevede un termine di vigenza e prevede che, una volta cessato lo stato di emergenza, possa essere revocata dal Parlamento con la stessa maggioranza richiesta per la sua approvazione, i 2/3 dei voti.

L'adozione della legge giunge a perfezionare quel sistema di *illiberal constitutionalism* per la realizzazione del quale era da tempo impegnato il Governo ungherese, in buona compagnia con altri Paesi mitteleuropei[2]. Con il risultato di dare l'ennesimo e gravissimo colpo ai principi di democrazia, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti fondamentali che ai sensi dell'art. 2 TUE costituiscono i valori fondativi dell'Unione, comuni agli Stati membri.

2. Da tempo l'Ungheria era sotto osservazione da parte dell'Unione europea, del Consiglio d'Europa e di altri organismi internazionali per il mancato rispetto del principio dello Stato di diritto, della democrazia e del rispetto dei diritti fondamentali.

La Commissione europea ha più volte fatto ricorso all'art. 258 TFUE allo scopo di sanzionare la violazione di norme fondamentali del diritto dell'Unione da parte dell'Ungheria. Tra i casi più significativi va ricordato quello concernente il pensionamento anticipato dei giudici ungheresi in cui la Corte di giustizia ha accertato la violazione da parte dell'Ungheria della direttiva 2000/78 sulla parità di trattamento in materia di occupazione[3]. Più recentemente l'esecutivo europeo ha aperto ulteriori procedure di infrazione nei confronti di questo Stato membro, mettendo sott'accusa le c.d. leggi anti-Soros[4] e la politica antimigratoria posta in essere dal Governo magiaro[5].

---

[2] Da ultimo v. T. DRINÓCZI, A. BIEŃ-KACAŁA, *Illiberal Constitutionalism at Work: The First Two Weeks of COVID-19 in Hungary and Poland*, in *VerfBlog,* 31 marzo 2019, verfassungsblog.de/illiberal-constitutionalism-at-work/.

[3] Sentenza del 6 novembre 2012, causa C-286/12, *Commissione c. Ungheria.*

[4] Si tratta in particolare della procedura riguardante la legge relativa alle ONG finanziate da capitali stranieri che secondo la Commissione violerebbe la libertà d'associazione, la libera circolazione dei capitali e il diritto alla vita privata e alla protezione dei dati personali (Comunicato stampa della Commissione IP/17/5003); e di quella riguardante la legge sull'insegnamento superiore che non solo sembra limitare indebitamente le libertà di prestazione dei servizi e di stabilimento, ma lederebbe anche la libertà accademica, il diritto all'educazione e la libertà d'impresa quali garantiti dagli articoli 13, 14 e 16 della Carta

Dal canto suo, il Parlamento europeo ha adottato una risoluzione contenente l'invito al Consiglio a constatare, a norma dell'art. 7, par. 1, TUE, l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione in considerazione delle riforme che attentano al sistema costituzionale e a quello elettorale così come alle libertà fondamentali[6].

Le iniziative della Commissione e del Parlamento europeo non hanno però trovato alcuna reale corrispondenza nell'attività del Consiglio[7]. Questo, in un esercizio di cautela politico-diplomatica, si è limitato a svolgere alcune audizioni formali con il governo ungherese e con quello polacco, rispetto al quale l'iniziativa *ex* art. 7 TUE è stata presa dalla Commissione[8], ma non ha ancora adottato alcuna raccomandazione sul merito delle questioni. Le modalità di svolgimento delle riunioni sulla procedura *ex* art. 7, par. 1, TUE che si sono svolte nel Consiglio affari generali non sembrano infatti aver portato ad alcun approfondimento delle problematiche in discussione, consentendo al Consiglio di rimandare ogni decisione[9]. Ed in effetti l'unica misura per ora adottata dall'istituzione intergovernativa ri-

---

[4] Comunicato stampa della Commissione IP/17/5004). Sull'argomento, più ampiamente, si rinvia a P. MORI, *L'uso della procedura d'infrazione a fronte di violazioni dei diritti fondamentali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2018, p. 363 ss.

[5] Tra le varie procedure aperte v. in particolare quella riguardante la mancata fornitura di generi alimentari ai richiedenti asilo trattenuti nelle zone di transito ungheresi alla frontiera con la Serbia, Comunicato stampa della Commissione IP/1975994, e quella riguardante la legislazione ungherese che configura come reato l'attività organizzativa realizzata al fine di consentire l'avvio di un procedimento di asilo a favore di persone che non soddisfano i criteri previsti dal diritto nazionale nella normativa in materia di asilo e che introduce restrizioni al diritto di richiedere la protezione internazionale, attualmente pendente in Corte di giustizia (causa C-821/19).

[6] Risoluzione del PE su una proposta recante l'invito al Consiglio a constatare, a norma dell'art. 7, par. 1, TUE, l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione (*GUUE* C 433, 23 dicembre 2019, p. 66). In particolare il PE ha espresso preoccupazioni sull'indipendenza della magistratura e di altre istituzioni e i diritti dei giudici; sul funzionamento del sistema costituzionale e del sistema elettorale; sulla corruzione e i conflitti di interesse; sulla tutela della vita privata e la protezione dei dati; sulla libertà di espressione; sulla libertà accademica; sulla libertà di religione; sulla libertà di associazione; sul diritto alla parità di trattamento; sui diritti appartenenti alle minoranze, compresi i rom e gli ebrei, e sulla protezione dalle dichiarazioni di odio contro tali minoranze; sui diritti fondamentali dei migranti, dei richiedenti asilo e dei rifugiati; sui diritti economici e sociali.

[7] Per un quadro su queste recenti iniziative e sulla recente giurisprudenza della Corte di giustizia in materia, v. P. MORI, *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi*, in *federalismi.it*, 1° aprile 2020.

[8] Proposta di decisione del Consiglio sulla constatazione dell'esistenza di un evidente rischio di violazione grave dello Stato di diritto da parte della Repubblica di Polonia, 20 dicembre 2017 (COM(2017)835).

[9] V. L. PECH, *From "Nuclear Option" to Damp Squib? A Critical Assessment of the Four Article 7(1) TEU Hearings to Date*, in *VerfBlog*, 13 novembre 2019, verfassungsblog.de/from-nuclear-option-to-damp-squib.

guarda la definizione delle modalità standard per le audizioni di cui all'art. 7, par. 1, TUE[10].

L'inerzia del Consiglio è stata tale che il Parlamento europeo il 16 gennaio 2020 ha adottato una risoluzione con cui ha constatato l'assenza di progressi significativi in Polonia e in Ungheria dopo l'attivazione dell'art. 7, par. 1, TUE. In un contesto in cui il deterioramento della situazione in entrambi i Paesi per quanto riguarda l'eliminazione dei rischi evidenti di violazione grave dei valori di cui all'art. 2 TUE è attestato anche dalle relazioni e dalle dichiarazioni della Commissione e degli organismi internazionali, quali l'ONU, l'OSCE e il Consiglio d'Europa, il Parlamento europeo ha sottolineato che "l'incapacità del Consiglio di applicare efficacemente l'articolo 7 TUE continua a compromettere l'integrità dei valori comuni europei, la fiducia reciproca e la credibilità dell'Unione nel suo complesso"[11].

Le critiche si sono appuntate tanto sulle modalità organizzative con cui il Consiglio sta trattando la questione polacca e quella ungherese, quanto sulla mancata adozione di misure nei confronti di questi due Stati. A questo riguardo il Parlamento ha invitato il Consiglio ad adottare "raccomandazioni concrete agli Stati membri in questione, come sancito dall'articolo 7, paragrafo 1, TUE, quale seguito dato alle audizioni, e indichi i termini per l'attuazione di tali raccomandazioni".

Fino ad oggi il Consiglio non ha adottato nessuna raccomandazione in quanto, come si legge nelle modalità standard, "the Presidency presents procedural conclusions. No assessment on the substance of the issues is included"[12].

E dunque in questa situazione di stallo politico-istituzionale lo scoppio della pandemia di COVID-19 e la conseguente emergenza sanitaria hanno dato il destro al Governo Orban di adottare la legge che conferisce i pieni poteri al Capo dell'esecutivo.

3. Immediata è stata la reazione della Presidente della Commissione, von der Leyen, la quale all'indomani del voto della legge da parte del Parlamento magiaro, il 31 marzo, ha rilasciato una dichiarazione sulle misure

---

[10] Approvate il 18 luglio 2019, 10641/2/19 REV 2, data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10641-2019-REV-2/en/pdf. Sul punto v. P. MORI, *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi*, cit.

[11] Risoluzione del Parlamento europeo del 16 gennaio 2020 sulle audizioni in corso a norma dell'art. 7, paragrafo 1, TUE, concernenti la Polonia e l'Ungheria (2020/2513(RSP)).

[12] Così anche nel comunicato stampa del Consiglio Affari generali del 10 dicembre 2019: "in linea con le modalità standard per le audizioni, in questa fase non è inclusa alcuna valutazione della sostanza delle questioni", consilium.europa.eu/it/meetings/gac/2019/12/10/.

emergenziali adottate dagli Stati membri per fronteggiare la pandemia di coronavirus[13]. Pur riconoscendo che in situazioni straordinarie come quella che stanno affrontando i Paesi europei, e non solo, i governi hanno la necessità di disporre di strumenti che consentano di agire in modo rapido ed efficace, la Presidente ha affermato che questi strumenti non devono essere tali da compromettere i principi e i valori fondamentali sanciti nei Trattati e che il rispetto della libertà d'espressione e della certezza del diritto restano essenziali anche in tempi di crisi. In ogni caso, ha ricordato la Presidente, anche le misure di carattere emergenziale devono rispondere a determinati requisiti: devono essere limitate a quanto è strettamente necessario, proporzionate e temporanee. È evidente, benché non esplicitamente menzionato, il riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia (e della Corte europea dei diritti dell'uomo) sulle limitazioni ai diritti fondamentali, quali in particolare consentite dall'art. 52, par. 1, della Carta.

La Presidente ha infine sottolineato che i governi che hanno adottato misure di quel genere devono consentire che esse possano essere sottoposte a controlli regolari. Controlli che la Commissione si impegna ad effettuare rispetto a tutti gli Stati membri.

Per quanto la dichiarazione sia formulata in termini generali, senza riferimento ad alcuno Stato membro preciso, essa è chiaramente e innanzitutto indirizzata al Governo ungherese che ha proseguito nella sua politica di *illiberal constitutionalism*, ovvero, e con un termine più appropriato, antidemocratica.

Pur nella sua essenzialità la dichiarazione della Presidente della Commissione ha un valore politico importante perché impegna la Commissione a monitorare l'applicazione delle misure emergenziali in tutti gli Stati membri, tra cui evidentemente e particolarmente l'Ungheria.

E tuttavia la Commissione da sola, senza che vi sia una chiara presa di posizione da parte del Consiglio e del Consiglio europeo, non può arrivare all'adozione di provvedimenti vincolanti.

Non resta che sperare che il Consiglio a fronte di quest'ultima misura ungherese, ma anche dell'aggravamento della situazione in Polonia, esca dal suo immobilismo e prenda i provvedimenti necessari a garantire il rispetto dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali e a ristabilire così la fiducia reciproca tra gli Stati membri[14]. L'azione delle Istituzioni indipen-

---

[13] *Statement by the President von der Leyen on emergency measures in Member States*, 31 marzo 2020, ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_20_567.

[14] Un segno della mancanza di fiducia nel sistema penale della Polonia è rappresentato dalla decisione del 17 febbraio 2020 con cui l'Oberlandesgericht Karlsruhe ha rifiutato di dar seguito alla richiesta di consegna, in applicazione del MAE, di un cittadino polacco inoltrata dalle autorità di quello Stato, A. WÓJCIK, *Muzzle Law leads German court to refuse extradition of a Pole to Poland under the European Arrest Warrant,* in *Rule of Law in Poland,*

denti – Commissione, Parlamento europeo – deve (non fosse altro che perché così impone l'art. 7 TUE) infatti essere necessariamente accompagnata dall'azione delle due Istituzioni intergovernative, nelle quali confluisce la volontà politica degli Stati membri.

Un segnale positivo potrebbe essere rappresentato dallo *Statement* con cui 13 Stati membri accolgono la dichiarazione della Presidente von der Leyen e, nel sostenerne l'iniziativa di monitorare la compatibilità delle misure di emergenza e della loro applicazione con i valori fondamentali dell'Unione, "invite the General Affairs Council to take up the matter when appropriate"[15].

Non è molto, ed è ancora lontano dalle soglie richieste dall'art. 7 TUE per il voto del Consiglio (par. 1) e poi del Consiglio europeo (par. 2), ma, anche in considerazione del "peso politico" degli Stati che vi hanno partecipato, è sicuramente un segnale forte di reazione alle violazioni sistematiche dei valori fondamentali sanciti nell'art. 2 TUE. Violazioni che rischiano di compromettere in modo irrimediabile non solo il processo di integrazione europea, ma la stessa identità europea. E nulla, neppure l'attuale situazione di emergenza sanitaria, sociale, economica e finanziaria, può giustificare l'indifferenza.

---

6 marzo 2020, ruleoflaw.pl/muzzle-act-leads-german-to-refuse-extradition-of-a-pole-to-poland-under-the-european-arrest-warrant.

[15] *Statement by Belgium, Denmark, Finland, France, Germany, Greece, Ireland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Portugal, Spain, Sweden*, 1° aprile 2020, lo si legga in government.nl/documents/diplomaticstatements/2020/04/01/statementbybelgium-denmark-finland-france-germany-greece-ireland-italy-luxembourg-the-netherlands-portugal-spain-sweden. In modo alquanto provocatorio, il 2 aprile, il Ministro della Giustizia ungherese ha pubblicato uno *Statement by Hungary* in cui si dichiara, del tutto autonomamente, che "Hungary joins the … statement adopted by Member States of the European Union" del 1° aprile, lo si legga in kormany.hu/en/ministry-of-justice/news/statement-of-hungary-02042020.

ABSTRACT

COVID- 19, EMERGENCY MEASURES AND RULE OF LAW

The paper examines the Statement of the President of the European Commission on emergency measures in Member States and the Statement of a group of Member States following the approval by the Hungarian Parliament of the Law on Protection against Coronavirus. The Author highlights the profiles of incompatibility of the new Hungarian law, which gives full emergency powers to the Prime Minister, with the founding values of the Union (Art. 2 TEU). The Author also underlines that the Council has not yet taken any significant measure under Art. 7(1) with regard to Hungary.

COVID-19, MISURE EMERGENZIALI E STATO DI DIRITTO

Il lavoro esamina la Dichiarazione del Presidente della Commissione europea sulle misure di emergenza negli Stati membri e la dichiarazione di un gruppo di Stati membri adottate a seguito dell'approvazione da parte del Parlamento ungherese della legge sulla protezione contro il coronavirus. L'A. evidenzia l'incompatibilità della nuova legge ungherese, che dà pieni poteri al Primo Ministro, con i valori fondamentali dell'Unione (art. 2 TUE). Inoltre viene posto in rilievo come il Consiglio non abbia ancora adottato alcuna misura nel quadro della procedura di cui all'art 7, par. 1, TUE nei confronti dell'Ungheria.

Lorenzo F. Pace*

Una nuova crisi che l'Unione deve risolvere, o la crisi dell'Unione?

1. Vorrei contribuire a questo interessante e ricco dibattito in tema di "Coronavirus e diritto dell'Unione" riflettendo su quali siano, e perché, i rischi per il futuro del processo d'integrazione europea in assenza di un adeguato intervento dell'Unione per la soluzione dell'attuale crisi del Covid-19.

La mia riflessione si svilupperà su tre punti: le caratteristiche della crisi; i principi definiti nel Trattato per la sua soluzione; i rischi per il processo d'integrazione europea.

2. Al fine di comprendere il perché del pericolo della presente crisi per il futuro del processo d'integrazione europea è necessario ricordarne le sue caratteristiche.

La prima caratteristica riguarda chi siano le prime vittime di essa. Esse sono le persone, i cittadini europei che si sono ammalati o che sono morti a causa del virus Covid-19 (sul punto v. sotto § 4). L'attuale crisi nasce infatti come problema sanitario a seguito di una pandemia. Sotto questo aspetto nessuno certamente dimenticherà i filmati della colonna di mezzi dell'esercito italiano che trasportavano nel marzo scorso passando per le strade di Bergamo le bare dei morti per Covid-19.

In secondo luogo, riguardo alla natura della crisi, questa è ben differente, ad esempio, da quella economico-finanziaria dell'eurozona (2009). Questa seconda era una crisi endogena in quanto nasceva a seguito di riconosciute responsabilità della Grecia. In particolare, essa aveva "nascosto" il valore degli insostenibili livelli del proprio *deficit* in violazione della normativa europea. Tale crisi era inoltre asimmetrica in quanto colpiva solo alcuni Stati membri. La natura dell'attuale crisi (tanto quella sanitaria che quella economica a lei conseguente) è diametralmente opposta alla precedente; la presente è infatti esogena e simmetrica. In altri termini, è esogena in quanto non è causata dalla responsabilità di singoli Stati membri ma è originata da una causa esterna alla propria responsabilità, cioè una pandemia – un'epidemia a livello globale che ha già interessato ad oggi oltre 115 paesi del mondo –. È inoltre una crisi simmetrica, cioè essa colpisce ed in-

* Professore associato di diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi del Molise.

teressa tutti gli Stati dell'Unione allo stesso modo, sebbene con effetti ed incidenza differente.

In terzo luogo, riguardo alla dimensione della crisi, essa è al momento paragonabile per dimensioni a quella di Wall Street del 1929 e, sotto questo aspetto, essa supera per dimensione anche quella finanziaria mondiale del 2007. Per comprendere la dimensione dell'attuale crisi, in assenza di dati certi sui suoi effetti nel futuro, è utile richiamare l'andamento della borsa di New York. Il crollo del valore dell'indice S&P 500 nel marzo 2020 è paragonabile a quello dei primi mesi del crollo di Wall Street del 1929.

Il quarto aspetto che caratterizza la presente crisi e la rende particolarmente insidiosa è la sua tempistica. Essa colpisce infatti il territorio europeo a tredici anni dalla crisi finanziaria mondiale (2007) ed a dieci anni dall'inizio di quella dell'eurozona (2009). Riguardo a questa seconda, gli effetti negativi di tale crisi sono ancora ben presenti a fronte della perdita di "ricchezza" di alcuni Stati membri. Ad esempio, l'Italia, dopo oltre dieci anni, non è ancora tornata al livello di ricchezza nazionale del 2009 (-5%), a differenza della quasi totalità degli altri Stati dell'eurozona (Spagna +7%, Francia +10%, Olanda +12%, Germania +14%).

Perché è importante richiamare la tempistica con cui l'odierna crisi è iniziata? Perché essa avrà un effetto ancora più rilevante per gli Stati, come l'Italia, che non sono ancora "usciti" da quella precedente.

Per comprendere tale aspetto è utile richiamare *mutatis mutandis* gli effetti in Germania delle due crisi economiche che si sono succedute a breve distanza tra di loro nel secolo scorso; cioè quella dell'iperinflazione (1921-22) e, dopo circa dieci anni, la crisi economico-finanziaria conseguenza del crollo di Wall Street sull'economia tedesca (1929). Gli effetti della seconda, anche per la risposta di *austerity* del Governo tedesco di allora, sono stati la radicalizzazione della politica nazionale con la "crescita" dei toni nazionalistici. Chiaramente quanto politicamente successo in quel periodo storico non è "replicabile" ai giorni nostri. Quello che qui rileva da tale esperienza è che situazioni di prolungato impoverimento della popolazione, conseguenza di crisi economiche finanziarie ripetute, produce lo sviluppo di risposte nazionalistiche.

Il quinto aspetto che caratterizza questa crisi come particolarmente critica per il futuro dell'Unione sono gli interessi geopolitici che si sono "materializzati" con l'inizio della pandemia (come sottolineato anche dal prof. Triggiani nell'intervento al presente dibattito). L'Unione nasce e si sviluppa come strettamente collegata alle sorti degli Stati uniti d'America (intervento militare degli USA risolutivo, insieme agli alleati, per la fine nella Seconda guerra mondiale; piano Marshall; NATO, *etc.*). Questa "relazione"

sembra essersi, almeno temporaneamente, modificata a fronte di quella che sembra essere una posizione "critica" dell'attuale governo degli Stati uniti nei confronti dell'Unione e/o di suoi specifici Stati membri. A rendere tali rapporti ad oggi ancora meno "stabili" si aggiunge la situazione di necessità finanziaria di importanti (economicamente e strategicamente) Stati dell'Unione, come l'Italia. Ed infatti con la pandemia è iniziato il "corteggiamento" nei confronti di differenti paesi europei da parte di Stati globalmente rilevanti al fine di poterli aiutare nel risolvere la crisi. Stati probabilmente interessati anche ad aumentare, per vari motivi, la loro influenza sul territorio europeo. In altri termini, la rilevanza della presente crisi è data anche dal fatto che a seconda di come essa sarà gestita dall'Unione – ma anche dagli alleati "atlantici" – potrebbe avere effetti anche su quello che potremmo chiamare il "globale ordine europeo".

3. Quale sono le norme o i principi del Trattato utili per risolvere la presente crisi? A mio avviso questi sono due: lo *status* di cittadino europeo e il principio di solidarietà. Certamente vi sono altre norme e principi che qui rilevano (il diritto alla salute, il mercato interno, *etc.*). Ma i due principi sopra richiamati a me sembrano centrali al fine di evitare che l'attuale situazione da "una nuova crisi che l'Unione deve risolvere" si trasformi in "una crisi dell'Unione".

Riguardo all'importanza della cittadinanza dell'Unione, il suo significato va ben oltre l'individuazione dei doveri e degli obblighi conseguenti a tale *status* (art. 20 TUE). L'idea di cittadinanza europea, in assenza di un popolo europeo (cfr. tra le tante, considerando 6, articoli 9, 12 e 13 TUE, articoli 1, comma 1 e 3, comma 5, TUE), assume una funzione centrale, insieme a quello dei valori dell'Unione (art. 2 TUE); cioè quella dell'individuare elementi che creino un senso europeo di "appartenenza", sebbene in modo differente dal senso di "appartenenza" nazionale a livello statale. In particolare, lo *status* di cittadino europeo fa idealmente riferimento alla comune partecipazione di tutti i cittadini di tutti gli Stati membri ad un comune progetto politico continentale.

Il secondo principio la cui applicazione è necessaria al fine di risolvere una grave crisi come quella attuale è quello di solidarietà. Tale principio presenta una peculiare disciplina nel Trattato. Esso costituisce un valore fondamentale dell'ordinamento dell'Unione (art. 2 TUE) ed è richiamato con frequenza nei Trattati come principio interpretativo (considerando 6, articoli 3, 21, 24, 31 TUE, articoli 67, 80, 194 TFUE). Poche sono però le norme che lo richiamano al fine di definire le misure normative in risposta a specifiche situazioni (art. 122 TFUE, con riferimento alla politica economica; art. 222 TFUE, con riferimento alle conseguenze di attacchi terro-

ristici). Sotto questo aspetto l'art. 122 TFUE costituisce una rilevante (ed unica) deroga al principio dell'esclusiva responsabilità degli Stati per la propria situazione economia (combinato disposto degli articoli 122 e 125 TFUE). L'art. 122 TFUE richiama, con un riferimento di grande significato che va al di là del solo diritto, che le misure di risposta ad una specifica situazione economica devono essere emanate "in uno spirito di solidarietà tra Stati membri" (art. 122, comma 1, TFUE).

Questi due elementi - quello della cittadinanza europea (art. 20 TUE) e il principio di solidarietà (art. 122 TFUE) – obbligano le istituzioni dell'Unione e i singoli Stati membri – se si crede ancora in quello che il Trattato dispone – ad uno specifico comportamento per la soluzione di una crisi come quella attuale, esogena e simmetrica. Questa soluzione consiste nell'obbligo degli Stati che si trovano in una "situazione economica migliore" – a prescindere dalla loro dimensione economica o di popolazione – di aiutare, sebbene temporaneamente, con trasferimenti "netti" di ricchezza e nelle modalità da individuarsi, agli Stati che si trovino in una situazione di "difficolta" a causa di "circostanze eccezionali che sfuggono al [loro] controllo" (art. 122, comma 2, TFUE). Questo obbligo di solidarietà è anche, e soprattutto, finalizzato a rendere concreto il concetto di cittadinanza dell'Unione; cioè la partecipazione di tutti i cittadini europei ad un comune progetto politico continentale – senza la creazione di cittadini europei di serie A e di serie B – anche al fine del raggiungimento di obiettivi generalissimi del processo d'integrazione europea quali: una maggiore prosperità, sicurezza, giustizia e libertà rispetto a quello che i singoli Stati potrebbero realizzare. Il non realizzare questi obiettivi generalissimi avrebbe quale conseguenza la perdita di credibilità del progetto d'integrazione europea e questo, in primo luogo, agli occhi dei cittadini europei.

4. Venendo ai rischi di una non soddisfacente risposta dell'Unione all'attuale crisi, la posta in gioco è molto alta. Ed infatti, la mancata adeguata risposta dell'Unione alla sua soluzione per il tramite del principio di solidarietà porrebbe in dubbio, come sopra ricordato, il significato stesso dello *status* di cittadinanza europea.

Non bisogna farsi illusioni. L'impegno dell'Unione al fine di risolvere la crisi non si limiterà ai provvedimenti già individuati e in corso di definizione in questi primi mesi. L'impegno dell'Unione a tal fine durerà anni (sotto altro ma contiguo aspetto, è stato affermato recentemente dal capo economista della BCE e membro del Comitato esecutivo, Philip Lane, che i livelli di "ricchezza" dell'inizio del 2020 non saranno raggiunti prima di tre anni). Ed infatti la soluzione della crisi dovrà passare, in futuro, anche per la modifica e aggiornamento di molte normative in differenti settori (ad es.

il contenuto del Patto di stabilità e crescita, *etc.*) affinché queste tengano presenti le conseguenze di una grave crisi endogena e simmetrica come quella attuale.

Il pericolo di un'insufficiente risposta ad una crisi così complessa come quella presente (v. sopra § 2) è che al suo termine vi siano vincitori e vinti, così come già nella crisi dell'eurozona. Questo dimostrerebbe come alcuni Stati membri (e conseguentemente i loro cittadini "europei") possano avere vantaggi (anche solo involontari) dagli effetti economico-finanziari negativi conseguenti alle sofferenze e alla morte di migliaia di altri cittadini europei.

Un simile risultato non sarebbe senza conseguenze per l'Unione. L'Unione, come sopra ricordato, si fonda, tra l'altro, sull'obiettivo della creazione di una prosperità generalizzata; prosperità sempre più lontana per molti cittadini europei dopo la crisi dell'eurozona[1].

[1] In questo caso, anche per la diretta, varia responsabilità tanto degli Stati che hanno avuto vantaggi da questa, ma anche di quelli che ne hanno subito svantaggi. Sul punto vedi il mio articolo *Il ruolo dell'Unione nel processo di formazione delle leggi di bilancio degli Stati membri*, in AA. VV., *Annali AISDUE*, vol. I, Bari, 2020, p. 48.

Ed infatti una presa di coscienza da parte dei cittadini che nel processo d'integrazione europea la sofferenza e la morte possano provocare il miglioramento economico (anche solo involontario) di alcuni Stati a discapito dei altri determinerebbe conseguenze prevedibili. Cioè l'ulteriore allontanamento dei cittadini europei da tale progetto (come già sottolineato dal Presidente Tesauro nel contributo al presente dibattito). In questo modo favorendo il ritorno, lento ma inesorabile, dei nazionalismi che hanno determinato, nella prima parte del XX secolo, il fallimento del continente europeo. Non molti anni fa.

ABSTRACT

A NEW CRISIS THAT THE UNION MUST SOLVE, OR THE CRISIS OF THE UNION?

This paper aims to contribute to the debate on "Coronavirus and EU law". It wants to reflect on what are, and why, the risks for the future of the European integration process in the absence of adequate Union intervention for the solution of the current Covid-19 pandemic. This paper will develop three different points: the characteristics of the crisis; the principles defined in the Treaty for its solution; the risks for the European integration process.

UNA NUOVA CRISI CHE L'UNIONE DEVE RISOLVERE, O LA CRISI DELL'UNIONE?

Il presente scritto vuole contribuire al dibattito in tema di "Coronavirus e diritto dell'Unione". Esso vuole riflettere su quali siano, e perché, i rischi per il futuro del processo d'integrazione europea in assenza di un adeguato intervento dell'Unione per la soluzione dell'attuale pandemia del Covid-19. Lo scritto svilupperà tre distinti punti: le caratteristiche della crisi; i principi definiti nel Trattato per la sua soluzione; i rischi per il processo d'integrazione europea.

Celeste Pesce·

Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP): contenuti, finalità e basi giuridiche dell'azione monetaria UE

SOMMARIO: 1. Piano di indagine. – 2. Il pacchetto di misure monetarie adottato dalla BCE: *Pandemic Emergency Purchase Program* (PEPP). – 3. Azioni straordinarie della BCE e (ri)conferme dei legami tra politica monetaria, economica e profili democratici UE. – 4. Conclusioni alla luce del principio di solidarietà.

1. L'emergenza sanitaria ed economica scaturita dalla pandemia del *coronavirus*[1] (COVID-19) nel 2020 sarà ricordata anche per le modalità di risposta alla stessa. Difatti, le misure di contenimento adottate in Europa e nel resto del mondo hanno ridimensionato la vita sociale, economica e lavorativa in maniera radicale e repentina, sollevando diversi interrogativi sulle procedure di adozione utilizzate oltre che sui tempi e sulle modalità di ripresa della vita socio-economica.

Guardando al contesto europeo, gli Stati membri dell'UE maggiormente colpiti dal COVID-19, Italia in prima linea, hanno agito con una certa prontezza su diversi livelli. Sul fronte interno, hanno adottato misure nazionali di bilancio per aumentare la capacità dei loro sistemi sanitari, sostenere i cittadini ed aiutare i settori particolarmente toccati dalla crisi. In sede sovranazionale, hanno dato la spinta propulsiva all'Unione evidenziando il bisogno di decisioni "europee" condivise, uniformi ma soprattutto straordinarie e innovative da adottare in tempi strettissimi con una forte compressione della riflessione "politica" e delle procedure ordinarie di adozione previste dai Trattati.

Senza (potere) entrare qui nel merito delle singole misure europee di contrasto al COVID-19, va evidenziato come ciascuna istituzione UE[2] ab-

---

· Ricercatore di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro".

[1] World Health Organization, *Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)*, 30 January 2020, in *who.int*.

[2] Dopo qualche difficoltà iniziale, legata (anche) alla diversa percezione del fenomeno, una prima comunione di intenti è stata raggiunta in seno al Consiglio europeo del 17 marzo 2020 (riunitosi in videoconferenza) tra Capi di Stato e di governo, BCE, Presidente dell'Eurogruppo e Alto rappresentante. Le conclusioni hanno individuato risposte strategiche coordinate adeguate alla situazione in rapida evoluzione. Nello specifico, hanno posto in rilievo la necessità di lavorare in maniera congiunta, omogenea ed uniforme e di fare quanto necessario per affrontare la crisi nelle sue diverse forme dando priorità alla salute dei cittadini europei. Cfr. *Guidelines for border management measures to protect health and ensure the availability of goods and essential services*, 16 marzo 2020, C(2020) 1753 final;

bia mostrato fermezza e sensibilità nel fornire il proprio contributo – immediato e futuro – conformemente alle competenze attribuite dai Trattati[3]. E che il *fil rouge* delle diverse scelte politiche, economiche e normative sia stato, unanimemente, il benessere dei cittadini europei[4].

La medesima finalità è alla base delle decisioni di politica monetaria e di bilancio cui è spettato l'arduo compito di mantenere la liquidità del settore finanziario ed economico dell'area euro nello scenario pandemico. Vale a dire, reagire in maniera ambiziosa, coordinata e urgente a sostegno di cittadini, imprese ed operatori economici e finanziari al fine di arginare (ove possibile) i pregiudizi derivanti dalla riduzione e/o dalla sospensione considerevole delle ordinarie attività nell'Eurozona.

È, difatti, l'ambito economico-monetario il piano di indagine scelto per questa sede. L'analisi delle misure monetarie varate dalla BCE è circoscritta, per ragioni di spazio oltre che di scelta argomentativa, a quanto necessario per capire le sorti e l'evoluzione dell'unione monetaria, nonché per indagare i principi del diritto UE che ne sono alla base.

Le riflessioni prendono le mosse dalla constatazione (nota) che l'obiettivo principale del Sistema Europeo di Banche Centrali (SEBC) e della Banca centrale europea (BCE) è il mantenimento della stabilità dei prezzi[5]. Che nel garantire ciò, la BCE può adottare gli atti giuridici previsti

---

COM(2020) 115 final, del 16 marzo 2020, comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio COVID-19: restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE. Cfr. F. CASOLARI, *Prime considerazioni sull'azione dell'Unione ai tempi del* Coronavirus, in *rivista.eurojus.it*, 2020, p. 95 ss.; G. FIENGO, *[OsservatorioCovid19] Le misure di contenimento della diffusione del COVID-19: la sospensione dell'accordo di Schengen*, 29 marzo 2020, in *dpceonline.it*; P. MORI, *COVID-19, misure emergenziali e Stato di diritto*, in *I Post di AISDUE*, vol. II, n. 2, *Focus* "Coronavirus e diritto dell'Unione", 2020, p. 13 ss.

[3] Il Parlamento europeo ha discusso l'impegno dell'Unione nel coordinare gli sforzi nazionali per fermare la diffusione del *virus* e temperarne gli effetti su persone ed economia. Pertanto, il 26 marzo 2020, ha varato una risoluzione *ad hoc* [2020/2610(RSP)] ed ha votato sulla richiesta di procedure urgenti volte ad adottare (o modificare) atti UE in materia di trasporto aereo [2020/0042(COD)]; di azioni specifiche per mobilitare gli investimenti nei sistemi di assistenza sanitaria degli Stati membri e in altri settori delle loro economie [2020/0043(COD), *Coronavirus Response Investment Initiative*]; di assistenza finanziaria agli Stati membri e ai Paesi che negoziano la loro adesione all'Unione [2020/0044(COD)]. Tali sforzi comprendono la creazione del *Coronavirus Response Team*, lanciato dalla Commissione.

[4] Il 23 marzo 2020, il Consiglio Ecofin ha varato la sospensione del Patto di stabilità avendo accertato, su indicazioni della Commissione [comunicazione della Commissione al Consiglio sull'attivazione della clausola di salvaguardia generale del patto di stabilità e crescita, Bruxelles, 20 marzo 2020, COM(2020) 123 final], il rispetto delle condizioni per l'utilizzo della clausola di salvaguardia introdotta nel 2011 nell'ambito della riforma del patto di stabilità e crescita (*six-pack*). Pare opportuno precisare che non si tratta di una sospensione del Patto di stabilità quanto piuttosto dell'uso di una regola contenuta nel trattato stesso, da applicarsi salvaguardando la sostenibilità di bilancio nel medio termine. Cfr. A. CORRERA, *COVID-19: la Commissione UE annuncia il "*whatever it takes*", ma non troppo*, in *I Post di AISDUE*, vol. II, n. 1, *Focus* "Coronavirus e diritto dell'Unione", 2020, p. 1 ss.

[5] I compiti fondamentali consistono nella definizione e nell'attuazione della politica monetaria dell'Unione per gli Stati membri la cui moneta è l'euro, nelle operazioni sui cambi e nelle riserve ufficiali in valuta estera degli Stati membri e nella promozione del regolare

dall'art. 132 TFUE con significative particolarità rispetto a quelli dell'Unione. E, più in generale, che siamo dinanzi ad una organizzazione internazionale *sui generis* che continua a ricorrere, in taluni casi, al metodo intergovernativo o che, più ampiamente considerando, richiede comunione di intenti tra i membri per realizzare azioni efficaci per la collettività.

Ebbene, la crisi finanziaria ed economica che sta investendo l'Unione pone l'interrogativo sul ruolo strategico assunto dalla BCE e, allo stesso modo, sui principi che regolano l'esercizio di competenze monetarie, in particolare modo nelle situazioni emergenziali, in ragione di una (pare) loro tensione verso quelli propri dell'integrazione europea e del benessere della cittadinanza europea[6].

Attraverso tali lenti si guarderà al programma temporaneo di acquisto per l'emergenza pandemica (PEPP)[7] adottato dal Consiglio direttivo della Banca centrale europea il 24 marzo 2020, e alle rettifiche apportate alle decisioni pregresse e connesse a diverso titolo con il PEPP.

2. Di fronte al diffondersi del contagio COVID-19 tra i Paesi UE e ai suoi effetti negativi per l'economia dell'Eurozona, la politica monetaria dell'Unione ha fatto sentire forte la sua presenza con azioni ambiziose e atti giuridici specifici di gettito di liquidità nel mercato finanziario ed economico.

La BCE ha dato avvio ai lavori il 18 marzo 2020, annunciando un pacchetto di misure di politica monetaria senza precedenti per sostenere, supportare e finanziare il mercato della zona euro in maniera trasversale e scarsamente condizionata. A distanza di qualche giorno, il 24 marzo 2020, il Consiglio direttivo della BCE ha definitivamente approvato con propria decisione il programma di contenimento del pregiudizio economico dell'Eurozona derivante dal blocco delle attività nei diversi Paesi membri riguardati dall'epidemia. Si tratta del *Pandemic Emergency Purchase Program*, (programma di acquisto per l'emergenza pandemica, noto con l'acronimo PEPP)[8], che in ragione della straordinarietà delle circostanze, è entrato in vigore il 26 marzo 2020, cioè il giorno successivo alla sua pubblicazione in Gazzetta.

---

funzionamento dei sistemi di pagamento (art. 127 TFUE) nonché nell'autorizzazione all'emissione di banconote (art. 128 TFUE).

[6] Si fa rifermento alle politiche di vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle altre istituzioni finanziarie (escluse le imprese di assicurazione) *ex* art. 127, par. 6, TFUE; al meccanismo unico di risoluzione delle crisi bancarie (*Single Resolution Mechanism* - SRM).

[7] Decisione (UE) 2020/440 della Banca centrale europea, del 24 marzo 2020, su un programma temporaneo di acquisto per l'emergenza pandemica (BCE/2020/17), in vigore dal 26 marzo 2020.

[8] *Ibidem*. Sia consentito rinviare a C. PESCE, *[OsservatorioCovid19] Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP)*, 29 marzo 2020, in *dpceonline.it.*

Il PEPP prevede una dotazione finanziaria complessiva di 750 miliardi di euro (*quantitative easing* – QE – allentamento monetario) sino alla fine del 2020, destinata a sostenere i Paesi che adottano l'euro[9].

L'obiettivo del programma temporaneo è rafforzare e preservare il flusso del credito verso imprese, famiglie e cittadini; rispondere allo stravolgimento degli equilibri economici dell'unione monetaria fino a quando la fase critica del *coronavirus* non sarà considerata conclusa. Difatti, l'allentamento monetario è concepito per gestire la progressione irregolare del *virus* e l'incertezza su quando e dove le ripercussioni peggioreranno senza badare alle variabili economiche. A tale scopo, termini e condizioni sono previsti in maniera organica, tecnica e flessibile.

Il funzionamento del PEPP è destinato a iniettare liquidità negli istituti di credito nazionali ed a consentire alle banche centrali dell'Eurosistema (BCN) di acquistare obbligazioni societarie, titoli e altri strumenti di debito negoziabili, obbligazioni e/o titoli garantiti da attività, nella misura ritenuta necessaria e proporzionata a contrastare le minacce alla capacità dell'Eurosistema di assolvere il proprio mandato poste dalle straordinarie condizioni economiche e di mercato.

Gli acquisti in vigenza del programma temporaneo sono condotti in maniera flessibile, consentendo variazioni e fluttuazioni nella distribuzione dei flussi di acquisto nel corso del tempo con una ripartizione conforme allo schema per la sottoscrizione del capitale della BCE delle rispettive BCN[10]. In altri termini, i criteri di ripartizione degli acquisti fra i vari Paesi continuano a basarsi sullo schema di partecipazione delle banche centrali nazionali al capitale della BCE. Tuttavia, gli acquisti vengono spalmati nel tempo fra attività e Paesi e vagliati in ragione dell'opportunità di sostenere quei settori e quegli Stati maggiormente sofferenti rispetto ad altri in un determinato periodo.

L'operatività del PEPP ha richiesto rettifiche contestuali rispetto a talune decisioni pregresse ad esso connesse a diverso titolo.

In particolare, la Banca centrale europea ha deciso di acquistare anche carta commerciale di adeguata qualità creditizia (meglio note come cambiali) e di allargare la gamma delle attività ammissibili come garanzia nelle operazioni di rifinanziamento[11].

Sono stati resi disponibili fino a 3.000 miliardi di euro di liquidità tramite le operazioni di rifinanziamento ed è stato applicato il tasso di interesse più basso mai offerto (-0,75%). Erogando fondi al di sotto del tasso sui

[9] Decisione (UE) 2020/440 della Banca centrale europea, cit.

[10] Cfr. art. 29 Statuto del SEBC.

[11] Decisione (UE) 2020/441 della Banca centrale europea, del 24 marzo 2020, che modifica la decisione (UE) 2016/948 della Banca centrale europea sull'attuazione di un programma di acquisto per il settore societario (BCE/2020/18), in vigore dal 26 marzo 2020.

depositi presso la banca centrale, è possibile amplificare lo stimolo dei tassi di interesse negativi e veicolarli direttamente a quanti possano trarne il massimo beneficio. La rettifica va, altresì, nel senso di dilatare i tempi della scadenza residua minima al momento dell'acquisto da parte della banca centrale nazionale coinvolta.

In concreto, la BCE ha modificato le condizioni di acquisto per il settore societario allo scopo di ampliare il novero di attività idonee ai fini del *Corporate Sector Purchase Programme* (CSPP) ed includervi le carte commerciali non finanziarie e quelle di sufficiente qualità creditizia. Come è noto, il CSPP rientra nel programma ampliato di acquisto di attività (PAA) della BCE e punta a migliorare la trasmissione della politica monetaria, facilitare l'erogazione del credito all'economia dell'area dell'euro, rendere più accessibili le condizioni di finanziamento di famiglie e imprese e fare convergere l'inflazione verso livelli compatibili con la stabilità dei prezzi perseguita dalla BCE.

Il pacchetto PEPP include le misure di sostegno all'erogazione di prestiti bancari a piccole e medie imprese, che risultano i soggetti economici maggiormente colpiti dall'epidemia di *coronavirus*. Le modifiche sono state discusse dal Consiglio direttivo della BCE e approvate il 16 marzo 2020, allorquando sono stati modificati tre parametri delle OMRLT-III: *i*) aumentare il limite di finanziamento dal 30% al 50%; *ii*) modificare il limite massimo di offerta per singole OMRLT-III e *iii*) a partire dal settembre 2021, offrire un'opzione di rimborso anticipato degli importi presi in prestito nell'ambito delle OMRLT-III decorsi 12 mesi dal regolamento di ciascuna operazione, anziché 24 mesi[12].

Grazie al PEPP e alle modifiche alle decisioni collegate, la BCE può comprare – per il tramite delle diverse BCN – titoli pubblici e privati (inclusi i *commercial paper*) a condizioni "accomodanti" lontane dai rigidi parametri previsti per tali ipotesi. Ciò garantisce respiro agli operatori economici maggiormente in sofferenza a causa del diffondersi del *coronavirus*.

La deroga è di non poco conto se si considera il c.d. *acquisto per capital key* che obbliga la BCE a comprare titoli in proporzione al capitale detenuto dalla banca centrale di ogni Paese (a sua volta grossomodo proporzionale al Pil). Pertanto, potenzialmente, la BCE può concentrare gli acquisti sui titoli di Paesi (*bond*) in difficoltà (tra cui l'Italia, ma non solo)[13].

---

[12] Decisione (UE) 2020/407 della Banca centrale europea, del 16 marzo 2020, che modifica la decisione (UE) 2019/1311 su una terza serie di operazioni mirate di rifinanziamento a più lungo termine (BCE/2020/13), in vigore dal 17 marzo 2020.

[13] Nelle misure di sostegno al credito, le banche prendono a prestito denaro dalla BCE ad un tasso basso e dopo l'acquisto di titoli di Stato prestano denaro ad un tasso di interesse più elevato; mentre l'acquisto di titoli di Stato da parte della BCE sul mercato secondario comporta tassi di interesse più bassi e riduce i costi di rifinanziamento degli Stati membri.

A ciò si aggiunga la strategia scelta dall'Unione di mantenere il flusso di liquidità e di credito all'economia, vale a dire supportare il settore bancario nel fare fronte agli effetti del *COVID-19*. Invero, le banche devono disporre di una liquidità adeguata per erogare prestiti ai loro clienti e devono poter utilizzare liquidità aggiuntiva per concedere nuovi crediti alle imprese e alle famiglie, a seconda dei casi. Se il flusso di credito bancario incontra gravi limitazioni, l'attività economica subisce rallentamenti, in quanto le imprese hanno difficoltà a pagare i propri fornitori e i propri dipendenti.

È dunque evidente il bisogno di seguire un approccio coordinato e di utilizzare al meglio la flessibilità offerta dall'UE che consente ai governi nazionali di fornire, se del caso sotto forma di garanzie di Stato, sostegno alle banche qualora queste incontrino difficoltà di accesso alla liquidità. Del resto, gli aiuti concessi dagli Stati membri alle banche a norma dell'art. 107, par. 2, lett. b), TFUE per compensare i danni diretti subiti a causa dell'epidemia di COVID-19 non hanno l'obiettivo di preservare o ripristinare la redditività, la liquidità o la solvibilità di un ente o di un'entità. Di conseguenza, sono da considerarsi quale sostegno finanziario pubblico straordinario[14].

Le scelte monetarie europee di sostegno al mercato dell'Eurozona attribuiscono alla BCE profili di elasticità e di flessibilità ancora da esplorare. Infatti, la BCE ha dichiarato che qualora alcuni dei limiti autoimposti possano ostacolare l'azione intrapresa, il Consiglio direttivo è pronto a riesaminarli nella misura necessaria a rendere il proprio intervento proporzionato ai rischi da affrontare.

Allo stesso modo, la BCE non esclude di incrementare l'entità dei programmi di acquisto di attività e di adeguarne la composizione nella misura occorrente, qualora le circostanze lo richiedessero. Come a dire che il PEPP è un forte segnale ed un importante strumento, ma potrebbe non essere l'unico per la tenuta dell'Eurozona.

3. Le misure esposte fanno riflettere sia per le modalità di adozione sia per i contenuti[15]. Ma maggiormente per la richiesta, espressa in maniera chiara, di riforme strutturali, finanziarie e fiscali da parte degli Stati membri[16]. Queste ultime rappresentano l'*alter ego* del PEPP, in quanto considerate strumentali all'efficacia ed effettività delle misure straordinarie adotta-

[14] V. decisioni di compatibilità della Commissione in merito.

[15] Le prime misure non convenzionali adottate dalla BCE risalgono all'inizio della crisi finanziaria nel 2008 e, poi, nel 2010, con la crisi del debito sovrano (*Securities Markets Programme*, SMP; *Outright Monetary Transactions programme*, OMT).

[16] Peraltro, la liquidità acquisita con modalità convenienti rende l'acquisto di titoli di Stato più interessante per le banche e ciò contribuisce in via diretta al rifinanziamento dello Stato.

te e, più latamente, alla stabilità dei prezzi e alla tenuta del mercato interno.

Emerge, quindi, uno dei nodi più discussi in dottrina[17], vale a dire il legame tra la politica monetaria e quella economica e la scissione voluta dagli Stati che hanno attribuito la prima in via esclusiva all'Unione e riservato a loro stessi la seconda, salvo il coordinamento in sede europea.

In realtà, accesso è il dibattito sul senso di garantire tale liquidità migliorando le misure di assistenza al credito, quando i mercati non reagiscono[18]; o sull'effetto nel settore finanziario visto che la domanda di titoli di debito pubblico può dipendere dal miglioramento della situazione fiscale dello Stato membro[19]; od ancora sulla non velata pressione della BCE, affinché gli Stati membri accettino aggiustamenti dei loro programmi economici[20]. Pur tuttavia, senza voler entrare nel merito di tali perplessità, va riconosciuto che senza queste riforme straordinarie la politica monetaria perderebbe effettività e l'intero progetto europeo ne risentirebbe negativamente.

A parere di chi scrive, il fronte su cui potere limare gli attriti e rendere comprensibili le misure non ordinarie (senza passare per le lungaggini di una revisione dei trattati) è ricondurre, in sede interpretativa, le finalità finanziarie e monetarie ai bisogni dei singoli e, più in generale, alle finalità dei trattati costitutivi. Del resto, se da un lato, la natura tecnocratica e sovranazionale dell'unione monetaria europea[21] sembra lasciare agli interessi dei singoli scarse possibilità di ingresso e/o influenza in tempi di gestione ordinaria e convenzionale[22]. Da un altro punto di osservazione, eventi ec-

---

[17] Articoli 120-126 TFUE. Cfr. C. PESCE, *Commento all'art. 120 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, II ed., 2014, p. 1296 ss.; ID., *Commento all'art. 121 TFUE*, in *Trattati dell'Unione*, cit., p. 1306 ss.; F. SCIAUDONE, *Commento all'art. 122 TFUE*, in *Trattati dell'Unione*, cit., p. 1310 ss.; S. D'ACUNTO, *Commento all'art. 123 TFUE*, in *Trattati dell'Unione,* cit., p. 1317 ss.; ID., *Commento all'art. 124 TFUE* in *Trattati dell'Unione*, cit., p. 1322 ss.; ID., *Commento all'art. 126 TFUE* in *Trattati dell'Unione*, cit., p. 1331 ss.

[18] R. R. CANALE, G. LIOTTI, *Fiscal Rules Compliance and Trust in Institution in Eurozone: The Case of European Central Bank*, in *PANOECONOMICUS*, 2019, pp. 25-39.

[19] J. GREN, *The Politics of Delegation in European Banking Union: Building the ECB Supervisory Oversight Capacity*, in *Journal of Contemporary European Research*, 2017, pp. 1109-1124.

[20] M. DOROFTEI, A. PĂTRU□I, *Central Bank Independence and Economic Crises: How Both the Fed and ECB Managed to Rely on Unconventional Monetary Policies*, in *Proceedings of the International Conference on Business Excellence*, 2018, p. 335 ss.

[21] A. CYGAN, *Accountability, Parliamentarism and Trasparency in the EU, The Role of National Parliaments*, Cheltenham, 2013; S. A. RAMIREZ, *The Suprime Crisis and the Case for an Economic Rule of Law*, New York, 2013.

[22] M. J. RODRIGUES, E. XIARCHOGIANNOPOULOU (eds.), *The Eurozone Crisis and the Transformation of EU Governance*, Bruxelles, 2014; D. DAIANU, G. BASEVI, C. D'ADDA, R. KUMAR (eds.), *The Eurozone Crisis and the Future of Europe, The Political Economy of Further Integration and Governance*, Houndmills, 2014; L. QUAGLIA, *The European Union and Global Financial Regulation*, Oxford, 2014; A. CAFRUNY, M. RYNER, *The Global Financial Crisis and the European Union: The Irrelevance of Integration Theory and the Pertinence of*

cezionali pongono la politica monetaria di fronte alla necessità di "avvicinare" le misure intraprese ai cittadini UE, destinatari di ogni qualsivoglia legislazione europea[23].

Uno dei primi passi nella direzione indicata è stato compiuto all'indomani dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona con il rafforzamento del dialogo interistituzionale volto (tra l'altro) a colmare la paventata carenza di legittimazione democratica in seno all'Unione[24]. A tale riforma non è stata sottratta la politica monetaria in termini di trasparenza e di obblighi informativi nei confronti dei parlamenti nazionali cui, tra l'altro, va trasmessa la relazione annuale della BCE finalizzata ad informare Parlamento europeo, Consiglio, Commissione ed Eurogruppo dell'esecuzione dei compiti di vigilanza prudenziale degli enti creditizi[25] (contestualmente ai destinatari).

Senza dubbio erano quelli momenti sereni per l'avanzamento del processo di integrazione europea e per la realizzazione della logica dei piccoli e meditati passi verso l'istituzionalizzazione di procedure informali di confronto politico anche nel contesto strettamente monetario. Il fine ultimo era includere la legittimazione democratica nelle scelte monetarie e di creare un legame stabile tra organismi eletti dai cittadini e tutte quelle istituzioni UE – legislative e tecniche (BCE) – dotate di potestà idonee a incidere sulla quotidianità delle persone[26].

I piccoli ma significativi passi hanno subito una forte accelerazione con le circostanze, o meglio le "congiunture", storico-economiche straordinarie degli ultimi decenni. La crisi finanziaria (2008) e del debito sovrano (2010)

Critical Political Economy, in P. NOUSIOS, H. OVERBEEK, A. TSOLAKIS (eds), *Globalisation and European Integration*, New York, 2012; L. BESSELINK, F. PENNINGS, S. PRECHAL (eds), *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, Alphen aan den Rijn, 2011.

[23] G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO, Napoli, II ed., 2020; U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2020; R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2017; E. TRIGGIANI, *Spunti e riflessioni sull'Europa*, Bari, 2015.

[24] Sia consentito rinviare a C. PESCE, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa nell'Unione europea*, Napoli, 2016.

[25] Regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio, del 15 ottobre 2013, che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi (più noto come *Single Supervisory Mechanism*). Cfr. art. 21. Sentenza del 16 giugno 2015, causa C-62/14, *Gauweiler e a.* Cfr. V. BORGER, *Outright Monetary Transactions and the Stability Mandate of the ECB: Gauweiler*, in *Common Law Review*, 2016, p. 139 ss.; P. CRAIG, M. MARKAKIS, *Gauweiler and the Legality of O.M.T.*, in *European Law Review*, 2016, p. 4 ss.; F. MARTUCCI, *La Cour de justice face à la politique monétaire en temps de crise de dettes souveraines: l'arrêt Gauweiler entre droit et marché – Commentaire de l'arrêt CJ, 16 juin 2015, Peter Gauweiler e. a, C-62/14*, in *Cahiers de droit européen*, 2015, p. 493 ss.

[26] R. A. CASTELNUOVO, *Recenti interventi della BCE ed evoluzione del suo ruolo istituzionale*, in M. MASCIA, V. VELO (a cura di), *L'Unione economica e monetaria: aspetti economici, sociali e istituzionali*, Bari, 2016; G. FIENGO, *Quale spazio per il principio democratico nella governance economica europea?*, in *Studi sull'integrazione europea*, nn. 2-3, 2016, pp. 391-405.

e, da ultimo, l'emergenza sanitaria causata dal *coronavirus* hanno inciso sulle relazioni tra Stati membri dell'Eurozona e BCE fino a spingere e a legittimare quest'ultima ad elaborare rimedi di politica monetaria e di assistenza finanziaria nuovi e speciali; e, ancora, ad influire nella politica fiscale ed economica degli Stati membri.

Più chiaramente, al concretizzarsi di una crisi o di una minaccia di qualsiasi natura per l'Eurozona, le maggiori e migliori aspettative degli Stati UE sono state rivolte alla BCE[27] e alla sua capacità di legare la stabilità finanziaria a quella monetaria[28]. Di qui, l'evoluzione della BCE è parsa inevitabile e, per taluni profili, inaspettata se si considera che la BCE ha saputo concentrare in sé senso di *unità*, coesione e sintesi europea.

Il tutto nonostante talune remore sull'accentramento in un'unica istituzione della politica monetaria, della supervisione bancaria e delle relative funzioni amministrative e normative. O, più in generale, legate ad un trasferimento di sovranità di fatto, cui gli Stati membri dell'Eurozona si sono visti per così dire "costretti" dinanzi a circostanze eccezionali e ai limiti delle competenze della BCE attribuite dai trattati.

Invero, il TFUE ammette che il SEBC e la BCE intervengano a sostegno delle "politiche economiche generali nell'Unione al fine di contribuire alla realizzazione degli obiettivi dell'Unione definiti dall'art. 3 del TUE"[29]. Non vi sono, quindi, impedimenti giuridici a che la BCE interferisca nella formazione della politica economica degli Stati membri. Del resto, proprio le diverse crisi dell'Eurozona hanno evidenziato la compatibilità del mandato della BCE con il principio di legalità e i vincoli conseguenti (articoli 5 e 13 TUE).

In altri termini, le crisi economico-finanziarie hanno evidenziato una tensione continua tra l'esercizio di un mandato chiaro della BCE[30], secon-

---

[27] M. GESTRI, *La risposta alle catastrofi nell'Unione europea*, in M. GESTRI (a cura di), *Disastri, protezione civile e diritto: nuove prospettive nell'Unione europea e in ambito penale*, Milano, 2016, p. 3 ss.; M. DRAGHI, *La Bce e le azioni per la crescita: un nuovo patto per l'Europa*, in *Bancaria*, novembre 2015, n. 11.

[28] R. CISOTTA, *Profili istituzionali della BCE e la fine (prossima?) del* quantitative easing, in *osservatoriosullefonti.it*, 2018, p. 3.

[29] Art. 127, par. 1, TFUE.

[30] Sentenza del 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle*. Cfr. S. ADAM, F. J. MENA PARRAS, *The European Stability Mechanism through the Legal Manderings of the Union's Constitutionalism: Comment on Pringle*, in *European Law Review*, 2013, p. 848 ss.; P. CRAIG, *"Pringle": Legal Reasoning, Text, Purpose and Teleology*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, p. 3 ss.; B. DE WITTE, T. BEUKERS, *The Court of Justice Approves the Creation of the European Stability Mechanism Outside the EU Legal Order: Pringle*, in *Common Market law Review*, 2013, p. 805 ss.; P. MENGOZZI, *Il Trattato sul Meccanismo di stabilità (MES) e la pronuncia della Corte di giustizia nel caso "Pringle"*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, n. 1m p. 129 ss.; D. THYM, M. WENDEL, *Préserver le respect du droit dans la crise; la Cour de justice, le MES et le mythe du déclin de la Communauté de droit (arrêt Pringle)*, in *Cahiers de droit européen*, 2012, p. 733 ss.

do il principio di legalità[31], e l'esigenza di concreta flessibilità nell'esecuzione dei compiti[32]. Ciò si traduce in una delicata azione di bilanciamento tra la necessità di misure non convenzionali e poteri previsti dai trattati[33].

Né la BCE pare smentire le attese. Invero, la BCE anche di fronte al COVID-19 ha dimostrato fermezza e sensibilità "europea" nella ricerca di soluzioni il più possibile congeniali al progetto europeo e al bisogno dei cittadini UE, vale a dire democratiche e solidali (v. *infra*, paragrafo seguente). Ciò pure a fronte del fatto che gli interventi non convenzionali restano collegati alla crisi in corso e, quindi, "superati" una volta raggiunta una situazione di adeguata stabilità.

Ad ogni modo, si intravede la possibilità di avviare una riflessione in seno all'Unione sull'opportunità di inserire profili di democrazia nella tecnocratica politica monetaria ordinaria per così dire. E, quindi, sul bisogno di affidare le questioni monetarie, bancarie e finanziarie (ed economiche connesse) ad organi settoriali, tecnici, indipendenti e discrezionali ma, al tempo stesso non avulsi del tutto dai meccanismi democratici dell'Unione. Il processo di riforma e di incremento della legittimazione democratica potrebbe proseguire con un coinvolgimento più ampio del Parlamento europeo. Inoltre, potrebbe essere ugualmente importante per i dibattiti europei la considerazione delle questioni discusse nei Parlamenti nazionali e di rilevanza nazionale per un maggiore coinvolgimento dei cittadini europei al livello sovranazionale.

4. Altrettanto importante è vagliare le misure finanziarie della BCE alla luce dei profili dell'unione monetaria disegnati dai trattati e dei principi

---

[31] Sentenza del 10 luglio 2003, causa C-11/00, *Commissione c. Banca centrale europea (Commissione c. BCE)*. In dottrina: F. SPAGNUOLO, G. PIZZANELLI, *La Corte di giustizia nel caso OLAF precisa che l'indipendenza della BCE e della BEI non determina il loro isolamento dal contesto giuridico comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, p. 233 ss.; O. ODUDU, *Case C-11/00, Commission of the European Communities v. European Central Bank, Judgment of 10 July 2003, Full Court*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 1073 ss., F. SUCAMELI, *L'indipendenza della Banca centrale europea fra separazione ed equilibrio istituzionale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, p. 694 ss.; J.-V. LOUIS, *The Economic and Monetary Union: Law and Institutions*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 575 ss.; R. SMITS, *The European Central Bank in the European Constitutional Order*, Utrecht, 2003.

[32] G. CONTALDI, *L'indipendenza della BCE alla luce del caso OMT*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 1, 2017, p. 65 ss.

[33] Quest'ultima, è bene ricordare, rientra nelle competenze esclusive dell'Unione ma non è definita nei Trattati che, nondimeno, si preoccupano di fissarne gli obiettivi e i mezzi di cui dispone il SEBC per attuarli. Sentenza dell'11 dicembre 2018, causa C-493/17, *Weiss*. *Ex multis*: M. DAWSON, A. BOBIĆ, *Quantitative Easing at the Court of Justice – Doing Whatever It Takes to Save the Euro: Weiss and Others*, in *Common Market Law Review*, 2019, pp. 1004-1040; A. MOOIJ, *The Weiss Judgment: The Court's further Clarification of the ECB's Legal Framework*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2019, pp. 449-465.

fondamentali dell'Unione tra cui, in particolare, la solidarietà e la cittadinanza europea[34].

Guardando ad essi, l'atteggiamento del Consiglio direttivo pare essere ampiamente derogatorio e peculiare. I fatti epidemiologi legati al COVID-19 paiono indicare – al pari delle pregresse crisi economico-finanziarie – che la stabilità dei prezzi non è un dogma austero e imperioso, ma un fine dell'Unione trasversale e potenzialmente sensibile al verificarsi di catastrofi eccezionali che possono colpire la cittadinanza dell'Unione.

Del resto, l'epidemia va inclusa nella nozione astratta di "calamità" o catastrofe riferibile a "qualsiasi situazione che abbia o possa avere conseguenze gravi sulle persone"[35], delineata dalle disposizioni in tema di gestione dei disastri naturali[36]. E del pari nel novero di minacce convenzionali e non convenzionali alla sicurezza[37] e di connesse garanzie per tutti i cittadini europei come suggerito dal Parlamento europeo (in tempi non sospetti).

Neppure va dimenticato che l'Unione europea promuove in ogni sua azione la solidarietà. A tanto mirano le istituzioni UE quando dichiarano il "bisogno di solidarietà tra paesi, regioni, città e cittadini"[38]. E a tanto paiono rispondere le misure monetarie adottate dal Consiglio direttivo.

In aiuto giunge il riferimento alla solidarietà tra i valori dell'Unione[39], in tema di coesione economica, sociale e territoriale[40] e in relazione a situazioni di particolare gravità o vere e proprie emergenze che colpiscano uno Stato membro[41].

In particolare, la clausola di solidarietà, disciplinata dall'art. 222 TFUE, sancisce un vero e proprio dovere di solidarietà in capo agli Stati membri[42]

---

[34] A. MUÑOZ AUNION, *The Solidarity Clause in the European Union Treaty as a Human Security Vector. A Farewell to Terrorism or Legitimization of Inference in Internal Affairs?*, in *EUROPOLITY*, 2016, pp. 87-103; C. PESCE, *Democrazia rappresentativa*, cit.

[35] Decisione n. 1313/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, su un meccanismo unionale di protezione civile.

[36] In materia di *European Disaster Law*: M. GESTRI, *EU Disaster Response Law: Principles and Instruments*, in A. DE GUTTRY, M. GESTRI, G. VENTURINI (eds.), *International Disaster Response Law*, The Netherlands, 2012, pp. 105-128; A. ANTONIADIS (ed.), *The European Union and global emergencies: a law and policy analysis*, Oxford, 2011.

[37] Risoluzione del Parlamento europeo, del 22 novembre 2012, sulle clausole di difesa reciproca e di solidarietà dell'UE: dimensioni politiche ed operative (2012/2223).

[38] COM(2020) 112 final, del 13 marzo 2020, comunicazione *Risposta economica coordinata all'emergenza COVID-19*.

[39] Art. 2 TUE.

[40] Art. 3 TUE.

[41] Art. 222 TFUE. Per completezza di trattazione, va detto che il riferimento alla solidarietà compare, altresì, in tema di PESC (articoli 21, 24, 31 TUE); nelle disposizioni in tema di spazio di libertà, sicurezza e giustizia (art. 67 TFUE); politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione (art. 80 TFUE); politica economica (art. 122 TFUE); energia (art. 194 TFUE).

[42] Decisione del Consiglio, del 24 giugno 2014, relativa alle modalità di attuazione da parte dell'Unione della clausola di solidarietà (2014/415/UE).

e all'UE nel suo insieme nei confronti di un Paese che richiede un aiuto per affrontare una situazione di grave difficoltà che lo coinvolge direttamente[43].

Dal canto suo, la solidarietà ha l'intrinseca capacità di reinterpretare i trattati e di rinvenire nel diritto primario dell'Unione lo spirito ma soprattutto i mezzi istituzionali necessari per gestire situazioni straordinarie (oltre che uniche e singolari) e di legittimare e sensibilizzare al tempo stesso ciascuna istituzione dell'Unione *a fare la propria parte e a fare di più*[44] andando, se necessario, oltre il dato testuale dei Trattati. E (perché no) di ripensare i trattati anche in chiave emergenziale.

Come dire che la solidarietà porta con sé il bisogno imperante di un funzionamento efficace e funzionale dell'apparato istituzionale UE per il benessere dei cittadini. Del resto, l'osmosi istituzionale pare l'unica strada percorribile in grado di garantire ai cittadini UE che ciascuna istituzione contribuisca alla causa comune in ragione delle competenze attribuite dai Trattati. E che, al contempo, le diverse fasi procedurali ed esecutive siano realizzate in pieno coordinamento e supporto reciproco in conformità ai trattati.

In prima linea su questo fronte si è posta la BCE con le sue risolute azioni a salvaguardia della ordinaria erogazione del credito e della liquidità a favore di famiglie e imprese. Con ciò dimostrando lungimiranza, fiducia nel progetto europeo e proseguendo la direzione intrapresa negli ultimi anni di una politica monetaria in grado anche di funzionare da "paracadute" per l'economia europea per scongiurare la recessione, ma soprattutto dimostra apertura al superamento dei propri limiti istituzionali.

L'idea che l'obbligo di solidarietà possa operare in chiave monetaria come qui prospettato conferisce ulteriore concretezza, efficacia ed effettività al disposto degli articoli 2 e 3 TUE, ai principi democratici e alla politica monetaria. Del resto, l'altra faccia della stabilità dei prezzi è il benessere dei cittadini europei latamente inteso.

Quanto argomentato pare essere presente appieno nelle misure monetarie adottate. Esse esprimono i valori della solidarietà, della democrazia e

---

[43] Si tratta di un meccanismo di ultima istanza attivabile in situazioni del tutto eccezionali. L'importanza degli obblighi di assistenza in capo all'Unione e agli Stati membri vanno, altresì, collocati nel quadro generale del diritto internazionale in materia di risposta ai disastri naturali o causati dall'uomo. Cfr. Dichiarazione (37) relativa all'articolo 222 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea. In dottrina: G. MORGESE, *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*, vol. I, Bari, 2017, pp. 471-476; E. CIMIOTTA, *Le implicazioni del primo ricorso alla c.d. 'clausola di mutua assistenza' del Trattato sull'Unione europea*, in *European Papers*, 2016, p. 163 ss.; M. GESTRI, *La clausola di solidarietà europea in caso di attacchi terroristici e calamità (art. 222 TFUE)*, in AA. VV., *Studi in onore di Luigi Costato*, Napoli, 2014, pp. 537-552; Cfr. P. MENGOZZI, *Commento all'art. 222 TFUE*, in *Trattati dell'Unione*, cit., p. 1834 ss.

[44] Enfasi aggiunte.

della prossimità in termini finanziari e quanto più possibile vicino ai cittadini europei (liquidità monetaria e accesso al credito).

Ciò, tuttavia, non spinge a parlare di rivoluzioni copernicane in campo di politica monetaria, ma può servire per legittimare l'azione non convenzionale del Consiglio direttivo alla luce dei trattati e contestualizzare la liquidità immessa dalla BCE nei mercati finanziari all'eccezionalità cui mira a fare fronte. Di qui la probabilità che, ad emergenza archiviata, la politica monetaria europea rientri nei gangli del tecnicismo pure lasciando spazio e dimora ai temi della solidarietà, della democrazia e dell'integrazione europea connessi alla stabilità dei prezzi[45]. In maniera tale da mutuare in futuro (nonostante i buoni auspici) quanto accaduto, qualora scenari della medesima portata impattino il sistema economico degli Stati membri con eguale forza[46].

Residuano talune riflessioni. Pare giunto il momento di (ri)disegnare gli obblighi per i Paesi UE in maniera maggiormente responsabile rispetto ad oggi. Obblighi che dovrebbero facilitare il coagularsi di una risposta comune nei confronti di eventi calamitosi contribuendo – anche attraverso forme di armonizzazione volontaria e misure di condizionalità finanziaria – a ridurre i nazionalismi e a unirsi con convinzione alla realizzazione del progetto europeo in chiave solidale reciproca e circolare e non solo verticale come sinora accaduto con interessamento esclusivo (quasi) dell'Unione[47].

Un'ulteriore valutazione è che escludendo la revisione dei trattati che necessita di riflessione profonda e meditata difficilmente praticabile nel delicato momento storico in cui versiamo, la soluzione europea alla crisi economica causata dalla pandemia guarda ai principi e agli obiettivi dell'Unione non in scala gerarchica ma, anzi, in un'ottica di circolarità, orizzontalità, flessibilità e funzionalità vicendevole all'interesse preminente dell'Unione e del benessere dei popoli. In definitiva, in situazioni straordinarie e non convenzionali, principi e finalità dell'Unione esplicano appieno le rispettive potenzialità di base giuridica indiscussa di ciascuna azione UE; di capacità di estendersi o viceversa ritrarsi e, ancora, di agire in maniera congiunta e/o disgiunta. Ma ciò che più conta è che gli stessi operano senza prevaricare gerarchicamente né sovvertire il sistema in maniera tale da stravolgere i principi regolatori di ciascuna politica europea una volta rientrata la crisi emergenziale.

---

[45] In tale direzione vanno i trattati quando legano la possibilità del SEBC di cooperare al successo delle politiche economiche dell'Unione alla stabilità dei prezzi (art. 127, par. 1, TFUE). F. PAPADIA, C. SANTINI, *La Banca centrale europea*, Bologna, 2019.

[46] A. L. HÖGENAUER, *The Politicis ation of the European Central Bank and the Bundestag*, in *Politics and Governance*, 2019, pp. 291-302.

[47] V. anche art. 1, par. 3, della decisione n. 1313/2013/UE, cit.

Occorre riconoscere che il diffondersi del contagio tra i Paesi membri ha accelerato in seno all'Unione una fase innovativa del processo di integrazione europea.

Decisivo al riguardo l'approccio di quei Paesi che hanno preso coscienza dell'entità del fenomeno prima rispetto agli altri membri, tra cui l'Italia, e che animati da spirito europeista (anche per tradizione storico-politica) e spinti dalla necessità impellente di misure europee condivise e corali – ancora una volta, *in primis* l'Italia, hanno richiesto a gran voce una risposta propulsiva e trasversale dell'Unione al fenomeno COVID-19, indicando in qualche maniera anche la strada da intraprendere in termini solidali e democratici.

In tale ottica, la politica monetaria influenzata dagli Stati UE più "armati" di voglia di proseguire nel progetto Unione, ha fatto propri i principi fondamentali del diritto dell'Unione – solidarietà, benessere della cittadinanza, trasparenza e comunicazione con i destinatari delle norme[48] – per avviare iniziative economiche senza precedenti per la tenuta del mercato unico. Sullo sfondo del tecnicismo delle misure monetarie resta, quindi, la capacità della Banca centrale europea di essere un'istituzione dell'Unione che agisce a tutela di ciascun cittadino dell'Unione.

L'operatività del pacchetto monetario segnerà le sorti e l'evoluzione dell'equilibrio macroeconomico e finanziario della zona euro e, inevitabilmente, del progetto europeo di sviluppo sociale politico ed economico.

Il futuro (non troppo lontano) dirà se e in che modo l'unione monetaria dell'Unione si è aperta ai principi fondamentali e democratici del diritto UE in maniera definitiva e/o occasionale. E in che modo il processo di integrazione europea ne abbia giovato. Ma, non bisogna dimenticare che, per quanto imperfetta possa apparire l'Unione, non esiste alcun altro "luogo" istituzionale al mondo i cui membri possano pretendere sostegno concreto e immediato quale quello finanziario e monetario per le proprie imprese e i propri cittadini.

[48] Le operazioni riconducibili al PEPP sono rese pubbliche ai cittadini europei con cadenza settimanale o mensile a seconda delle ipotesi.

ABSTRACT

PANDEMIC EMERGENCY PURCHASE PROGRAMME (PEPP): CONTENTS, PURPOSES AND LEGAL BASES OF THE EU MONETARY ACTION

In the face of the spread of COVID-19 contagion among EU countries and its negative effects on the economy of the Eurozone, the monetary policy of the Union has made its presence felt with ambitious actions and specific legal acts of liquidity revenue in the financial and economic market.

The operation of the monetary package will mark the fate and evolution of the macroeconomic and financial equilibrium of the euro area and, inevitably, of the European social, political and economic development project.

PANDEMIC EMERGENCY PURCHASE PROGRAMME (PEPP): CONTENUTI, FINALITÀ E BASI GIURIDICHE DELL'AZIONE MONETARIA UE

Di fronte al diffondersi del contagio COVID-19 tra i Paesi UE e ai suoi effetti negativi per l'economia dell'Eurozona, la politica monetaria dell'Unione ha fatto sentire forte la sua presenza con azioni ambiziose e atti giuridici specifici di gettito di liquidità nel mercato finanziario ed economico.

L'operatività del pacchetto monetario segnerà le sorti e l'evoluzione dell'equilibrio macroeconomico e finanziario della zona euro e, inevitabilmente, del progetto europeo di sviluppo sociale politico ed economico.

Emanuela Pistoia·

I Trattati UE e il via libera all'uso del MES "senza condizionalità"

SOMMARIO: 1. La proposta scaturita dalla riunione del 7-9 aprile 2020. – 2. La condizionalità del MES tra TMES e TFUE. – 3. La centralità delle condizioni economico-finanziarie nella disciplina dell'Unione economica e monetaria. – 4. Una discrepanza di ordine sistematico? –5. L'interpretazione teleologica. – 6. Ultime precisazioni.

1. È stato subito chiaro che la crisi economica causata dalle misure adottate dagli Stati UE per contenere la pandemia da COVID-19 avrebbe avuto riverberi non solo sul mercato interno ma anche, e con effetti ben più gravi a medio-lungo termine, sull'Unione economica e monetaria (UEM) e più ancora sull'Eurozona. Le istituzioni dell'Unione si sono immediatamente attivate per fronteggiare sia l'emergenza sanitaria sia quella economica con una quantità impressionante di iniziative. Come è giusto sottolineare in un'epoca in cui l'euroscetticismo si nutre di bugie e di cecità colpevoli e incolpevoli, la quasi totalità di tali iniziative si devono alle istituzioni che sono espressione del metodo comunitario[1], a partire da quella Banca centrale europea (BCE), vera bestia nera di populisti e sovranisti, la cui presidente pure aveva esordito con l'intempestivo "We are not here to close spreads", nella conferenza stampa del 12 marzo 2020.

Con la Dichiarazione comune del 26 marzo scorso, il Consiglio europeo ha fatto il punto delle iniziative menzionate esprimendo riguardo a tutte il proprio sostegno. In più, ha tirato le leve di ulteriori iniziative di matrice intergovernativa la cui identificazione ha interamente affidato all'Eurogruppo, invitandolo a presentare proposte entro due settimane[2]. Del resto, a seguito della riunione del precedente 10 marzo tra Consiglio europeo, presidente della BCE, presidente dell'Eurogruppo e Alto Rappresentante, l'Eurogruppo aveva già discusso le modalità con cui reagire alla "extraordinary human and economic crisis" causata dalla pandemia, esprimendo la propria determinazione a "take whatever further coordinated and decisive policy action is necessary, including fiscal measures, to support growth and employment"[3].

· Professoressa associata di Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Teramo.

[1] Così M. CONDINANZI al seminario-web "Dove va l'Europa" del 16 aprile 2020, organizzato dalla rivista *federalismi.it*

[2] Così il par. 14 della Dichiarazione comune.

[3] Così lo Statement on COVID-19 economic policy response, del 16 marzo 2020.

Il grado di disaccordo tra gli Stati membri in materia è ben espresso dall'accurata assenza, nella Dichiarazione comune del 26 marzo, di qualsiasi cenno ai contenuti di tali possibili proposte. I convitati di pietra, come si sa, erano la creazione di titoli di debito comuni agli Stati dell'Eurozona e l'assistenza finanziaria del Meccanismo europeo di stabilità (MES).

All'esito di una riunione-fiume, preceduta da dichiarazioni e appelli di segno opposto di personaggi e gruppi molto eterogenei e da un intenso di lavoro di preparazione, il 9 aprile 2020 l'Eurogruppo ha reso noto un *Report on the comprehensive economic policy response to the COVID-19 pandemic* in cui, oltre a passare in rassegna tutte le iniziative già decise e *in itinere*, si esprime a favore di una speciale assistenza finanziaria del MES agli Stati dell'Eurozona denominata *Pandemic Crisis Support*. Come misura corrispondente per gli Stati con deroga, il *Report* dà il via libera all'uso della *Balance of Payment Facility*, istituita con regolamento (CE) 332/2002 per fare fronte alle situazioni prefigurate nell'art. 143 TFUE[4]. L'assistenza finanziaria del MES, con la sua ricordata "sorella minore" della *Balance of Payment Facility*, è completata da un'assistenza finanziaria dell'Unione radicata sull'art. 122, par. 2, TFUE, e dunque parimenti fruibile da tutti gli Stati membri, il cui obiettivo specifico è la tutela dell'occupazione[5]. La relativa base giuridica richiede una proposta della Commissione, ma il potere decisionale è interamente rimesso al Consiglio, il cui presidente ha l'onere di informare il Parlamento europeo.

Seguendo la narrativa del presidente dell'Eurogruppo, lo strumentario di prestiti messo a punto nella riunione del 7-9 aprile ha come terza componente i finanziamenti alle piccole e medie imprese che saranno assicurati dalla Banca europea degli investimenti (BEI)[6]. Tuttavia nella dicotomia tra strumenti di matrice intergovernativa e strumenti di matrice comunitaria, l'azione della BEI si differenzia profondamente dagli altri appena descritti in quanto è da ascrivere alla seconda tipologia.

Nella riunione del 23 aprile, il Consiglio europeo ha approvato il pacchetto delle "tre reti di sicurezza" menzionate, per un valore complessivo di 540 miliardi di Euro, chiedendone l'operatività al 1° giugno 2020[7]. Non

---

[4] Regolamento (CE) n. 332/2002 del Consiglio, del 18 febbraio 2002, che istituisce un meccanismo di sostegno finanziario a medio termine delle bilance dei pagamenti degli Stati membri. La base giuridica è la clausola di flessibilità.

[5] R. BARATTA, *Il contrasto alla disoccupazione a fronte dell'emergenza sanitaria da COVID-19: è attuale il principio di solidarietà nell'Unione europea?*, in *Sidiblog.org*, 9 aprile 2020; F. COSTAMAGNA, *La proposta della Commissione di uno strumento contro la disoccupazione generata dalla pandemia COVID-19 ('SURE'): un passo nella giusta direzione, ma che da solo non basta*, *ibidem*, 5 aprile 2020.

[6] *Remarks by Mário Centeno following the Eurogroup videoconference of 9 April 2020*, disponibile su *consilium.europa.eu/it/press*.

[7] Conclusioni del presidente del Consiglio europeo a seguito della videoconferenza dei membri del Consiglio europeo, 23 aprile 2020, in *consilium.europa.eu/it/press*.

sembra che le modalità di accesso al MES già concordate siano state oggetto di ulteriore discussione. Questa si è invece concentrata sulla proposta di Fondo per la ripresa, nel cui contesto si è spostato il dibattito sui *Coronabond* con l'arricchimento di contenuti ulteriori.

L'uso del MES proposto dall'Eurogruppo e avallato dal Consiglio europeo riguarda l'utilizzazione, con opportuni aggiustamenti, di una linea di credito esistente: si tratta di una delle due linee di credito in cui, secondo la relativa *Guideline*, si declina l'assistenza finanziaria precauzionale del MES, prevista dall'art. 14 TMES[8]. È la linea di credito a condizioni rafforzate (*Enhanced Conditions Credit Line* – ECCL). L'unico requisito richiesto sarebbe l'impegno dello Stato richiedente a utilizzare le risorse ottenute per coprire spese sanitarie legate all'emergenza del COVID-19 ("to support domestic financing of direct and indirect healthcare, cure and prevention related costs due to the COVID-19 crisis"). Le conclusioni dell'Eurogruppo specificano anche l'entità dell'assistenza finanziaria erogabile attraverso la ECCL-COVID, che è pari al 2% del PIL dello Stato richiedente.

Così, l'Eurogruppo, nel respingere l'ipotesi di *Coronabond* secondo i *diktat* di alcuni "Stati del Nord" (almeno fino a ulteriori sviluppi che riguarderebbero il finanziamento del *Recovery Fund*), avrebbe individuato il compromesso nell'accedere alle richieste di alcuni "Stati del Sud" sulla fruizione delle grandi risorse finanziarie del MES senza l'aborrita condizionalità o, meglio, senza la condizionalità come solitamente intesa. Infatti, le condizioni stabilite nei memorandum d'intesa stipulati per accedere all'assistenza durante la grande crisi del debito sovrano degli anni passati hanno avuto a oggetto tagli importanti alla spesa pubblica cui tali Stati non intendono vincolarsi. La stipulazione dei memorandum sulla condizionalità ha inoltre reso possibile un controllo stringente della politica economica nazionale da parte della Commissione, della BCE e del Fondo monetario internazionale, ugualmente rifuggiti.

Gli strumenti di sostegno alle economie più deboli dell'Eurozona sono stati finora oggetto di aspra litigiosità dinanzi alla Corte di giustizia dell'UE e alle giurisdizioni nazionali, in particolar modo dinanzi alla Corte costituzionale federale della Germania. Mentre si scrive è attesa la sentenza di quest'ultima sulla compatibilità con la Legge fondamentale tedesca del *Quantitative Easing* (QE), in particolare della sua sezione denominata *Public Sector Purchase Programme* (PSPP), per pronunciare la quale la Corte costituzionale tedesca ha rivolto alla Corte di giustizia le questioni pregiudiziali che sono state oggetto della sentenza *Weiss*[9]. Come noto, nonostante

[8] *European Stability Mechanism Guideline on Precautionary Financial Assistance*.
[9] sentenza dell'11 dicembre 2018, causa C-493/17, *Weiss e a*.

la sua precipua funzione di impedire la deflazione tramite l'immissione di moneta nel sistema creditizio, il QE ha anche fornito sostegno al debito sovrano degli Stati dell'Eurozona poiché tale immissione di liquidità è stata attuata tramite l'acquisto di titoli di Stato dalle banche che li detenevano: è proprio questo che gli viene contestato alla luce dei Trattati e, di riflesso, della Legge fondamentale. Censure simili sono state mosse contro il programma di *Outright Monetary Transactions*, e con analoghi strumenti procedurali: di tali censure si è infatti occupata la Corte di giustizia in via pregiudiziale, con la sentenza *Gauweiler*, e quindi la Corte costituzionale federale[10]. La stessa istituzione del MES è stata contestata per supposto contrasto con i trattati sull'Unione, il motivo di fondo essendo la sua attività di sostegno finanziario agli Stati dell'Eurozona: anche di questo *affaire* si è occupata la Corte di giustizia, su rinvio pregiudiziale sollevato in questo caso da un giudice irlandese, con la sentenza *Pringle*[11]. Il *leit-motiv* politico di tutti questi ricorsi è la salvaguardia di politiche di bilancio rigorose ad opera degli Stati-Euro, nello specifico il contenimento del disavanzo pubblico, con la conseguente determinazione degli Stati più virtuosi (o che si sforzano di essere tali) a non sostenere in alcun modo il debito degli altri. Visto il ruolo chiave affidato alla condizionalità per la gestione rigorosa dei bilanci statali problematici, non sembra improbabile che la rinuncia al suo uso nei termini consueti generi reazioni simili. Si rende allora opportuna una riflessione tempestiva sulla compatibilità della risoluzione dell'Eurogruppo con il Trattato istitutivo del MES (TMES) e con i Trattati istitutivi dell'Unione.

2. La condizionalità dell'assistenza finanziaria erogata dal MES è prevista non solo dal relativo trattato istitutivo e, per quanto specificamente concerne l'assistenza finanziaria precauzionale, dalle linee guida pertinenti, ma anche dal TFUE. Infatti, sebbene il MES sia uno strumento creato dagli Stati dell'Eurozona fuori dall'ordinamento dell'Unione, nell'esercizio collettivo di competenze non attribuite all'Unione medesima[12], il TFUE pone vincoli espliciti riguardo al suo funzionamento, nell'art. 136, par. 3[13]. Tra questi spicca la sottoposizione dell'assistenza accordata dal meccanismo esterno di stabilità "a una rigorosa condizionalità".

---

[10] sentenza del 16 giugno 2015, causa C-62/14, *Gauweiler e a.*, e BVerfG, sentenza del 21 giugno 2016, n. 2728/13.

[11] sentenza del 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle*.

[12] Pringle, *cit.,* punto 72.

[13] Come si dovrà ulteriormente precisare nel prosieguo, secondo la Corte di giustizia la funzione dell'art. 136, par. 3 è precisamente quella di stabilire vincoli in ordine al *modus operandi* del meccanismo che gli Stati dovessero decidere di istituire nell'esercizio delle proprie competenze: *ibidem*.

Quanto puntualizzato impone il chiarimento in via preliminare della questione se la compatibilità con il TMES e quella con il TFUE vadano valutate in modo rispettivamente autonomo. È possibile, cioè, che la proposta dell'Eurogruppo strida con il TFUE ma non con il TMES o viceversa? Dalle diverse soluzioni discendono evidentemente conseguenze diverse.

La risposta più convincente sembra senz'altro quella negativa, a causa degli stretti collegamenti del TMES con i Trattati istitutivi dell'Unione. Infatti, nonostante manchi nel TMES una disposizione analoga all'art. 2, par. 1 del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* (c.d. *Fiscal Compact*), cioè a dire una generale clausola di compatibilità con il TFUE, tale trattato rivela senza incertezze come il Meccanismo si collochi nello spazio lasciato libero agli Stati dai Trattati UE, in piena coerenza con gli stessi e nello specifico con le regole dell'Eurozona[14].

Il preambolo del TMES è orientato in questa direzione nel suo complesso, ma alcune sue disposizioni risultano particolarmente significative. Tale è ad esempio il 4° 'considerando', che evoca "il rigoroso rispetto del quadro dell'Unione europea" quale "prima linea di difesa alle crisi di fiducia che possono compromettere la stabilità della zona euro", in modo da delineare lo spazio di attivazione del Meccanismo. Ancora più rilevante è il 5° 'considerando', che colloca il MES accanto al Trattato *Fiscal Compact*, così da qualificare i due come le componenti messe in campo dai capi di Stato e di governo degli Stati membri la cui moneta è l'euro per conseguire "un'unione economica" più forte. Vi è poi il 7° 'considerando', il quale chiarisce che gli Stati membri originari del MES sono identificati in quanto membri dell'Eurozona.

Nell'articolato del TMES sono presenti varie disposizioni che stabiliscono un collegamento stretto con i Trattati UE, nello specifico con le regole dell'Unione economica e monetaria e dell'Eurozona. Volendo fermare l'attenzione solo sulle più rilevanti, va anzitutto segnalato l'art. 3, che indica l'obiettivo del MES in modo chiaramente strumentale rispetto all'Eurozona. Altre disposizioni sono coerenti con tale obiettivo: il collegamento soggettivo tra Eurozona e MES quale ulteriormente delineato nell'art. 2 sui nuovi membri e nell'art. 44 sulle modalità della loro adesione; i compiti attribuiti a istituzioni dell'Unione, che sono sempre vincolate a operare nel rispetto del suo diritto[15], quali la Commissione e la BCE, soprattutto quelli nella procedura per la concessione del sostegno alla stabili-

[14] Sul punto, C. HERRMANN, *Differentiated Integration in the Field of Economic and Monetary Policy and the Use of '(Semi-)Extra' Union Legal Instruments – The Case for* 'Inter Se *Treaty Amendments*, in B. DE WITTE, A. OTT, E. VOS (eds.), *Between Flexibility and Disintegration. The Trajectory of Differentiation in EU Law*, Cheltenham-Northampton, 2017, p. 245.

[15] sentenza del 20 settembre 2016, cause riunite da C-8/15 P a C-10/15 P, *Ledra Advertising Ldt*, punto 67.

tà, disciplinata nell'art. 13, e quelli di monitoraggio del rispetto delle condizioni, di cui all'art. 13, ult. par.; la possibilità che il consiglio dei governatori sia presieduto dal presidente dell'Eurogruppo (art. 5, par. 2); la clausola di conformità del protocollo d'intesa, richiesto per l'erogazione del sostegno del MES, rispetto alle misure di coordinamento delle politiche economiche previste dal TFUE, quali esplicitate in tutti i possibili atti rilevanti (art. 13, par. 3); la scelta di attribuire alla Corte di giustizia UE il compito di risolvere le controversie tra Stati membri del MES in ordine all'interpretazione e all'applicazione del relativo Trattato, nei termini indicati dall'art. 37, par. 3, TMES, facendo uso dell'art. 273 TFUE sulle controversie tra Stati membri "in connessione con l'oggetto dei trattati".

Il diritto derivato UE, con specifico riguardo ai contenuti della condizionalità, stabilisce con chiarezza come il quadro normativo-istituzionale di riferimento sia quello *dell'Unione*. Il citato art. 13, par. 3 TMES trova infatti riscontro e precisazione in uno dei due regolamenti che costituiscono il c.d. *Two Pack*: il regolamento (UE) 472/2013, del 21 maggio 2013, sul rafforzamento della sorveglianza economica e di bilancio degli Stati membri nella zona euro che si trovano o rischiano di trovarsi in gravi difficoltà per quanto riguarda la loro stabilità finanziaria. L'art. 7, par. 2 di questo regolamento prescrive l'aderenza del *Sentenza* d'intesa tra MES e Stato beneficiario al programma di aggiustamento macroeconomico elaborato ai sensi del regolamento.

Va infine ricordato che l'inclusione nel TFUE del citato art. 136, par. 3 TFUE è frutto di una modifica perfezionata proprio in vista dell'intenzione degli Stati-Euro di attivarsi concretamente con la stipulazione del TMES[16]. Richiesta di valutare l'impatto di questa modifica del TFUE sulle competenze dell'Unione, la Corte di giustizia ha visto nel meccanismo citato dalla nuova disposizione "un elemento complementare del nuovo quadro regolamentare per il rafforzamento della *governance* economica" dell'UE[17].

---

[16] Come noto, la modifica fu apportata con la procedura di revisione semplificata *ex* art. 48, par. 6, TUE ed entrò in vigore il 1° gennaio 2013: decisione 2011/199/UE del Consiglio europeo, del 25 marzo 2011, che modifica l'art. 136 TFUE relativamente a un meccanismo di stabilità per gli Stati membri la cui moneta è l'euro.

[17] Pringle, *cit.*, punto 58. Il ruolo specifico del meccanismo rispetto alle altre disposizioni del quadro regolamentare è quindi individuato nel punto 59. Sulle vicende relative all'introduzione dell'art. 136, par. 3 TFUE in collegamento con l'istituzione del MES, sulla stessa istituzione del MES e i suoi legami con l'UEM v. L.F. PACE, *Il regime giuridico dell'Euro. La nascita dell'Unione economia e monetaria, la sua crisi e la risposta dell'Unione europea*, Bari, 2018, p. 69 ss.; F. FABBRINI, *Economic Governance in Europe. Comparative Paradoxes and Constitutional Challenges*, Oxford, 2016; R. ADAM, *La riforma del governo economico dell'Unione europea*, in M. E. BARTOLONI, A. CALIGIURI, B. UBERTAZZI (a cura di), *L'Unione europea e la riforma del governo economico della zona Euro*, Napoli, 2013, pp. 13 e 14; P. CRAIG, *Pringle and Use of EU Institutions Outside the EU Legal Framework: Foundations, Procedure and Substance*, in *European Constitutional Law Review*, 2013, p. 263 ss.; A. DE GREGORIO MERINO, *Legal Developments in the Economic and Monetary Union During the Debt Crisis: The Mechanisms of Financial Assistance*, in *Common Market Law*

La piena coerenza dei principi ispiratori e delle modalità di funzionamento del MES rispetto ai Trattati sull'Unione trova la conferma definitiva nel progetto della Commissione di inserire il meccanismo nel quadro giuridico-istituzionale UE. La proposta di regolamento presentata in proposito[18], al momento accantonata a favore dell'opzione di modificare il TMES[19], non apporta modifiche né ai principi né alle modalità suddette, se non per gli aspetti istituzionali collegati alla nuova collocazione del meccanismo nell'Unione. Come chiarito nel preambolo della proposta di regolamento[20], la finalità perseguita è rafforzare ulteriormente la base istituzionale del meccanismo, la cui coerenza con i Trattati UE non presenta evidentemente necessità di correzione.

In conclusione, la risposta alla questione metodologica relativa al parametro normativo di riferimento per valutare il ruolo della condizionalità del MES, nonché i suoi contenuti, è dunque univoca: tale parametro è costituito dal TFUE, alla cui luce il TMES va interpretato e applicato.

3. Bisogna così valutare se il TFUE lasci spazi a una deroga circa l'uso della condizionalità del MES e, soprattutto in caso negativo, quale sia il possibile contenuto di tale condizionalità. Si tratta di due questioni giuridiche distinte ma strettamente collegate nei contenuti. Sembra dunque il caso di sottoporle a un'analisi congiunta.

La formulazione letterale dell'art. 136, par. 3, TFUE, ripresa peraltro sia direttamente sia indirettamente in diverse disposizioni del TMES, non lascia spazio a deroghe. A scanso di equivoci, questa disposizione impone "rigorosa condizionalità" a *qualsiasi* assistenza finanziaria erogata nel quadro del meccanismo.

La sua interpretazione sistematica conduce alla stessa conclusione e, facendo ben emergere lo scopo della condizionalità, consente anche di precisarne i possibili contenuti, perlomeno in chiave strumentale rispetto allo scopo suddetto.

Infatti, lo scopo della condizionalità è stato chiarito nella sentenza *Pringle* al momento di puntualizzare la funzione del nuovo art. 136, par. 3 TFUE, che non attribuisce all'Unione una nuova competenza: assicurare il coordinamento del meccanismo di stabilità finanziaria dell'Eurozona, ri-

---

Review, 2012, p. 1613 ss.; M. RUFFERT, *The European Debt Crisis and European Union Law*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 1777 ss.

[18] COM (2017) 827 fin., del 6 dicembre 2017, proposta di regolamento del Consiglio sull'istituzione del Fondo monetario europeo.

[19] Per una valutazione di questo sviluppo, mi si consenta il rinvio al mio *La scelta di Meseberg. Brevi note sulla rinuncia ad assorbire il MES nel quadro giuridico-istituzionale dell'Unione*, in *I Post di AISDUE*, 31 dicembre 2019, e in *Annali AISDUE*, vol. I, 2020, p. 325 ss.

[20] Cfr. in particolare l'8° 'considerando'.

masto nella competenza degli Stati, rispetto alla convergenza economica in cui si risolve la politica economica dell'Unione[21]. Dal momento che il meccanismo ha un ruolo quando la stabilità di uno Stato è compromessa al punto tale da mettere in pericolo la zona euro nel suo insieme, è naturale che la condizionalità richiesta in modo così perentorio sia preposta al ristabilimento della stabilità dello Stato richiedente. Il parametro di siffatta stabilità consiste essenzialmente nella sostenibilità della finanza pubblica. Infatti, gli Stati dell'Eurozona hanno rinunciato alla sovranità monetaria, con la conseguenza di trovarsi privati della possibilità di controllare la stabilità dei prezzi attraverso la politica monetaria e di governare i margini di fluttuazione della moneta, che peraltro, se troppo ampi, essendo riferiti alla moneta unica determinerebbero crisi simmetriche.

È così che si spiega, costituendo al contempo una conferma di quanto finora considerato, il vincolo stabilito dall'art. 13, par. 3, ult. co., TMES, riguardo ai contenuti dei protocolli d'intesa necessari per l'attivazione di qualsiasi dispositivo di assistenza finanziaria del Meccanismo, cui corrisponde l'art. 7, par. 2, del regolamento 472/2013: come già accennato, detti protocolli devono essere conformi "alle misure di coordinamento delle politiche economiche previste dal TFUE". L'art. 12, par. 1 TMES contiene indicazioni concrete sui possibili contenuti di tale condizionalità, facendo menzione di una sorta di soglia minima e di soglia massima: se la seconda consiste in un "programma di correzioni macroeconomiche", la prima riguarda il "rispetto costante di condizioni di ammissibilità predefinite". Come si vede, il ventaglio di scelte riguarda non già la materia oggetto delle condizioni, ma l'intensità di variazione degli indici rilevanti rispetto all'esistente. Del resto, l'art. 7, par. 2, del regolamento 472/2013 prescrive l'aderenza della condizionalità del MES al *programma di aggiustamento macroeconomico* approvato dal Consiglio nel quadro della sorveglianza rafforzata.

C'è ancora un altro elemento da cui si ricava in via sistematica che i contenuti della condizionalità sono costituiti da parametri macroeconomici e dalle misure atti ad assicurarli. È il fatto che le *Outright Monetary Transactions*, immaginate dalla BCE come misura di *extrema ratio* atta a mettere al sicuro la moneta unica, siano attuabili solo in presenza di un programma di condizionalità collegato all'assistenza finanziaria del MES. Infatti, per la BCE tale programma "can take the form of a full EFSF/ESM macroeconomic adjustment programme or a precautionary programme"[22].

---

[21] Pringle, *cit.*, punto 69.

[22] ECB, *Press Release - Technical Features of Outright Monetary Transactions*, 6 settembre 2012.

È appena il caso di ricordare che la prassi finora sviluppata, non solo riguardo all'assistenza finanziaria del MES ma a ogni forma di supporto finanziario dell'Unione agli Stati membri, riguarda condizioni ispirate a parametri macroeconomici e vertenti su misure di politica economica e sociale atte a conseguirli[23].

4. Il carattere necessario della condizionalità e i suoi contenuti "macroeconomici" risultano insomma da un mosaico di disposizioni perfettamente combacianti. In questo mosaico c'è tuttavia un'area in cui le tessere hanno contorni irregolari: è qui che la rinuncia alla condizionalità consueta del MES potrebbe trovare spazio. Si tratta dell'allentamento del Patto di stabilità e crescita noto come clausola di salvaguardia generale del quadro di bilancio (in inglese *General Escape Clause*). In estrema sintesi, la *General Escape Clause* consente, in presenza di due presupposti alternativi, le seguenti misure: l'allontanamento temporaneo di uno Stato dal percorso di aggiustamento all'obiettivo a medio termine relativo al disavanzo pubblico[24]; la valutazione come non significativa della deviazione dell'andamento della spesa pubblica nazionale[25]; la valutazione come eccezionale del superamento del valore di riferimento per il disavanzo pubblico[26]; l'adozione di una raccomandazione rivista sul disavanzo pubblico eccessivo[27]. I presupposti menzionati sono: un evento inconsueto al di fuori del controllo dello Stato membro interessato che abbia rilevanti ripercussioni sulla situazione finanziaria generale di detto Stato, oppure una grave recessione economica della zona Euro o dell'intera Unione. Come si sa, la Commissione ha reso nota l'intenzione di considerare la crisi economica indotta dall'emergenza sanitaria da COVID-19 come presupposto rilevante ai fini della *General Escape Clause*, ottenendo al riguardo l'avallo del Consiglio ECOFIN, deputato a prendere le decisioni nelle procedure di sorveglianza[28].

Ebbene, la sorveglianza rafforzata prevista nel regolamento 472/2013 (la quale, come visto, assicura la coerenza tra gli impegni collegati all'assistenza finanziaria del MES e quelli assunti dagli Stati in difficoltà nel quadro giuridico-istituzionale dell'Eurozona) non ha una propria clausola di allentamento da attivare in presenza dei presupposti descritti. Non solo:

---

[23] M. IOANNIDIS, *EU Financial Assistance Conditionality after "Two Pack"*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2014, p. 68 ss.

[24] Art.5, par. 1, ult. co., e art. 9, par. 1, ult. co. del regolamento (CE) 1466/1997.

[25] Art. 6, par. 3, ult. co, e art. 10, par. 3, ult. co, del regolamento (CE) 1466/1997.

[26] Art. 2, par. 1, del regolamento (CE) 1467/1997.

[27] Art. 3, par. 5, del regolamento (CE) 1467/1997.

[28] COM (2020) 123 fin., del 20 marzo 2020, Communication from the Commission to the Council on the activation of the general escape clause of the Stability and Growth Pact. Cfr. A. CORRERA, *COVID-19: la Commissione UE annuncia il "whatever it takes", ma non troppo*, in *I Post di AISDUE*, 1° aprile 2020, pp. 8 e 9.

allorché uno Stato diventi beneficiario dell'assistenza finanziaria del MES, la sua sottoposizione alla sorveglianza rafforzata (e dunque alla condizionalità ispirata ai parametri macroeconomici) è automatica (art. 2, par. 3 del regolamento 472/2013[29]), qualunque siano le motivazioni delle difficoltà finanziarie all'origine della richiesta. È qui l'incoerenza che deriverebbe da un'applicazione rigida della disposizione, poiché in casi simili la sorveglianza rafforzata (con la redazione del programma macroeconomico cui dovrebbe adeguarsi il protocollo d'intesa con il MES) sarebbe applicata anche se i parametri del Patto di stabilità, con le relative procedure di sorveglianza, trovano una deroga.

Certo, si potrebbe ritenere che non si tratta di un'incoerenza, potendo una deroga ai vincoli macroeconomici trovare spazio, anche in presenza dei presupposti della *General Escape Clause*, solo se le difficoltà relative alla stabilità finanziaria degli Stati membri non abbiano entità tali da rientrare nell'ambito di applicazione del regolamento 472/2013. Anche nel quadro del Patto di stabilità, peraltro, la clausola è operativa solo in presenza di rischi limitati per la stabilità dei bilanci statali. La soluzione di considerare derogabile la redazione del programma macroeconomico previsto nella sorveglianza rafforzata, in presenza dei presupposti della *General Escape Clause*, per coerenza con il Patto di stabilità e crescita, necessita dunque di ulteriori considerazioni.

5. La situazione determinata dalla pandemia in corso si caratterizza per l'impatto dirompente sui parametri che misurano la convergenza economica alla base dell'Unione economica e monetaria nella sua interezza e soprattutto dell'Eurozona[30]. Come noto, questa è sottoposta al "confine esterno" del disavanzo pubblico eccessivo, che tutti gli Stati sono impegnati a evitare (art. 126, par. 1, TFUE). Il disavanzo pubblico è eccessivo sulla base di valori relativi: il rapporto fra disavanzo pubblico e prodotto interno lordo (PIL), che il Protocollo n. 12 fissa al 3%, e il rapporto fra debito

[29] Regolamento (CE) n. 1467/97 del Consiglio, del 7 luglio 1997, per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi. Questa disposizione è stata inserita dal regolamento (UE) n. 1177/2011 del Consiglio, dell'8 novembre 2011, che modifica il regolamento (CE) n. 1467/97 per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi.

[30] Tutti gli Stati membri dell'Unione sono vincolati a evitare disavanzi pubblici eccessivi dall'art. 126, par. 1, TFUE, ma gli Stati la cui moneta è l'euro sono soggetti a modalità rafforzate di coordinamento e sorveglianza della disciplina di bilancio nonché degli orientamenti di politica economica, grazie all'art. 136, par. 1, TFUE. Il Trattato *Fiscal Compact* stabilisce poi l'obbligo di pareggio di bilancio, completato da ulteriori obblighi in parte già previsti dal diritto derivato (regolamento (CE) n. 1467/97), in parte presto ribaditi dallo stesso (regolamento (UE) n. 473/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulle disposizioni comuni per il monitoraggio e la valutazione dei documenti programmatici di bilancio e per la correzione dei disavanzi eccessivi negli Stati membri della zona euro.

pubblico e PIL, che per lo stesso Protocollo è posto al 60%. Ebbene, il calo drastico del PIL porta, a spesa pubblica costante, all'aumento considerevole del disavanzo, a causa della diminuzione del gettito fiscale, tanto da mettere in crisi il concetto di disavanzo pubblico eccessivo in ordine a entrambi i parametri utilizzati per determinarlo. Ma vi è ben di più, poiché a causa della pandemia la spesa pubblica non è e non sarà costante: oltre a sostenere spese sanitarie aggiuntive anche ingenti, gli Stati si trovano a dover erogare sussidi a una fetta notevole di lavoratori e imprese cui per alcune settimane è stato vietato produrre e, per l'immediato futuro, la cui attività produttiva è destinata a fermarsi ovvero i cui processi produttivi saranno rallentati e resi più costosi dall'esigenza di contenere i contagi. Dalla dinamica prefigurata, che già si sta realizzando, il concetto di disavanzo pubblico eccessivo su cui si impernia la convergenza economica nell'Unione e nell'Eurozona risulta addirittura travolto.

Nel medio-lungo periodo, non si possono purtroppo escludere effetti sulla stabilità dei prezzi e sui livelli dei tassi di interesse a lungo termine, che per l'art. 140, par. 1, TFUE costituiscono fattori altrettanto importanti dell'"alto grado di sostenibile convergenza" che caratterizza l'Eurozona. Proprio i rischi per la stabilità dei prezzi dovuti all'emergenza pandemica hanno determinato il lancio di un programma straordinario di acquisto di titoli negoziabili pubblici e privati, il *Pandemic Emergency Purchase Programme* (PEPP), da parte della Banca centrale europea (BCE)[31]. Questo ha l'obiettivo di scongiurare gli ostacoli che le derive inflazionistiche possono procurare alla corretta trasmissione della politica monetaria.

Un ulteriore elemento che sovverte la logica di stabilità finanziaria su cui è stata costruita l'UEM è che l'attuale sconvolgimento dei parametri atti a definire tale stabilità non è affatto dovuto alla fragilità di certi bilanci statali. Esso è dunque potenzialmente simmetrico, anche se non tutti gli Stati sono colpiti in egual misura e con la stessa tempistica dalla pandemia e dalle restrizioni economiche adottate di conseguenza, anche a causa della loro struttura produttiva e dell'entità del loro debito pregresso.

In un contesto del genere, l'applicazione di una condizionalità riferita ai livelli dei parametri macroeconomici, all'identificazione *ex ante* delle misure atte a ristabilirli, ai tempi di siffatto ristabilimento e a quelli della messa in campo delle misure identificate, sarebbe priva di senso e, anzi, poten-

[31] Il PEPP è stato istituito con decisione (UE) 2020/440 della Banca centrale europea, del 24 marzo 2020. Cfr., per le prime valutazioni, C. PESCE, *Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP): contenuti, finalità e basi giuridiche dell'azione monetaria UE*, in *I Post di AISDUE*, 16 aprile 2020; L. LIONELLO, *La BCE nella tempesta della crisi sanitaria*, in *Sidiblog.org*, 28 marzo 2020; S. GRUND, *The Legality of the European Central Bank's Pandemic Emergency Purchase Programme*, *Delors Institute Policy Brief*, 25 marzo 2020 (aggiornato al 15 aprile 2020); R. SMITS, *Op-Ed: "The European Central Bank's pandemic bazooka: mandate fulfilment in extraordinary times"*, in *eulawlive.com*, 23 marzo 2020.

zialmente controproducente. Nella situazione descritta, l'aumento del gettito fiscale sembra irrealistico, mentre tagliare la spesa nei termini necessari a ristabilire bilanci equilibrati in tempi brevi avrebbe effetti di medio-lungo periodo deleteri per alcuni Stati e catastrofici per altri. In ogni caso, questa prospettiva appare evidentemente in contraddizione con gli obiettivi dell'Unione, da quello generale di promuovere il benessere dei suoi popoli (art. 3, par. 1, TUE) a quello più specifico sui caratteri dell'integrazione economica (art. 3, par. 3)[32]. Sia l'art. 119 sia l'art. 120 TFUE utilizzano l'art. 3 TUE per indirizzare la politica economica dell'Unione e quelle degli Stati membri che la prima coordina. Il coordinamento delle politiche economiche nazionali rientrante nell'UEM non consiste cioè solo in paletti di natura quantitativa, che sono preminenti in circostanze normali vista la tipologia di competenza attribuita all'Unione (di coordinamento, appunto) e il citato presidio del disavanzo pubblico eccessivo. In circostanze straordinarie per l'impatto sui parametri della stabilità, emergono i profili qualitativi della politica economica dell'UE, determinati dagli obiettivi richiamati. Il contenuto della condizionalità va dunque individuato alla luce di questi obiettivi.

Nel contempo, l'assistenza finanziaria resa disponibile nel quadro del MES nella situazione di emergenza attuale sembra strumentale alla stabilità della zona euro in sé considerata, perché l'innalzamento del debito di uno Stato a fronte di rapida decrescita del PIL, con l'incertezza della situazione sanitaria sullo sfondo e dunque della possibilità del PIL di riportarsi sui livelli pregressi, portano a una grande fragilità degli Stati interessati nel medio e lungo periodo. Così, la collocazione dell'intero nuovo debito o di sue ampie porzioni presso investitori privati li esporrebbe pericolosamente a oscillazioni in potenza pregiudizievoli per l'Eurozona nel suo complesso. Questo è vero in generale, ma lo è ancor di più se si pensi che il debito degli Stati dell'Eurozona è attualmente sostenuto dalla BCE (attraverso il citato PEPP, il cui scopo immediato è tuttavia di natura monetaria) e che tale sostegno è destinato a esaurirsi con la conclusione della "fase critica della COVID-19"[33]. L'emergenza attuale, che non si estende alle tensioni dei mercati sul debito sovrano anche (o soprattutto) grazie al programma della BCE, al suo termine potrebbe ben riversarsi su quel settore. Senza contare le conseguenze di un orientamento contrario ai programmi di acquisto del debito sovrano degli Stati da parte della BCE che fosse malauguratamente adottato da organi giurisdizionali nazionali, con l'esito di fermarli.

[32] Sull'obiettivo dell'art. 3, par. 3, TUE v. G. CONTALDI, *Diritto europeo dell'economia*, Torino, 2019, pp. 6-11.

[33] Così il 4° 'considerando' della decisione 2020/440. La disposizione precisa che tale momento è rimesso alla valutazione del Consiglio direttivo della Banca e che in ogni caso esso non si concretizzerà prima della fine del 2020.

L'indebitamento verso il meccanismo di stabilità comune, anche se non di entità sufficiente a coprire il fabbisogno totale, allontana invece questi pericoli e ha il sicuro effetto di contenere l'ulteriore indebitamento eventualmente necessario a coprire l'aumento dei tassi di interesse legati al "debito COVID-19", per effetto dell'andamento sui mercati dei tassi di interesse. Peraltro, sotto questo profilo, l'utilizzo dell'assistenza finanziaria precauzionale sembra appropriato.

Sintetizzando, non sembra dunque corretta la conclusione per cui la decisione di aprire l'accesso alle risorse MES senza condizionalità ispirate a parametri macroeconomici sia senz'altro incompatibile con l'art. 136, par. 3, TFUE. È quanto risulta, nella circostanza estrema dell'emergenza pandemica, da un'interpretazione della nozione di condizionalità alla luce dell'art. 3 TUE sugli obiettivi dell'Unione, che per gli articoli 119 e 120 TFUE devono essere realizzati anche a mezzo delle politiche economiche degli Stati membri e del loro coordinamento attraverso l'UE. Quanto al conseguimento, nell'emergenza pandemica, dell'obiettivo specifico dell'assistenza finanziaria, cioè a dire la stabilità dei bilanci statali e dell'Eurozona nel suo complesso, esso sembrerebbe addirittura compromesso da condizionalità ispirate ai parametri macroeconomici[34].

6. Alla luce dell'analisi che precede, la condizione, negoziata in seno all'Eurogruppo, di utilizzare le risorse erogate per le spese *sanitarie* legate all'emergenza, sembra decisiva per la compatibilità con il TFUE, in quanto tali spese non appartengono strutturalmente ai bilanci statali. Sarebbe tale, a mio parere, anche una più generale condizione di utilizzare le risorse MES per affrontare qualsiasi altra spesa funzionale al superamento dell'emergenza. Si auspica pertanto un'interpretazione ampia della locuzione "indirect healthcare, cure and prevention", fino a coprire qualsiasi spesa aggiuntiva volta a prevenire i contagi tanto nel pubblico quanto nel privato. A fronte delle considerazioni prima sviluppate, ancora più appropriato sarebbe stato prevedere che le risorse del MES sostenessero direttamente la ripresa del PIL in questo frangente: che coprissero cioè i sussidi ai lavoratori subordinati e autonomi e alle società che hanno dovuto interrompere la propria attività e che ancora la vedranno rallentata o gravata da spese e oneri legati all'emergenza sanitaria. Infatti, queste spese sarebbero direttamente finalizzate a puntellare il sistema economico così da porre le

[34] Si propone così una soluzione interpretativa fondata, sotto un duplice profilo, sul metodo teleologico, usato in combinazione con il criterio sistematico poiché quest'ultimo conduce a una soluzione non univoca o comunque debole. Sull'uso da parte della Corte dei criteri di interpretazione letterale, sistematico e teleologico, sul rapporto tra di loro e sul rilievo del criterio teleologico v. I. INGRAVALLO, *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017, p. 36 ss.

basi di una ripresa, che sarebbe assai più ardua in caso di disoccupazione di massa e di fallimenti di imprese a catena: si caratterizzerebbero cioè per l'immediata strumentalità rispetto al ripristino dei parametri della convergenza economica nell'UEM.

L'interpretazione suddetta si giustifica alla luce di un'emergenza dai connotati particolarissimi, ma non può servire a sovvertire le regole sulla stabilità finanziaria degli Stati, che sono il cuore dell'UEM. Importante ai fini della sua solidità è dunque individuarne correttamente i limiti.

La proposta dell'Eurogruppo è formulata in questi termini: "[a]fterwards [cioè a dire, dopo che "the COVID-19 crisis is over"], euro area Member States would remain committed to strengthen economic and financial fundamentals, consistent with the EU economic and fiscal coordination and surveillance frameworks, including any flexibility applied by the competent EU institutions". Sembra dunque che l'emergenza sanitaria si leghi a un periodo di grazia in cui i "fondamentali economici e finanziari" passano in secondo piano, salvo tornare a farne una priorità alla conclusione.

Dalla disposizione citata sembra discendere che il citato regolamento 472/2013, sulla sorveglianza rafforzata, *non* possa trovare applicazione finché l'emergenza sanitaria sarà in corso, ma tornerà a esserlo alla sua conclusione. Ciò costituisce una deroga alla disciplina vigente, poiché l'art. 2, par. 3 del regolamento stabilisce che la Commissione sottoponga a sorveglianza rafforzata uno Stato che benefici dell'assistenza finanziaria a titolo precauzionale del MES[35], senza possibilità di valutazioni *ad hoc* (come già ricordato). Ma si tratta per l'appunto di una deroga temporalmente limitata, che si raccorda all'uso peculiare della condizionalità nel caso specifico[36]. Infatti, la conseguenza di stabilire come presupposto dell'applicazione della sorveglianza rafforzata multilaterale che uno Stato abbia chiesto l'assistenza finanziaria del MES è vincolare i contenuti del memorandum d'intesa tra tale Stato e il Meccanismo (previsto nel TMES) al programma di aggiustamento macroeconomico di cui all'art. 7 del regolamento. Siccome il memorandum d'intesa non avrà contenuti vincolabili a un siffatto programma, quest'ultimo non dovrà essere redatto. Al termine dell'emergenza, però, gli obblighi degli Stati e le relative procedure di controllo saranno ripristinate.

---

[35] Per la precisione, giacché l'art. 2, par. 4 del regolamento stabilisce che l'assistenza finanziaria precauzionale a certe condizioni non apra automaticamente la strada alla sorveglianza rafforzata, il successivo par. 5 richiede alla Commissione di pubblicare degli strumenti che forniscono tale assistenza in modo da determinarne invece l'applicazione. In questo quadro, l'art. 5, par. 1 delle *Guidelines* sull'assistenza finanziaria precauzionale del MES chiarisce che gli Stati beneficiari di assistenza su ambedue le relative linee di credito siano sottoposti alla sorveglianza rafforzata.

[36] Art. 7, par. 2 del regolamento (UE) n. 472/2013.

Peraltro, questo aspetto accende la diffidenza dei gruppi sovranisti verso il *Pandemic Crisis Support* del MES: essi ritengono infatti che l'accesso a quest'assistenza finanziaria aprirebbe comunque la strada all'odiata sorveglianza multilaterale (in specie quella rafforzata), che essi percepiscono come una grave perdita di sovranità, anche in assenza di condizionalità "tradizionale". Si deve tuttavia notare come l'accesso all'assistenza finanziaria del MES non è l'unico caso in cui la sorveglianza rafforzata può essere attivata. Secondo l'art. 1, par. 1 *a*) del regolamento 472/2013, questo può accadere anche quando gli Stati "si trovano o rischiano di trovarsi in gravi difficoltà per quanto riguarda la loro stabilità finanziaria o la sostenibilità delle loro finanze pubbliche, con potenziali ripercussioni negative su altri Stati membri nella zona euro". È vero, dunque, che nei confronti degli Stati-Euro che versino in queste condizioni al termine della crisi sanitaria, la Commissione potrà decidere di attivare la sorveglianza rafforzata in modo da veder gradatamente ripristinati i valori della convergenza economica. Ma questa decisione potrà essere presa anche in assenza dell'assistenza finanziaria del MES, il che getta ulteriori dubbi sull'eventuale decisione di non usufruirne da parte del governo italiano.

La possibilità di attivare la sorveglianza rafforzata nelle forme consuete, in caso di grave instabilità finanziaria, al termine dell'emergenza sanitaria, vale a fugare anche un'ultima perplessità di ordine giuridico nei confronti della proposta dell'Eurogruppo. Non sembra infatti che le modalità e l'entità dell'erogazione richiesta siano modulabili alla luce della situazione specifica dei potenziali beneficiari. Invece, la situazione dei richiedenti in termini di disavanzo potrebbe in ipotesi essere molto diversa[37]. Anche sotto questo profilo, la rinuncia a calibrare l'assistenza finanziaria del MES sulle condizioni specifiche dei richiedenti, a fronte del ripristino degli impegni e delle procedure usuali al termine dell'emergenza sanitaria, sembra proporzionata al contesto e allo scopo.

[37] A. ZEMSKOVA, *ESM in the context of the Coronavirus Crisis – a Much Needed Lifejacket or Another Lead Blanket?*, in *europeanlawblog.eu*, 7 aprile 2020.

ABSTRACT

I TRATTATI UE E IL VIA LIBERA ALL'USO DEL MES "SENZA CONDIZIONALITÀ"

L'Eurogruppo, con l'avallo dal Consiglio europeo, ha proposto di rendere possibile l'assistenza finanziaria del MES alla sola condizione di utilizzare le relative risorse per le spese sanitarie dirette e indirette, di cura e di prevenzione relative all'emergenza sanitaria da COVID-19, per l'ammontare del 2% del PIL calcolato alla fine del 2019. Questa proposta stride con la formulazione letterale dell'art. 136, par. 3 TFUE e anche con la sua interpretazione sistematica, con l'eccezione di un aspetto, ma risulta giustificabile grazie al criterio teleologico di interpretazione del diritto UE. L'articolo puntualizza anche alcuni aspetti della proposta che sono decisivi per la sua coerenza con i Trattati UE.

THE EU TREATIES AND THE GREEN LIGHT TO THE USE OF ESM "WITH NO CONDITIONALITY"

The Eurogroup, with the acknowledgement of the European Council, put forward the proposal to make available financial assistance from the ESM, upon the sole condition on the use of the relevant credit line to support domestic financing of direct and indirect healthcare, cure and prevention related costs due to the COVID 19, up to 2% of the respective Member's GDP as of end-2019. This proposal is incompatible with the wording of Art. 136, para. 3 TFEU as well as with its legal context in EU law, with the exception of one point, but it appears to be justified in the light of the purposes of the economic policy of the EU. The essay also points out some features of the Eurogroup proposal which are key for its consistency with the EU treaties.

Anna Pitrone[*]

Covid-19. Uno strumento di diritto dell'Unione europea per l'occupazione (SURE)

SOMMARIO: 1. Il rapido percorso di approvazione di uno strumento di emergenza. – 2. La base giuridica dell'art. 122, paragrafi 1 e 2 e l'attuazione dello "spirito di solidarietà". – 3. Le caratteristiche e il funzionamento dello strumento finanziario. – 4. La prospettiva di uno strumento finanziario permanente. – 5. I riflessi nell'ordinamento italiano.

1. È entrato in vigore il regolamento del Consiglio che istituisce uno strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione nello stato d'emergenza (SURE) a seguito dell'epidemia di Covid-19[1]. Il Consiglio ha accolto in un breve arco di tempo la proposta della Commissione[2]. Anche il Parlamento europeo, che non ha competenza di co-legislatore, ha accolto con favore la proposta, sottolineando l'obiettivo di continuare a perseguire l'adozione di un regime permanente di riassicurazione dell'indennità di disoccupazione[3].

Accanto alle iniziative per la speciale assistenza del MES agli Stati dell'Eurozona, si colloca così un'assistenza finanziaria fruibile da tutti gli Stati membri, il cui obiettivo specifico è la tutela dell'occupazione. Per l'accento posto sul lavoro a breve termine e sui regimi che evitano i licenziamenti piuttosto che di un "regime di (ri)assicurazione contro la disoccupazione" si tratta di un "regime di assicurazione sull'occupazione"[4], che

---

[*] Professore associato di Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Messina.

[1] Regolamento (UE) n. 2020/672 del Consiglio, del 19 maggio 2020, che istituisce uno strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione nello stato di emergenza (SURE) a seguito dell'epidemia di Covid-19. SURE è l'acronimo di: "Support to mitigate unemployment risks in emergency".

[2] COM (2020) 139 fin., del 2 aprile 2020, proposta di Regolamento del Consiglio che istituisce uno strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione in un'emergenza (SURE) a seguito della pandemia di Covid-19.

[3] Risoluzione del Parlamento europeo, del 17 aprile 2020, sull'azione coordinata dell'UE per lottare contro la pandemia di COVID-19 e le sue conseguenze, par. 37.

[4] Per un quadro generale, v. COM (2017) 291 fin., del 31 maggio 2017, Documento di riflessione sull'approfondimento dell'unione economica e monetaria; sul rafforzamento dell'UEM e sugli effetti di un regime europeo di riassicurazione della disoccupazione, si veda M. DOLLS, *An Unemployment Re-Insurance Scheme for the Eurozone? Stabilizing and Redistributive Effects*, in *EconPol POLICY REPORT*, 2019; F. VANDENBROUCKE, *Solidarity through redistribution and insurance of incomes: the EU as Support, Guide, Guarantor or Provider?*, Centre for European Studies Research Paper no. 2020/01; G. SCHMID, *European Unemployment Insurance? A more modest approach in the short term, more ambition in the long term,* in *European Social Observatory*, May 2019, p. 4 ss.; F. VANDENBROUCKE, L. AN-

costituisce uno strumento di grande rilevanza politico-economica, anche nell'ottica di un rafforzamento della politica sociale dell'Unione, considerate le prospettive di una prevedibile perdurante crisi sociale anche dopo quella sanitaria[5].

Il nuovo regolamento istituisce uno strumento temporaneo *ad hoc* per consentire all'Unione di concedere assistenza finanziaria per un importo fino a 100 miliardi di euro (art. 5), in forma di prestiti, concessi a condizioni favorevoli agli Stati membri maggiormente colpiti, per aiutarli a coprire i costi direttamente collegati alla creazione o all'estensione di programmi nazionali di lavoro a tempo ridotto e altre misure analoghe messe in atto per i lavoratori autonomi in seguito alla diffusione del Covid-19. Tali programmi consentono, infatti, in determinate circostanze, alle imprese in difficoltà di ridurre temporaneamente le ore di lavoro dei propri dipendenti, che dunque ricevono un sostegno pubblico al reddito per le ore non lavorate; programmi simili possono applicarsi ai lavoratori autonomi. Infine, l'assistenza dell'UE potrà consentire anche il finanziamento di determinate misure di carattere sanitario, in particolare nel luogo di lavoro.

2. Un punto di forza del nuovo strumento finanziario consiste nel ricorso alla base giuridica dell'art. 122 TFUE che consente di restare nell'ambito del diritto dell'Unione senza entrare nello spazio della cooperazione intergovernativa a livello economico. L'assenza di collegamenti con il Meccanismo europeo di stabilità (MES) ha consentito di sottrarre l'iniziativa in parola all'annoso e irrisolto dibattito sulla condizionalità dei prestiti. Lo strumento prescelto esclude, in linea di principio, i rischi di contrasti giudiziari. Come è noto, gli strumenti di sostegno alle economie più deboli dell'Eurozona sono stati oggetto di controversie dinanzi alla Corte di giustizia (sentenze *Gauweiler*, *Pringle*, *Weiss*) e di contrasti da

---

DOR, R. BEETSMA, B. BURGOON, G. FISCHER, T. KUHN, C. LUIGJES, F. NICOLI, *The European Commission's SURE initiative and euro area unemployment re-insurance*, in *VOXEU*, CEPR Policy Portal, April 2020; A. DE RUIJTER, R.M.W.J. BEETSMA, B. BURGOON, F. NICOLI, F. VANDENBROUCKE, *EU Solidarity and Policy in Fighting Infectious Diseases: State of Play, Obstacles, Citizen Preferences and Ways Forward*, in *Amsterdam Centre for European Studies Research Paper*, 2020/06; F. NICOLI, T. KUHN, B. BURGOON, *Collective Identities, European Solidarity: Identification Patterns and Preferences for European Social Insurance*, in *JCMS* 2020, p. 76 ss.; F. VANDENBROUCKE, B. BURGOON, T. KUHN, F. NICOLI, S. SACCHI, D. VAN DER DUIN, S. HEGEWALD, *Risk Sharing When Unemployment Hits: How Policy Design Influences Citizen Support For European Unemployment Risk Sharing (EURS)*,in *Policy report, AISSR Policy Report 1*, December 2018; E. PISTOIA, *La scelta di Meseberg. Brevi note sulla rinuncia ad assorbire il MES nel quadro giuridico-istituzionale dell'Unione*, in AA. VV., *Annali AISDUE*, vol. I, Bari, 2020, p. 320 ss.; D. FROMAGE, B. DE WITTE, *Recent Evolutions in the Economic and Monetary Union and the European Banking Union: A Reflection*, in *Maastricht Faculty of Law Working Paper*s, 2019/03.

[5] Per approfondimenti sulle politiche sociali, v. A. PITRONE, *La crisi sociale dopo quella sanitaria da COVID-19: è possibile ripartire dal Pilastro europeo dei diritti sociali?* in *Iusinitinere*, 28 aprile 2020.

parte delle giurisdizioni nazionali, specie da parte della Corte costituzionale tedesca (da ultimo, la sentenza del 5 maggio 2020). La ragione principale è la precisa e incrollabile volontà di alcuni Stati membri che perseguono l'obiettivo della salvaguardia di politiche di bilancio rigorose ad opera degli Stati dell'Area Euro, evitando ogni forma di mutualizzazione del debito degli altri più indebitati, anche sotto forma di garanzie comuni[6].

La base giuridica del regime di garanzia a sostegno dello strumento SURE è costituita dal par. 1 dell'art. 122 TFUE, che permette al Consiglio, su proposta della Commissione, di decidere le misure adeguate alla situazione economica, in particolare in caso di gravi difficoltà nell'approvvigionamento di determinati prodotti[7]. Si tratta di un'interpretazione estensiva di tale disposizione perché la fattispecie riguarda l'occupazione e non "i prodotti, specie nel settore dell'energia". Da segnalare il rilievo dell'attuazione dello "spirito di solidarietà" che giustifica l'intervento secondo tale base giuridica, così come modificata dal Trattato di Lisbona[8].

In occasione di una crisi sanitaria come quella in corso, la ricerca di solidarietà interstatuale è evidenziata proprio dall'utilizzo come base giuridica della disposizione del par. 1 dell'art. 122 TFUE. L'esempio più concreto (e più facilmente accettabile anche da parte degli Stati membri meno disponibili al riguardo) è quello del regolamento (UE) 2016/369 del Consiglio del 15 marzo 2016 sulla fornitura di sostegno di emergenza all'interno dell'Unione[9], integrato e attivato regolamento (UE) 2020/521 del Consiglio, del 14 aprile 2020. Quest'ultimo riguarda il sostegno di emergenza, con cui garantire la fornitura sanitaria, come la costituzione di scorte di risorse essenziali e la relativa distribuzione, la creazione di ospedali da campo ed il trasporto transfrontaliero di pazienti[10].

L'organizzazione e la gestione del sistema di prestiti si basano, invece, sul par. 2 dell'art. 122 TFUE[11], che consente al Consiglio di fornire, su

---

[6] Sulla compatibilità con il Trattato istitutivo del MES (TMES) e con i Trattati istitutivi dell'Unione, v. E. PISTOIA, *I Trattati UE e il via libera all'uso del MES senza "condizionalità"*, in *I Post di AISDUE*, vol. II, n. 6, 2020.

sione, può decidere, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, le misure adeguate alla situazione economica, in particolare qualora sorgano gravi difficoltà nell'approvvigionamento di determinati prodotti, in particolare nel settore dell'energia".

[8] F. SCIAUDONE, *Art. 122 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *I Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 1311.

[9] Regolamento (UE) n. 2016/369 del Consiglio, del 15 marzo 2016, sulla fornitura di sostegno di emergenza all'interno dell'Unione.

[10] Regolamento (UE) n. 2020/521 del Consiglio, del 14 aprile 2020, che attiva il sostegno di emergenza a norma del regolamento (UE) 2016/369.

[11] Art. 122, par. 2: "Qualora uno Stato membro si trovi in difficoltà o sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo, il Consiglio, su proposta della Commissione, può concedere a determinate condizioni un'assistenza finanziaria del l'Unione allo Stato membro interessato. Il presidente del Consiglio informa il Parlamento europeo in merito alla decisione presa".

proposta della Commissione e a determinate condizioni, un'assistenza finanziaria temporanea e *ad hoc* dell'Unione ad uno Stato membro che si trovi in difficoltà o sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che esulano dal suo controllo[12]. Il ricorso a tale disposizione ha reso possibile l'esclusione della condizionalità[13]. Infatti, come riconosciuto dalla Corte nel caso *Pringle*[14], trattandosi di un trasferimento di risorse che avviene sulla base di una specifica previsione del Trattato, esso sfugge ai limiti derivanti dall'art. 125 TFUE, sulla "clausola di non salvataggio finanziario"[15] e, in particolare, all'obbligo del ricorso alla condizionalità. *Pringle* fornì inoltre l'occasione alla Corte per chiarire come, nonostante l'oggetto dell'art. 122 TFUE fosse unicamente l'assistenza finanziaria concessa dall'Unione, tale articolo non escludesse la possibilità per gli Stati membri di prestarsi assistenza reciproca, attraverso un apposito meccanismo, poiché, nel rispetto di determinate condizioni, la solidarietà tra gli Stati non può confliggere con la solidarietà dell'Unione e non può considerarsi incompatibile con i Trattati[16].

La stessa Commissione, nella Proposta di regolamento in commento, ricorda che l'art. 122, par. 2, TFUE è già stato utilizzato per la creazione del meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria (MESF)[17], al fine di

---

[12] P. MANZINI, *La riforma delle regole UE sulla sorveglianza dei bilanci nazionali*, in G. ADINOLFI, M. VELLANO (a cura di), *La crisi del debito sovrano degli Stati dell'area euro: profili giuridici*, Torino, 2013, p. 29 ss., specie p. 32.

[13] F. COSTAMAGNA, *La proposta della Commissione di uno strumento contro la disoccupazione generata dalla Pandemia Covid-19 (SURE): un passo nella giusta direzione, ma che da solo non basta*, in *Sidiblog*, 5 aprile 2020. L'A. sottolinea come anche l'assistenza finanziaria erogata sulla base del par. 2 dell'articolo 122 TFUE dovrebbe comunque sempre richiedere il rispetto da parte dello Stato beneficiario di talune condizioni specificamente connesse al tipo di assistenza concessa, seppur meno severa rispetto a quella ex articolo 125 TFUE.

[14] sentenza del 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Thomas Pringle contro Government of Ireland e altri*. Per un commento a tale sentenza, si veda, tra tutti, P. MENGOZZI, *Il Trattato sul Meccanismo di stabilità (MES) e la pronuncia della Corte di giustizia nel caso* Pringle, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, pp. 129 ss.; e B. DE WITTE, T. BEUKERS, *The Court of Justice approves the creation of the European Stability Mechanism outside the EU legal order: Pringle*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 805 ss.

[15] L'art. 125, par.1, TFUE, nello specifico, dispone che: "L'Unione non risponde né si fa carico degli impegni assunti dalle amministrazioni statali, dagli enti regionali, locali, o altri enti pubblici, da altri organismi di diritto pubblico o da imprese pubbliche di qualsiasi Stato membro, […]. Gli Stati membri non sono responsabili né subentrano agli impegni dell'amministrazione statale, degli enti regionali, […]". Sulla considerazione secondo la quale l'art. 122 TFUE costituirebbe una sorta di norma speciale in deroga all'art. 125 TFUE si veda G. L. TOSATO, *L'integrazione europea ai tempi della crisi dell'euro*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 3, 2012, p. 687, dello stesso autore *Il salvataggio della Grecia rispetta i trattati?,* in *Affari internazionali,* 21 maggio 2010 .

[16] T. RUSSO, *Solidarietà e democrazia nella crisi economica degli Stati della zona euro: considerazioni sul caso Anagnostakis*, in *federalismi.it*, n. 9, 2018, p. 5 ss.

[17] Regolamento (UE) n. 407/2010 del Consiglio, dell'11 maggio 2010, che istituisce un meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria. V. N. LAZZERINI, *Le misure adottate dall'Unione europea in conseguenza della crisi finanziaria greca*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2010.

aiutare gli Stati membri che avevano perso, in tutto o in parte, l'accesso al mercato a causa di un forte aumento dei costi di finanziamento. L'Unione si è servita di tale strumento, infatti, per concedere prestiti all'Irlanda e al Portogallo e un finanziamento ponte alla Grecia. In quell'occasione, vennero avanzati dei dubbi sull'idoneità della base giuridica dell'art. 122, par. 2, TFUE, che nella misura in cui si applica in circostanze eccezionali che sfuggono al controllo dello Stato membro coinvolto, mal si sarebbe conciliata con le difficoltà di carattere finanziario e di bilancio che allora gli Stati avevano incontrato[18].

L'attuale crisi, invece, indubbiamente sfugge al controllo degli Stati membri. La Commissione sottolinea come l'articolo 122, paragrafo 2, del TFUE possa essere utilizzato per qualsiasi tipo di evento di crisi eccezionale e non è limitato alle sole crisi di natura finanziaria o di stabilità finanziaria. Il Consiglio dispone di un ampio margine discrezionale per valutare se siano soddisfatte le condizioni di questa base giuridica, considerate le gravi minacce per la sanità pubblica e dalle conseguenze socioeconomiche che ne derivano.

3. Quanto alla scelta di un regolamento quale strumento di intervento vale la pena di ricordare l'interpretazione della Corte di giustizia nella sentenza *Balkan-Import-Export*: "(…) il Consiglio può scegliere, di volta in volta, la forma dei provvedimenti che ritiene più adatta (…)"[19]. Nel caso di specie, la scelta risulta adeguata, perché lo strumento s utilizzabile da qualsiasi Stato membro consente l'organizzazione del sistema di garanzie alla base dei prestiti che poggia su contributi volontari di tutti gli Stati membri.

Il Regolamento SURE intende garantire un'assistenza finanziaria aggiuntiva, come specificato all'art. 2 del Regolamento, integrando le misure nazionali adottate dagli Stati membri colpiti, per aiutarli a far fronte all'aumento repentino e severo della spesa pubblica effettiva, ed eventualmente anche programmata, destinata ad attenuare gli effetti socioeconomici negativi diretti delle circostanze eccezionali causate dalla pandemia di Covid-19. Il Regolamento inoltre che, semestralmente, la Commissione verifichi il protrarsi delle circostanze eccezionali che giustificano

---

[18] M. MESSINA, *L'integrazione della nuova struttura economica e finanziaria dell'Unione nel quadro giuridico dell'UE*, in U. MARANI, G. GUARINO (a cura di), *Istituzioni Europee, Politica economica e Ordinamento giuridico italiano*, Napoli, 2013, p. 9 ss.; K. TUORI, *The European Financial Crisis - Constitutional Aspects and Implications*, in *EUI Law Working Papers*, 2012, n. 28, p. 26 ss.

[19] sentenza del 24 ottobre 1973, causa 5/73, *Balkan-Import-Export GmbH c. Hauptzollamt Berlin-Packhof*, punto 2. A riguardo della precedente norma dell'art. 103 TCEE. Deve convenirsi, dunque, sull'opportunità di riconoscere al Consiglio, nella scelta dell'atto, un ampio margine di discrezionalità, stante la riscontrata discrezionalità che ne caratterizza la potestà di intervento, v. N. COLACINO, *Art. 122 TFUE*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2011, p. 1191 ss.

l'applicazione dello strumento (art. 14), considerata la sua natura emergenziale[20].

Quanto alle condizioni per l'attivazione dello strumento, l'assistenza finanziaria potrà essere richiesta da uno Stato membro se la sua spesa pubblica effettiva ed eventualmente programmata ha subito un aumento repentino e severo a partire dal 1° febbraio 2020 (art. 3). In relazione alla procedura per concedere l'assistenza finanziaria, si prevede che, a seguito della domanda di uno Stato membro, la Commissione attivi le consultazioni volte a verificare la portata dell'aumento della spesa pubblica direttamente connesso all'istituzione o all'estensione di regimi di riduzione dell'orario lavorativo e di misure analoghe, nonché a pertinenti misure di carattere sanitario. Quindi, il Consiglio, su proposta della Commissione, adotta una decisione di esecuzione che approva l'assistenza finanziaria e che contiene tutte le regole dettagliate necessarie per la concessione della stessa (articolo 6). Le norme procedurali per l'erogazione e l'attuazione del supporto in forma di prestito, erogato in rate, saranno oggetto di un accordo fra la Commissione e lo Stato beneficiario (articoli 7 e 8).

Il meccanismo di finanziamento del nuovo strumento è subordinato ad un sistema di garanzie degli Stati membri, oggetto di un accordo con la Commissione, costituite su base volontaria nei confronti dell'Unione (articolo 11). Sebbene volontaria, la partecipazione di tutti gli Stati membri al sistema delle garanzie risulta altamente auspicabile dal punto di vista del rating del credito (al fine di garantire tassi di interesse più bassi). Tuttavia, non si può escludere un rischio di veto, anche se ciò sarebbe chiaramente contrario al principio di solidarietà europea.

Per quanto attiene al periodo temporale di validità, l'assistenza finanziaria dell'Unione nel quadro del nuovo strumento sarà disponibile solo nel momento in cui tutti gli Stati membri avranno costituito le loro garanzie nei confronti dell'Unione, per un importo che rappresenti almeno il 25% dell'importo massimo fissato all'art. 5 del Regolamento; a tal proposito è previsto che la Commissione informi il Consiglio quando lo strumento sarà messo a disposizione. In ogni caso. il periodo di disponibilità di SURE si concluderà il 31 dicembre 2022, salvo il Consiglio non decida, su proposta della Commissione, di prorogare tale termine (art. 12).

4. Il regolamento come misura di emergenza non esclude, anzi dovrebbe preparare la successiva creazione di uno strumento permanente da stabilire in forza di diversa base giuridica. A tal proposito, la Commissione,

[20] F. COSTAMAGNA, *op.cit.* L'A. osserva come sul punto ci si sarebbe potuti aspettare un po' più di coraggio da parte della Commissione, che avrebbe potuto cogliere l'occasione per giungere all'istituzione di un meccanismo permanente.

nella comunicazione che illustra la sua risposta economica coordinata alla pandemia di coronavirus[21], si è impegnata ad accelerare la preparazione della proposta legislativa per un sistema europeo di riassicurazione della disoccupazione[22].

Da molto tempo[23], le relative discussioni si sono concentrate su un sistema finanziato da contributi regolari provenienti dai regimi nazionali degli Stati membri, ai quali il sistema europeo presterebbe soccorso nel caso in cui i livelli di disoccupazione raggiungessero valori predeterminati.

Al dibattito è stato dato un significativo impulso con l'insediamento della nuova Commissione; infatti già gli Orientamenti politici presentatati al Parlamento europeo il 27 novembre 2019 dall'allora candidata alla carica di Presidente della Commissione europea, Ursula von der Leyen, a seguito dell'esperienza della sua precedente carica di ministro del lavoro, preannunciavano la presentazione di un regime europeo di riassicurazione delle indennità di disoccupazione, finalizzato a tutelare i cittadini dell'Unione e a ridurre la pressione sulle finanze pubbliche in presenza di *shock* esterni. L'impegno è stato ripreso nel successivo Programma di lavoro della Commissione[24], nel quale si annuncia la presentazione di una proposta di regime europeo di riassicurazione contro la disoccupazione con l'obiettivo di sostenere chi lavora e di proteggere chi ha perso il posto di lavoro a causa di *shock* esterni, in particolare favorendone la riqualificazione.

Si ritiene che un tale strumento risulterebbe di grande importanza per completare l'architettura dell'UEM ed allo stesso tempo, avrebbe dei benefici per tutti i suoi Stati membri, nella misura in cui, fra l'altro, un paese

---

[21] COM (2020) 112 fin., del 12 marzo 2020, Risposta economica coordinata all'emergenza COVID-19.

[22] R. BARATTA, *Il contrasto alla disoccupazione a fronte dell'emergenza sanitaria da Covid-19: è attuale il principio di solidarietà nell'Unione europea?*, in *Sidiblog*, 9 aprile 2020. L'A. individua la possibilità che un tale strumento permanente possa trovare la base giuridica nel titolo XVIII del TFUE, in particolare nelle disposizioni che permettono di promuovere lo sviluppo armonioso dell'Unione nel suo insieme con azioni intese a "realizzare il rafforzamento della sua coesione economica, sociale e territoriale" (art. 174, comma 1, TFUE), anche al fine di ridurre il divario con le regioni europee meno favorite (art. 174, comma 2, TFUE). Infatti, al fine di raggiungere tali obiettivi, l'Unione può condurre *in proprio* politiche e azioni di sostegno, tanto è vero che certi fondi a finalità strutturale sono menzionati (art. 175, comma 1, TFUE) e che alla Commissione è chiesto di relazionare sui progressi compiuti in questo settore (art. 175, comma 2, TFUE). L'A. sottolinea inoltre come assuma una particolare importanza l'art. 175, comma 3, TFUE, nella misura in cui consente all'Unione di adottare *azioni specifiche* con procedura legislativa ordinaria. Infine, poiché sarebbe prospettabile che lo strumento rimanga circoscritto ai soli Stati membri della zona euro, l'A. osserva che la base giuridica concorrente potrebbe essere l'art. 136 (e l'art. 121) TFUE, a norma del quale il Consiglio può adottare "misure concernenti gli Stati membri la cui moneta è l'euro" al fine, tra l'altro, di "rafforzare il coordinamento e la sorveglianza della disciplina di bilancio".

[23] R. BARATTA, *op.cit.*

[24] COM (2020) 37 fin., del 29 gennaio 2020, Programma di lavoro della Commissione 2020. Un'Unione più ambiziosa.

"assicurato" correttamente aiuta i paesi vicini stabilizzando la domanda dei consumatori e dunque le sue importazioni[25].L'istituzione di SURE rappresenta un importante passo avanti nell'organizzazione della solidarietà europea, ma non esclude l'opportunità di progredire verso un vero e proprio regime assicurativo europeo sulla disoccupazione, di cui deve fungere da catalizzatore.

L'esperienza ha dimostrato come sia peraltro necessario che il regime venga istituito *ex ante*, senza attendere una prossima crisi, e che funzioni in maniera automatica: in caso di *shock* economico, la sua mera esistenza deve modificare le aspettative di tutti gli agenti economici in merito alle conseguenze di tale *shock*. In altre parole, il regime di riassicurazione deve garantire agli Stati membri un sostegno finanziario europeo di fronte ad un improvviso e significativo aumento della disoccupazione.

5. Il fondo europeo consentirà di dare prestiti a trent'anni a tasso zero concessi in proporzione del numero di abitanti e di disoccupati degli Stati membri[26].

Nell'ordinamento italiano il nuovo strumento dovrebbe aiutare a coprire i maggiori costi derivanti dalle integrazioni salariali riconosciute per effetto del decreto Cura Italia[27] e del decreto Rilancio[28]. Proprio quest'ultimo decreto, peraltro, fa partire l'iter per la partecipazione dell'Italia a SURE, prevedendo l'autorizzazione del Ministero dell'economia e delle finanze a stipulare l'accordo con la Commissione europea, concernente le modalità di pagamento delle garanzie che gli Stati membri possono prestare quale contributo dello strumento, e a rilasciare la relativa garanzia dello Stato (art. 36).

La criticità dello strumento finanziario appena approvato riguarda i tempi necessari alla realizzazione nell'attesa dell'offerta delle garanzie e della stipula degli accordi Paese per Paese. La Commissione europea potrebbe invitare gli Stati membri a utilizzare, come anticipo, le risorse non

---

[25] Così S. FERNANDES, F. VANDENBROUCKE, *SURE: Un catalyseur bienvenu pour une réassurance chômage européenne*, Jacques Delors Institute, Policy Paper, p. 251. Gli autori considerano lo strumento di riassicurazione della disoccupazione un programma di "*vaccination conte l'instabilité économique*".

[26] Sarà destinato a rafforzare strumenti già esistenti come la cassa integrazione e i contratti di solidarietà. In Italia serviranno a prolungare e rafforzare gli ammortizzatori sociali

[27] Decreto-Legge del 17 marzo 2020, n. 18, recante "Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19", conv. con modificazioni dalla Legge del 24 aprile 2020, n. 27.

[28] Decreto-Legge 19 maggio 2020, n. 34, recante "Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19".

ancora utilizzate del Fondo sociale europeo ma appare difficile prevedere se le regioni vorranno condividere la destinazione di tali risorse finanziarie.

L'Italia dovrà fornire garanzie nazionali che serviranno alla Commissione per emettere bond tripla A, rigirati successivamente tramite prestiti a lungo termine. L'ammontare sarà comunque superiore all'impegno richiesto mediante le garanzie. In ogni caso si tratta di un grande successo per la affermazione di una prima forma di *eurobond* con una mutualizzazione del relativo debito. Un'apertura nel muro della strenua opposizione dei Paesi "rigoristi" a tale forma di solidarietà?

ABSTRACT

COVID-19. A EUROPEAN INSTRUMENT FOR EMPLOYMENT SUPPORT (SURE)

The Council adopted SURE, a temporary scheme which can provide up to €100 billion of loans under favourable terms to member states. The instrument enables member states to request EU financial support to help finance the sudden and severe increases of national public expenditure, as from 1 February 2020, related to national short-time work schemes and similar measures, including for self-employed persons, or to some health-related measures, in particular at the work place in response to the crisis.

The instrument, based on article 122 TFEU, reflects in a spirit of solidarity an appropriate response to the unprecedented economic situation, which the COVID-19 outbreak causes.

COVID-19. UNO STRUMENTO DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA PER L'OCCUPAZIONE (SURE)

Il Consiglio ha adottato SURE, un regime temporaneo che può fornire agli Stati membri fino a 100 miliardi di euro di prestiti a condizioni favorevoli. Lo strumento consente agli Stati membri di richiedere un sostegno finanziario dell'UE per contribuire a finanziare gli aumenti repentini e severi della spesa pubblica nazionale, a decorrere dal 1° febbraio 2020, connessi a regimi di riduzione dell'orario lavorativo e misure analoghe, anche per i lavoratori autonomi, o a determinate misure di carattere sanitario, in particolare sul posto di lavoro in risposta alla crisi. Lo strumento, basato sull'articolo 122 del TFUE, riflette in uno spirito di solidarietà una risposta adeguata alla situazione economica senza precedenti, causata dall'epidemia di COVID-19.

Giuseppe Tesauro*

Senza Europa nessun Paese andrà lontano

1. Il bene si piange quando è perduto, si traduce più o meno così in italiano il ben noto detto napoletano, di tutt'altra musicalità nell'idioma originale. Come tutti i detti o proverbi questo ha un fondamento particolare e rilevante, quando si tratta di un bene primario. Ad esempio la libertà: penso a quei Paesi che ne hanno conosciuta poca, ai soggiorni in carcere a tempo indeterminato in attesa di un processo o della prescrizione, ma anche a coloro che sono costretti a lasciare il Paese per trovare da mangiare e da lavorare, per i quali la libertà è un concetto impietoso.

Tuttavia… Non uscire di casa è regola prima da rispettare ed è altrettanto giusto punire severamente i soliti imbecilli: le immagini di Milano e Napoli mi ricordano purtroppo "a' livella" ben nota di Totò. Pur con scarse conoscenze che perfino la scienza medica ha di questo nemico subdolo e crudele, già il buon senso ci suggerisce che il contagio è figlio del contatto, quello fisico (o quasi) con il nostro prossimo, non importa se di famiglia. Chiusi nelle nostre riflessioni e nei ricordi, siamo costretti a leggere e ad ascoltare le informazioni e le discussioni sul virus, con i numeri dei contagiati, dei guariti, dei morti. C'è di tutto, ma sono privilegiate le esternazioni a finalità politiche o addirittura elettorali, alcune senza vergogna, ciò che confonde il cittadino normale, già sommerso da problemi seri di ogni genere, anzitutto economici, comunque sul futuro.

Ecco, la confusione è l'elemento prevalente. E quella sulle responsabilità dell'Europa è oggi totale e forse sarebbe bene chiarirci alcuni passaggi elementari, senza retorica, né pro né contro. Almeno nel tentativo di evitare di piangere solo quando il bene fosse, come nell'idea di alcuni, perduto.

2. Il Trattato firmato a Roma nel 1957 aveva un obiettivo molto chiaro: la pace. La speranza era che, costretta la storica rivalità tra Francia e Germania e soprattutto le periodiche tentazioni egemoniche della seconda in un processo decisionale collettivo (non a caso si cominciò con la CECA nel 1951, basta leggere la Dichiarazione *Schuman* del 9 maggio 1950), la pace fosse finalmente duratura. Lo strumento fu una unione doganale perfetta, con la libertà di circolazione delle merci e dei fattori della produzione (lavoratori, servizi e capitali) all'interno del perimetro comunitario, una tariffa doganale comune per gli scambi con Paesi terzi e un regime concorrenziale per le imprese: il mercato comune. Il nostro *boom* economico dei secondi

* Presidente AISDUE, Presidente Emerito della Corte costituzionale.

cinquanta e primi sessanta, con le esportazioni di utilitarie e frigoriferi, ne fu un risultato evidente e dubito che l'avremmo ottenuto da soli. Per tutto questo, i sei Stati allora contraenti attribuirono con precisione alcune delle proprie competenze normative, anche rilevanti, all'Unione[1]. Peraltro, gli Stati rifiutarono l'ipotesi di una Unione politica sul modello federale[2] e, a difesa della parte maggiore della sovranità, storicamente fisco e moneta, vollero conservare alla propria responsabilità la politica economica e monetaria[3]. Il sovranismo ha dunque radici antiche, nonostante il monito di Einaudi che "la sovranità è nemica della pace". In breve, una Unione zoppa, con una certa "rivalità" tra dimensione comunitaria e dimensione intergovernativa, in cui gli Stati membri restavano "signori dei trattati"[4], con un assordante silenzio in materia sociale, sanità e di tutela dei diritti fondamentali. Il percorso successivo ha visto, soprattutto per merito della Commissione e ancor più della Corte di giustizia, il ritagliarsi da parte dell'Unione di spazi importanti, con uno spostamento progressivo del baricentro del sistema dal mercato di merci, servizi e capitali, alla circolazione delle persone in quanto tali, con attenzione ostinata alla tutela dei diritti fondamentali e del lavoro in tutte le salse. L'Unione si è poi ritagliata uno spazio anche in due settori importanti di politica economica o ad essa contigui: il controllo degli aiuti di Stato (immaginiamo se lasciato ai singoli Stati!) e la creazione di strumenti di aiuto finanziario alle regioni meno sviluppate, con vistosi effetti in Irlanda, Portogallo e Germania Est, molto meno nel Mezzogiorno italiano, dove è noto il "mistero" dei fondi UE non utilizzati e spostati chissà dove.

3. Le scelte maggiori di politica economica, tuttavia, sono rimaste rigorosamente alla responsabilità degli Stati membri singolarmente considerati, con l'aggravante della separazione, a fine secolo, del governo della moneta, che pure è lo specchio dell'economia, attribuito alla beata solitudine della Banca centrale europea. La conseguenza è la prevalenza, per le scelte più rilevanti, della dimensione intergovernativa, con accordi - nella forma e/o nella sostanza - internazionali non sempre ben coordinati con trattati, rego-

---

[1] Tra le tante, v. la sentenza del 14 dicembre 1971, causa 7/71, *Commissione c. Francia*, punto 3: "Gli Stati membri hanno convenuto d'istituire una Comunità di durata illimitata, dotata di organi permanenti investiti di poteri effettivi, poteri derivanti da una limitazione di competenze o da un trasferimento di attribuzioni dagli Stati alla Comunità stessa".

[2] Allontanandosi dalle aspettative di Jean Monnet: "Non ci sarà pace in Europa se gli Stati verranno ricostituiti sulla base della sovranità nazionale. [...] Gli Stati europei sono troppo piccoli per garantire ai loro popoli la necessaria prosperità e lo sviluppo sociale: le nazioni europee dovranno riunirsi in una federazione" (Algeri, 5 agosto 1943).

[3] La sensibilità alla sovranità è un tema ricorrente nella storia degli ordinamenti: di questo avviso già P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, Leiden, 1972, pp. 36 e 37.

[4] "Herren der Verträge": v. la celebre pronuncia *Maastricht* della *Bundesverfassungsgericht*, 12 ottobre 1993, 2 BvR 2134/92 e 2 BvR 2159/92, punto 112.

lamenti e direttive dell'Unione: si pensi al *Fiscal Compact*, al *MES* e a quant'altro viene deciso sui temi maggiori dal punto di vista economico e finanziario (leggi Grecia). In tempi di crisi economiche succedutesi nell'ultimo ventennio e ora con la crisi sanitaria, sociale ed economica in atto, che si prolungherà per un tempo ancora indefinito ma di sicuro non breve, questa prevalenza determina una confusione totale nella comunicazione e, dunque, nella comprensione del lettore normale, che non riesce a cogliere al giusto la differenza tra ciò che si decide dentro e ciò che si decide fuori dell'assetto istituzionale dell'Unione[5].

Alla base di questa situazione multilivello, a dir poco ambigua, c'è il principio delle competenze di attribuzione, che preclude all'Unione di esercitare competenze non attribuite espressamente dagli Stati membri. A ciò si aggiunge la complessità del processo decisionale dell'Unione, che comporta lungaggini spesso incompatibili con la tempestività richiesta in alcune situazioni eccezionali. Le scelte maggiori di politica economica, pertanto, non le possiamo pretendere dall'Unione se non con una modifica del trattato istitutivo, oggi Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Quello che allo stato c'è è solo una funzione di coordinamento delle politiche economiche dei Paesi membri, in concreto uno stimolo spesso vano a loro iniziative, con resistenze sovraniste di ogni tipo. Per la determinazione del confine tra competenze dell'Unione, attribuite espressamente o rosicchiate nella prassi, e competenze degli Stati membri è stata talvolta chiamata la Corte di giustizia, che secondo la sua storica tendenza pro-integrazione ha usato ogni esercizio dialettico - perché tacerlo, anche disinvolto - per salvare il salvabile e non solo, pur alimentando critiche di ogni genere, in particolare dalla Germania.

Nella situazione attuale, in definitiva, di sicuro non è abbastanza, ma neppure è pochissimo quello che ad oggi può passare il convento comunitario. La BCE ha corretto il primo tiro mediaticamente infelice con una misura di valenza monetaria di oltre 800 miliardi di euro, la Commissione ha promesso di chiudere un occhio sugli aiuti di Stato (ma la regola *de mini-*

[5] La presenza del metodo intergovernativo manifesta quantomeno un'"anomalia" nell'approccio gestionale del settore monetario. Se è vero che le decisioni intergovernative si dimostrano tempestive nell'affrontare eventuali improvvisi *shock* finanziari, è altrettanto vero che la politica monetaria resta competenza esclusiva dell'Unione. Sulla volontà di integrare i Trattati con tali meccanismi, V. J.-C. JUNCKER, D. TUSK, J. DIJSSELBLOEM, M. DRAGHI, M. SCHULZ, *Completing Europe's Economic and Monetary Union*, in *ecb.europa.eu*, 2015, p. 18: "Several intergovernmental arrangements were created during the crisis. This was explained by the shortcomings of the EMU's architecture but ultimately they need to be integrated into the legal framework of the European Union". Cfr. anche la sentenza del 20 settembre 2016, cause riunite C-8-10/15 P, *Ledra Advertising Ltd e a.*, punto 67. Fornendo un'interpretazione estensiva dell'art. 51, par. 1, della Carta, la Corte ha affermato che la Carta si applica alle istituzioni dell'Unione anche quando queste ultime agiscono al di fuori del quadro giuridico dell'Unione, come nell'ambito del Trattato di Bruxelles del 2012 che ha istituito il Meccanismo europeo di stabilità (c.d. Trattato MES).

mis già c'era), di consolidare i fondi di aiuto regionale e sui ritardi di certe regioni di nostra conoscenza, nonché di integrare le risorse nazionali della Cassa integrazione di milioni (ahimè), piuttosto che di miliardi, di eliminare le condizioni di utilizzazione del MES per le spese indotte dalla crisi sanitaria, la BEI è stata anch'essa coinvolta. Sulla possibilità di obbligazioni o *bond* a lungo, c'è stata l'ostinata opposizione della Germania attorniata dalla devozione di Olanda, Austria e Finlandia, e paradossalmente si preannuncia il no anche di una frangia italiana. Opposizione che nasce proprio dalla circostanza che, come detto, la politica economica europea si riduce ad una mera azione di coordinamento che non consente alla Commissione di gestire direttamente, attraverso programmi europei, le somme derivanti dai titoli di debito pubblico comune. Da qui le resistenze di tali Paesi a garantire prestiti a livello dell'Unione senza poter scegliere o vigilare – almeno indirettamente – sull'impiego delle somme reperite. Invero, l'emissione di titoli di debito pubblico europei (cc.dd. *eurobond* o *coronabond*) necessiterebbe di un'adeguata copertura finanziaria che l'attuale bilancio dell'Unione (circa l'1% del PIL degli Stati membri) non sembra in grado di assicurare. Una soluzione potrebbe essere l'ampliamento delle risorse a disposizione dell'Unione tramite misure di fiscalità europea (introduzione di nuovi tributi a livello europeo quali la tassa sul tabacco, la tassa sulle transazioni finanziarie - c.d. *Tobin Tax* - o ancora una *digital tax*, dal momento che il mercato dei servizi digitali è uno dei meno colpiti dalla crisi scaturita dal Covid-19). Ma, come è noto, gli Stati sono tradizionalmente gelosi della leva fiscale[6].

Ci sarà comunque l'alternativa di un *Recovery Fund* (Fondo di recupero), all'interno del bilancio dell'Unione. In breve, si è scavato sul fondo del barile delle competenze comunitarie e un po' oltre, contando sulla saggia comprensione della Corte. E ora spetta agli Stati di decidere, i "signori dei trattati", come già detto, per un pacchetto ipotizzato dai 1000 ai 1500 miliardi di euro: non è poco, se reale.

4. L'Unione ha sempre considerato il diritto alla salute come un diritto fondamentale della persona. Infatti, tanto le istituzioni "legislative" quanto la Corte di giustizia si sono adoperate, da subito, affinché nella definizione e nell'elaborazione delle specifiche misure settoriali fosse garantito un livel-

[6] Giova ricordare che la prima conseguenza della creazione di un mercato unico privo di un'armonizzazione fiscale è l'esistenza di "quasi paradisi fiscali" per le imprese comunitarie ed extraeuropee (Olanda, Irlanda, Cipro e Lussemburgo). Il termine "quasi" è d'obbligo, dal momento che l'"elusione" rappresenta un comportamento legittimo dell'impresa contribuente e che dunque non si tratta di un vero e proprio forum shopping fiscale; tuttavia ciò rispecchia certamente una pratica se non altro non solidale all'interno di un mercato concorrenziale comune come vorrebbe essere quello dell'Unione.

lo elevato di tutela della salute[7]. Al riguardo, ricordo la nota vicenda, nei secondi anni novanta, della "mucca pazza", con un coinvolgimento di molti Paesi[8]. La Commissione europea aveva deciso di sospendere, in presenza di un rischio mortale reale per uomini e animali, le esportazioni di bovini e di carne bovina dal Regno Unito, nonché, per evitare deviazioni di traffico, le esportazioni verso Paesi terzi, con danni importanti all'economia del Regno Unito e di numerosi altri Paesi, che infatti contestavano la inevitabile violazione della libertà di circolazione delle merci, cuore palpitante del mercato comune[9]. Alla richiesta di sospensione cautelare del provvedimento avanzata dal Regno Unito, la Corte di giustizia dell'Unione europea, rilevando la diffusa mortalità dovuta alla malattia, affermò che nel bilanciamento degli interessi a confronto "[…] non è consentita esitazione alcuna. Pur ammettendo le difficoltà di ordine economico e sociale generate nel Regno Unito dalla decisione della Commissione, la Corte non può che riconoscere l'importanza prevalente da attribuire alla protezione della salute"[10]. La vicenda si è poi diluita in vari procedimenti ma alla fine il risultato finale e complessivo ha comunque premiato il diritto alla salute. Non deve sorprendere, pertanto, e va apprezzata la valutazione del TAR di Napoli che, a fronte di una domanda cautelare di sospensione delle iniziative del Presidente della Regione Campania, ha dato la stessa risposta appena ricordata sulla questione della mucca pazza: "Considerato peraltro aspetto che, nella valutazione dei contrapposti interessi, nell'attuale situazione emergenziale a fronte di limitata compressione della situazione azionata, va accordata prevalenza alle misure approntate per la tutela della salute pubblica"[11].

Il Trattato di Lisbona, poi, con l'introduzione dell'art. 9 TFUE ha rafforzato la dimensione trasversale della tutela della salute, stabilendo che "Nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione

---

[7] Cfr. le sentenze del 5 ottobre 2000, causa C-376/98, *Germania c. Parlamento e Consiglio*, punti 76-78, 84 e 88 e del 14 dicembre 2004, causa C-210/03, *Swedish Match*, punto 31.

[8] Sentenza del 5 maggio 1998, causa C-180/96, *Regno Unito c. Commissione*. V. anche la relativa ordinanza cautelare del 12 luglio 1996, causa C-180/96 R.

[9] La decisione si fondava prevalentemente – e correttamente – sul principio di precauzione, la cui invocabilità è subordinata alla circostanza che gli effetti potenzialmente pericolosi di un fenomeno siano stati individuati attraverso una valutazione scientifica e obiettiva e che quest'ultima non consenta di determinare il rischio con sufficiente certezza [v. COM(2000) 1 final, del 2 febbraio 2000, comunicazione sul principio di precauzione]. In dottrina, per tutti, v. F. MUNARI, *Il ruolo della scienza nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di tutela della salute e dell'ambiente*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 1, 2017, p. 131 ss.; J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Le principe de précaution*, in J.-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (sous la direction de), *Droit administratif européen*, Brussels, 2007, p. 459 ss.; J. L. DA CRUZ VILAÇA, *The Precautionary Principle in EC Law*, in *European Public Law*, vol. 10, n. 2, 2004, p. 369 ss.

[10] Ordinanza *Regno Unito c. Commissione*, cit., punto 93.

[11] Decreto TAR Campania Napoli, sez. V, 18 marzo 2020, n. 41.

tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di [...] tutela della salute umana".

5. Mi sento, pertanto, di condividere per intero, ad esempio, le restrizioni alla nostra libertà di circolazione delle persone imposte, pure con qualche ritardo in gran parte giustificabile, dal nostro governo, poi seguito da molti altri Paesi e perfino dagli USA e dal Regno Unito, i cui (ir)responsabili avevano irriso col disprezzo di sempre alle iniziative del nostro Paese. D'altra parte, il contagio, lo capiscono anche i non addetti ai lavori, è figlio del contatto, anche aereo, senza fili. La tentazione di esprimere qualche perplessità sulla disinvoltura nel maneggiare gli strumenti giuridici – decreti, leggine, rescritti di viceré, taccio sull'art. 191 TFUE - utilizzati per imporre quelle restrizioni ci può stare, ma una riflessione anche superficiale sul senso delle non poche critiche che si sono avvicendate sui media con esternazioni pseudo-scientifiche porta a conclusioni diverse.

Si è scomodata perfino la nostra bella Costituzione, recitata in varie salse ma senza l'unico riferimento seriamente rilevante: al valore della tutela della salute (articoli 16 e 32). Ed invero ci dobbiamo rendere conto che al di sopra del bene della salute, pubblica e al contempo individuale, per ciò stesso del corrispondente diritto fondamentalissimo dei singoli, e con esso il diritto ad un ambiente salubre, non c'è molto, forse nulla. Ed anche il valore della libertà, che pure, ripeto, è senza dubbio un valore primario, non può considerarsi valore assoluto, a tal punto da avere addirittura la primazia sul valore-diritto della salute.

6. La crisi, che non ha risparmiato nessuno, neanche quei Paesi che, dopo iniziali sbruffonerie, l'hanno dovuta affrontare più tardi e non hanno avuto da seguire modelli diversi da quello italiano, meritava certamente un'attenzione comune, anzi comunitaria, maggiore. Se così è, l'occasione ci impone di trovare rimedi diversi da quelli destinati a vicende di singoli Stati facili al debito pubblico o comunque in difficoltà, leggi MES. Occorrono rimedi forti e coraggiosi per dare un contenuto concreto alla parola solidarietà, ma soprattutto per dare un senso maggiore e utile al futuro dell'Europa, che altrimenti rischia un declino anche nell'apprezzamento dei giovani. In solitudine pochi Paesi andrebbero lontano, certo non il nostro: se c'è una globalizzazione, questa del coronavirus è un esempio palpabile. La soluzione ottimale sarebbe una seria rivisitazione, meglio ancora una modifica, dei trattati, oggi praticamente quasi impossibile, sugli obiettivi, i valori e le competenze dell'Unione. Tuttavia, i tempi sono stretti, per il momento ci potremmo accontentare della norma (art. 308 TFUE) da rispolverare sulla flessibilità e i poteri cc.dd. impliciti, anche a costo di una

riduzione dei Paesi coinvolti (cooperazione rafforzata, di fatto già sperimentata), ipotesi che, sommessamente dico, non sarebbe affatto una tragedia[12]. Penso, ad esempio minimo, ad un regolamento che aggiorni gli esistenti relativi a catastrofi e calamità naturali, che pure mi sembra di ricordare avessero quella base giuridica e almeno nel titolo la parola "solidarietà", a voler tacere dei fondi strutturali, regionale *et similia* o il programma *Erasmus*. Meglio, si può immaginare un atto dell'Unione sulle emergenze in generale, quale ne sia l'origine, anche sanitaria, in modo da superare il coordinamento fantasma della Commissione, che per la sanità ha brillato per la sua assoluta inconsistenza.

Soprattutto, però, per alcune emergenze occorrerebbe introdurre una chiara competenza cautelare e d'urgenza nel processo decisionale, oggi tanto vischioso e lento da rivelarsi almeno inefficace (mi domando ancora perché due Consigli dei rappresentanti degli Stati, a tacere di altri "gruppi"). Noi abbiamo, come in tutti i Paesi, il decreto-legge, comunque denominato: è sicuro che, beninteso se usato quando realmente si può e si deve senza arrivare alle deviazioni purtroppo frequenti, si tratta di uno strumento fondamentale. Pensiamoci, altrimenti si alimentano tentazioni e soluzioni nostalgiche di tipo ungherese o del *Visegrad*, delle quali francamente non sentiamo il bisogno.

Ultimo pensiero, da manifestare sommessamente ma con fiera convinzione. La Commissione europea, alla quale si vorrebbe affidare la gestione del prefigurato *Recovery Fund* (alternativa che pare terminologica ai *bond*), in quanto ipotizzato come voce del bilancio UE, è costruita dai trattati dell'Unione come organo di individui, come la Corte, nel preciso senso che i suoi membri non sono rappresentanti dei - in chiaro: non rispondono ai - rispettivi Stati di appartenenza: è un loro diritto e soprattutto un dovere, imprescindibili l'uno e l'altro. Oggi è ancora così?

[12] Sul rapporto tra le cooperazioni rafforzate e l'art. 4, par. 2, TUE, sia consentito rimandare a G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO, Napoli, 2020, p. 17.

Ennio Triggiani*

L'Unione europea alla sfida decisiva

L'integrazione europea ha affrontato, nella sua non lunga storia, diverse e complesse crisi ma da ciascuna di esse è riuscita, forse inaspettatamente, rafforzata. Non sappiamo se ne sarà capace anche in questa circostanza, considerato che molti nodi stanno venendo al pettine e non sembra più rinviabile una decisione sul suo futuro. Certo, la dimensione globale della sfida pandemica dovrebbe ulteriormente dimostrare, se pure ce ne fosse bisogno, l'irrinunciabile superamento dei ristretti confini nazionali nella soluzione delle problematiche contemporanee; tuttavia, anguste miopie di parte, nutrite dal motto "per qualche voto in più", rendono tutto molto difficile. Si pensi alla tradizionale manfrina del bicchiere fra mezzo pieno e mezzo vuoto con cui, solo in Italia, maggioranza e opposizione hanno valutato la conclusione del Consiglio dei ministri finanziari del 9 aprile u.s.: si passa dal "confortante risultato", della prima, alla "desolante Caporetto" o addirittura all'incredibile "alto tradimento", della seconda. L'equilibrio dei giudizi, nel nostro pittoresco Paese, somiglia a quello di un ubriaco lungo una linea ideale del suo cammino; non era peraltro facile, in questo primo tempo della partita (il secondo è fissato nel prossimo Consiglio europeo), conseguire risultati eclatanti. Infatti, non ci sono gli "*eurobond*" mentre il MES (*Meccanismo Europeo di Stabilità*) – per di più di uso facoltativo – è limitato alle spese sanitarie dirette e indirette con un finanziamento di 240 miliardi (nella sua sottolinea di credito *Pandemic Crisis Support*); e, soprattutto, esso è stato privato del discutibile commissariamento da parte della *troika* (Commissione europea, BCE, FMI) cui era sottoposto lo Stato che ne avesse richiesto l'utilizzazione (come in Grecia). Continuare a demonizzare il MES risulta, quindi, francamente incomprensibile, considerata la possibilità di disporre di 37 miliardi per interventi sanitari (preziosa liquidità cui far riferimento), e comunque nessuno sarà obbligato a farvi ricorso. Se mai, si potrebbe trasformarlo in una *Cassa Depositi e Prestiti Europea* con il compito di emettere *bond* a medio termine magari diretti a sostenere il prioritario *Europea Green Deal*.

La Banca Europea per gli Investimenti sosterrà finanziamenti di 200 miliardi soprattutto per le piccole e medie imprese, al quale si aggiunge l'intervento della Commissione attraverso i programmi COSME (*Competitiveness Enterprises and Small Sized Enterprises*) e Innovfin (*EU Finance Innovator*). Altri 100 miliardi sono previsti per il programma SURE (*Sup-*

* Emerito - Università degli Studi di Bari A. Moro.

port to mitigate Unemployment Risks in an Emergency) anti-disoccupazione, anche se non si è ancora disegnata una concreta politica europea di lotta alla disoccupazione strutturale; questa è richiesta con forza dall'Organizzazione internazionale del lavoro, e come d'altronde fra le priorità poste dal *Pilastro europeo dei diritti sociali* proclamato da Parlamento europeo, Consiglio e Commissione il 17 novembre 2017.

C'è, ed è interessante, anche l'impegno a lavorare ad un Fondo per la ripresa economica (*Recovery Fund*) da 500 miliardi per sostenere la ripresa attraverso solidarietà e coesione; ora la battaglia sarà su come finanziarlo, se con bond comuni o altri strumenti, e su come fornirgli un'identità chiaramente "europeista". Peraltro, non sappiamo ancora con quale tempistica questo ed altri strumenti finanziari innovativi saranno attivati.

Per il momento si tratta di interventi significativi che si aggiungono ai fondamentali 750 miliardi della BCE per l'acquisto di titoli di Stato (PEPP, *Pandemic Emergency Purchase Programme*) dei quali 220 a favore dell'Italia con il conseguente accesso facile e a basso costo al mercato finanziario, al recupero a nostro favore di 11 miliardi dei Fondi strutturali a rischio perdita, alla sospensione del Patto di stabilità e quindi dei limiti di spesa derivanti dai parametri di Maastricht, al ridimensionamento del divieto degli aiuti di Stato ed alla flessibilità nella disciplina degli appalti pubblici. Nel complesso, viene mobilitato, per la prima volta, un rilevante pacchetto di circa 1000 miliardi di euro rapidamente incrementabile fino a 1500. Ma la lunga e vera battaglia, da compiere sganciandoci dalla facile propaganda, verterà soprattutto sull'entità del nuovo bilancio pluriennale attualmente fissato ad un misero 1% del PIL europeo comunque da portare almeno all'1,5% e su di una nuova fiscalità comune; questa, indispensabile in una unione monetaria, non può più sopportare quasi-paradisi fiscali quali la "rigorosa" Olanda.

Ciò detto, sarebbe bene finirla con gli equivoci, scusabili se derivanti da scarsa conoscenza ma meschini quando dettati da desolante propaganda. Cerchiamo allora di essere precisi quando parliamo di Europa (o meglio, di Unione europea). Questa, va ricordato, è formata soprattutto dalle sue istituzioni politiche sovranazionali quali sono la Commissione ed il Parlamento. Accanto ad esse, tuttavia, si affiancano i due Consigli, quello europeo (e non "d'Europa", che è altra organizzazione) formato dai Capi di Stato o di governo (e cioè dal vertice politico) e quello "dei ministri", composto dai singoli responsabili dei dicasteri in funzione della loro competenza. Entrambe queste ultime istituzioni sono diretta espressione degli Stati nazionali e ne rappresentano i vari egoismi "sovranisti". Il problema è che, negli attuali equilibri istituzionali, per le decisioni più importanti, come il bilancio o l'attuale vicenda degli euro o corona *bond*, i poteri sono in mano ai governi nazionali ed alla possibilità per ciascuno di essi (a partire da

Malta e Lussemburgo) di porre il veto. È chiaro, quindi, che l'Europa vive la perenne contraddizione di una grandiosa realtà di integrazione e solidarietà sottoposta però al pesante condizionamento degli egoismi nazionali. È come una Ferrari il cui motore possente fosse bloccato da un limite di velocità "cittadino". E mi pare abbastanza singolare che da forze politiche ideologicamente basate sul "sovranismo" ci si meravigli delle conseguenze prodotte sul funzionamento dell'Unione da parte degli altri "sovranismi".

Ed anche sui *profili sanitari* l'attuale crisi dimostra quanto sia necessario migliorare la qualità dell'intervento comune. Iniziali polemiche contro l'inadeguatezza dell'intervento "europeo" hanno tralasciato la circostanza che la sanità non è una specifica competenza dell'Unione la quale non definisce le politiche sanitarie, né l'organizzazione e la fornitura di servizi sanitari e di assistenza medica. La sua azione, secondo l'art. 168 TFUE, si limita a integrare le politiche nazionali e a sostenere la cooperazione tra gli Stati membri nel settore della sanità pubblica, in particolare nella "lotta contro i grandi flagelli, favorendo la ricerca sulle loro cause, la loro propagazione e la loro prevenzione, nonché l'informazione e l'educazione in materia sanitaria, nonché la sorveglianza, l'allarme e la lotta contro gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero" (par. 1); e si attribuisce a Parlamento europeo e Consiglio il, potere di "adottare misure di incentivazione per proteggere e migliorare la salute umana, in particolare per lottare contro i grandi flagelli che si propagano oltre frontiera, misure concernenti la sorveglianza, l'allarme e la lotta contro gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero" (par. 5).

Concretamente, e come prima fase, la Commissione ha mobilitato 3 miliardi di euro dal bilancio dell'UE, di cui 2,7 miliardi di € saranno erogati attraverso lo strumento per il sostegno di emergenza e 300 milioni di € attraverso la capacità di apparecchiature mediche di *rescEU*, il Meccanismo di protezione civile dell'Unione per fronteggiare le catastrofi. Saranno possibili contributi supplementari da parte degli Stati membri e dei singoli, di fondazioni e anche di iniziative di finanziamento collettivo (*crowdfunding*).

E va ricordato che, in tale quadro di cooperazione e sorveglianza, opera dal 2005 il *Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie* (ECDC) – una delle due agenzie create dall'Unione europea per supportare (non sostituirsi a) i governi nazionali su questioni relative alla Salute – fornendo linee guida e analisi del rischio riguardo a malattie ed epidemie. Tale compito è stato egregiamente eseguito nelle scorse settimane con una serie di indicazioni, purtroppo ignorate o sottovalutate da molti governi, sulle misure di prevenzione, di protezione individuale dei singoli cittadini e degli operatori sanitari nonché di organizzazione ospedaliera di fronte all'arrivo massiccio dei contagiati.

Ed ancora, il *Centro di coordinamento della risposta alle emergenze* della Commissione fornisce continua assistenza a tutti i Paesi, in Europa e nel resto del mondo, che ne facciano richiesta. Può assumere la forma di cofinanziamento del trasporto dell'assistenza, compresi i dispositivi di protezione individuale e altre forme di sostegno quali la messa a disposizione di competenze.

In realtà, non si poteva fare di più proprio in quanto esistono, appunto, precisi limiti di intervento per le istituzioni "comunitarie". Sulla Sanità il potere risiede ancora, e lo stiamo vedendo, nelle mani degli Stati nazionali, che non hanno mai voluto cedere a Bruxelles la loro sovranità; d'altronde, basta pensare, in sovrappiù, al pasticcio italiano della ripartizione di competenze fra Stato e Regioni con queste ultime a godere, in materia, delle principali responsabilità. L'Unione non può organizzare o fornire i servizi sanitari e di assistenza medica nei vari Paesi, né può definirne le politiche; al massimo può collaborare con i competenti settori industriali per incrementare la produzione di attrezzature mediche e l'offerta di medicinali.

Dispiace, allora, che la cancelliera Merkel non colga l'occasione di spendere l'ultima parte della sua vita politica nell'aprire la strada ad interventi veramente innovativi e coraggiosi, come pur sollecitata da autorevole stampa tedesca quale il *Der Spiegel*. La nascita degli *eurobond* non avrebbe solo un significativo impatto economico ma costituirebbe una importante coinvolgimento e immedesimazione dei cittadini nel progetto europeo. Ricordiamo che il ricorso a tale strumento era già stato formalizzato nel Piano Delors nel 1994 (e l'allora Presidente della Commissione ne parlava già dal 1987), avanzatissimo per l'epoca e, ahimè, ancora tale a tutt'oggi. L'emissione congiunta di titoli di Stato garantiti da tutti i Paesi dell'eurozona, trasformando il rischio individuale di ciascuno di essi in frazioni di rischio collettivo, dovrebbe essere interessi di tutti. Si creerebbe infatti un mercato di dimensioni tanto imponenti da mettere al riparo da possibili attacchi speculativi; e si tratterebbe di un passo decisivo verso una nuova indispensabile politica fiscale e di bilancio comune per un rilancio della crescita e del nostro modello sociale attraverso la mobilitazione di tutte le risorse necessarie. Ed in questo ambito dovrebbe diventare fisiologica una progressiva ridistribuzione del reddito ed un'equa ripartizione dei costi nel caso di crisi comuni come quella del Covid-19.

È giunto il momento di comprendere che l'unica via d'uscita dal pericoloso stallo in cui versa l'integrazione europea consiste nella eliminazione della caratteristica di "Giano bifronte" dell'attuale Unione. Si tratta di costruire una realtà meno contraddittoria e pienamente sintonizzata sulle ineludibili e improrogabili necessità della odierna società globalizzata. Certo, attualmente fra un'Europa limitata, come l'attuale, e la "non Europa", irresponsabilmente evocata da qualcuno, esiste solo l'abisso del fallimento. Ciò

non toglie che bisogna lavorare per scenari radicalmente diversi partendo da quei Paesi membri, in gran parte meridionali e molto importanti, orientati a recuperare lo spirito originario del sogno europeo. Rimanere troppo ancorati alla realtà rischia di farsi travolgere dalla rapidità con cui questa si evolve.

La posta in gioco è altissima e riguarda la tenuta stessa della democrazia nonché la portata dei rapporti internazionali e della geopolitica. Ma la storia dell'integrazione europea, come si è detto, ha evidenziato che i suoi processi di crescita sono emersi proprio dopo gravi crisi prodottesi al suo interno e la fine della pandemia ci consegnerà un'Europa in una situazione per alcuni versi simile al secondo dopoguerra. C'è da sperare che, proprio sulla base delle tragedie umane ed economiche vissute, i governi europei, secondo quanto avvenuto grazie agli statisti che allora diedero vita alle Comunità europee, mettano da parte chiuse visioni nazionali e lavorino in uno spirito di rinnovata e indispensabile solidarietà. Già, però quelli erano statisti.

La proposta di Patto su immigrazione e asilo

Marco Borraccetti·

Le vie legali di accesso all'Unione nel nuovo Patto su asilo e migrazione della Commissione europea

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Vie legali d'accesso e quadro giuridico dell'Unione. – 3. Le vie legali d'accesso nel Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo e nella raccomandazione sui percorsi sicuri per la protezione internazionale. – 4. Le misure di reinsediamento ed i loro beneficiari. – 5. Le forme di accesso per protezione internazionale diverse dal reinsediamento: assistenza umanitaria, corridoi umanitari ed ipotesi alternative. – 6. I canali legali non collegati alla protezione internazionale. – 7. In conclusione.

1. La necessità di una gestione della migrazione in modo legale, ordinato, sicuro è emersa con forza a livello globale negli anni più recenti. O, meglio ancora, solo in anni recenti si è presa consapevolezza della vastità del fenomeno e della necessità di un approccio condiviso e caratterizzato da un'effettiva cooperazione internazionale, che prendesse in considerazione le necessità degli Stati coinvolti, così come quelle dei migranti. Considerate di importanza residuale o comunque inferiore rispetto alle misure di contrasto all'immigrazione irregolare, ed al contempo strettamente collegate al sistema europeo d'asilo, la garanzia e la previsione di vie legali d'accesso possono risultare fondamentali e decisive innanzitutto nella tutela delle vite umane, ma anche per ridurre gli affari delle organizzazioni criminali dedite al traffico e alla tratta di persone. La loro importanza è stata sottolineata nella dichiarazione di New York su migranti e rifugiati[1], seguita dai *Global Compact on Refugees*[2] e *for Safe, Orderly and Regular Migration*[3], adottati a Marrakech nel dicembre 2018, il primo dei quali richiamava la necessità di ampliare "*legal pathways for refugees*" sì da poterle rendere disponibili sul piano globale[4]. Importanza affermata, per ciò che riguarda la migrazione

---

· Professore associato di diritto dell'Unione europea, Alma Mater Studiorum – Università di Bologna.

[1] *New York Declaration for Refugees and Migrants*, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni unite il 13.9.2016, n. A/71/L.1, punti 77-78 e 79 e ss. delle soluzioni durature.

[2] *Global compact on refugees*, adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite a Marrakech il 17.12.2018, n. A/RES/73/151.

[3] *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite a Marrakech il 19.12.2018, n. A/RES/73/195. Vale ricordato che le tensioni intraeuropee sulla gestione delle migrazioni si sono riflesse anche in tale contesto: dopo aver visto l'UE contribuire alla dichiarazione di New York esprimendo una posizione unitaria, al momento della discussione e dell'adozione dei due *Compact* alcuni Stati membri hanno deciso di non sottoscriverli, tra di essi l'Italia, limitatamente a quello sulle migrazioni.

[4] Si guardi ai punti 14 e 16 del *Global Compact on Refugees*, cit.

regolare, anche dal *Global compact* sulla migrazione, il cui obiettivo n. 5 è per l'appunto rubricato "Enhance availability and flexibility of pathways for regular migration", e ribadita dalla *UNHCR Three-Year Strategy (2019-2021) on Resettlement and Complementary Pathways* che ha individuato come – ambizioso – obiettivo lo sviluppo vie d'accesso complementari al reinsediamento.

Se si guarda alla dimensione europea, il precedente Patto europeo sull'Immigrazione e l'Asilo[5] (2008) si limitava a collegare l'organizzazione dell'immigrazione legale alle esigenze del Paese di accoglienza e degli interessati; al contempo, guardava all'immigrazione temporanea e circolare per contrastare "la fuga dei cervelli". Per quel che concerne, invece, la protezione internazionale, già si manifestava la necessità di rafforzare la cooperazione con UNHCR "per assicurare una migliore protezione alle persone che la richiedano all'esterno del territorio degli Stati membri dell'Unione europea", "progredendo, su base volontaria, verso il reinsediamento nel territorio dell'Unione europea"[6] di coloro che si trovavano già sotto la protezione dell'Alto commissariato dei rifugiati. Un'esigenza sottolineate sin dall'inizio degli anni 2000, con la proposta – poi naufragata – relativa all'istituzione di "Protected entry procedure", in grado di garantire dei viaggi in condizione di sicurezza grazie alla possibilità di presentare domanda nelle sedi diplomatiche all'estero[7], che avrebbero potuto garantire anche l'elevazione del rispetto dei diritti umani degli interessati, con l'applicazione a quella fase dei livelli di protezione richiesti in ambito europeo, tanto dalla Carta dei diritti fondamentali che dalla CEDU. Un'ipotesi che avrebbe potuto portare ad una razionalizzazione dei viaggi verso l'Europa, probabilmente senza una pressione eccessiva negli Stati terzi, cosa da prendere comunque in considerazione, vista la dislocazione delle rappresentanze diplomatiche nei luoghi più sensibili alla tematica migratoria.

---

[5] Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo (2008), punto I, in principio.

[6] Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo (2008), punto IV, lettera d).

[7] Sul punto si vedano S. CARRERA, R. CORTINOVIS, *The EU Role in Implementing the Global Compact on Refugees. Contained Mobility vs International Protection*, 2019, www.ceps.eu/ceps-publications/eus-role-implementing-un-global-compact-refugees/, p. 6 ss.; M. SAVINO, *Refashioning Resettlement: From Border Externalization to Legal Pathways for Asylum*, in S. CARRERA, A. P. L. DEN HERTOG, M. PANIZZON, D. KOSTAKOPOULOU (eds), *EU External Migration Policies in an Era of Global Mobilities: Intersecting Policy Universes*, Brill, 2018, p. 91 ss.; J. VAN SELM, *Study on the Feasibility of Setting up Resettlement Schemes in EU Member States or at EU Level Against the Background of the Common European Asylum System and the Goal of a Common Asylum Procedure*, 2004, Migration Policy Institute; G. NOLL, *Study on the Feasibility of Processing Asylum Claims Outside the EU Against the Background of the Common European Asylum System and the Goal of a Common Asylum Procedure*, 2002, Danish Center for Human Rights. Si rinvia anche alla bibliografia in questi lavori segnalata.

In tale contesto si inserisce il nuovo Patto europeo sull'Immigrazione e l'Asilo[8], la cui pubblicazione è stata accompagnata da quella di un nuovo pacchetto di misure sull'immigrazione, figlio dell'ambizione della Commissione di tale politica europea nel corso dei prossimi anni. Assumendo una posizione coerente con quanto asserito a livello internazionale, ed in parte già sostenuto anche a livello unionale, la parte del Patto dedicata allo sviluppo di vie di accesso legali al territorio europeo poggia sulle relazioni con gli Stati terzi, per giungere ad una gestione dell'immigrazione che risulti soddisfacente allo stesso modo per tutti gli attori statali coinvolti[9]. L'importanza di tale relazione, anche alla luce degli opportuni rafforzamento e flessibilità nella predisposizione delle vie d'accesso per migranti regolari, viene sottolineata anche dal Parlamento europeo, a detta del quale, infatti, l'aumento del numero di canali legali per la migrazione contribuirebbe a ridurre il numero di irregolari[10], ed anche la pressione sui sistemi nazionali d'asilo, sfruttati anche al solo fine di rimanere per un certo periodo, in condizioni regolari, nello o negli Stati membri d'interesse.

La pubblicazione del Patto sull'immigrazione e l'asilo è stata accompagnata, tra le altre, da quella della Raccomandazione della Commissione[11] sulle vie di accesso legali strettamente collegate alla protezione internazionale[12]; non vi sono, invece, atti dedicati o riconducibili a quelle collegate alla migrazione di natura economica. In generale, emerge quindi sin d'ora che, il richiamo alla necessità di individuare vie d'accesso legali, sicure e ordinate, è principalmente riferito a percorsi per titolari di protezione internazionale, od anche individuati come meritevoli di protezione. Resta che la questione dell'accesso agli Stati membri per vie legali dovrebbe riguar-

---

[8] COM(2020)609 final, del 23 settembre 2020, comunicazione Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo. Nel presente articolo è indicato anche come Patto sulla migrazione e l'asilo o Patto. Per un commento generale si leggano P. DE PASQUALE, *Il Patto per la migrazione e l'asilo: più ombre che luci*, in *I Post di AISDUE*, n. II/2020, aisdue.eu; D. THYM, *European Realpolitik: Legislative Uncertainties and Operational Pitfalls of the 'New' Pact on Migration and Asylum*, in *eumigrationlawblog.eu*; 28.9.2020; A. DI PASCALE, *Il nuovo patto europeo per la migrazione e l'asilo: scontentare tutti per accontentare tutti*, in *Eurojus.it*, 28.9.2020; C. FAVILLI, *Il Patto europeo sulla migrazione e l'asilo: "c'è qualcosa di nuovo, anzi di antico"*, in *questionegiustizia.it*, 2.10.2020.

[9] Si vedano sul punto le pp. 26 e ss. del Patto europeo sulla migrazione e l'asilo, cit. In più occasioni è stato sottolineato dalla Presidente della Commissione europea, così come dal Vicepresidente Schinas e dalla Commissaria Johansson nel corso dell'audizione alla commissione parlamentare sulle libertà civili (LIBE) del 24.9.2020, che l'ambizione è quella di giungere all'istituzione di un sistema ove siano soddisfatti in pari misura tanto gli interessi degli Stati membri dell'UE, che quelli degli Stati terzi.

[10] Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (LIBE) del 9 ottobre 2020, *Draft Report on new avenues for legal labour migration*, 2020/2010 (INI), punto 19.

[11] Raccomandazione C(2020)6467 final della Commissione, del 23.9.2020, relativa ai percorsi legali di protezione nell'UE: promuovere il reinsediamento, l'ammissione umanitaria e altri percorsi complementari.

[12] Per un commento a questa parte del Patto: L. LOBEUF, *Legal Pathways to Protection: Towards a Common and Comprehensive Approach?*, in *eumigrationlawblog.eu*, 3.12.2020.

dare anche chi aspira a giungervi per ragioni di lavoro: come a breve riportato, le modalità di accesso all'uopo indirizzate rimangono fortemente limitate, per differenti ragioni, riconducibili non solo all'assenza di una disciplina uniforme sulla mobilità di lungo periodo, ma anche all'esistenza di mercati del lavoro diversi, caratterizzati da diverse regole di accesso e funzionamento.

Una volta individuato il quadro giuridico di riferimento, il presente lavoro guarderà alle varie declinazioni delle vie legali d'accesso, alla loro fattibilità ed alle criticità che potrebbero derivarne anche alla luce delle proposte normative attualmente in essere; sarà questa un'occasione per guardare anche a quanto presentato e discusso sul tema nel corso della passata legislatura e per ipotizzare gli effetti sull'evoluzione del meccanismo di reinsediamento sul piano europeo.

2. La doppia dimensione che caratterizza la parte del Patto che ci interessa, legata tanto al sistema della protezione internazionale che alla gestione della migrazione di natura economica, comporta l'individuazione di distinte disposizioni che rientrano nella politica europea dell'immigrazione e dell'asilo, cui fare ricorso come basi giuridiche.

Se si guarda al sistema della protezione internazionale, tanto il Patto che la raccomandazione sui percorsi legali di protezione nell'UE richiamano al reinsediamento di coloro titolati alla protezione internazionale e all'utilizzo di misure alternative, ad esso complementari e fondate comunque sulla volontarietà degli attori coinvolti, siano essi statali, governativi, non governativi o soggetti privati. In questo caso, è l'art. 78 TFUE a rilevare, in particolare, le lettere d) e g) del suo secondo comma, infatti, guardano rispettivamente alla possibilità di porre in essere procedure comuni per l'ottenimento e la perdita dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria ed a quella di avviare forme di partenariato e cooperazione con Stati terzi "per gestire i flussi di richiedenti asilo o protezione sussidiaria o temporanea".

Tale base giuridica è stata opportunamente individuata dalla Commissione ai fini dell'adozione del regolamento, rimasto tuttavia a livello propositivo e non ancora adottato da Consiglio e Parlamento europeo[13],

[13] Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2016, che istituisce un quadro dell'Unione per il reinsediamento e modifica il regolamento (UE) n. 516/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, COM(2016) 468 final. Tale proposta è stata, tra gli altri, commentata dai citati lavori di S. CARRERA, R. CORTINOVIS, *The EU Role in Implementing the Global Compact on Refugees. Contained Mobility vs International Protection,* 2019, www.ceps.eu/ceps-publications/eus-role-implementing-un-global-compact-refugees/; M. SAVINO, op. cit., p. 82; oltre che da T. DE BOER, M. ZIECK, *The Legal Abyss of Discretion in the Resettlement of Refugees*, in *International Journal of Refugee Law*, n. 1/2020, p. 54.

sull'istituzione di un quadro unionale sul reinsediamento, che dovrebbe trasformare il ricorso ad esso da iniziativa legata al momento contingente, a sistema generale, con regole certe. Nonostante un accordo fosse inizialmente intervenuto, il Consiglio aveva tentato successivamente di ridiscutere il testo e, preso atto della ferma posizione del Parlamento europeo, ha informato quest'ultimo dell'intenzione di procedere alla sua adozione in un contesto a pacchetto, includendolo verosimilmente in un gruppo con altre proposte sull'asilo, la cui adozione non ebbe luogo entro la fine della legislatura. È con la descritta situazione che si scontra l'auspicio della Commissione di vedere la disposizione presto adottata, contando evidentemente su di una posizione più collaborativa del Consiglio.

Diversa è invece la questione se si guarda al quadro giuridico della migrazione regolare, di cui all'art. 79 TFUE che, nell'ottica di "una gestione efficacie dei flussi migratori" e dell' "equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi regolarmente soggiornanti negli Stati membri" (art. 79, par. 1, TFUE), prevede la competenza dell'Unione ad individuare condizioni e disposizioni relative all'ingresso sul territorio degli Stati membri anche per il soggiorno di lunga durata [art. 79, par. 2, lett. a) TFUE] e per l'esercizio della mobilità intraeuropea [art. 79, par. 2, lett. b) TFUE]. Un potere per la verità solo in parte esercitato, essendo la regolazione europea intervenuta in modo parcellizzato e con interventi privi di carattere organico, che non esclude differenze tra le specifiche categorie di lavoratori[14] e, soprattutto, come osservato a livello istituzionale[15], non impedisce la competizione, non necessariamente virtuosa, tra ordinamenti statali. Il sistema, attento in modo prevalente alla mobilità di breve durata, disciplina alcuni aspetti specifici quali il lavoro stagionale[16], il ricongiungimento familiare[17], il soggiorno di lungo periodo[18], il lavoro altamente qualificato[19]; ad essi vanno aggiunte le disposizioni sul permesso unico[20], sui trasferimenti intra-

[14] Si pensi, ad esempio, alla parità di trattamento, alle condizioni di entrata e rientro, allo status riconosciuto agli interessati, alla mobilità intraeuropea, all'autorizzazione al lavoro, al ricongiungimento familiare ed al riconoscimento delle qualifiche (punto 7).

[15] Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (LIBE) del 9 ottobre 2020, *Draft Report on new avenues for legal labour migration*, 2020/2010 (INI), punto 4.

[16] Direttiva 2014/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle condizioni di ingresso e di soggiorno dei cittadini di paesi terzi per motivi di impiego in qualità di lavoratori stagionali.

[17] Direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare.

[18] Direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo.

[19] Direttiva 2009/50/CE del Consiglio, del 25 maggio 2009, sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati.

[20] Direttiva 2011/98/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato mem-

societari[21] e, infine, le norme dedicate alle condizioni di ingresso e residenza per ragioni di ricerca, studio, tirocinio oltre che di volontariato[22].

Pur se in modi diversi, il ricorso a molte di tali disposizioni potrebbe anche essere d'ausilio per semplificare gli accessi di coloro che sarebbero titolati all'ottenimento della protezione internazionale, soprattutto se sussidiaria, o in forma più blanda, al fine di facilitarne l'arrivo in Europa in modo sicuro, sottraendoli alle organizzazioni criminali. In un contesto complesso come quello attuale, alla descritta parcellizzazione normativa consegue anche un impatto limitato, come emerge dalla verifica della legislazione sulla migrazione regolare[23], il cui obiettivo consisteva nel rafforzamento della gestione delle forme regolari di migrazione attraverso misure di semplificazione, oltre che allo sviluppo generale della legislazione europea[24], anche attraverso l'adozione di nuovi atti normativi. Un indirizzo che guarda al descritto sistema frammentato ed è ripreso dalla Presidenza tedesca, che vede nella migrazione legale un elemento importante sia per la crescita del continente e delle economie nazionali, che per la gestione ed il controllo dei flussi migratori[25].

Tale sviluppo sembra tuttavia destinato a rimanere sulla carta, visto che la maggioranza degli Stati membri non ravvisa la necessità di adottare nuove ed innovative disposizioni. Invece, guardando alla modifica dell'esistente, la loro posizione è diversa: da un lato si pensa all'intervento sulla flessibilità dei mercati del lavoro nazionali; dall'altro, si ammette la possibilità di estendere l'applicazione dell'attuale *acquis* a nuove categorie quali imprenditori, liberi professionisti e soggetti alla ricerca di lavoro. Tale riscontro favorevole, però, svanisce innanzi all'ipotesi di includervi anche lavoratori con qualifiche inferiori[26].

3. In generale, il Patto riconosce la rilevanza del fenomeno migratorio, individuandone le varie cause, quali le tendenze demografiche ed econo-

---

bro e a un insieme comune di diritti per i lavoratori di paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro.

[21] Direttiva 2014/66/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di paesi terzi nell'ambito di trasferimenti intra-societari.

[22] Direttiva (UE) 2016/801 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2016, relativa alle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di paesi terzi per motivi di ricerca, studio, tirocinio, volontariato, programmi di scambio di alunni o progetti educativi, e collocamento alla pari.

[23] SWD(2019) 1055 final, del 29 marzo 2019, Commission Staff Working Document *Fitness check on EU legislation on legal migration*.

[24] *Ivi*, p. 4 e p. 105.

[25] Presidency discussion paper, del 16.10.2020, *The future of legal migration in the EU: state of play and possible way forward*, n. 12026/20, p. 5 e ss.

[26] Presidency discussion paper, del 28.10.2020, n. 12272/20, *A new way forward on European Migration and Asylum Policy*, punto 20.

miche, l'instabilità politica, i conflitti e, infine, il cambiamento climatico. In tale contesto, il contenuto della parte dedicata alle vie legali riguarda prevalentemente la protezione internazionale, cui ne va aggiunta una di inferiore dimensione dedicata in generale alle vie d'accesso per ragioni lavorative ed una seconda che riguarda la mobilità di talenti altamente qualificati; due parti, queste, inevitabilmente correlate alle regole di accesso e funzionamento dei 27 mercati nazionali del lavoro.

La descritta impostazione è confermata dalla Raccomandazione dedicata ai percorsi sicuri per la protezione internazionale[27] che individua a tal fine il ricorso al ricollocamento, ai corridoi umanitari, oltre che ad altri percorsi complementari anche attraverso l'impiego di strumenti inizialmente previsti con altra finalità. Secondo quanto emerge dalla sua lettura, la garanzia di un'assistenza efficace a beneficiari di protezione internazionale, o a coloro che sono ad essa titolati, viene elevata al rango di obbligo morale che incombe non solamente sull'intera Unione, ma anche sui suoi Stati membri, sostenendone il necessario coinvolgimento in azioni a tal fine dedicate. Un obbligo morale[28] che, non solo perché necessita di essere periodicamente ribadito, non sembra sentito come tale da una parte non trascurabile di essi, non intenzionati a partecipare a tali forme di accoglienza, pur se organizzate su base volontaria.

Inevitabilmente, questo pone in discussione l'obiettivo principale della raccomandazione, emerso sin dal secondo considerando e rappresentato dalla volontà di sostenere gli sforzi profusi dagli Stati membri per aprire e rafforzare canali legali e sicuri di viaggio per coloro che necessitano di protezione internazionale, da leggersi anche nell'ottica della solidarietà nei confronti dei paesi terzi. A tali percorsi si dovrebbero aggiungere spazi di protezione nei paesi di transito, di destinazione e di primo asilo, la cui realizzazione si vuole giustificata dalla necessità di fornire assistenza, non solo a persone bisognose di protezione internazionale in vista della partenza, ma anche alle comunità d'accoglienza, che rischierebbero diversamente di subire le conseguenze della presenza di un considerevole numero di persone sul loro territorio.

Un obiettivo che, al di là del *maquillage* lessicale, sembra nascondere l'intenzione di creare vere e proprie zone cuscinetto esterne all'Unione, ove migranti e richiedenti protezione internazionale dovranno attendere il passaggio sicuro – non solo in termini di protezione dal pericolo, ma anche di certezza dell'ingresso - verso uno degli Stati membri.

---

[27] Raccomandazione relativa ai percorsi legali di protezione nell'UE: promuovere il reinsediamento, l'ammissione umanitaria e altri percorsi complementari, cit.

[28] T. DE BOER, M. ZIECK, *The Legal Abyss of Discretion in the Resettlement of Refugees*, cit., p. 55.

Siffatta soluzione, di non difficile deduzione visto il tenore del testo, avrebbe dunque l'effetto – o forse ha proprio la finalità - di ridurre drasticamente il numero di arrivi alle frontiere esterne dell'Unione in nome della tutela dei diritti delle persone, provvedendo ad una sorta di esternalizzazione della protezione internazionale, di modo che solo un numero ridotto di essi sia in grado di giungere effettivamente in Europa senza aver fatto domanda e senza esser stato valutato altrove. Una conferma dell'indirizzo assunto dall'Unione negli ultimi anni, ossessivamente concentrata a limitare gli ingressi nei territori degli Stati membri, guardando anche al sistema della protezione internazionale come strumento di regolazione degli arrivi più che come presidio per la tutela dei diritti umani. La descritta ipotesi potrebbe essere accettata solo se complementare al permanere dell'effettiva possibilità di richiedere protezione internazionale sul suolo europeo; diversamente, costituire un filtro idoneo ad ostacolarne il conseguimento.

Oltra alla sua dimensione esterna, la Raccomandazione guarda anche al piano interno europeo, ove è auspicata un'intensificazione degli sforzi direttamente proporzionale al numero di Stati membri coinvolti; sforzi che spaziano dall'invito ad una maggiore rapidità nell'esecuzione dei reinsediamenti, al ricorso a "procedure alternative e metodi innovativi", ivi compresi corridoi umanitari ed ammissioni umanitarie; soluzioni comunque caratterizzate da una certa asincronia tra il sorgere della necessità di tutela internazionale ed il momento in cui alla stessa viene dato corso, ammesso che ciò sia avvenuto.

Tuttavia, oltre al richiamato rifiuto ad aderire in forme non coercitive, da parte di un non trascurabile numero di Stati membri, i dubbi sulla reale volontà di conseguire i descritti obiettivi sorgono anche dall'assenza di proposte legislative nel *migration package* presentato col Patto; il rinvio a future proposte, infatti, è chiaro indice di assenza di accordo politico sul punto.

4. Prima tra le misure funzionali alla protezione internazionale individuate dalla Raccomandazione e dal Patto sull'immigrazione e l'asilo, il reinsediamento è caratterizzato dall'accoglienza volontaria, ad opera degli Stati membri, di soggetti bisognosi di protezione internazionale; oltre a rappresentare una via sicura di arrivo nei paesi europei, agli occhi della Commissione idonea a tutelare i diritti fondamentali degli interessati, dovrebbe rappresentare anche un modo concreto per alleggerire la pressione nei paesi terzi normalmente più prossimi al luogo dell'emergenza, quale che sia la sua natura ed idoneo a depotenziare il potere dei trafficanti; un'idea che si scontra con la risibilità dei numeri, rispetto alle effettive necessità.

L'assenza, al momento in cui si scrive, di una disposizione di diritto unione ad esso dedicata non impedisce, tuttavia, di individuarne la definizione. Secondo il Regolamento AMIF[29], ad esempio, per reinsediamento si intende "il processo mediante il quale, su richiesta dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati («UNHCR») motivata da bisogno di protezione internazionale, cittadini di paesi terzi sono trasferiti da un paese terzo a uno Stato membro in cui sono autorizzati a soggiornare" in virtù di uno degli status riconducibili alla protezione internazionale.

Parzialmente diversa è invece la proposta di regolamento presentata dalla Commissione europea e già oggetto di confronto tra Parlamento e Consiglio in sede legislativa, la cui approvazione assume rilievo per l'istituzione di un vero e proprio piano generale di reinsediamento, che andrebbe a superare singole iniziative legate al caso contingente. Secondo il testo oggetto dell'accordo, si intende per reinsediamento "l'ammissione di cittadini di paesi terzi e apolidi bisognosi di protezione internazionale da un paese terzo verso il quale o all'interno del quale sono stati sfollati, nel territorio degli Stati membri, allo scopo di accordare loro protezione internazionale"[30]; in tal caso, non vi è più riferimento esplicito ad una richiesta posta in essere da UNHCR ed anche il riferimento alla protezione internazionale ha sfumature differenti, ma sostanzialmente coincidenti. Sembra che tale definizione, sul piano formale, non richieda un preventivo accertamento del possesso delle caratteristiche necessarie al conseguimento dello *status* da parte di organizzazioni internazionali o delle autorità dello Stato in cui si trovano. In particolare, oltre a coloro che potrebbero poi beneficiare di protezione internazionale, si potrà considerare– per lo meno in via prioritaria – anche chi appartiene a categorie vulnerabili, incluse donne e minori, ed i famigliari di chi soggiorna legalmente all'interno dell'Unione europea e che, per le più svariate ragioni, risulterebbero esclusi ad esempio dall'applicazione della protezione internazionale o del ricongiungimento familiare; colpisce vedere inclusi tra questi ultimi anche i familiari di cittadini dell'Unione che, in quanto tali, non dovrebbero affrontare particolari difficoltà ai fini del ricongiungimento, almeno sul piano teorico.

Diverse, pur se solo parzialmente, sono invece quelle usate da UNHCR ed IOM: la prima, più restrittiva perché richiede che sia già intervenuto l'accertamento e il riconoscimento dello status, concerne "the selection and tranfer of refugees from a State in which they have sought protection to a

[29] Regolamento (UE) n. 516/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, che istituisce il Fondo Asilo, migrazione e integrazione, che modifica la decisione 2008/381/CE del Consiglio e che abroga le decisioni n. 573/2007/CE e n. 575/2007/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la decisione 2007/435/CE del Consiglio, art.2, lett. a).

[30] Proposta di Regolamento che istituisce un quadro dell'Unione per il reinsediamento, cit.

third State which has agreed to admit them – as refugees – with permanent residence status"; la seconda, invece, guarda alle finalità del reinsediamento, visto come a "an international protection tool to meet the specific needs of refugees. Resettlement is also a durable solution for refugees as well as a demonstration of international solidarity and responsibility-sharing with those countries hosting large numbers of refugees" [31].

Senza entrare particolarmente nel dettaglio, va osservato che la proposta guarda – almeno con pari importanza rispetto alla protezione dei beneficiari – anche al contrasto dell'immigrazione irregolare. Tra le sue disposizioni, infatti, si richiama l'obiettivo della riduzione dell'ampio numero di arrivi irregolari (art. 3, lett. b) ed il riconoscimento della cooperazione con Stati terzi, a condizione che collaborino attivamente nei rimpatri e nel controllo delle frontiere, tra i criteri guida per l'individuazione dei luoghi da dove operare (art. 4, lettere c e d); infine, si vieta il reinsediamento a coloro che hanno anche solo tentato l'ingresso irregolare nei cinque anni precedenti (art. 6, lett. d), equiparandoli a coloro che hanno profili criminali.

In pratica, il reinsediamento diverrebbe con chiarezza anche strumento per la regolazione dei flussi migratori ed una similitudine si ravvisa tra il suo stretto collegamento con le riammissioni in seguito ad operazioni di rimpatrio e quanto previsto nel controverso accordo tra Unione europea e Turchia[32], oggetto anche di una criticata sentenza del Tribunale che si era dichiarato incompetente a decidere visto che l'accordo era stato concluso dai governi degli Stati membri e non dalle Istituzioni[33]. Una volta entrata in vigore la proposta della Commissione, tale posizione non sarebbe più sostenibile e non andrebbe esclusa una pronuncia dei giudici circa il rispetto della Carta dei diritti fondamentali nel corso delle intere operazioni di reinsediamento, incluse le fasi precedenti la partenza, pur se avvenute in Stati terzi.

La raccomandazione richiama la necessità di garantire un reinsediamento di qualità, espressione che potrebbe indurre in errore facendo pensare a caratteristiche specifiche richieste ai reinsediati; invece, la qualità invocata riguarda i servizi posti in essere dagli Stati membri, sulla base di una serie di indicatori quali l'orientamento da assicurare prima della partenza, la garanzia di un rapido arrivo sul territorio europeo, le adeguate informazioni da fornire all'arrivo e, infine, il provvedere ad un'accoglienza adegua-

---

[31] Si guardi, rispettivamente, al *Resettlment Handbook* (2011) di UNHCR ed alla pubblicazione *Resettlement* (2019) di IOM.

[32] Sulla dichiarazione UE-Turchia si vedano, tra gli altri, H. LABAYLE, P. DE BRUYCKER, *L'accord Union européenne – Turquie: faux semblant ou marché de dupes ?*, in *grd-elsj.eu*, 23.3.2016; S. PEERS, *The Final EU/Turkey Refugee Deal: A Legal Assessment*, in *Eulawanalysis*, 18.3.2016; M. GATTI, *La dichiarazione UE–Turchia sulla migrazione: un trattato concluso in violazione delle prerogative del Parlamento?*, in *Eurojus*, 11.4.2016.

[33] Sentenza del 28 febbraio 2017, causa T-192/16, *NF*, in particolare punti 68 ss.

ta, inclusiva dell'aspetto sanitario. Il soddisfacimento di tali indicatori dovrebbe passare attraverso programmi specifici che portino all'integrazione e all'inclusione sociale dei reinsediati[34], che guardino alle eventuali vulnerabilità, che favoriscano il coinvolgimento della società civile ed il ricorso a sponsor privati disposti a compartecipare ai costi da sostenere. In generale, tali auspici della raccomandazione si integrano con gli obblighi che derivano *dall'acquis* Dublino a beneficio dei rifugiati, visto che lo Stato di reinsediamento si impegna a riconoscere loro lo *status* di rifugiato.

Infine, la qualità del reinsediamento dipende anche dalla presenza di programmi di monitoraggio e valutazione di quanto svolto, sia dal punto di vista dell'efficienza, che dell'efficacia. In pratica, secondo la Commissione il monitoraggio dovrebbe consistere innanzitutto nella comunicazione da parte statale del numero e della provenienza delle persone da reinsediare nel proprio territorio; in secondo luogo, la stessa Istituzione dovrebbe venire informata in merito a programmi di ammissione umanitaria o riguardanti altri percorsi complementari, non sostitutivi delle operazioni di *resettlement*.

Il sostegno finanziario promesso dalla Commissione vede innanzitutto il ricorso al fondo Asilo, Migrazione e integrazione (AMIF), cui si potrebbero affiancare altre opportunità di finanziamento, come nel caso delle misure dedicate all'integrazione[35] incluse nel Fondo Sociale Europeo o nel Fondo Europeo di Sviluppo Regionale. In particolare, il finanziamento AMIF potrà riguardare l'istituzione e pianificazione di programmi di integrazione ed inclusione all'uopo dedicati, la creazione di infrastrutture, così come lo svolgimento di azioni funzionali alle operazioni di reinsediamento come le missioni per procedere alla selezione dei candidati che si trovano negli Stati terzi o la formazione del personale *in loco*[36].

Nonostante la consapevolezza che il reinsediamento debba essere complementare alle misure di protezione riconosciute in Europa, rimangono alcuni dubbi sull'effettiva praticabilità del ricorso a tale modello in numeri più consistenti rispetto – ad esempio – a quanto previsto per il 2020, per un numero pari a circa 30.000 persone[37]. Inoltre, va osservata la mancanza di ogni riferimento al rispetto dell'interesse delle persone coinvolte

---

[34] In tal senso si esprime anche il recente *Action Plan on Integration and Inclusion 2021-2027*, COM(2020) 758, pubblicato dalla Commissione europea il 24.11.2020, p. 8 e p. 21.

[35] Sul punto mi permetto di rinviare a M. BORRACCETTI, *L'integrazione dei migranti tra politiche europee, azioni e tutela dei diritti*, in *Rivista di diritto pubblico*, n. 1, 2020, pp. 15-31.

[36] Art.7 del Regolamento Fondo AMIF, cit.

[37] Come si evince dal 10) delle motivazioni della Raccomandazione relativa ai percorsi legali di protezione nell'UE: promuovere il reinsediamento, l'ammissione umanitaria e altri percorsi complementari, cit., a causa della situazione pandemica dovuta a COVID19, tale programma di reinsediamento è stato esteso – a cifre invariati – a tutto il 2021 per consentire agli Stati membri "di rispettare gli impegni assunti in precedenza".

in tale operazione, che solo in parte riceverà attenzione da parte delle autorità statali deputate all'individuazione di coloro che andranno ad ospitare. In tal caso, del rischio di scelte arbitrarie sembra consapevole la Commissione europea, visto l'espresso richiamo al rispetto della trasparenza e del principio di non discriminazione nello svolgimento delle procedure all'uopo previste e che richiama con forza la questione della tutela dei diritti dei salvati e dei sommersi, tutti comunque in via di principio già riconosciuti come titolati alla protezione.

Tale ultima questione ne solleva una di carattere più generale, relativa al riconoscimento dei diritti ai potenziali beneficiari del reinsediamento, quando si trovano al di fuori del territorio dell'Unione. Come da altri osservato[38], l'assenza di una disposizione *ad hoc* porta ad una situazione diversa rispetto a quanto riconosciuto agli stessi una volta giunti in Europa, poiché da quel momento beneficeranno dei diritti riconosciuti ai richiedenti protezione internazionale[39], almeno fino a quando verrà fornita loro una risposta circa il loro *status*. In tal caso, infatti, l'insieme dei diritti riconosciuti ai candidati al reinsediamento rischia di essere fortemente limitato; in ogni caso, pur nell'assenza di una disposizione dedicata, il ricorso a risorse erogate secondo il fondo AMIF, seguendo quindi le priorità fissate dall'art. 17 del regolamento istitutivo, comporta l'applicazione dell'art. 41 e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Da un lato, secondo l'art. 47, va riconosciuto il diritto ad un equo processo ed alla possibilità di agire in giustizia avverso i provvedimenti di diniego che li riguardano, quale che sia la ragione a fondamento dell'azione; dall'altro, non va escluso il ricorso all'art. 41 CFD, pur se riferito ad obblighi in capo alle Istituzioni, quale principio generale del diritto dell'Unione[40], sulla base del quale trovano applicazione "le esigenze che derivano dal diritto a una buona amministrazione" e, in particolare, "il diritto di ogni individuo a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale e entro un termine ragionevole"[41].

L'adozione della menzionata proposta su di un quadro dell'Unione per il reinsediamento non solo fugherebbe i dubbi sull'applicazione delle disposizioni della Carta, ma andrebbe a riconoscere anche una serie minima di diritti da garantire sin dal momento dell'inizio delle procedure di reinsediamento, e perciò anche al di fuori degli Stati membri; primo fra tutti, vi

---

[38] T. DE BOER, M. ZIECK, cit., p. 66 ss.

[39] Sulla tutela dei richiedenti si veda, tra gli altri, G. CAGGIANO, *Il richiedente la protezione internazionale davanti al giudice tra tutela giurisdizionale effettiva e autonomia processuale degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 3, 2019, p. 579.

[40] Sentenza del 17 luglio 2014, cause riunite C-141/12 e C-372/12, *YS.*, punto 68.

[41] Sentenza del 8 maggio 2014, causa C-604/12, *H.N.*, punto 50; sul punto T. DE BOER, M. ZIECK, cit., p. 75.

sarebbe quello di non discriminazione. Questo perché non risulterebbero particolari diritti a vantaggio dei soggetti coinvolti nell'operazione di reinsediamento, salvo che il diritto a ricevere una risposta entro tempi tendenzialmente ragionevoli ed il diritto all'unità famigliare[42]. Il tenore della disposizione non consentirebbe, invece, di dedurre l'esistenza di un diritto al reinsediamento; addirittura, non sono previste norme dedicate all'impugnazione della stessa decisione di diniego. Una negazione evidentemente in contrasto con l'art. 47 CDF, che obbligherebbe comunque gli Stati ad individuare un giudice competente ed a consentire l'impiego delle ordinarie vie di ricorso avverso tali tipi di provvedimento. In tale contesto, un eventuale rinvio pregiudiziale potrebbe porre in discussione la stessa validità dell'atto proprio in rapporto al rispetto del principio dell'equo processo, contenuto nella menzionata disposizione della Carta.

5. Per aumentare le possibilità di accoglienza di soggetti bisognosi di protezione da parte degli Stati membri, la raccomandazione sollecita l'utilizzo, oltre al reinsediamento, anche di altre forme di percorsi di accesso, come l'ammissione umanitaria e la sponsorizzazione da parte di comunità, riferite in particolare alle persone appartenenti a categorie vulnerabili, perciò particolarmente bisognose di protezione internazionale[43]. Il punto 21 guarda, ad esempio, alle ammissioni per ragioni umanitarie ed ai programmi di sponsorizzazione da parte di comunità e privati, la cui finalità ultima è evidentemente l'integrazione del rifugiato nella comunità di riferimento[44]: non è difficile immaginare che rientrino tra queste ipotesi i corridoi umanitari organizzati da alcune comunità religiose, come nel caso della comunità di Sant'Egidio[45], o i cosiddetti corridoi universitari.

---

[42] Rispettivamente previsti all'art.10.4 ed all'art.5, u.c., della Proposta di regolamento, cit.

[43] Pur se Patto e Raccomandazione, per ovvie ragioni, non arrivano ad individuare specificamente i soggetti vulnerabili, è opportuno riferirsi alla direttiva 2011/95, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 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, che – al suo art. 20 - li individua ne "i minori, i minori non accompagnati, i disabili, gli anziani, le donne in stato di gravidanza, i genitori singoli con figli minori, le vittime della tratta di esseri umani, le persone con disturbi psichici e le persone che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologia, fisica o sessuale".

[44] In tal senso si esprime anche il recente COM(2020) 758, del 24 novembre 2020, *Action Plan on Integration and Inclusion 2021-2027* che, a p. 8 e p. 21, sottolinea l'importanza dell'investimento e dell'approccio di lungo periodo, guardando al successo dell'integrazione anche cominciando a prepararla prima dell'arrivo degli interessati sul territorio degli Stati membri.

[45] Secondo quanto riportato, a partire dal 2016 tale progetto ha consentito l'arrivo di 2800 persone; in merito si rinvia a www.santegidio.org/pageID/30112/langID/it/CORRIDOI-UMANITARI.html; su questo tipo di azioni C. RICCI, *The Necessity for Alternative Legal Pathways: The Best Practice of*

Come si vedrà in seguito, tutte le ipotesi prese in considerazione hanno la volontarietà tra i loro elementi caratteristici e, così come il reinsediamento, prevedranno il trasferimento dell'interessato da un paese terzo ad uno dell'Unione, sulla base di una manifestata disponibilità all'accoglienza. L'ammissione umanitaria risulterebbe dunque uno strumento che prevede varie forme di sponsorizzazione e accesso, anche a vantaggio dei familiari[46] dei beneficiari di protezione[47]; dovrebbe quindi differire rispetto alla sua definizione odierna, incentrata sulla temporaneità[48].

Diverso è il caso dei mezzi alternativi, le cui caratteristiche differiscono da quelle ora descritte, come si può dedurre dal punto 12 della raccomandazione[49], ove si sottolinea la necessità di facilitare il ricorso al ricongiungimento familiare, a mezzo di programmi di assistenza *ad hoc* che migliorino l'accesso ad informazioni e semplifichino le presentazioni delle domande, provvedendo all'individuazione di percorsi per l'ammissione dei familiari di beneficiari di protezione internazionale, attraverso una mirata sponsorizzazione delle famiglie. L'invito agli Stati membri ad essere parte attiva e propositiva viene accompagnato dalla menzione di un supporto finanziario giustificato certamente dalla necessità di migliorare le pratiche di accoglienza e integrazione, in linea con le rispettive priorità nazionali ed europee, ma da vedere soprattutto come incentivo ad agire.

L'invito della Commissione ad utilizzare strumenti sorti inizialmente con altri scopi, come anche sottolineato dalle linee guida sull'attuazione delle disposizioni in materia di asilo, rimpatrio e reinsediamento[50], è sicuramente condivisibile; tuttavia, anche in tal caso vi sono dubbi sulla sua pratica fattibilità. Ad esempio, il ricorso allo strumento del ricongiungimento familiare vede un ostacolo nel rispetto delle condizioni all'uopo stabilite dalla dir. 2003/86: in primo luogo, il fatto che la definizione di familiare rimane limitata poiché continua ad escludere i fratelli[51] e lascia alla di-

---

Humanitarian Corridors Opened by Private Sponsors in Italy, in *German Law Journal*, n. 21, 2020, p. 265.

[46] Punti 11-12 della raccomandazione relativa ai percorsi legali di protezione nell'UE: promuovere il reinsediamento, l'ammissione umanitaria e altri percorsi complementari, cit.

[47] S. CARRERA, R. CORTINOVIS, op. cit., p. 12.

[48] Infatti, secondo l'art. 2, lett. b) del regolamento AMIF, cit., gli i programmi di ammissione umanitaria diversi dal reinsediamento consistono in "un processo ad hoc mediante il quale uno Stato membro ammette cittadini di paesi terzi a soggiornare temporaneamente nel suo territorio al fine di proteggerli da crisi umanitarie urgenti a seguito di eventi come capovolgimenti politici o conflitti".

[49] Punto 12 della raccomandazione relativa ai percorsi legali di protezione nell'UE: promuovere il reinsediamento, l'ammissione umanitaria e altri percorsi complementari, cit.

[50] C(2020)126/02, del 17 aprile 2020, comunicazione Covid-19: linee guida sull'attuazione delle disposizioni dell'UE nel settore delle procedure di asilo e di rimpatrio e sul reinsediamento.

[51] Sul punto si rinvia all'art.4 della dir. 2003/86, cit.; in merito, vale la pena notare che il punto 34 delle motivazioni del Regolamento AMIF, cit., invita gli Stati membri a "mantenere strette consultazioni con l'UNHCR relativamente al termine «familiari» nelle rispettive

screzionalità degli Stati l'inclusione di ascendenti di primo grado e figli adulti, subordinatamente al fatto di essere a carico o non autonomi per ragioni di salute. In secondo luogo, non va tralasciato il rispetto del parametro economico[52], anch'esso superabile con un'apposita modifica anche temporanea della disposizione, oppure – per via mediata – attraverso l'istituzione di fondi economici *ad hoc* a beneficio degli interessati privi delle necessarie risorse. Se per la prima ipotesi, oltre all'auspicio che gli Stati membri semplifichino il processo di presentazione delle domande di visto, si pensa ad ovviare alle restrizioni della norma attraverso l'ammissione umanitaria, nel caso della seconda risulterebbe auspicabile l'istituzione di un programma di sostegno finanziario ovvero l'invito a ricorrere a quelli esistenti, quali il Fondo asilo, migrazione e integrazione (AMIF), il Fondo sociale europeo (FSE) e quello di sviluppo regionale (FESR)[53].

Oltre al ricongiungimento familiare, altri canali vengono individuati nell'ambito dell'istruzione e della formazione professionale[54], per soggetti che rischierebbero di essere ulteriormente penalizzati solo perché rifugiati; in tale direzione, è da accogliere con favore la sollecitazione a facilitarne l'ingresso nelle università[55], in considerazione dei loro studi ed interessi, oltre che a favorirne la formazione professionale, anche guardando alle priorità del Paese membro interessato. All'uopo, un'importanza non trascurabile potrebbe essere riconosciuta alla citata direttiva sulla mobilità per ricerca e studio, possibile propulsore della circolazione delle conoscenze, ma soprattutto utilizzabile, in via potenziale, proprio per accelerare le pratiche d'ingresso di studenti potenzialmente bisognosi di protezione internazionale.

---

pratiche di reinsediamento e nell'ambito dello stesso reinsediamento", a fini evidentemente più inclusivi.

[52] Secondo l'art.7, par. 1, lettere b) e c) della direttiva 2003/86, cit., gli Stati membri possono chiedere a chi ha presentato la domanda di dimostrare che il soggiornante possiede un'assicurazione contro le malattie che copra se' stesso e i membri della famiglia e risorse stabili e sufficienti per provvedere anche ai propri familiari senza gravare sul sistema sociale dello Stato in cui si trova.

[53] Raccomandazione relativa ai percorsi legali di protezione nell'UE: promuovere il reinsediamento, l'ammissione umanitaria e altri percorsi complementari, cit., punti 28-29.

[54] In merito, si guardi al punto 32 della raccomandazione relativa ai percorsi legali di protezione nell'UE: promuovere il reinsediamento, l'ammissione umanitaria e altri percorsi complementari, cit., che unisce i canali di accoglienza complementari, come istruzione e lavoro, anche alle competenze, alle qualifiche e alle motivazioni di coloro che necessitano di protezione.

[55] A titolo di esempio si pensi al progetto *UNICORE - University Corridors for Refugees*, supportato da UNHCR e nato proprio con l'obiettivo di consentire a rifugiati di ottenere visti e borse per studiare in Università italiane, con l'obiettivo di contribuire ad incrementare il numero di rifugiati che hanno accesso alla formazione universitaria, attualmente limitato al 3% secondo il Rapporto 2020 *Coming Together for refugee education*, ad opera di UNHCR.

6. La recente Agenda per la competitività sostenibile, l'equità sociale e la resilienza[56] ha sottolineato l'importanza del contributo dei migranti regolari all'incremento delle conoscenze e del dinamismo nell'Unione europea; un concetto ribadito anche dalla Presidenza tedesca europea, che ha sottolineato come la migrazione legale (o regolare) debba essere parte integrante di una strategia che contestualizza la gestione della migrazione in una dimensione competitiva a livello globale[57].

Coerente con tutto ciò è l'inclusione, tra le vie d'accesso all'Unione europea, di canali legali d'ingresso per ragioni di lavoro, legati alla migrazione di matrice economica e non alla protezione internazionale, ma fruibili in via potenziale anche da richiedenti protezione o rifugiati, pur se il fine principale resta quello di consentire l'ingresso a coloro che migrano per ragioni di lavoro.

Tuttavia, questo si scontra inevitabilmente con la frammentarietà del descritto quadro normativo dell'Unione, concausa di una staticità del sistema -non particolarmente osteggiata dagli Stati membri - che potrebbe essere superata con nuove misure normative di supporto alla mobilità intra-europea, oltre che da una maggiore uniformità di condizioni, requisiti e procedure per l'ingresso, rimanendo comunque in capo ad essi la responsabilità di regolare gli accessi sul proprio territorio (art.79, par. 5, TFUE).

L'idea di una modalità semplice di accesso all'Unione, che prescinda dalla qualifica, dall'esperienza e dalla formazione professionale e cui ricorrere anche per velocizzare gli arrivi di coloro che si trovano in condizione di beneficiare della protezione internazionale in Stati terzi, non sembra però trovare riscontro in un sistema in cui prevale l'attenzione a coloro che risultano altamente qualificati[58]. Questo però non sorprende, perché coerente coi desiderata della maggioranza degli Stati membri, in contrapposizione alla Presidenza tedesca che ha sottolineato il legame tra lo sviluppo futuro del continente, quello delle economie nazionali e la gestione e controllo dei flussi migratori[59]; appare ancor più isolata la possibile posizione del Parlamento europeo[60] che sostiene la necessità dell'incontro tra domanda ed offerta di lavoro anche per i lavoratori con media o minima for-

---

[56] COM(2020)274 final, del 1 luglio 2020, comunicazione Un'agenda per le competenze per l'Europa per la competitività sostenibile, l'equità sociale e la resilienza.

[57] Presidency discussion paper, del 28.10.2020, n. 12272/20, *A new way forward on European Migration and Asylum Policy*, punti 20-21.

[58] Commissione LIBE del Parlamento europeo sul *Draft Report on new avenues for legal labour migration*, cit., punto 17.

[59] Presidency discussion paper, del 16.10.2020, n. 12026/20, *The future of legal migration in the EU: state of play and possible way forward*, p. 5 e ss.

[60] Come precedentemente osservato, la discussione sulle vie legali di accesso all'Unione europea vede, al momento, impegnata la Commissione LIBE del Parlamento europeo sul *Draft Report on new avenues for legal labour migration*, cit., incentrato sull'accesso all'UE ed ai suoi Stati membri per ragioni di lavoro.

mazione, tra i più deboli, perché i meno ambiti nell'attuale retorica politica, anche attraverso il rafforzamento di provvedimenti diretti al riconoscimento di diplomi o altre certificazioni professionali, come peraltro richiese a suo tempo il Consiglio[61].

L'interesse manifestato sembra dunque configgere con la realtà, emersa anche dalla (mancata) presentazione di specifiche proposte all'interno del "*migration package*"; a questo si aggiunga che, unitamente alla terminologia utilizzata, l'attenzione alla mano d'opera altamente qualificata continua ad essere preponderante, come si può dedurre dall'espresso richiamo alla direttiva carta blu[62] ed al di là di quelli alle direttive su studenti/ricercatori[63], soggiornanti di lungo periodo[64] e sul permesso unico[65]. A questo va aggiunto il possibile futuro *talent pool*[66], apparentemente aperto a tutti i lavoratori, pur se verosimilmente collegato al partenariato sui talenti, che dovrebbe caratterizzarsi per inclusività e contribuire alla cooperazione tra tutti i soggetti coinvolti, incluse le associazioni dei datori di lavoro, le parti sociali e le associazioni della diaspora[67].

Infine, per incentivare il coinvolgimento degli Stati terzi[68] il Patto ipotizza il ricorso alla leva dei visti, per tramite delle disposizioni idonee a facilitare gli ingressi di breve durata, oltre che per ragioni di studio[69]. In tal caso, si potrebbe riflettere sulla possibilità di collegare l'autorizzazione all'ingresso con l'individuazione dell'offerta ritenuta più appropriata e pubblicata sulla piattaforma dei talenti, utile all'incontro tra domanda e of-

---

[61] Raccomandazione del Consiglio, del 20.12.2012, sulla convalida dell'apprendimento formale e non formale.

[62] Direttiva 2009/50/CE del Consiglio, del 25 maggio 2009, sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati, cit.

[63] Direttiva (UE) 2016/801 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2016, relativa alle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di paesi terzi per motivi di ricerca, studio, tirocinio, volontariato, programmi di scambio di alunni o progetti educativi, e collocamento alla pari, cit.

[64] Direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, cit.

[65] Direttiva 2011/98/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e a un insieme comune di diritti per i lavoratori di paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro, cit.

[66] Funzionale alla valorizzazione delle competenze dei migranti, potrebbe coincidere con lo *EU Skills Profile Tool for Third Country Nationals*, espressamente menzionato a p. 13 dall'*Action Plan on Integration and Inclusion 2021-2027*, cit., anche come ausilio nelle ipotesi di reinsediamento e di vie d'accesso complementari.

[67] Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo, cit., p.27.

[68] Sul punto si legga E. GUILD, *Negotiating with Third Countries under the New Pact: Carrots and Sticks?*, in *eumigrationlawblog.eu*, 27.11.2020.

[69] Si guardi in tal caso alla versione consolidata del 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), c.d. Codice Visti Schengen.

ferta di lavoro[70]; sarebbe dunque auspicabile che il permesso alla permanenza sul territorio dello Stato membro corrispondesse ad un periodo di tempo adeguato non solo alla prova lavorativa, ma anche all'individuazione di un'eventuale alternativa, qualora la prima ipotesi lavorativa dovesse naufragare.

Tuttavia, restano delle perplessità e riemerge un'antica questione: pur riconoscendo che il ricorso alla mobilità di breve periodo potrebbe offrire un supporto alla migrazione regolare, esso non può essere considerato sufficiente, ribadendosi l'innegabile necessità di un'azione futura legata alla mobilità di lungo periodo; del resto, guardare principalmente alla mobilità di breve durata contraddice l'idea di fondo dello stesso Patto di considerare la migrazione come un fenomeno permanente o comunque di lungo periodo. Più in generale, va comunque ricordato che il ricorso all'utilizzo dei visti, attraverso la liberalizzazione o l'istituzione di canali preferenziali, ben lungi dall'essere una novità, ha caratterizzato sino ad oggi la politica della migrazione europea come sviluppatasi nel corso degli anni, non risultando quindi particolarmente efficace. Anzi, tali forme sono spesso vincolate al contrasto dell'immigrazione irregolare[71] ed al rafforzamento delle frontiere nazionali, col rischio – quindi – che la valutazione sull'impegno ad essi relativo, dalla matrice prevalentemente politica, abbia per conseguenza la limitazione del ricorso ai descritti strumenti e, di conseguenza, la riduzione degli ingressi regolari, divenendo dunque controproducente.

7. Il nuovo Patto europeo sulla migrazione e l'asilo sottolinea l'importanza della cooperazione e della solidarietà internazionale nella gestione delle migrazioni; in tale contesto si deve guardare al riferimento sui percorsi legali di accesso all'Unione europea, visti in funzione sia della protezione internazionale che della migrazione di natura economica. Nel primo caso, l'elemento essenziale che caratterizza ogni forma di percorso di accesso legale all'UE è dato dalla volontarietà: si trova nell'invito al coinvolgimento attivo di vari attori quali associazioni, organizzazioni non governative, istituzioni universitarie ma anche di comunità; alla base degli interventi di sponsorizzazione ad opera dei privati, disposti a sostenere in tutto o in parte gli oneri relativi all'ospitalità ed alla prima integrazione dei destinatari di protezione internazionale. Infine, la volontarietà caratterizza anche le ipotesi di coinvolgimento degli Stati membri, tanto nel reinsedia-

---

[70] Tale piattaforma potrebbe funzionare seguendo il modello di quella dedicata alla promozione della mobilità per lavoro interna all'Unione europea, denominata EURES (ec.europa.eu/eures/public/it/homepage).

[71] D'interesse sulla questione della migrazione irregolare e dei rimpatri F. MARTINES, *Il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo e la riammissione dei migranti irregolari da parte dei paesi di origine o di transito*, in *I Post di AISDUE*, n. II/2020, aisdue.eu.

mento che nelle ipotesi alternative che a questo risultano complementari. Proprio quest'ultimo aspetto riferito agli Stati apre a qualche perplessità sull'effettiva loro volontà, almeno a leggere la tabella allegata alla raccomandazione sulle vie legali di accesso per la protezione internazionale, ove emerge che più di un terzo degli Stati membri ha reputato opportuno non partecipare al reinsediamento, seppur relativo ad un numero risibile di persone, previsto per il 2020 ed ora esteso sino al 2021.

Una criticità con cui dovrà necessariamente confrontarsi l'intenzione di giungere all'adozione di un quadro generale per l'utilizzo di questo strumento, dandone quindi una connotazione permanente e non estemporanea. Unitamente alle altre forme di accesso per ragioni umanitarie, il reinsediamento potrà fornire un'ulteriore forma di sostegno nell'ambito della gestione europea degli arrivi in condizioni di sicurezza dei beneficiari di protezione internazionale, ma non potrà essere visto in nessun altro modo. Tra l'altro, leggendo le disposizioni di Patto e raccomandazione alla luce della proposta presentata nel 2016 e sulla quale un accordo sembrava trovato nel 2018, si può comprendere come tale strumento, sorto per rafforzare il sistema di protezione dei diritti umani, evolva in realtà – limitatamente al contesto europeo – in uno strumento di regolamentazione della migrazione irregolare, con condizioni e finalità che lo portano ad abdicare, almeno in parte, al proprio ruolo.

All'entrata in vigore della proposta per l'istituzione di un quadro europeo sul reinsediamento, non si avrà in ogni caso un diritto al reinsediamento[72], anche nel caso gli interessati siano titolati alla protezione internazionale, permanendo in capo agli Stati membri un potere di scelta. Tuttavia, al momento del suo esercizio, chi si trova in particolari situazioni soggettive – riconducibili alle priorità individuate dalla norma - potrebbe rivendicare una precedenza sulla base della propria posizione di vulnerabilità; al contempo, coloro cui verrà negata tale possibilità, vedranno ridimensionata l'effettività della tutela, soprattutto se in condizioni di vita ai limiti del rispetto della dignità.

Guardando alla dimensione connessa alla migrazione per lavoro, si può notare come la questione sia strettamente collegata alla trasformazione dell'esistente quadro legislativo verso una politica con una maggiore connotazione europea, a partire da possibili modifiche della legislazione esistente. A titolo d'esempio, si pensi all'introduzione di ulteriori criteri utili al rafforzamento della mobilità intra-europea e, al contempo, all'auspicio

[72] In merito all'esistenza di un diritto al reinsediamento si veda M. SAVINO, cit., p. 83 e alla fine; T. DE BOER, M. ZIECK, cit., p. 66 s. lo definisce un diritto limitato anche per la presenza di una forte componente di discrezionalità nelle scelte compiute dalle autorità nazionali competenti.

dell'adozione di disposizioni riguardanti lavoratori con qualifica di livello minimo o medio, lavoratori familiari, imprenditori e liberi professionisti.

Si deve però essere consapevoli che, pur se auspicato solo in parte dal Patto, non appare al momento plausibile che un siffatto approccio possa realisticamente essere sviluppato. Infatti, la contrarietà a nuovi strumenti vincolanti è fortemente rappresentata in Consiglio, ove l'auspicio a che si realizzi una migliore gestione della migrazione non è accompagnato dal sostegno a nuovi interventi legislativi diretti ad ampliare l'intervento unionale nell'ambito della migrazione regolare[73].

Un indirizzo opposto rispetto a quanto si potrebbe prospettare in Parlamento, ove un approccio olistico di medio/lungo potrebbe portare ad ipotizzare la nascita di un vero e proprio strumento globale che, a detta dei redattori, dovrebbe contribuire a rimuovere gli ostacoli che derivano dalle legislazioni statali, contribuendo così alla semplificazione ed all'armonizzazione delle norme esistenti, anche al fine di prevenire discriminazioni tra lavoratori[74]. Non solo, la semplificazione normativa degli ingressi potrebbe ridurre il ricorso ai trafficanti di uomini, garantendo in tal modo una maggiore tutela dei diritti umani dei lavoratori migranti[75] e andando quindi ad influire sull'uso strumentale dei mezzi di protezione internazionale da parte di chi cerca soltanto un ingresso in Europa. Un'ipotesi lontana dal realizzarsi, visto il contesto politico non favorevole: la mancanza di una proposta legislativa su questi temi nel contenuto del *migration package*, ipotesi rinviata ad un futuro momento, è là a dimostrarlo.

---

[73] Presidency discussion paper, del 16.10.2020, n. 12026/20, The future of legal migration in the EU: state of play and possible way forward, p. 5 e ss. e Presidency discussion paper, del 28.10.2020, n. 12272/20, A new way forward on European Migration and Asylum Policy, punto 20.

[74] Commissione LIBE, Draft Report on new avenues for legal labour migration, cit., punto 26.

[75] In tal senso la Commissione LIBE, *Draft Report on new avenues for legal labour migration*, cit., punti 8-10.

ABSTRACT

THE LEGAL WAYS OF ACCESSING THE EUROPEAN UNION IN THE NEW PACT ON ASYLUM AND MIGRATION OF THE EUROPEAN COMMISSION

The need for a legal, orderly and safe migration management has emerged strongly at the global level in recent years along with effective international cooperation. The guarantee and provision of legal pathways are essential to protect human lives, but also to reduce the business of criminal organizations active in smuggling of migrants and trafficking in persons; their importance was stressed in the New York Declaration on Migrants and Refugees, followed by the Global Compact on Refugees and for Safe, Orderly and Regular Migration, calling for the need to expand "legal pathways for refugees" so that they can be made available globally.

The Commission's Recommendation on legal pathways strictly related to international protection and published together with the Pact, is not linked to acts related to economic migration, even though the issue of access to Member States by legal means should also concern those who aspire to come there for work reasons: the methods of access aimed at this purpose remain very limited due to the lack of harmonized rules on long-term mobility and the existence of different labor markets, with different rules of access and operation.

Once the legal framework of reference has been identified, the article will focus on different models of legal access, their feasibility and the criticalities that could arise from the proposals currently in place. This will also be an opportunity to analyze the proposals issued in the past legislature, with a focus on the resettlement mechanism at European level.

LE VIE LEGALI DI ACCESSO ALL'UNIONE NEL NUOVO PATTO SU ASILO E MIGRAZIONE DELLA COMMISSIONE EUROPEA

La necessità di una gestione della migrazione in modo legale, ordinato, sicuro è emersa con forza a livello globale negli anni più recenti unitamente ad un'effettiva cooperazione internazionale. La garanzia e la previsione di vie legali d'accesso sono fondamentali nella tutela delle vite umane, ma anche per ridurre gli affari delle organizzazioni criminali dedite al traffico e alla tratta di persone; la loro importanza è stata sottolineata nella dichiarazione di New York su migranti e rifugiati, seguita dai *Global Compact on Refugees* e *for Safe, Orderly and Regular Migration*, il primo dei quali richiamava la necessità di ampliare "*legal pathways for refugees*" sì da poterle rendere disponibili sul piano globale.

Il nuovo Patto europeo sull'Immigrazione e l'Asilo fonda lo sviluppo di vie di accesso legali al territorio europeo sulle relazioni con gli Stati terzi, per contribuire a ridurre il numero di irregolari e la pressione sui sistemi nazionali d'asilo. Tuttavia, la Raccomandazione della Commissione sulle vie di accesso legali strettamente collegate alla protezione internazionale, pubblicata contestualmente al Patto, non è seguita da atti riconducibili alla migrazione di natura economica pur se la questione dell'accesso agli Stati membri per vie legali dovrebbe riguardare anche chi aspira a giungervi per ragioni di lavoro: le modalità di accesso all'uopo indirizzate rimangono fortemente limitate per l'assenza di una disciplina uniforme sulla mobilità di lungo periodo e l'esistenza di mercati del lavoro diversi, con regole di accesso e funzionamento distinte.

Una volta individuato il quadro giuridico di riferimento, il lavoro guarderà alle varie declinazioni delle vie legali d'accesso, alla loro fattibilità ed alle criticità che potrebbero derivarne anche alla luce delle proposte normative attualmente in essere; sarà questa un'occasione per guardare anche a quanto presentato e discusso sul tema nel corso della passata legislatura e per ipotizzare gli effetti sull'evoluzione del meccanismo di reinsediamento sul piano europeo.

Patrizia De Pasquale[*]

Il Patto per la migrazione e l'asilo: più ombre che luci

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La dimensione esterna. – 3. Il principio di solidarietà ed il nuovo meccanismo di distribuzione. – 4. Il sistema comune di rimpatri e le misure accessorie. – 5. Brevi conclusioni: verso una legislazione dell'emergenza.

1. Il 23 settembre il presidente della Commissione europea, Ursula Von der Leyen, ha presentato il "Nuovo Patto per la migrazione e l'asilo"[1] dopo numerosi rinvii a causa della pandemia di Covid-19 e della precedenza accordata alle misure sanitarie e di ripresa[2]. Il Patto, destinato a modificare il sistema attuale, ha l'obiettivo di: introdurre meccanismi di redistribu-

[*] Professore ordinario di diritto dell'Unione europea – Università LUM – Casamassima-Bari.

[1] Il Patto è composto da: una comunicazione; cinque proposte di regolamento, tre raccomandazioni, una linea guida ed una *roadmap* per l'attuazione. V. rispettivamente, tutte in data 23 settembre 2020, COM/2020/609 final, comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo; COM/2020/610 final, proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on asylum and migration management and amending Council Directive (EC) 2003/109 and the proposed Regulation (EU) XXX/XXX [Asylum and Migration Fund]; COM/2020/611 final, Amended proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a common procedure for international protection in the Union (…); COM/2020/612 final, proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council introducing a screening of third country nationals at the external borders (…); COM/2020/613 final, proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council addressing situations of crisis and force majeure in the field of migration and asylum; COM/2020/614 final, amended proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the establishment of 'Eurodac' for the comparison of biometric data for the effective application of Regulation (EU) XXX/XXX [Regulation on Asylum and Migration Management] and of Regulation (EU) XXX/XXX [Resettlement Regulation], for identifying an illegally staying third-country national or stateless person and on requests for the comparison with Eurodac data by Member States' law enforcement authorities and Europol for law enforcement purposes (…); C(2020) 6467 final, Commission Recommendation on legal pathways to protection in the EU: promoting resettlement, humanitarian admission and other complementary pathways; C(2020) 6468 final, Commission Recommendation on cooperation among Member States concerning operations carried out by vessels owned or operated by private entities for the purpose of search and rescue activities; C(2020) 6469 final, Commission Recommendation on an EU mechanism for Preparedness and Management of Crises related to Migration (Migration Preparedness and Crisis Blueprint); C(2020) 6470 final, Communication from the Commission, Guidance on the implementation of EU rules on definition and prevention of the facilitation of unauthorised entry, transit and residence.

[2] Per un primo commento al nuovo Patto, A. DI PASCALE, *Il nuovo patto per l'immigrazione e l'asilo: scontentare tutti per accontentare tutti*, in *Eurojus*, 28 settembre 2020; D. THYM, *European Realpolitik: Legislative Uncertainties and Operational Pitfalls of the 'New' Pact on Migration and Asylum*, in *eumigrationlawblog.eu*, 28 September 2020; C. FAVILLI, *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo "c'è qualcosa di nuovo, anzi di antico"*, in *questionegiustizia.it*, 2 ottobre 2020.

zione obbligatoria dei richiedenti asilo e procedure di ammissibilità, anche accelerate, delle richieste di asilo; incentivare la collaborazione bilaterale e multilaterale con i principali Paesi terzi di origine o di transito (soprattutto sponda sud del Mediterraneo, Balcani occidentali e Turchia) per la gestione congiunta dei flussi; riformare il sistema di Dublino[3] e potenziare le strategie volte a contrastare i c.d. "movimenti secondari" all'interno dell'Unione europea; favorire la conclusione di accordi di rimpatrio e riammissione; aumentare i canali di ingresso regolari; rafforzare il ruolo di Frontex nella gestione dei rimpatri; coordinare attraverso un sistema centralizzato le operazioni di ricerca e soccorso da parte delle centrali operative (*Maritime rescue coordination centre*)[4].

Va subito notato che non si tratta di un pacchetto completamente nuovo, in quanto la Commissione ha opportunamente voluto salvaguardare le precedenti proposte già in stato di avanzata negoziazione tra Parlamento europeo e Consiglio, invitando ad adottarle in tempi brevi (regolamento qualifiche, direttiva accoglienza, regolamento che istituisce un'Agenzia dell'Unione europea per l'asilo, regolamento quadro europeo sul reinsediamento e l'ammissione umanitaria, direttiva rimpatri rifusa). Altre misure sono invece oggetto di nuove iniziative, come il regolamento sulla migrazione e l'asilo che sostituisce il regolamento c.d. Dublino III, il regolamento procedure ed il regolamento Eurodac.

Sebbene il Patto fosse stato annunciato da mesi, e sebbene ci si aspetti che venga accolto positivamente, giacché le numerose criticità del sistema attuale sono da troppo tempo sotto gli occhi di tutti, non è possibile lasciarsi andare a facili entusiasmi. Infatti, la proposta, che come noto è soltanto l'ultima di una serie che si sono susseguite negli anni, non frena le perplessità che hanno accompagnato i numerosi precedenti sia sotto il profilo sostanziale sia sotto quello procedurale. Sotto il profilo sostanziale, va rilevato che, pur di venire incontro alle esigenze di tutti, la Commissione ha ridimensionato le lungimiranti riforme annunciate a fine 2019 ed i numerosi compromessi che ha dovuto accettare influiscono sul risultato finale che si presenta come un deludente *patchwork* di misure poco organiche ed

---

[3] Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide (c.d. regolamento *Dublino III*).

[4] Per una ricognizione approfondita su tali tematiche e su molto altro, si veda A. DI STASI, L. S. ROSSI (a cura di), *Lo Spazio di libertà sicurezza e giustizia – A vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere*, Napoli, 2020, spec. IV sezione; S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, Torino, 2019; G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014.

incomplete. Di talché, il Patto finisce per non soddisfare nessuno, lasciando irrisolti – come si dirà – i principali nodi problematici.

Sotto il profilo procedurale, è lecito nutrire dubbi sul superamento dell'opposizione di taluni Stati in fase di approvazione delle diverse misure contenute nel Patto. Il risultato non è scontato poiché, se la necessità di riformare la disciplina vigente in materia di immigrazione e asilo è ampiamente condivisa[5], frizioni e dubbi restano sul *quid* e sul *quomodo*, anche alla luce delle fallimentari forme di ridistribuzione sperimentate a seguito dei vani tentativi di trovare un accordo, quali la ricollocazione dall'Italia e dalla Grecia nel 2016 e 2017 e, negli ultimi due anni, degli accordi di redistribuzione *ad hoc.* A ciò si aggiunga che, durante la pandemia di Covid-19, la posizione del governo turco ha reso evidente l'insostenibilità della politica di esternalizzazione delle frontiere e della gestione dei migranti, esemplificata proprio dall'accordo UE/Turchia, del 2016[6], e molti Stati membri hanno imposto misure molto restrittive su arrivi e accesso all'asilo, finanche alzando muri e barriere di filo spinato, così paralizzando la fragile cooperazione in ambito di redistribuzione e ritorno dei migranti.

Pertanto, la consapevolezza che il sistema attuale sia inadeguato non è accompagnata dalla volontà di superare le enormi divergenze fra gli Stati membri che da anni bloccano ogni tentativo di riforma. Il nodo più difficile da sciogliere è (e resta anche alla luce del Nuovo Patto) la redistribuzione dei richiedenti asilo, considerata indispensabile dai Paesi di primo arrivo (Cipro, Grecia, Spagna, Italia e Malta), ma avversata in tutti i modi dai Paesi del gruppo di Visegrád (Polonia, Repubblica Ceca, Ungheria, Slovacchia)[7] e da Estonia, Lettonia e Slovenia.

Seppure inserita in un contesto poco promettente, la proposta in esame va comunque salutata con favore. Soprattutto perché prova (almeno a parole) a cambiare la *ratio* che finora ha ispirato le varie riforme. Essa poggia su una solidarietà "di fatto"[8] di cui dovrebbero beneficiare i Paesi più

---

[5] In dottrina, per tutti, C. FAVILLI, *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, in *Questione giustizia*, n. 2, 2018, p. 28 ss.; B. NASCIMBENE, *Refugees, the European Union and the "Dublin system". The Reasons for a Crisis*, in *European Papers*, vol. 1, n. 1, 2016, p. 101 ss. Sia inoltre consentito rinviare a P. DE PASQUALE, *Verso la refusione del regolamento "Dublino III"*, in *Studi sull'integrazione europea*, vol. XIII, n. 2, 2018, p. 267 ss.

[6] Per una panoramica più ampia sullo scenario turco, v. A. ADINOLFI, *Alcune riflessioni sulla reazione dell'Unione europea alle violazioni dei diritti umani in Turchia e sui possibili strumenti di contrasto*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, vol. I, Bari, 2017, p. 223 ss.

[7] In particolare, v. la *Joint Statement on Migration* del 15 febbraio 2016 in occasione del 25esimo anniversario del Gruppo, in *visegradgroup.eu*: "[The Prime Ministers] expressed their full support for measures adopted at the European Union level with the aim of a more effective protection of the external borders, including reinforced cooperation with third countries *while repeating their negative stance on automatic permanent relocation mechanism*" (corsivo aggiunto).

[8] Così nella Dichiarazione Schuman del 9 maggio 1950.

esposti; una solidarietà cioè che non dovrebbe più sostanziarsi in un concetto carico di bei, ma fumosi propositi[9], trasformandosi invece in azioni concordate e convergenti messe in campo nel rispetto di esigenze e tempi precisi[10]. Al riguardo, la Commissione ha stabilito che la solidarietà deve essere basata principalmente, ma non esclusivamente, sulla redistribuzione dei richiedenti asilo all'interno del territorio dell'Unione europea, così da prendere le distanze dal fallimentare modello di quote obbligatorie introdotto nel 2015 e nel frattempo definitivamente ritirato[11]. Ed in tale ottica ha adottato un approccio integrato e coordinato che, mediante un sistema di regole chiare ed eque, dovrebbe superare le profonde differenze nella gestione dei massicci flussi migratori ed evitare il ricorso a soluzioni occasionali e poco lungimiranti.

Ad illustrare le linee ed i principi del Nuovo Patto è dedicata la presente analisi che intende essere un commento "a caldo", specificamente della comunicazione della Commissione sul "Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo", rimarcando le novità introdotte senza trattare gli aspetti peculiari che saranno oggetto di specifici interventi di questo *Focus*.

---

[9] Sul punto, cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale. Sharpston del 31 ottobre 2019, cause riunite C-715/17, C-718/17 e C-719/17, *Commissione c. Polonia, Ungheria e Repubblica ceca* (*Mécanisme temporaire de relocalisation de demandeurs de protection internationale*), punti 253-255: "La solidarietà è la linfa vitale del progetto europeo. Attraverso la loro partecipazione a tale progetto e la cittadinanza dell'Unione, gli Stati membri e i loro cittadini possiedono obblighi e benefici, doveri e diritti. In seno al «demos» europeo, la condivisione non equivale ad esaminare i trattati e il diritto derivato per verificare che cosa si può rivendicare. Essa esige anche l'assunzione di responsabilità collettive nonché oneri (sì, oneri) per promuovere il bene comune. Rispettare le «regole del club» e fare la propria parte nella solidarietà con gli altri colleghi europei non possono fondarsi su un'avara analisi costi-benefici sul modello (ahimè noto, proveniente dalla retorica dei sostenitori della *Brexit*) di «quanto mi costa esattamente l'Unione a settimana e quali vantaggi personali ne traggo?» Tale egocentrismo è un tradimento della visione dei padri fondatori di un continente pacifico e prospero. È l'antitesi dell'essere uno Stato membro leale e dell'essere degno, in quanto individuo, di una cittadinanza europea condivisa. Affinché il progetto europeo prosperi e prosegua, dobbiamo tutti fare meglio di così. Permettetemi di concludere ricordando una vecchia storia della tradizione ebraica che merita una diffusione più ampia. Un gruppo di uomini viaggiano insieme su una barca. Improvvisamente, uno di loro estrae una trivella e inizia a forare lo scafo sotto di sé. I suoi compagni protestano: «Perché lo stai facendo?», gridano. «Di cosa vi state lamentando?», risponde, «Non sto forse forando lo scafo sotto il mio sedile?». «Certo», rispondono i compagni, «Ma entrerà in acqua e affonderà la barca con tutti noi a bordo»".

[10] In questa direzione, G. MORGESE, *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, Bari, 2018, *passim*; dello stesso autore si veda anche il contributo in questo *Focus.* Cfr. altresì L. MARIN, *Governing Asylum with (or without) Solidarity? The Difficult Path of Relocation Schemes, Between Enforcement and Contestation*, in *fsjeurostudies.eu*, n. 1, 2019, p. 55 ss.

[11] Cfr. la sentenza del 6 settembre 2017, cause riunite C-643/15 e C-647/15, *Slovacchia e Ungheria c. Consiglio*: «(…) il numero poco elevato di ricollocazioni effettuate a tutt'oggi in applicazione della decisione impugnata può spiegarsi con un insieme di elementi che il Consiglio non poteva prevedere al momento dell'adozione di quest'ultima, tra cui, in particolare, la mancanza di cooperazione di alcuni Stati membri» (punto 223).

2. La comunicazione ha un valore politico e programmatico di cinque anni ed ha l'ambiziosa pretesa di ridisegnare il sistema comune di asilo, articolandolo su due pilastri[12]. Nello specifico, il primo è dedicato alla dimensione esterna. In tale ambito convergono tanto le procedure dirette a rendere più spedito l'esame delle domande dei richiedenti asilo, quanto le azioni volte a promuovere ed incoraggiare gli accordi con i Paesi di origine e di transito ed a gestire meglio la frontiera esterna dell'Unione, grazie anche alla nuova guardia di frontiera e costiera europea. Il secondo è il sistema di solidarietà permanente ed effettivo per il ricollocamento e/o il rimpatrio dei profughi arrivati nell'Unione. I due pilastri sono rafforzati da una serie di misure accessorie dirette a definire e perfezionare l'intera struttura[13].

Più in particolare, la disciplina relativa alla dimensione esterna[14] definisce un meccanismo complesso e fluido che combina processi attualmente distinti. La prima fase è caratterizzata da uno *screening* pre-ingresso[15] (identificazione, controlli sanitari e di sicurezza, presa delle impronte digitali e registrazione sul database Eurodac) di tutte le persone che attraversano le frontiere esterne dell'Unione senza autorizzazione o che sono sbarcate in seguito ad un'operazione di ricerca e soccorso[16]. Invero, gli Stati membri sono tenuti ad effettuare gli accertamenti pre-ingresso anche qualora una persona sfugga ai controlli alla frontiera e venga successivamente identificata nel territorio di altro Stato, in modo da garantire che i controlli siano effettuati per tutti gli arrivi irregolari.

Attraverso lo *screening*, che dovrebbe concludersi entro 5 giorni dal fermo in zona di confine esterno[17], si intende accelerare il processo di determinazione dello *status* di una persona e il tipo di procedura da applicare, così da alleggerire il carico di domande da esaminare mediante la normale procedura di asilo.

La seconda fase del processo vede riunite in un unico strumento legislativo la procedura di asilo e quella di rimpatrio, sia per semplificare la ricollocazione dei richiedenti in un altro Stato membro, dove verrebbe proseguita la procedura, sia per facilitare la procedura di rimpatrio dei migranti la cui domanda è stata respinta. In tale ottica, le domande di asilo che già ad un primo esame manifestino scarse possibilità di essere accettate

---

[12] È stato rappresentato dal vicepresidente della Commissione, Margaritis Schinas, come una "casa di tre piani".

[13] Un sistema simile di ricollocamento per quote era previsto dal precedente patto, l'Agenda europea per le migrazioni del 2015, ma l'adesione al sistema era su base volontaria e dopo due anni il sistema è stato abbandonato.

[14] Punto 2.1. della comunicazione.

[15] Cfr. il lavoro di G. CAGGIANO in questo *Focus*.

[16] COM (2020) 612 final.

[17] Art. 6 della relativa proposta.

sarebbero vagliate secondo una procedura accelerata (dodici settimane) e senza richiedere l'ingresso legale del migrante nel territorio dello Stato membro. La "corsia rapida" dovrebbe essere riservata alle richieste presentate da richiedenti che: tentano di ingannare le autorità; provengano da Paesi con bassi tassi di riconoscimento e che con alto grado di probabilità non necessitano di protezione; rappresentino una minaccia per la sicurezza nazionale.

Le domande di asilo presentate alle frontiere esterne non conferirebbero, comunque, un diritto automatico di entrare nel territorio dell'Unione.

Qualora la domanda di asilo fosse respinta alla frontiera sarebbe subito avviata quella di rimpatrio, in modo tale da eliminare i rischi di spostamenti non autorizzati; mentre per gli altri migranti continuerebbe ad essere applicata la normale procedura di asilo[18].

La procedura di frontiera sarebbe, dunque, obbligatoria soltanto in casi limitati e ad esclusione delle domande presentate da minori non accompagnati e da famiglie con minori di età inferiore ai 12 anni, a meno che venissero in rilievo esigenze di sicurezza o di particolare vulnerabilità. In ogni caso, le decisioni, emesse all'esito della procedura di frontiera, riguarderebbero semplicemente l'ammissibilità della domanda, in quanto la valutazione nel merito sarebbe riservata alla procedura accelerata ed a quella ordinaria.

Tanto la procedura accelerata quanto quella ordinaria dovrebbero comunque rispettare le garanzie necessarie ad assicurare che ogni persona abbia una valutazione individuale e che non vi siano violazioni del principio di *non refoulement* o dei diritti fondamentali, accordando particolare riguardo ai minori ed ai soggetti vulnerabili[19].

La nuova disciplina viene completata dalla proposta di maggiore armonizzazione dei concetti di "Paese di origine sicuro" e "Paese terzo sicuro" attraverso elenchi elaborati dall'Unione.

Di rilievo per il rafforzamento della dimensione esterna è poi la promozione di partenariati studiati su misura con i Paesi terzi per collaborare alla gestione del traffico di migranti ed all'effettiva attuazione degli accordi e delle intese di riammissione. Inoltre, la Commissione ha annunciato la pre-

---

[18] Qualora la domanda di protezione internazionale venga respinta, il richiedente asilo ha diritto a non essere rimpatriato fino all'esito del riesame eventualmente richiesto. A tal proposito, in una causa ancora pendente dinanzi alla Corte (causa C-808/18, *Commissione c. Ungheria* (*Accueil des demandeurs de protection international*); conclusioni dell'Avvocato generale Pikamäe del 25 giugno 2020), la Commissione lamenta la mancanza, nella disciplina ungherese, dell'effetto sospensivo automatico del ricorso di riesame rispetto alla procedura di rimpatrio.

[19] Punto 2.4. della comunicazione sul nuovo Patto. Cfr. COM (2017) 211, del 12 aprile 2017, comunicazione sulla protezione dei minori migranti che raccomanda una serie completa di misure per rafforzare la protezione dei minori in ogni fase del processo migratori.

disposizione di un documento avente ad oggetto il "ciclo politico e di attuazione strategico pluriennale"; tale documento dovrebbe essere presentato nel primo semestre del 2021. Si tratta di un quadro unificato di orientamenti strategici rivolto a tutti i soggetti coinvolti nel settore della gestione delle frontiere e dei rimpatri, al fine di incentivare una pianificazione interconnessa ed uno stretto collegamento tra la strategia tecnica e operativa predisposta da Frontex e quelle degli Stati membri.

La gestione delle frontiere esterne potrà, infine, avvantaggiarsi di un corpo permanente della guardia di frontiera e costiera europea, il cui impiego è previsto a partire dal 1° gennaio 2021.

3. La comunicazione delinea altresì il quadro comune per la solidarietà e la condivisione della responsabilità; sulla relativa proposta di regolamento[20], che andrà a sostituire il vigente "Dublino III", la Commissione auspica che si raggiunga un accordo entro la fine del 2020.

Quantunque il principio del primo Paese di ingresso resti (purtroppo!) inalterato[21], viene introdotto, nell'identificazione del Paese che deve prendere in esame la domanda, accanto ai ben noti criteri gerarchici, il possesso di titoli di studio ottenuti nello Stato membro e viene estesa l'accezione di familiari per i quali può essere richiesto il ricongiungimento. Peraltro, il Paese di primo ingresso è riconosciuto responsabile anche nei confronti di coloro i quali siano sbarcati a seguito di un'operazione di salvataggio e non siano ricollocati in altro Stato. La responsabilità rimane in capo a tale Stato per tre anni e non più per soli 12 mesi, nel chiaro tentativo di scoraggiare i movimenti secondari.

Il criterio del Paese di primo ingresso è compensato dal nuovo meccanismo di solidarietà che – almeno nelle intenzioni – intende definire i principi e le strutture necessari per un approccio integrato alla politica di migrazione e asilo e per garantire un'equa condivisione delle responsabilità. Vale a dire, come stabilito dall'art. 80 TFUE e chiarito dalla Corte di giustizia, che tutti gli Stati membri sono *obbligati* a contribuire effettivamente e adeguatamente alla gestione dei migranti irregolari[22].

---

[20] COM (2020) 610 def.

[21] Su tale principio, v. 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*, n. 3, 2011, p. 45 ss.

[22] Sentenza *Slovacchia e Ungheria c. Consiglio*, cit., punto 29; sentenza *Commissione c. Polonia, Ungheria e Repubblica ceca* (2 aprile 2020), cit., punti 80, 97, 180 e 181. Per un commento alle due pronunce che pone in risalto il dovere di solidarietà, v., rispettivamente, E. COLOMBO, *Il meccanismo di ricollocazione dei richiedenti asilo davanti alla Corte di giustizia: spunti di riflessione per il legislatore dell'Unione*, in *rivista.eurojus.it*, n. 2, 2020, p. 67 ss., spec. p. 84 ss. e A. CIRCOLO, *Il principio di solidarietà tra impegno volontario e obbligo giuridico. La pronuncia della Corte di giustizia (GS) nel caso* Slovacchia e Ungheria c. Consiglio, in *DPCE online*, vol. 34, n. 1, 2018, p. 197 ss. Cfr. anche S. PENASA, *Sovranità nazionali e*

Nel dettaglio, il nuovo sistema prevede che gli Stati membri, sulla base di quote prestabilite in funzione del PIL (50%) e della popolazione (50%), possano decidere di ricollocare sul proprio territorio il migrante irregolare arrivato nel Paese che chiede solidarietà; oppure provvedere al suo rimpatrio (*return sponsorship*), qualora sia stato già accertato che non possa beneficiare della protezione internazionale; o, ancora, migliorare le capacità di accoglienza dello Stato sotto pressione ovvero contribuire al rafforzamento delle condizioni di accoglienza.

Il meccanismo è destinato ad essere applicato su base volontaria nelle situazioni normali, diventando obbligatorio nelle situazioni conseguenti lo sbarco di migranti in un porto dell'Unione dopo operazioni di ricerca e soccorso in mare; nell'ipotesi in cui il sistema di gestione di uno Stato membro sia posto sotto forte pressione a causa di flussi massicci; nelle situazioni dovute a gravi crisi in Paesi terzi (ad es. guerra civile). In questi casi, lo Stato membro può chiedere l'attivazione del meccanismo di solidarietà alla Commissione che, valutata la necessità, può indicare il numero di migranti irregolari che devono essere redistribuiti.

Nondimeno, è bene sottolinearlo, la redistribuzione non è obbligatoria e, quantunque tutti gli Stati membri debbano contribuire alla ricollocazione e/o alle sponsorizzazioni di rimpatrio, questi avranno la possibilità di decidere se e in quale misura condividere gli sforzi. Difatti, ogni Stato può decidere se fornire il sostegno necessario allo Stato membro sotto pressione per rimpatriare rapidamente coloro che non hanno diritto di soggiorno, oppure assumersi la completa responsabilità dell'immigrato irregolare, accogliendo sul proprio territorio i migranti ricollocati dallo Stato in difficoltà ovvero utilizzare le altre forme di solidarietà. Gli Stati possono anche

---

Rule of Law *europea: il bilanciamento sta nelle procedure? Riflessioni a margine della sentenza* Commissione c. Polonia, Ungheria e Repubblica Ceca, in *diritticomparati.it*, 2020, p. 1 ss.; ID., *La relocation delle persone richiedenti asilo: un sistema legittimo, giustificato e … inattuato? Brevi riflessioni sulla sentenza* Slovacchia e Ungheria c. Consiglio, in *DPCE online*, vol. 31, n. 3, 2017, p. 735 ss.; A. NATO, *La sentenza* Commissione c. Polonia, Ungheria e Repubblica Ceca: *sovranisti alla prova del meccanismo di ricollocamento dei richiedenti protezione internazionale*, in *diritticomparati.it*, 2020, p. 1 ss.; L. RIZZA, *Obbligo di solidarietà e perdita di valori (Nota a sentenza Corte di giustizia UE, Grande Sezione, 6 settembre 2017, cause riunite C-643/15 e C647/15, caso* Repubblica slovacca e Ungheria c. Consiglio dell'Unione europea), in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2, 2018, p. 1 ss. Seppur in un contesto differente rispetto a quello della politica di asilo e di immigrazione, l'*obbligo* di solidarietà era già stato affermato dalla Corte in una decisione risalente: "(…) nel consentire agli Stati membri di trarre vantaggio dalla Comunità, il Trattato impone loro l'obbligo di osservarne le norme. Il fatto che uno Stato, in considerazione dei propri interessi nazionali, rompa unilateralmente l'equilibrio tra i vantaggi e gli oneri derivanti dalla sua appartenenza alla Comunità, lede l'uguaglianza degli Stati membri dinanzi al diritto [dell'Unione] e determina discriminazioni a carico dei loro cittadini (…); questo venir meno ai doveri di solidarietà accettati dagli Stati membri con la loro adesione alla Comunità scuote dalle fondamenta l'ordinamento giuridico [dell'Unione]" (sentenza del 7 febbraio 1973, causa 39/72, *Commissione c. Italia*, punti 24 e 25; v. anche la sentenza del 7 febbraio 1979, causa 128/78, *Commissione c. Regno Unito*, punto 12).

decidere di combinare gli interventi, ma sempre nel rispetto della quota assegnata. Qualora la Commissione dovesse riscontrare che non sia stato raggiunto almeno il 70% della quota stabilita, potrebbe convocare un "*forum* della solidarietà" ed imporre ricollocamenti aggiuntivi o, in alternativa, una quota di sponsorizzazioni di rimpatri.

Tenuto conto delle diverse situazioni degli Stati membri e della fluttuazione delle pressioni migratorie, la Commissione propone cioè un sistema di contributi flessibili ed inizialmente su base volontaria (soltanto nelle situazioni di pressione scatterebbe l'obbligatorietà). Si tratta, quindi, di un meccanismo eccessivamente complesso e veicolato da una serie di incognite e condizioni che pongono seri dubbi sulla sua effettiva efficacia e sulla sua reale utilità.

4. Numerose sono poi le misure accessorie ed integrative dirette alla definizione del nuovo sistema.

Poiché, come sottolineato, grande importanza è attribuita al potenziamento e all'accelerazione delle procedure di rimpatrio, la Commissione giunge a proporre un "sistema europeo comune per i rimpatri" fondato su strutture più forti all'interno dell'Unione e su una cooperazione più efficace con i Paesi terzi, anche attraverso nuovi incentivi. Tale sistema dovrebbe integrare i rimpatri sponsorizzati, contribuendo alla loro efficace attuazione. Al riguardo, la Commissione ritiene adeguata la proposta del 2018 di rifusione della direttiva rimpatri che potrebbe contribuire a prevenire e a ridurre la fuga e gli spostamenti non autorizzati, utilizzando criteri comuni per valutare singolarmente ogni caso e autorizzando il ricorso al trattenimento per motivi di ordine pubblico e di sicurezza.

Ad ulteriore rafforzamento del sistema di rimpatrio e di riammissione, la Commissione ritiene necessario integrare le strategie nazionali con una loro migliore pianificazione e una maggiore disponibilità di risorse e di infrastrutture per le operazioni. Un ruolo di primo piano è affidato in particolare a Frontex, che dovrebbe diventare a tutti gli effetti il braccio operativo della politica di rimpatrio; ma altresì ad un'apposita struttura di *governance* composta da un coordinatore per il rimpatrio, coadiuvato da una nuova rete ad alto livello per i rimpatri. Il coordinatore dovrebbe fornire il supporto tecnico per riunire i vari aspetti della politica di rimpatrio dell'Unione, basandosi sulle *best practices* degli Stati membri e facilitando la fluida e interconnessa gestione del processo di rimpatrio. Il quadro comune si dovrebbe avvalere di una banca dati aggiornata e maggiormente sviluppata (Eurodac).

Nel contesto delineato assumono rilievo pure la proposta di sviluppare

un approccio comune e coordinato delle operazioni di ricerca e soccorso, volta a garantire una continuità nel sostegno e ad evitare che sia necessario ricorrere a soluzioni non sufficientemente adeguate; nonché il nuovo piano d'azione (2021-2025) contro il traffico di migranti diretto a rafforzare la cooperazione delle autorità di contrasto al traffico di migranti, spesso legato anche alla tratta di esseri umani[23]. In tale piano d'azione sono coinvolti Europol e il suo Centro europeo contro il traffico di migranti, Frontex, Eurojust e l'Agenzia dell'Unione europea per la formazione delle autorità di contrasto.

Infine, va ricordata la proposta di potenziare l'interoperabilità dei sistemi informatici per registrare gli arrivi e i richiedenti asilo che dovrebbe coinvolgere in un costante e proficuo "dialogo" tutti i sistemi europei relativi a frontiere, migrazione, sicurezza e giustizia, di modo che nessun controllo possa andar perduto a causa della mancanza di informazioni e tutte le autorità nazionali abbiano a disposizione informazioni complete.

5. A ben vedere, il sistema come ridefinito non rappresenta la rivoluzione copernicana che molti auspicavano. Anzi, quanto fatto era abbastanza prevedibile, considerando il diverso coinvolgimento degli Stati nel fenomeno migratorio e le loro politiche completamente divergenti. Infatti, non va dimenticato che taluni Paesi sono chiamati ad affrontare soltanto il controllo delle frontiere esterne, mentre altri devono costantemente gestire arrivi su vasta scala via terra o via mare o centri di accoglienza sovraffollati, ed altri ancora sono investiti da movimenti non autorizzati di migranti sul loro territorio. Cosicché, il compromesso che la Commissione ha dovuto accettare – dopo approfondite consultazioni con il Parlamento europeo, gli Stati membri, la società civile, le parti sociali e le imprese – garantisce un equilibrio tra le diverse prospettive nazionali, ma nella sostanza finisce per accordare semplicemente una maggiore attenzione al rafforzamento dei controlli ed alla limitazione degli ingressi e dei movimenti secondari, non risolvendo in alcun modo il nodo fondamentale dei Paesi di primo arrivo. Insomma, è ben chiaro come la condivisione delle responsabilità non si sia tradotta in solide misure dirette a migliorare e potenziare l'accoglienza ma semplicemente nella gestione dei rimpatri e nell'esplicita volontà di disincentivare gli arrivi, soprattutto dei migranti provenienti da Paesi con un basso tasso di riconoscimento.

Altri e numerosi sono i punti di debolezza del nuovo sistema. In primo luogo, il carattere volontario del meccanismo di solidarietà e l'assenza di

[23] L'assenza di una funzione di "*search and rescue*" europea era già stata messa in luce da F. ZORZI GIUSTINIANI, *Da Frontex alla Guardia di frontiera e costiera europea: novità in tema di gestione delle frontiere esterne*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2, 2017, p. 538.

una previsione di ricollocamento automatico ed obbligatorio e di sanzioni (qualsiasi fosse la tipologia) da imporre agli Stati che dovessero sottrarsi al meccanismo cristallizzano il concetto di solidarietà in uno obbligo "*soft*"; ovvero in un obbligo che si può decidere di disattendere senza incorrere in alcuna conseguenza giuridicamente rilevante[24].

In secondo luogo, lascia perplessi il mancato rafforzamento dei canali di ingresso regolari (sebbene espressamente annunciato), destinato a ridimensionare anche le novità più significative. Difatti, non è necessaria la sfera di cristallo per prevedere che, pure per questo motivo, l'afflusso di richiedenti asilo non diminuirà e continuerà a gravare con oneri eccessivi su pochi Stati membri, poiché – come evidenziato – il principio del Paese di primo ingresso non è stato modificato, lasciando in sostanza il regolamento Dublino intatto, se non fosse per la denominazione novellata in "regolamento per la gestione dell'immigrazioni e asilo". Si tratta di un elemento di grande fragilità del sistema che, tra l'altro, mal si concilia con l'intenzione di rafforzare i reinsediamenti da Paesi terzi (*resettlements*) e con il *talent partnerships* finalizzato ad attirare talenti per il mercato del lavoro nell'Unione.

In terzo luogo, non convince la procedura di *pre-screening* che, da un lato, costituirebbe un ulteriore aggravio delle responsabilità degli Stati di primo arrivo ed un allungamento del periodo di permanenza dei migranti negli *hotspot*; dall'altro, attribuirebbe loro un eccessivo margine di discrezionalità. Inoltre, sembra che tale procedura difficilmente possa coniugarsi con il rispetto dei diritti fondamentali della persona, ed in particolare con il principio di effettività, giacché i tempi brevissimi previsti per il suo espletamento (cinque giorni) non permetterebbero un attento esame delle domande di asilo, nella maggior parte dei casi presentate da persone che necessitano di assistenza legale e di un traduttore che le affianchi costantemente.

Pur tuttavia, tra le numerose ombre che si allungano sul nuovo Patto, va accolta con interesse la proposta di un programma di preparazione e di risposta alle crisi nel settore delle migrazioni. L'approccio dovrebbe favorire il passaggio da un sistema basato su strumenti tipici di reazione ad uno che avrebbe il suo punto di forza nella prevenzione e nell'anticipazione. In tale prospettiva, il programma riunirebbe gli strumenti di gestione delle crisi esistenti e definirebbe misure e protocolli istituzionali, operativi e

[24] In contrasto con quanto affermato dallo stesso presidente Von Der Leyen nel discorso sullo stato dell'Unione (16 settembre 2020, in *ec.europa.eu*): "Adotteremo un approccio umano e umanitario. Salvare vite in mare non è un'opzione. E quei paesi che assolvono i loro doveri giuridici e morali o sono più esposti di altri devono poter contare sulla solidarietà di tutta l'Unione europea. (…). Tutti devono farsi avanti e assumersi la propria responsabilità".

finanziari necessari a garantire la preparazione, sia a livello dell'Unione sia nazionale, attraverso un costante monitoraggio della capacità di resilienza degli Stati membri.

Più in particolare, in situazioni di grave crisi, che rischiano di sovraccaricare i sistemi di asilo e migrazione nazionali, si potrebbe derogare temporaneamente alle normali procedure, pur garantendo il rispetto dei diritti fondamentali e del principio di non respingimento, ricorrendo a misure temporanee e straordinarie necessarie per far fronte alle difficoltà ed ai pericoli. Sarebbe possibile cioè concedere lo *status* di protezione immediata e richiedere l'attivazione del meccanismo di solidarietà, ma anche imporre l'obbligo di ricollocazione ai richiedenti e ai beneficiari di protezione immediata, nonché quello dei rimpatri sponsorizzati. Una sorta di protezione sussidiaria potrebbe poi essere concessa a gruppi predefiniti di persone (ad esempio, a persone esposte a rischi di violenza nel Paese d'origine).

Al di là dell'apprezzamento di tale proposta, sia consentito osservare che la consapevolezza del vorticoso moltiplicarsi situazioni richiedenti un diritto dell'emergenza (il riferimento è soprattutto alla pandemia di Covid-19) dovrebbe spingere a valutare l'introduzione, attraverso la procedura di revisione dei Trattati, di una regolamentazione dettagliata e precisa che si applichi ad ogni situazione di rischio[25]. Si potrebbe cioè convergere sull'opportunità di ridisegnare una disciplina avente ad oggetto le emergenze più definita e snella, che legittimi poteri affidati alla Commissione, nelle ipotesi in cui la minaccia all'ordine pubblico, alla pubblica sicurezza o alla sanità rendesse necessarie misure eccezionali e sempreché tali misure fossero funzionali (*rectius* proporzionate) a porre rimedio al problema. In tali casi, all'Unione dovrebbe essere assegnato il ruolo di guida nell'elaborazione di una strategia coordinata e sicura che si fondi sui principi di analisi del rischio e di precauzione e che comporterebbe una regolamentazione veloce e anticipatoria dei problemi legati ai diversi fenomeni. Una strategia che diverrebbe operativa grazie alle apposite strutture predisposte a livello nazionale e dell'Unione[26] e che potrebbe scongiurare l'adozione di provve-

[25] Sul punto, sia consentito rimandare a P. DE PASQUALE, *Le competenze dell'Unione europea in materia di sanità pubblica e la pandemia di Covid-19*, in *DPCE online*, n. 2, 2020, p. 2307; P. DE PASQUALE, G. FIENGO, *Brevi note sulla gestione dell'emergenza sanitaria nell'Unione europea*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, vol. XXX, nn. 1-2, 2020, p. 50.

[26] Per far fronte a questo aspetto, si auspica la trasformazione dell'EASO da un'agenzia di sostegno dell'UE a una vera e propria agenzia dell'Unione europea per l'asilo (EUAA). La creazione dell'EUAA è bloccata dal 2016 al livello dell'iniziativa (Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the European Union Agency for Asylum and repealing Regulation (EU) No 439/2010, 4 May 2016, COM (2016) 271 final).

dimenti, da parte degli Stati membri, discutibili sotto il profilo della violazione dei diritti umani, del diritto dell'Unione e di quello internazionale.

Nondimeno, va rilevato che il Nuovo Patto rappresenta soltanto l'ennesimo "primo" passo di un cammino che si prefigura lungo ed irto di ostacoli. Basti considerare che la commissione LIBE (Commissione per le Libertà civili, la giustizia e gli affari interni) ha mosso, all'indomani della presentazione, aspre critiche e non meno dure sono state le dichiarazioni di molti Paesi, noti per la loro avversione alla condivisione del problema migratorio. Con molta probabilità si andrà incontro ad un "compromesso del compromesso", con ulteriore allontanamento dallo spirito di solidarietà e dalla predisposizione di efficaci meccanismi di assistenza agli Stati su cui gravano maggiori responsabilità nell'attuazione della politica di asilo e migrazione[27].

[27] Non meraviglierebbe – e non sarebbe la prima volta – se il Consiglio europeo intervenisse a mitigare gli effetti delle proposte della Commissione. Sull'utilizzo e sulla relativa legittimità del metodo intergovernativo nella politica migratoria, P. MORI, *Le politiche relative all'asilo e all'immigrazione tra garanzie giurisdizionali e ragioni della politica*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 1, 2016, pp. 108-110.

ABSTRACT

IL PATTO SULL'IMMIGRAZIONE E L'ASILO: PIÙ OMBRE CHE LUCI

Atteso oramai da tempo, il Nuovo Patto per la migrazione e l'asilo sembra accontentare tutti e nessuno. Il pacchetto di riforme, destinato a modificare l'attuale sistema di gestione della politica migratoria dell'Unione, risolve solo in parte le criticità emerse con il fallimento – sotto gli occhi di tutti – del modello di Dublino.

THE NEW PACT FOR MIGRATION AND ASYLUM: MORE SHADOWS THAN LIGHTS

The New Pact for Migration and Asylum, which was long overdue, seems to please everyone and no one. The reform package, designed to change the current management system of the EU migration policy, resolves just partially the critical issues that emerged with the failure – in the eyes of everyone – of the Dublin model.

Simone Marinai·

Il rafforzamento del controllo digitale del nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La sorveglianza digitale delle frontiere dell'area Schengen: cenni al quadro giuridico esistente. – 3. Il nuovo Patto e l'interoperabilità. – 4. I dati raccolti nella nuova procedura di esame pre-ingresso. – 5. La riforma di Eurodac. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Nell'ambito dei controlli che gli Stati membri dell'Unione sono chiamati a compiere sulle persone che attraversano le frontiere esterne, sempre maggiore rilevanza ha assunto, negli ultimi anni, l'impiego delle nuove tecnologie digitali attraverso le quali agevolare la gestione dei flussi migratori e garantire la sicurezza dell'area Schengen[1].

Lo sviluppo di banche dati elettroniche sempre più pervasive e tra loro interoperabili, la raccolta e la verifica di dati biometrici, l'uso di porte di ingresso automatizzate ai punti di ingresso ed uscita dal territorio nazionale, rappresentano esempi di strumenti mediante i quali i controlli di frontiera sono stati rafforzati in una logica securitaria che indubbiamente caratterizza la politica dell'Unione in materia di immigrazione[2].

Le principali implicazioni, dal punto di vista della tutela dei diritti fondamentali dei singoli, derivanti dall'impiego di simili strumenti digitali, sono note[3]. Si pensi, ad esempio, ai problemi collegati alla tutela della vita privata e, in particolare, alla protezione dei dati personali dei soggetti inseriti all'interno delle banche dati in questione. Oppure, alle difficoltà che quanti si trovino inseriti nelle predette banche dati possono incontrare al fine di ottenere la rettifica dei dati ivi registrati, soprattutto nel caso in cui questi ultimi abbiano comportato l'impossibilità di accedere al territorio dell'Unione.

· Professore associato di Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Pisa.

[1] Per un aggiornato esame della gestione delle frontiere esterne da parte dell'Unione, v. G. CAGGIANO, *Recenti sviluppi del regime delle frontiere esterne nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in A. DI STASI, L.S. ROSSI (a cura di), *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. A vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere*, Napoli, 2020, p. 383.

[2] Tra le numerose voci critiche rispetto all'approccio securitario che caratterizza, in gran parte, la politica dell'Unione europea in materia di immigrazione, v. ad es., F. CRÉPEAU, *Report of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, Regional Study: Management of the External Borders of the European Union and Its Impact on the Human Rights of Migrants*, A/HCR/23/46 del 24 aprile 2013, punto 31 ss.

[3] Sulle varie implicazioni che la creazione di frontiere digitali produce sui diritti fondamentali degli individui, v. ad es. E. BROUWER, *Digital Borders and Real Right. Effective Remedies for Third-Country Nationals in the Schengen Information System*, Leiden, 2008.

Oggetto del presente contributo è quello di analizzare l'ulteriore rafforzamento della sorveglianza digitale che emerge – in modo trasversale – dal pacchetto di misure (o, quanto meno, da alcune di esse) che la Commissione europea ha proposto nell'ambito del nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo presentato il 23 settembre 2020[4]. In particolare, dopo aver premesso alcune considerazioni generali sull'attuale quadro giuridico che caratterizza l'impiego delle nuove tecnologie nel controllo delle frontiere dell'area Schengen (par. 2), ci soffermeremo sul rilievo che nel nuovo Patto viene dato all'interoperabilità tra le diverse banche dati (par. 3), sui principali profili problematici sollevati dalle modalità con cui si intendono raccogliere ed utilizzare i dati nell'ambito della c.d. procedura di pre-ingresso (par. 4) e, infine, sulle implicazioni, in termini di rafforzamento dei controlli digitali, derivanti dalla proposta di riforma della banca dati Eurodac (par. 5). In sede di considerazioni conclusive (par. 6), potremo così valutare se le misure previste dal nuovo Patto comportino un valore aggiunto in funzione della creazione di meccanismi di controllo digitale efficienti e, al contempo, rispettosi dei diritti degli individui che sono ad essi sottoposti.

2. Vari sono gli strumenti digitali che l'Unione europea ha sviluppato per il controllo delle proprie frontiere[5].

In considerazione dell'attenzione che il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo dedica alle banche dati centralizzate, istituite dall'Unione al fine di consentire la raccolta e lo scambio di informazioni tra autorità incaricate di vigilare le frontiere, gestire i flussi migratori e pronunciarsi sulle domande di protezione internazionale, è in questa sede opportuno richiamare i principali caratteri delle stesse.

Occorre precisare, ad ogni modo, che gli strumenti digitali sviluppati dall'Unione per il controllo delle proprie frontiere non sono rappresentati

---

[4] V. COM (2020) 609 final, 23 settembre 2020, comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale, al Comitato delle regioni, Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo. Per una prima valutazione complessiva del Patto, v. S. CARRERA, *Whose Pact? The Cognitive Dimensions of the4 New Pact on Migration and Asylum*, CEPS Policy Insights, 2020, n. 22; P. DE PASQUALE, *Il Patto per la migrazione e l'asilo: più ombre che luci*, in *I Post* di AISDUE, II, in questo *Focus*, n. 1, 5 ottobre 2020; A. DI PASCALE, *Il nuovo patto per l'immigrazione e l'asilo: scontentare tutti per accontentare tutti*, *Eurojus.it*, 28 settembre 2020; C. FAVILLI, *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo "c'è qualcosa di nuovo, anzi di antico"*, in *Questione Giustizia*, 2 ottobre 2020; S. PEERS, *First Analysis of the EU's New Asylum Proposals*, in *statewatch.org*, 28 settembre 2020; D. THYM, *European Realpolitik: Legislative Uncertainties and Operational Pitfalls of the 'New' Pact on Migration and Asylum*, in *eumigrationlawblog.eu*, 28 settembre 2020.

[5] In proposito, v. ad es., P. HANKE, D. VITIELLO, *High-Tech Migration Control in the EU and Beyond: The Legal Challenges of "Enhanced Interoperability"*, in E. CARPANELLI, N. LAZZERINI (eds), *Use and Misuse of New Technologies. Contemporary Challenges in International and European Law*, Cham, 2019, p. 3 e spec. p. 11 ss.; J. J. RIJPMA, *Brave New Borders: The EU's Use of New Technologies for the Management of Migration and Asylum*, in M. CREMONA (ed.), *New Technologies and EU Law*, Oxford, 2017, p. 197.

esclusivamente da banche dati. Basti pensare, a titolo meramente esemplificativo, ai sistemi *self-service*, ai varchi automatici ed ai sistemi di controllo di frontiera automatizzato il cui impiego è stato di recente disciplinato mediante modifiche introdotte al Codice frontiere Schengen[6].

Tornando, invece, alle banche dati istituite a livello di Unione europea[7], tra queste devono innanzitutto essere richiamate il SIS, l'Eurodac ed il VIS.

Il SIS (Sistema informativo Schengen) è stato in origine previsto dalla Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen[8], al fine di preservare la sicurezza pubblica, compresa la sicurezza dello Stato, all'interno dello spazio Schengen, e facilitare la circolazione delle persone usando informazioni comunicate attraverso il sistema stesso. Le sue funzionalità sono state successivamente potenziate, tanto da arrivare ad istituire un Sistema d'informazione Schengen di seconda generazione (SIS II) che è entrato in funzione il 9 aprile 2013[9]. Di recente, nel 2018, mediante tre nuovi regolamenti dell'Unione, l'ambito di applicazione e le funzionalità del sistema in questione sono stati ulteriormente ampliati, sotto diversi punti di vista[10].

Gli Stati membri possono inserire nel SIS, attraverso le c.d. segnalazioni, i dati di cittadini di Paesi terzi ai fini della non ammissione[11], nonché di

---

[6] V. art. 8 *bis* e ss. introdotti nel Codice frontiere Schengen dal regolamento (UE) n. 2017/2225 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 novembre 2017 (…).

[7] Per una panoramica sugli obiettivi e sulle caratteristiche delle varie banche dati istituite a livello di Unione europea, v. N. VAVOULA, *EU Immigration Databases under Scrutiny. Towards the Normalisation of Surveillance of Movement in an Era of 'Privacy Spring'?*, in G. VERMEULEN, E. LIEVENS (eds), *Data Protection and Privacy under Pressure. Transatlantic tensions, EU surveillance, and big data*, Antwerp, Apeldoorn, Portland, 2017, p. 215; D. BIGO, S. CARRERA, B. HAYES, N. HERNANZ, J. JEANDESBOZ, *Justice and Home Affairs Databases and a Smart Borders System at EU External Borders. An Evaluation of Current and Forthcoming Proposals*, in *CEPS Papers in Liberty and Security in Europe*, 2012, n. 52, www.ceps.eu.

[8] V., in particolare, gli articoli 92-119 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, del 19 giugno 1990.

[9] V. 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 (SIS II). Attualmente, il SIS II è operativo in 30 Stati: oltre ai 26 Stati dell'area Schengen, anche Bulgaria, Croazia, Romania e Regno Unito sono collegati a tale sistema, anche se il suo impiego da parte di Croazia e Regno Unito è sottoposto ad alcune limitazioni.

[10] Regolamento (UE) n. 2018/1860 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 novembre 2018, relativo all'uso del sistema d'informazione Schengen per il rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare; regolamento (UE) n. 2018/1861 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 novembre 2018, sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione Schengen (SIS) nel settore delle verifiche di frontiera (…); regolamento (UE) n. 2018/1862 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 novembre 2018, sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione Schengen (SIS) nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale (…).

[11] Sulla (discutibile) disciplina della segnalazione ai fini della non ammissione, v. M. DI FILIPPO, *La circolazione dello straniero nel diritto dell'Unione europea: una geometria varia-*

persone ricercate per l'arresto ai fini di estradizione, oppure soggette a monitoraggio straordinario in quanto costituiscono una minaccia per la sicurezza pubblica o la sicurezza dello Stato. Ai dati possono accedere, nell'ambito delle rispettive competenze, le autorità di polizia, le autorità di controllo alla frontiera, le autorità doganali, le autorità giudiziarie nei procedimenti penali, le autorità competenti per l'immigrazione e le autorità consolari. I dati personali possono essere usati solo per le finalità delle segnalazioni specifiche per le quali sono stati forniti.

Con i tre citati regolamenti del 2018 vengono previste[12], tra l'altro, nuove categorie di segnalazioni, vengono ampliate le categorie di dati collegati alle singole segnalazioni, vengono introdotte nuove possibilità tecniche e nuove capacità biometriche, viene consentito un più ampio accesso alle segnalazioni SIS a livello nazionale ed europeo. Quanto ai dati biometrici che possono essere conservati nel SIS al fine di consentire o confermare l'identificazione univoca del destinatario della segnalazione, questi possono consistere in fotografie, immagini del volto, dati dattiloscopici (impronte digitali e palmari), profili del DNA.

Altra banca dati istituita a livello europeo è Eurodac, un sistema centralizzato e informatizzato di identificazione delle impronte digitali dei richiedenti asilo e dei cittadini dei Paesi terzi non appartenenti allo Spazio economico europeo[13]. Eurodac – operativo dal gennaio 2003 – è stato originariamente creato per agevolare l'applicazione della Convenzione di Du-

---

bile dei diritti e delle garanzie, in A. M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI, *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Padova, 2012, p. 159 e spec. p. 198 ss.

[12] L'attuazione di tali nuove disposizioni è stabilita in modo graduale. In una prima fase, conclusasi a fine 2019, viene consentito l'accesso alle nuove funzionalità delle segnalazioni SIS a Europol ed ai membri delle squadre dispiegate dall'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera. Nella seconda fase, la cui attuazione è fissata entro fine 2020, si prevede che tutti gli Stati membri siano in grado di utilizzare il sistema automatico per il riconoscimento delle impronte digitali (c.d. AFIS) per compiere ricerche sulla base delle impronte digitali nel SIS. Nella terza fase, che dovrà essere pronta entro fine 2021, verrà data piena attuazione a tutte le disposizioni dei nuovi regolamenti SIS.

[13] V., in origine, regolamento (CE) n. 2725/2000 del Consiglio, dell'11 dicembre 2000, che istituisce l'"Eurodac" per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione della Convenzione di Dublino. Tale regolamento è stato successivamente abrogato e sostituito dal regolamento (UE) n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che istituisce l'"Eurodac" per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento (UE) n. 604/2013 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 e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto (…). Sui caratteri di Eurodac, v. V. FERRARIS, *Eurodac e i limiti della legge: quando il diritto alla protezione dei dati personali non esiste*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2017, n. 2, p. 1; E. GUILD, *Unreadable Papers? The EU's First Experiences with Biometrics: Examining Eurodac and the EU's Borders*, in J. LODGE (ed.), *Are You Who You Say You Are? The EU and Biometric Borders*, Nijmegen, 2007, p. 31; E. BROUWER, *Eurodac: Its Limitations and Temptations*, in *European Journal of Migration and Law*, 2002, p. 231.

blino del 15 giugno 1990 e, poi, del successivo regolamento Dublino sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri[14].

Alle persone di età non inferiore a 14 anni che chiedono protezione internazionale in uno Stato membro (anche alla frontiera) e a coloro che sono fermati in relazione all'attraversamento irregolare di una frontiera esterna, sono rilevate le impronte digitali di tutte le dita ed i relativi dati devono essere trasmessi a Eurodac. Gli Stati membri, confrontando le impronte digitali con i dati presenti in Eurodac, possono verificare se il richiedente protezione internazionale o il cittadino straniero che si trovi irregolarmente sul territorio dell'Unione, abbia già presentato una domanda di protezione internazionale in altro Stato membro o se lo stesso sia entrato irregolarmente sul territorio dell'Unione. Accanto a questo utilizzo, presente fin dall'origine, i dati di Eurodac sono adesso utilizzati anche al fine di prevenire, accertare o indagare reati di terrorismo o altri reati gravi[15].

Le autorità che hanno accesso alla banca dati Eurodac sono, innanzitutto, le guardie di frontiera e le autorità competenti per l'asilo e l'immigrazione. A certe condizioni (pensate tenendo conto dell'esigenza di tutela del diritto fondamentale alla vita privata), anche le forze di polizia ed Europol possono confrontare le impronte digitali rilevate nel corso di indagini penali con quelle contenute in Eurodac. Ciò può avvenire, in particolare, solo se vi siano ragionevoli motivi di ritenere che tale consultazione sia necessaria per prevenire, accertare o indagare su un reato di terrorismo o altro reato grave e, comunque, solo in ultima istanza dopo lo svolgimento di diversi altri controlli.

Difficoltà sono state riscontrate nella prassi applicativa soprattutto con riferimento ai casi di cittadini di alcuni Stati terzi (in particolare, eritrei e siriani) che si sono rifiutati di consentire il rilevamento delle impronte digitali. La Commissione europea, tenendo conto di tali problematiche, ha elaborato alcune *best practices* suggerendo determinati approcci comuni agli Stati membri[16]. Nelle stesse viene indicato, ad es., che gli Stati membri dovrebbero informare il destinatario dei controlli dell'obbligo di sottoporsi al rilevamento delle impronte sulla base del diritto dell'Unione, spiegando che è nel suo interesse cooperare pienamente. L'interessato, infatti, in caso di rifiuto a cooperare, può essere considerato migrante irregolare e lo Stato

[14] 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 (c.d. Dublino III).

[15] Tale ampliamento dell'ambito di applicazione di Eurodac è stato introdotto con il citato regolamento Dublino III.

[16] SWD (2015) 150 final, del 27 maggio 2020, Commission staff working document on Implementation of the Eurodac as regards the obligation to take fingerprints.

membro può anche adottare nei suoi confronti misure coercitive a carattere detentivo. L'interessato corre poi il rischio di vedersi applicata una procedura accelerata, con maggiore probabilità che la domanda di asilo venga ritenuta manifestamente infondata. In tali casi, un ordine di espulsione può essere accompagnato da un divieto di ingresso sul territorio dell'Unione per cinque anni. Lo Stato membro, se non riesce a farlo altrimenti, può raccogliere coercitivamente le impronte digitali, facendo comunque attenzione a rispettare la dignità e l'integrità fisica dell'interessato, nonché le particolari esigenze delle persone più vulnerabili. Qualora l'interessato danneggi le sue impronte digitali, lo Stato membro può tenerlo in stato di detenzione per il periodo necessario a consentire che le impronte possano essere rilevate.

Terza banca dati istituita a livello di Unione europea è il VIS (Sistema d'informazione visti)[17]. Il VIS è funzionale all'attuazione della politica comune riguardante il rilascio di visti per soggiorni di breve durata e permette di scambiare dati ed informazioni – sulle domande di visto (incluso fotografie ed impronte digitali) e sulle relative decisioni – tra i consolati degli Stati membri nel mondo, le autorità centrali competenti per i visti, le autorità nazionali poste ai valichi di frontiera esterni. Consente poi di svolgere confronti biometrici, principalmente delle impronte digitali, ai fini di identificazione e verifica. L'impiego del VIS permette di migliorare la procedura relativa alle domande di visto, contribuisce alla lotta all'elusione dei criteri di determinazione dello Stato membro competente per l'esame delle relative domande, alla lotta contro la frode, all'esecuzione dei controlli ai valichi di frontiera, all'identificazione di qualsiasi persona che non soddisfi o non soddisfi più le condizioni di ingresso, soggiorno o residenza sul territorio degli Stati membri, all'applicazione del regolamento Dublino ed alla prevenzione delle minacce alla sicurezza interna degli Stati membri.

Le autorità per il visto, l'asilo e l'immigrazione e le autorità di controllo alla frontiera hanno accesso alla banca dati VIS per verificare l'identità del titolare del visto e l'autenticità del visto. In specifici casi, anche le forze di polizia ed Europol possono consultarla ai fini della prevenzione e della lotta al terrorismo e ad altre forme gravi di criminalità.

Un ulteriore strumento introdotto in vista del rafforzamento della sorveglianza digitale delle frontiere dell'area Schengen è rappresentato dal c.d. *Entry/Exit System* (EES), un sistema IT automatico per la registrazione di

[17] Cfr. decisione 2004/512/CE del Consiglio, dell'8 giugno 2004, che istituisce il sistema di informazione visti (VIS) e il regolamento n. 767/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 luglio 2008, concernente il sistema di informazione visti (VIS) e lo scambio di dati tra Stati membri sui visti per soggiorni di breve durata (regolamento VIS).

ingressi e uscite che è stato istituito dal regolamento n. 2017/2226[18] e la cui piena operatività è prevista per la prima metà del 2022. Con tale sistema verranno registrati i dati di ingresso, di uscita e di respingimento dei cittadini di Paesi terzi che attraversano le frontiere esterne dell'area Schengen. Si applicherà sia a chi ha bisogno di un visto di soggiorno di breve durata, sia a chi proviene da Stati terzi esenti dall'obbligo del visto. L'EES registrerà inoltre i dati dei cittadini di Stati terzi ai quali sia stato rifiutato l'ingresso per un soggiorno di breve durata. L'EES conserverà i dati sull'identità, sui documenti di viaggio e quelli biometrici. I dati dei viaggiatori che rispettano le norme di durata del soggiorno breve autorizzato verranno conservati per un periodo di tre anni, mentre quelli dei viaggiatori che hanno superato lo scadere del periodo di soggiorno autorizzato (c.d. *overstayers*) verranno conservati per un periodo di cinque anni. I dati conservati saranno accessibili alle autorità di frontiera, alle autorità incaricate del rilascio dei visti e alle autorità responsabili di monitorare se i cittadini di Paesi extra UE soddisfano le condizioni di ingresso o di soggiorno. Allo scopo di prevenire, accertare e indagare su reati di terrorismo o altri reati gravi, autorità incaricate dell'applicazione della legge designate ed Europol potranno richiedere di consultare i dati dell'EES. L'EES sostituirà l'attuale sistema di apposizione manuale del timbro sul passaporto, che viene considerato dispendioso in termini di tempo e non in grado di fornire dati affidabili sull'attraversamento dei valichi di frontiera, né di consentire di rintracciare i soggiornanti fuori termine.

Menzione a parte merita, poi, il Sistema europeo di informazione e autorizzazione ai viaggi, ETIAS, che è stato introdotto dal regolamento n. 2018/1240[19] per consentire di raccogliere in modo automatizzato informazioni sui cittadini di Paesi terzi esenti dal visto addirittura prima del loro arrivo alle frontiere esterne, in modo tale da poter valutare eventuali rischi di migrazione irregolare, sicurezza o salute pubblica. Il sistema prevede che i cittadini di Paesi terzi in questione siano tenuti a richiedere, in via telematica, un'autorizzazione al viaggio con "sufficiente anticipo" rispetto al viaggio previsto oppure, se si trovano già sul territorio degli Stati membri, prima della scadenza della validità dell'autorizzazione che già possiedono. Nonostante che il regolamento istitutivo precisi che l'autorizzazione è per sua natura diversa da un visto e che non richiederà maggiori informazioni,

[18] Regolamento (UE) n. 2017/2226 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 novembre 2017, che istituisce un sistema di ingressi/uscite per la registrazione dei dati di ingresso e di uscita e dei dati relativi al respingimento dei cittadini di Paesi terzi che attraversano le frontiere esterne degli Stati membri e che determina le condizioni di accesso al sistema di ingressi/uscite a fini di contrasto (…).

[19] Regolamento (UE) n. 2018/1240 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 settembre 2018, che istituisce un sistema europeo di informazione e autorizzazione ai viaggi (ETIAS) (…).

né oneri più gravosi ai richiedenti rispetto ad un visto, sono molti i profili critici che il meccanismo in questione solleva in ordine al rispetto dei diritti dei viaggiatori provenienti da Paesi terzi[20].

Le modifiche apportate al Codice frontiere Schengen da parte del regolamento n. 2017/458[21] hanno poi tra l'altro permesso che, sia nei confronti dei beneficiari della libera circolazione, sia della generalità dei cittadini di Stati terzi, le verifiche nelle banche dati possano essere compiute anche in anticipo rispetto all'arrivo in frontiera[22]. In particolare, tali verifiche possono essere compiute sulla base dei dati dei passeggeri ricevuti dai vettori, dati che poi dovranno essere verificati al valico di frontiera mettendoli a confronto con i dati contenuti nel documento di viaggio.

Dalla panoramica appena svolta emerge che il quadro giuridico esistente si caratterizza per la coesistenza di vari strumenti basati sull'impiego di tecnologie digitali e che mirano a sottoporre a controllo i cittadini di Stati terzi che giungono alle frontiere esterne dell'Unione. Il cittadino di Stato terzo è sottoposto sistematicamente al controllo nel SIS; laddove chieda protezione internazionale o sia fermato nel tentativo di attraversare le frontiere irregolarmente, vengono rilevate le impronte digitali per un loro inserimento nel sistema Eurodac; laddove abbia l'obbligo di possedere un visto per un soggiorno di breve durata, è altresì sottoposto al controllo nella banca dati VIS. A ciò si aggiungono, poi, i nuovi sistemi di raccolta dati EES (per la registrazione di ingressi e uscite di tutti i cittadini di Paesi terzi che attraversano le frontiere esterne) e ETIAS (per la raccolta di informazioni sui cittadini di Paesi terzi esenti dal visto addirittura prima del loro arrivo alle frontiere esterne).

La consapevolezza delle difficoltà derivanti dal parallelo funzionamento di una pluralità di banche dati attive su piattaforme tecnologiche distinte, ha spinto le istituzioni dell'UE a porre in essere le riforme necessarie per consentire l'interoperabilità tra i vari sistemi di informazione applicabili nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Tra gli atti normativi a tal fine adottati, meritano particolare menzione i regolamenti n. 2019/817 e n. 2019/818[23] che, peraltro, sono già stati oggetto di critiche

[20] V. ad es. S. PEERS, *Brave New World? The New EU Law on Travel Authorisation for Non-EU Citizens*, in eulawanalysis, 26 aprile 2018, http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/04/.

[21] V. regolamento (UE) n. 2017/458 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2017 che modifica il regolamento (UE) n. 2016/399 per quanto riguarda il rafforzamento delle verifiche nelle banche dati pertinenti alle frontiere esterne.

[22] V. art. 8, par. 2 *sexies*, e art. 8, par. 3, lett. i *bis*), del regolamento n. 2016/399.

[23] Regolamento (UE) n. 2019/817 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, che istituisce un quadro per l'interoperabilità tra i sistemi di informazione dell'UE nel settore delle frontiere e dei visti (…); regolamento (UE) n. 2019/818 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, che istituisce un quadro per l'interoperabilità tra i sistemi di informazione dell'UE nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria, asilo e migrazione (…).

per il rischio che l'interconnessione di sistemi IT pone sia dal punto di vista della moltiplicazione di eventuali errori che gli stessi possono contenere, sia dal punto di vista della tutela dei diritti fondamentali dei titolari di tali dati e, in particolare, del rispetto della normativa a tutela della vita privata[24].

3. Elemento essenziale nell'ambito del nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo è rappresentato dal rafforzamento delle frontiere esterne. Solo mediante tale rafforzamento viene ritenuto possibile realizzare un più adeguato funzionamento dello spazio Schengen senza controlli alle frontiere interne.

Tra le misure previste per il conseguimento di tale obiettivo, viene indicata l'esigenza di avvalersi di sistemi informatici aggiornati in grado di consentire la registrazione degli arrivi e dei richiedenti asilo[25].

In particolare, la Commissione afferma l'esigenza che le varie banche dati esistenti funzionino secondo il criterio dell'interoperabilità e fissa un cronoprogramma per l'attuazione delle riforme a tal fine previste.

All'interno del nuovo Patto, viene infatti sottolineato che tutti i sistemi europei relativi a frontiere, migrazione, sicurezza e giustizia debbano essere tra loro interoperabili. I diversi strumenti esistenti dovranno cioè essere in grado di dialogare tra loro in modo tale da consentire alle autorità nazionali di avere informazioni complete, affidabili e precise. In questo modo, la Commissione ritiene che verrà dato un forte impulso alla lotta contro la frode d'identità[26].

La Commissione dimostra, quindi, di aver ormai definitivamente abbandonato la convinzione, in passato dalla stessa affermata, secondo cui la creazione di un sistema di informazione unico e globale a livello di Unione europea con finalità multiple, costituirebbe una limitazione grave e illegittima del diritto della persona alla vita privata e alla protezione dei dati[27]. Già da qualche anno, infatti, alla luce del nuovo quadro generale di protezione dei dati personali nell'UE e dei significativi progressi nel campo delle tecnologie e della sicurezza informatica, la Commissione ha ritenuto possi-

---

[24] V. E. BROUWER, *Interoperability of Databases and Interstate Trust: a Perilous Combination for Fundamental Rights*, in *Verfassungsblog.de*, 25.5.2019; G. CAGGIANO, *L'interoperabilità fra le banche-dati dell'Unione sui cittadini degli Stati membri*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea, Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, p. 657 e spec. p. 664 ss.

[25] COM (2020) 609, p. 14.

[26] *Ibidem*.

[27] In tal senso, v. COM (2010) 385 def., del 20 luglio 2010, comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Panorama generale della gestione delle informazioni nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, p. 3.

bile superare la frammentazione dell'architettura della gestione dei dati raccolti per il controllo delle frontiere esterne e la sicurezza dell'Unione[28].

Quanto al cronoprogramma fissato a tal fine all'interno del nuovo Patto, la Commissione ritiene essenziale che i sistemi di informazione aggiornati siano operativi e pienamente interoperabili entro la fine del 2023. Anche per la procedura per il rilascio dei visti si prevede la completa digitalizzazione entro il 2025, con il rilascio di un visto digitale e la possibilità di presentare le domande di visto *on-line*.

Traspare, ad ogni modo, la consapevolezza che le riforme adottate al fine di creare una nuova architettura dei diversi sistemi informativi dell'Unione presentano profili di criticità. Da una parte, la Commissione afferma che ogni banca dati, nonostante l'interoperabilità, dovrà mantenere le salvaguardie che ciascuna di esse stabilisce. Dall'altra, afferma che sarà suo compito monitorare e sostenere i preparativi che sono chiamati a compiere gli Stati membri e le diverse Agenzie dell'Unione. A tal fine, la Commissione potrà avvalersi di una procedura di allarme rapido per i sistemi informativi, che le consentirà di intervenire tempestivamente e, se necessario, di avviare un'azione correttiva rapida e mirata. Tramite tale procedura, verranno inviate informazioni ad un *forum* di attuazione ad alto livello composto da coordinatori in rappresentanza degli Stati membri, della Commissione e delle Agenzie e che si riunirà con cadenza semestrale[29].

All'interno del pacchetto di misure proposte con il nuovo Patto, gli atti che, più di altri, si soffermano sull'esigenza di procedere verso il rafforzamento del controllo digitale delle frontiere, sono rappresentati dalla proposta di regolamento volta ad introdurre una procedura di esame pre-ingresso e dalla proposta di riforma della banca dati Eurodac. All'esame degli aspetti di tali proposte che, ai nostri fini, appaiono più rilevanti, dedicheremo i due prossimi paragrafi. Fin d'ora anticipiamo, comunque, che nelle due proposte in questione appare chiara la scelta della Commissione a favore di meccanismi che favoriscono e rendono sempre più effettiva l'interoperabilità tra i diversi sistemi di raccolta e conservazione dei dati.

4. Uno degli strumenti più significativi elaborati dalla Commissione europea nell'ambito del pacchetto di misure collegate al nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo, presentato il 23 settembre 2020, è senz'altro rappresentato dalla proposta di regolamento volta ad introdurre una procedura di pre-ingresso cui vengono sottoposti: *a*) tutti i cittadini di Paesi terzi che hanno attraversato le frontiere esterne in modo non autorizzato; *b*) coloro

[28] V. in tal senso, COM (2016) 205 final, del 6 aprile 2016, comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Sistemi d'informazione più solidi e intelligenti per le frontiere e la sicurezza, p. 5.

[29] *Ibidem*.

che hanno presentato domanda di protezione internazionale durante le verifiche di frontiera senza soddisfare le condizioni di ingresso; *c*) coloro che sono sbarcati a seguito di un'operazione di ricerca e soccorso[30].

Con riferimento a tali cittadini di Stati terzi, la proposta mira a creare un meccanismo uniforme che dovrebbe consentire di indirizzare gli stessi verso la procedura più adeguata[31]. I controlli svolti in tale fase sono infatti funzionali ad accelerare il processo volto a determinare lo *status* di una persona ed il tipo di procedura da applicare[32].

Tra gli accertamenti da compiersi nell'ambito della procedura di pre-ingresso, rilevano, ai nostri fini: la verifica dell'identità mediante la consultazione delle informazioni contenute nella banche dati europee; la registrazione dei dati biometrici (relativi alle impronte digitali e all'immagine del volto) nelle banche dati pertinenti, nella misura in cui non sia ancora avvenuta; il controllo di sicurezza mediante interrogazione delle pertinenti banche dati nazionali e dell'UE, in particolare il SIS, volto a verificare che la persona non rappresenti una minaccia per la sicurezza interna.

Gli accertamenti obbligatori nei confronti dei cittadini di Paesi terzi fermati al di fuori dei valichi di frontiera dovrebbero applicarsi alle persone delle quali gli Stati membri sono tenuti a rilevare i dati biometrici conformemente al regolamento Eurodac. Quanto invece a coloro che si presentano ai valichi di frontiera, gli accertamenti in questione devono svolgersi nel caso in cui si tratti di cittadini di Stati terzi che non soddisfano le condizioni di ingresso di cui all'art. 6 del Codice frontiere Schengen e che fanno domanda di protezione internazionale.

Al fine di stabilire l'identità della persona sottoposta agli accertamenti, viene avviata, alla presenza dell'interessato, una verifica dei dati biometrici di quest'ultimo che vengono riscontrati, mediante l'interrogazione di ogni banca data pertinente[33] e dei dati contenuti nel CIR, l'archivio comune di dati di identità, che è stato istituito mediante il regolamento n. 2019/817[34]. L'impiego del CIR rappresenterebbe, secondo quanto specificato nel testo della proposta, uno strumento rapido ed affidabile[35]. Il CIR, infatti, con-

---

[30] V. art. 1 COM (2020) 612 final, del 23 settembre 2020, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di Paesi terzi alle frontiere esterne (…),. A commento della proposta, v. il contributo di G. CAGGIANO in questo *Focus*; L. JAKULEVIČIENĖ, *Re-decoration of existing practices? Proposed Screening Procedures at the EU External Borders*, in *Immigration and Asylum Law and Policy*, eumigrationlawblog.eu, 27 ottobre 2020.

[31] COM (2020) 612 final, considerando 8.

[32] V. COM (2020) 609 final, p. 4.

[33] V. COM (2020) 612 final, art. 10, par. 2.

[34] V. regolamento (UE) n. 2019/817 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, che istituisce un quadro per l'interoperabilità tra i sistemi di informazione dell'UE nel settore delle frontiere e dei visti (…).

[35] V. COM (2020) 612 final, considerando n. 29.

sente di consultare simultaneamente tutti i dati di identità presenti nell'EES, nel VIS, nell'ETIAS, nell'Eurodac[36] e nell'ECRIS-TCN[37]. Se nel CIR sono conservate informazioni riguardanti l'interessato, le autorità dello Stato membro vi hanno accesso per consultare i dati di identità, i dati del documento di viaggio e i dati biometrici, senza che il CIR fornisca alcuna indicazione sul sistema di informazione dell'UE cui tali dati appartengono[38].

In questo modo, viene proposta l'estensione dell'ambito di applicazione del CIR, visto che il regolamento istitutivo di tale banca dati aveva previsto che il ricorso alla stessa sarebbe stato possibile solo nel contesto dei controlli di polizia nel territorio degli Stati membri[39]. Tale estensione si pone certo in linea con la logica della interoperabilità tra i diversi sistemi IT istituiti a livello di diritto dell'Unione. È indubbio, peraltro, che così facendo si contribuisce a rafforzare la sensazione che le misure volte a gestire i flussi migratori vengano sempre più percepite come necessariamente associate ai controlli di polizia volti invece a garantire la sicurezza dell'area Schengen. A ciò si aggiunge, poi, che la rapidità con cui i controlli devono essere compiuti nell'ambito della procedura di pre-ingresso, può quanto meno sollevare perplessità in ordine alla loro reale affidabilità.

I controlli di sicurezza cui sono sottoposti i cittadini di Stati terzi che sono presenti alle frontiere esterne e che non soddisfino le condizioni di ingresso o che sono sbarcati a seguito di un'operazione di ricerca e soccorso, non possono essere minori rispetto a quelli che vengono compiuti nei confronti dei cittadini di Paesi terzi che hanno presentato una domanda di autorizzazione all'ingresso nell'UE per un soggiorno di breve durata[40]. Di conseguenza, i cittadini di Stati terzi che, in virtù della loro nazionalità, sono esenti dall'obbligo del visto, sono comunque tenuti a presentare domanda di autorizzazione ai viaggi prima di recarsi nell'UE per un soggiorno di breve durata e in tale occasione sono sottoposti a controlli di sicurezza mediante la consultazione del sistema informazione visti (VIS), del si-

[36] Sui caratteri di tali banche dati, v. *supra*, par. 2.

[37] ECRIS-TCN è un sistema che permette di verificare quali altri Stati membri siano in possesso di informazioni sul casellario giudiziale di un cittadino di Stato terzo. Pur trattandosi, quindi, di uno strumento volto a prevenire e combattere la criminalità, compresa la criminalità organizzata ed il terrorismo, lo stesso può essere utilizzato anche nell'ambito di procedure in materia di visti, acquisizione della cittadinanza e migrazione, comprese quelle di asilo. In proposito, v. art. 7, par. 1 del regolamento (UE) n. 2019/816 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, che istituisce un sistema centralizzato per individuare gli Stati membri in possesso di informazioni sulle condanne pronunciate a carico di cittadini di paesi terzi e apolidi (ECRIS-TCN) e integrare il sistema europeo di informazione sui casellari giudiziali (…).

[38] COM (2020) 612 final, considerando 30.

[39] COM (2020) 612 final, considerando 31.

[40] I controlli in questione e le modalità con cui gli stessi sono espletati vengono disciplinati dagli articoli 11 e 12, COM (2020) 612 final.

stema di informazione Schengen (SIS), del sistema di ingressi/uscite (EES), del sistema europeo di informazione e autorizzazione ai viaggi (ETIAS), dei dati Europol, dei dati presenti nel sistema ECRIS-TCN, delle banche dati Interpol sui documenti di viaggio rubati o smarriti (SLTD) e sui documenti di viaggio associati a segnalazioni (TDAWN)[41].

A maggior ragione, tali controlli sono applicabili alle persone che, in virtù della loro cittadinanza, sono sottoposte all'obbligo del visto conformemente a quanto previsto dal c.d. regolamento liste[42].

Le ricerche nelle predette banche dati devono essere svolte in modo tale da garantire che dalle stesse siano estratti solo i dati indispensabili ai fini dei controlli di sicurezza[43]. Di conseguenza, i dati estratti si limitano ad indicare se l'interessato si è visto rifiutare l'autorizzazione al viaggio o all'ingresso, nonché le decisioni di rifiuto, annullamento o revoca di un visto o di un permesso di soggiorno giustificati da motivi di sicurezza[44].

Se, a seguito della consultazione delle banche dati, emergano corrispondenze con dati rilevanti a fini di sicurezza, l'autorità competente dello Stato membro è tenuta a informarne, a seconda dei casi, Europol o Interpol, in modo tale da consentire di adottare, se necessario, le opportune misure[45].

Nel commentare la proposta, il Garante europeo della protezione dei dati personali ha osservato che la stessa appare molto generica con riferimento alle modalità di raccolta dei dati dei cittadini di Stati terzi. Ciò può comportare rischi per la protezione della *privacy* dei soggetti interessati, anche in considerazione del fatto che gli Stati membri impiegano tipologie eterogenee nell'identificazione e verifica dell'identità dei cittadini degli Stati terzi nel caso in cui manchino prove documentali affidabili[46]. Tra i diversi mezzi utilizzati[47], alcuni appaiono particolarmente invasivi e senz'altro in grado di produrre effetti pregiudizievoli per la tutela della vita personale dell'interessato. Si pensi, ad es., al fatto che alcuni Stati membri, oltre a sottoporre l'interessato ad un'intervista nel corso del quale si cerca di capire la provenienza dello stesso anche mediante l'esame della lingua parlata, ana-

---

[41] COM (2020) 612 final, considerando 37.

[42] Regolamento (UE) n. 2018/1806 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, che adotta l'elenco dei Paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne e l'elenco dei Paesi terzi i cui cittadini sono esenti da tale obbligo.

[43] COM (2020) 612 final, considerando 40.

[44] COM (2020) 612 final, art. 11, par. 4.

[45] COM (2020) 612 final, art. 12.

[46] EDPS, *Opinion 9/2020*, cit., par. 31.

[47] Per un quadro dettagliato sulle diverse modalità con cui i singoli Stati membri procedono all'accertamento dell'identità dei cittadini degli Stati terzi nel caso in cui non abbiano la disponibilità di prove documentali, v. EMN Synthesis Report for the EMN Focussed Study 2017, *Challenges and practices for establishing the identity of third-country nationals in migration procedures*, dicembre 2017, p. 31 ss.

lizzano le transazioni elettroniche compiute in modo tale da ricostruire i contatti dallo stesso avuti con autorità pubbliche o private. Così facendo, gli Stati membri possono venire a conoscenza di dati quali, ad es., quelli relativi al pagamento di tasse o ai benefici sociali usufruiti o, ancora, ai rapporti bancari intercorsi. Talvolta, poi, gli Stati membri prevedono la possibilità di compiere verifiche accedendo ai *social media* utilizzati dall'interessato. Gli accertamenti possono a tal fine comportare la confisca, temporanea o permanente, di *smartphone* o di altri strumenti digitali, dai quali vengono ricavate informazioni relative all'interessato. La mancata specificazione delle modalità di raccolta dei dati nell'ambito della procedura di pre-ingresso lascia dubbi sull'effettiva rispondenza delle stesse a quanto strettamente necessario per il perseguimento dei fini prefissati.

5. Tra le misure proposte con il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo rileva, ai nostri fini, la prospettata revisione del regolamento Eurodac.

In proposito, occorre innanzitutto ricordare che già nel 2016 la Commissione europea aveva presentato una proposta di riforma del regolamento in questione[48]. Parlamento europeo e Consiglio erano riusciti a trovare un accordo sulle principali questioni problematiche ma, ciò nonostante, la volontà di chiudere il negoziato insieme alla revisione del sistema Dublino aveva impedito di giungere all'approvazione della riforma[49].

Con il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo, la Commissione ha elaborato una versione modificata della proposta di riforma del regolamento Eurodac[50], tenendo fermi, come punto di partenza, i risultati conseguiti durante il precedente negoziato. La proposta del 2020 riprende, quindi, l'intenzione di ampliare l'ambito di applicazione di Eurodac e di trasformare la stessa in una banca dati comune europea a sostegno delle politiche dell'UE in materia di asilo, reinsediamento e migrazione irregolare. Viene

[48] COM (2016) 272 final, del 4 maggio 2016, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce l'"Eurodac" per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento (UE) n. 604/2013 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 Paese terzo o da un apolide, per l'identificazione di cittadini di Paesi terzi o apolidi il cui soggiorno è irregolare e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto (rifusione).

[49] In particolare, un accordo sulla maggior parte delle questioni in sospeso è stato raggiunto nel corso del trilogo del 19 giugno 2018. V. Consiglio dell'Unione europea, Doc. N. 12826/18 del 4 ottobre 2018, par. 8.

[50] COM (2020) 614 final, del 23.9.2020, proposta modificata di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce l'"Eurodac" per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento (UE) XXX/XXX [*regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione*] e del regolamento (UE) XXX/XXX [*regolamento sul reinsediamento*], per l'identificazione di cittadini di Paesi terzi o apolidi il cui soggiorno è irregolare e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto (…).

quindi in gran parte diluita la finalità originaria di Eurodac che, come già osservato, era quella di costituire uno strumento volto ad agevolare il compito di determinare lo Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale.

Vengono poi introdotte modifiche finalizzate a garantire il corretto funzionamento di Eurodac nell'ambito del nuovo quadro per l'interoperabilità. Visto che all'interno di Eurodac sono, allo stato, incluse solo le impronte digitali e non anche altri dati sull'identità dell'interessato, risulta difficile comparare le informazioni contenute in tale sistema con quelle di altre banche dati esistenti. L'ampliamento delle informazioni raccolte è quindi avvertito come strumento necessario per allineare Eurodac agli altri sistemi IT e consentire, di conseguenza, un'effettiva possibilità di dialogo tra gli stessi.

Nella riforma proposta nel 2016, poi, l'ampliamento dei dati raccolti all'interno di Eurodac era anche dovuta alla necessità di prendere atto delle difficoltà che si manifestano in caso di rifiuto di rilevamento delle impronte digitali da parte dei cittadini di Stati terzi. Per superare un simile *impasse*, era quindi già stato proposto di includere in Eurodac non più soltanto impronte digitali, ma anche immagini facciali, nonché informazioni riguardanti il nome, la cittadinanza, il luogo e la data di nascita, il documento di viaggio dell'interessato. Nel caso in cui quest'ultimo fosse un richiedente asilo, veniva previsto l'inserimento anche del numero della domanda di asilo e dello Stato membro responsabile a prendere in carico la stessa. Sempre nella proposta del 2016 era stato previsto l'abbassamento, da 14 a 6 anni, dell'età dei soggetti sottoposti al rilevamento delle impronte digitali. Tale modifica veniva giustificata alla luce dell'evidente aumento del traffico dei minori di età inferiore a 14 anni[51]. Inoltre, visto anche che spesso tali minori giungono sul territorio degli Stati membri separati dai genitori, il rilevamento degli elementi biometrici veniva considerato utile per stabilire legami familiari nei confronti di genitori o altri parenti soggiornanti sul territorio di diversi Stati membri. L'ampliamento dei minori destinatari del rilevamento poteva poi contribuire ad impedire che i bambini venissero sottratti all'intervento delle istituzioni che si occupano della cura degli stessi ed ai servizi sociali.

La proposta del 2020 mantiene l'ampliamento dei dati raccolti all'interno di Eurodac già previsto nel testo del 2016. Rispetto a quest'ultimo, nella più recente versione della proposta va segnalata, tra l'altro, la previsione in base alla quale tutti i dati registrati in Eurodac corrispondenti allo stesso cittadino di Stato terzo o apolide, dovrebbero essere collegati in

[51] Alcuni dei motivi della proposta in questione sono evidenziati nella relazione introduttiva alla proposta COM (2016) 272 final, cit., p. 2.

un'unica sequenza, in modo da consentire al sistema di conteggiare i richiedenti e, di conseguenza, fornire un quadro preciso del numero di richiedenti asilo nell'Unione europea[52]. Mediante l'aggregazione di tali dati con altri dati, quali, ad es., quelli relativi ai trasferimenti a norma del regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione[53], sarà possibile dare un contributo utile al fine di valutare i movimenti secondari all'interno dell'Unione. Bisogna tener conto, infatti, che il sistema attualmente vigente consente di calcolare il numero di procedure amministrative avviate al fine di ottenere una forma di protezione internazionale, ma non anche di calcolare il numero delle persone che hanno presentato le relative domande.

Nel valutare l'impatto sulla protezione dei dati personali della misura in questione, la Commissione ha affermato che tale nuovo meccanismo, non comportando la raccolta di dati aggiuntivi, non impedisce agli Stati membri di esercitare le proprie responsabilità per il trattamento dei dati derivanti dal regolamento GDPR[54] e non pregiudica l'esercizio, da parte degli interessati, dei diritti di accesso, rettifica, cancellazione, limitazione[55].

Pur essendo chiaro l'intento perseguito mediante il collegamento in un'unica sequenza di tutti i dati registrati in Eurodac, critiche sono state espresse dal Garante europeo della protezione dei dati personali sulla base della considerazione che la modifica proposta deve essere valutata anche tenendo conto dell'estensione delle categorie di dati personali processati nella banca dati in questione e dell'ampliamento delle autorità che hanno accesso agli stessi nel contesto dell'interoperabilità tra diverse banche dati[56]. Lo stesso Garante europeo, poi, visto che, ai sensi dell'art. 4, par. 2, della proposta modificata, per parte dei dati raccolti viene prevista la conservazione nel CIR, mentre per i rimanenti dati viene prevista la conservazione nel sistema centrale Eurodac, ha sottolineato l'esigenza di chiarire esattamente quali dati e in quali sistemi devono essere conservati.

---

[52] V. il considerando n. 14 e l'art. 4, par. 6, della proposta COM (2020) 614 final.

[53] V. COM (2020) 610 final, del 23 settembre 2020, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla gestione dell'asilo e della migrazione e che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio e la proposta di regolamento (UE) XXX/XXX [Fondo Asilo e migrazione]. A commento della proposta, v. M. T. MOSCHETTA, *L'impasse Dublino: l'incompiuta riforma dei criteri di competenza nella proposta di regolamento su asilo e immigrazione*, in *I* Post *di AISDUE*, 2020, in questo *Focus*, p. 78 e spec. p. 81 ss.

[54] Regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (…) (regolamento generale sulla protezione dei dati).

[55] In tal senso, v. SWD (2020) 207 final, del 23 settembre 2020, Commission Staff Working Document, Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on asylum and migration management and amending Council Directive (EC) 2003/109 and the proposed Regulation (EU) XXX/XXX [Asylum and Migration Fund], p. 81 e pp. 102-103.

[56] EDPS, *Opinion 9/2020*, cit., par. 16.

Più in generale, poi, va ribadito che l'estensione dell'ambito di applicazione della banca dati Eurodac (che, come sopra osservato, dovrà consentire il contrasto al fenomeno dei movimenti secondari e facilitare il ritorno dei migranti irregolari) desta preoccupazioni dal punto di vista del rispetto del principio di limitazione delle finalità (c.d. *purpose limitation principle*)[57]. In virtù di tale principio, il trattamento dei dati personali deve essere compiuto in funzione di una finalità determinata, esplicita e legittima. Visto che, in origine, Eurodac era stato concepito esclusivamente come strumento di supporto per l'attuazione del regolamento Dublino, è indubbio che le nuove finalità rischiano di non essere in linea con quelle previste al momento in cui sono stati raccolti i dati fino ad oggi presenti all'interno di tale banca dati[58].

Tali rischi sono poi accentuati dal fatto che Eurodac, secondo la proposta della Commissione, verrà inserita nel novero delle banche dati sottoposte al criterio della interoperabilità. Ciò comporterà, ad esempio, che autorità di polizia saranno in grado di interrogare il CIR con i dati biometrici di una persona raccolti durante un controllo svolto al solo fine di identificare la stessa. Bisogna tener conto che, già in base alla versione attualmente vigente del regolamento Eurodac, le autorità di polizia e Europol potevano interrogare la banca dati in questione al fine di prevenire, investigare ed accertare la commissione di gravi crimini o reati terroristi. È indubbio, però, che con la piena interoperabilità di Eurodac con le altre banche dati, le potenzialità di tali impieghi vengono aumentati in modo esponenziale.

Bisogna poi tener conto che la proposta del 2020 prevede, tra l'altro, l'inserimento, tra le informazioni raccolte all'interno di Eurodac, di un nuovo campo nel quale registrare un'allerta di sicurezza nel caso in cui il cittadino di Stato terzo o l'apolide possa rappresentare una minaccia per la sicurezza[59].

L'impressione complessiva che si ricava è quella di aver voluto rafforzare la tendenza, indubbiamente già presente nella politica di immigrazione dell'Unione, ad intrecciare gli strumenti predisposti in funzione dell'esame

---

[57] In generale, sul principio in questione, v. E. BROWER, *Legality and Data Protection Law: The Forgotten Purpose of Purpose Limitation*, in L. BESSELINK, F. PENNINGS, S. PRECHAL (eds), *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, Alpen aan den Rijn, 2011, p. 273; Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion 03/2013 on purspose limitation*, Doc. 00569/13/EN, WP 203 del 2 aprile 2013.

[58] In tal senso, v. EDPS, *Opinion on the First reform package on the Common European Asylum System (Eurodac, EASO and Dublin regulations)*, *Opinion* 07/2016, 21 settembre 2016, p. 8.

[59] V. art. 12, lett. v), della proposta COM (2020) 614 final.

delle domande di asilo, al fine del contrasto all'immigrazione irregolare, e, infine, della prevenzione e lotta ai fenomeni criminali[60].

6. L'indagine svolta ha permesso di evidenziare quanto lo sviluppo tecnologico sia sempre più rilevante nel controllo delle frontiere dell'Unione europea.

Per poter adeguatamente valutare la portata delle novità previste dal nuovo Patto in funzione del rafforzamento del controllo digitale delle frontiere, è stato preliminarmente necessario riepilogare il quadro giuridico esistente.

Le istituzioni dell'Unione, dopo aver creato banche dati (SIS, Eurodac, VIS, EES, ETIAS), ciascuna caratterizzata da finalità ben specifiche, ha compiuto, soprattutto con le riforme approvate nel 2019, una chiara scelta a favore dell'interoperabilità tra le diverse piattaforme digitali.

Questa scelta viene confermata e rafforzata all'interno del nuovo Patto. L'interoperabilità non rappresenta, quindi, una novità. Piuttosto, la Commissione dimostra, con il recente pacchetto di misure, di voler proseguire lungo la strada già intrapresa, nonostante i dubbi da più parti sollevati, derivanti dal rischio che l'interconnessione tra le varie banche dati può comportare dal punto di vista del rispetto del principio di limitazione delle finalità, principio essenziale ai fini della tutela dei dati personali dell'interessato.

Certo, la Commissione fa affidamento sugli sviluppi tecnologici che, a suo dire, rendono possibili soluzioni in grado di assicurare che il trattamento dei dati avvenga in conformità ai principi fissati nel GDPR.

Sul punto, sarà certo interessante verificare le applicazioni concrete dei meccanismi in questione, in modo tale da poter valutare – alla prova dei fatti – se le soluzioni tecniche siano effettivamente in grado di prevenire le paventate criticità dal punto di vista del rispetto dei dati personali.

Fin d'ora, peraltro, può lasciare perplessi il fatto che la Commissione abbia scelto di rafforzare l'interoperabilità senza prima aver potuto compiere una "valutazione *ex post*" della normativa a tal fine introdotta nel 2019. Quest'ultima, infatti, non è ancora pienamente applicabile[61] e, di conseguenza, le sue implicazioni non sono del tutto chiare. Non sembra

---

[60] In tal senso, v. B. MENEZES QUEIROZ, *The Impact of EURODAC in EU Migration Law: The Era of Crimmigration?*, in *Market and Competition Law Review*, 2019, p. 157 e spec. p. 165.

[61] I regolamenti sull'interoperabilità (n. 2019/817 e n. 2019/818) prevedono infatti che la Commissione europea adotti una normativa di esecuzione al fine di integrare e attuare alcuni loro aspetti tecnici dettagliati. In proposito v. COM 2020) 428 final, del 21 agosto 2020, relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sullo stato di avanzamento dei preparativi per la piena attuazione dei regolamenti sull'interoperabilità a norma dell'articolo 78, paragrafo 5, del regolamento (UE) 2019/817 e dell'articolo 74, paragrafo 4, del regolamento (UE) 2019/818.

quindi che la Commissione abbia tenuto in adeguata considerazione il rilievo che, invece, una "valutazione *ex post*" della legislazione vigente dovrebbe avere nell'ambito del processo decisionale delle istituzioni dell'Unione, come sottolineato anche dall'Accordo interistituzionale "legiferare meglio", concluso tra il Parlamento europeo, il Consiglio dell'Unione e la Commissione europea[62].

Per quanto è comunque già possibile osservare, è indubbio che le soluzioni previste dal nuovo Patto, combinate con le misure già approvate con i regolamenti sull'interoperabilità, produrranno l'effetto di aumentare in modo esponenziale i dati a disposizione delle diverse autorità. Ciò può forse essere letto come un elemento positivo dal punto di vista del contrasto alle attività criminali. D'altra parte, però, così facendo viene rafforzata l'impressione che le istituzioni dell'Unione tendano ad associare i fenomeni migratori a quelli criminali. Tale impressione emerge anche dall'estensione dell'ambito di applicazione del regolamento Eurodac che, secondo la proposta della Commissione, è destinato a perdere la sua originaria funzione di strumento volto ad agevolare la determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale, per acquisire invece anche la funzione di contribuire al contrasto dei movimenti secondari all'interno dell'Unione e di facilitare il ritorno dei migranti irregolari.

Tra i vari profili che abbiamo evidenziato con riferimento alla procedura di pre-ingresso, uno degli aspetti che più preoccupa consiste nel fatto che la celerità che la caratterizza non sempre si accompagna ad una adeguata tutela dei diritti fondamentali degli interessati. Qualora la proposta in questione venga approvata, sulla base degli accertamenti compiuti tramite banche dati, nel giro di pochi giorni potranno essere prese decisioni che incideranno sulla permanenza o meno dell'interessato sul territorio dell'Unione. Tali termini brevi rendono, evidentemente, più difficoltoso l'esercizio effettivo di diritti di difesa che, in linea di principio, sono assicurati all'interessato.

Abbiamo ricordato, poi, che la proposta volta ad introdurre una procedura di pre-ingresso non tiene conto del fatto che le modalità di raccolta dei dati dei cittadini di Stati terzi sono eterogenee nei diversi Stati membri. Alcune di tali modalità sono particolarmente invasive e potenzialmente pregiudizievoli della vita privata degli interessati. Sono emersi, di conseguenza, dubbi sull'effettiva rispondenza degli strumenti previsti a quanto strettamente necessario per il perseguimento dei fini prefissati.

La moltiplicazione dei dati raccolti che è conseguente al rafforzamento dei controlli digitali, rappresenta, inevitabilmente, un fattore in grado di

[62] V. GUUE L 123 del 12 maggio 2016, p. 1 e spec. p. 5.

aumentare il rischio che eventuali errori nell'inserimento delle informazioni nelle banche dati possano produrre un effetto cumulato, oltremodo pregiudizievole per i diritti dell'interessato. Ciò, sia perché i dati in questione possono essere impiegati per giustificare l'allontanamento del cittadino dello Stato terzo dal territorio dell'Unione; sia perché ad essere in pericolo possono anche essere alcuni aspetti particolarmente sensibili della vita privata dell'interessato.

Molte delle problematiche alle quali abbiamo in questa sede fatto cenno erano già note alla Commissione europea. Nel nuovo Patto, così come già osservato da altri con riferimento a diversi profili[63], anche ai fini del controllo digitale non sono state introdotte soluzioni particolarmente innovative.

Certo, le nuove possibilità offerte dai sistemi tecnologici devono senz'altro poter essere sfruttate nell'ambito dei controlli alle frontiere dell'Unione. Non bisogna però mai dimenticare la posizione di particolare debolezza in cui i migranti si trovano quando sono di fronte alle autorità degli Stati membri all'interno del cui territorio chiedono di entrare. Creare un'architettura digitale che produca l'effetto di mettere sotto sorveglianza tutti i viaggiatori e considerarli, *a priori*, come potenziali violatori della legge, non appare la soluzione più adeguata per una riforma che, secondo le parole della stessa Presidente della Commissione europea, si pone come un nuovo inizio ("*a fresh start*") per la politica di immigrazione dell'Unione[64].

[63] V., ad es., P. DE PASQUALE, *Il Patto per la migrazione e l'asilo: più ombre che luci*, cit., p. 11 ss.

[64] V. *Press statement by President von der Leyen on the New Pact on Migration and Asylum*, 23 settembre 2020, disponibile al sito internet https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/statement_20_1727.

ABSTRACT

THE STRENGTHENING OF DIGITAL BORDERS IN THE NEW PACT ON MIGRATION AND ASYLUM

The article analyses the measures laid down in the New Pact on Migration and Asylum which aim at strengthening the digital surveillance at the EU's external borders. After having recapped the existing legal framework, attention has been paid to the use of database within the proposal introducing a screening of third country nationals at the external borders and to the relevant provisions foreseen by the proposal to recast the Eurodac regulation. The inquiry is carried out always bearing in mind that the securitarian logic that is apparent from the extended use of digital technologies for border surveillance should not be to the detriment of fundamental rights of migrants.

IL RAFFORZAMENTO DEL CONTROLLO DIGITALE NEL NUOVO PATTO SULLA MIGRAZIONE E L'ASILO

Nel presente articolo vengono analizzate le misure che, all'interno del nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo, mirano al rafforzamento della sorveglianza digitale delle frontiere esterne dell'Unione. Dopo aver riepilogato il quadro giuridico esistente, viene prestata particolare attenzione all'impiego delle banche dati nell'ambito della proposta volta ad introdurre una procedura di pre-ingresso, nonché alle novità previste nella proposta di riforma del regolamento Eurodac. L'indagine viene condotta tenendo come costante riferimento l'esigenza che la logica securitaria che caratterizza l'ampliamento dell'impiego delle tecnologie digitali non vada a discapito della tutela dei diritti fondamentali dei migranti che sono sottoposti ai controlli alle frontiere.

Francesca Martines·

Il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo e la riammissione dei migranti irregolari da parte dei paesi di origine o di transito

SOMMARIO. 1. Premessa. – 2. Gli strumenti per rendere effettivo l'obbligo di riammissione di migranti irregolari nel Nuovo patto sulla migrazione e l'asilo. – 3. Accordi e intese di riammissione. – 4. L'*issue linkage* e la condizionalità. – 5. Osservazioni conclusive.

1. Il rientro nei paesi di origine (o di transito) dei cittadini che si trovano in situazione di irregolarità in uno degli Stati membri dell'Unione è una priorità della politica di migrazione europea. La crisi migratoria del 2015, le conseguenti pressioni sugli Stati membri di frontiera e le ricadute all'interno dell'area Schengen[1] hanno reso ancor più pressante la ricerca di soluzioni per un'effettiva riammissione dei migranti irregolari da parte dei paesi terzi di origine o di transito. Il tasso di rimpatrio, ovvero il rapporto tra il numero di ordini di espulsione emanati dagli Stati membri dell'Unione e il numero di persone che effettivamente sono riammesse nel paese di origine, è ulteriormente diminuito nel 2019[2]. Il basso tasso di rimpatrio[3] è considerato un fattore che compromette la credibilità della politica migratoria europea presso l'opinione pubblica e un incentivo alla migra-

---

· Professore associato di Diritto internazionale presso l'Università di Pisa.

[1] Consiglio dell'Unione europea, Presidency discussion paper, dell'8 novembre 2019, Policies and tools to enhance readmission cooperation, doc. 13190/19.

[2] "In 2019, the rate of return to third countries decreased to 31.5% (compared to 35.6% in 2018). This decrease is partially explained by the combination of a significant increase in return decisions issued (around 34,000 more than in 2018, in particular in some Member States …) that has not been matched by a similar trend in numbers of effected returns to third countries". Commission, Directorate-General for Migration and Home Affairs, Annual Activity Report, 2019, p. 10. Cfr. anche COM (2019) 481 fin., del 16 ottobre 2019, Relazione sullo stato di attuazione dell'agenda europea sulla migrazione, p. 15. Secondo la Corte dei Conti europea il 38% dei migranti irregolari oggetto di ordini di espulsione rientra effettivamente in paesi terzi ma il tasso scende al 30% per i paesi fuori dal continente europeo. Corte dei Conti europea, Audit Preview, EU Migrant Return Policy – Cooperation with Third Countries on Readmission, luglio 2020, scaricabile dal sito https://www.eca.europa.eu/it/Pages/DocItem.aspx?did=54490. Sottolinea che l'effettività dei rimpatri dovrebbe essere valutata più che sul numero sulla loro durata ECRE *Return Policy Desperate Seeking Evidence and Balance*, policy note, n. 19, 19 July 2019, scaricabile dal sito https://www.ecre.org/ecre-policy-note-return-policy-desperately-seeking-evidence-and-balance/.

[3] Tra le cause si annoverano la mancanza di cooperazione delle persone soggette alla procedura di rimpatrio, ostacoli amministrativi a livello di Stato membro, i legami deboli tra le procedure di asilo e di rimpatrio e tassi sostanziali di fuga. Cfr. Impact assessment accompanying the document proposal for a regulation amending the regulation (EC) No 810/2009 establishing a Community Code on Visas, SWD (2018) 77, p. 31.

zione irregolare[4]. Si comprende, quindi, che il rimpatrio e la riammissione occupino una posizione di centralità anche nella Comunicazione sul nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo della Commissione. Nel discorso di presentazione del nuovo Patto,[5] il vicepresidente della Commissione Margaritis Schinas lo ha descritto come un edificio a tre piani, il primo dei quali è costituito dalla dimensione esterna, incentrata sul partenariato rafforzato con i paesi terzi e concernente diverse azioni, tra cui un sistema di riammissione e rimpatrio ben funzionante.

Benché i termini rimpatrio e riammissione siano utilizzati come un concetto unitario, e un aspetto enfatizzato dalla Commissione nella Comunicazione sia proprio l'interconnessione[6] tra procedure di rimpatrio[7] e procedure di riammissione,[8] le prime si possono ascrivere alla dimensione interna e le seconde a quella esterna della politica di migrazione dell'Unione europea[9]. La riammissione nel paese di origine è espressione dell'obbligo (di diritto internazionale consuetudinario ed eventualmente pattizio, nel caso in cui sia previsto in un accordo) posto in capo a ogni Stato di riammettere nel suo territorio un individuo avente la sua cittadinanza[10].

La contiguità tra la decisione nazionale di rimpatrio e la procedura di riammissione è evidente: in assenza della prima non si può attivare la seconda, ma allo stesso tempo la resistenza alla riammissione da parte del paese di origine rende senza seguito, e quindi inefficace, la decisione di rimpatrio.[11] Stabilire l'identità di un migrante irregolare è un'operazione

---

[4] COM (2020) 609 def., del 23 settembre 2020, Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo, p. 8. Affermazioni analoghe erano già contenute nella Comunicazione sullo sviluppo di una politica comune in materia di immigrazione irregolare, di introduzione clandestina e tratta di esseri umani, di frontiere esterne e di rimpatrio delle persone soggiornanti illegalmente, COM (2003) 323 def., del 3 giugno 2003, p. 8.

[5] Il discorso del Commissario è scaricabile dal sito https://ec.europa.eu/commission/.

[6] COM (2020) 609 def., *cit.,* p. 2 e p. 9 e nota 11. L'interconnessione delle due dimensioni è un filo conduttore tradizionale della politica migratoria dell'Unione europea. Si vedano i seguenti documenti: COM (2017) 820 def., del 7 dicembre 2017, Contributo della Commissione al dibattito tematico dei leader dell'UE sul futuro della dimensione interna ed esterna della politica di migrazione; COM (2014) 199 def., del 28 marzo 2014, sulla politica di rimpatrio dell'Unione europea; Consiglio europeo di Bruxelles, 10-11 dicembre 2009, Conclusioni della Presidenza, doc. n. EUCO 6/09 – Il Programma di Stoccolma - Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini; COM (2011) 743 def., del 18 novembre 2011, L'approccio globale in materia di migrazione e mobilità.

[7] Si veda l'intervento di R. PALLADINO in questo *Focus*.

[8] COM (2020) 609 def., *cit.,* p. 2. Si veda anche il 7° 'considerando' della 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.

[9] La quale ovviamente non si esaurisce nella politica di riammissione, ma comprende diversi altri aspetti come la lotta alle cause profonde della migrazione irregolare, la lotta contro il traffico di migranti, l'aiuto ai rifugiati residenti in paesi terzi.

[10] L'obbligo di riammissione da parte di un paese terzo diverso da quello di cittadinanza può essere previsto da un accordo internazionale.

[11] Il quadro delle politiche di rimpatrio e riammissione è stato definito in COM (2011) 743 def., del 18 novembre 2011, L'approccio globale in materia di migrazione e mobilità. Il

necessaria per l'adozione di una decisione di rimpatrio, ma per l'identificazione è spesso richiesta la collaborazione[12] del paese di origine e questa è indispensabile nella fase di successiva consegna dei documenti di viaggio[13]. Si deve anche tener conto che alcuni strumenti che rientrano nel quadro della dimensione interna della politica di migrazione, come i rimpatri volontari assistiti, possono avere ricadute positive in termini di cooperazione con i paesi terzi sulla riammissione[14]. Un elemento di cerniera tra le decisioni di rimpatrio e la cooperazione con i paesi terzi per rendere le decisioni di espulsione effettive è costituito da Frontex[15].

GAMM prevedeva l'istituzione di dialoghi sulla migrazione e la mobilità che avrebbero potuto condurre alla conclusione di partenariati per la mobilità nel caso in cui i paesi terzi si fossero mostrati collaborativi.

[12] Sull'importanza della cooperazione con i paesi terzi si vedano anche le osservazioni svolte nella Comunicazione sulla proposta di direttiva recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (rifusione), COM (2018) 634 def., del 12 settembre 2018, p. 1; si veda anche Consiglio dell'Unione europea, del 27 maggio 2019, The Future of the EU Migration and Asylum policy, Doc. 9511/19. K. EISELE, *The Proposed Return Directive Substitute Impact Assessment*, EPRS, 2019; A. PALM, *Did 2016 Mark a New Start for EU External Migration Policy, or Was It Business as Usual?* in *IAI working papers*, 2016; G. ANDRADE, I. MARTÍN, S. MANANASHVILI, *EU Cooperation with Third Countries in the Field of Migration*, Study of the European Parliament, Brussels, Ottobre 2015.

[13] Si pongono nell'ambito della procedura questioni tecniche riguardanti i dati di identificazione. Questi devono essere comunicati ai paesi terzi in sicurezza e solo allo scopo di ottenere conferma della cittadinanza e per il rilascio dei documenti di viaggio. V. COM (2017) 200 fin, del 2 marzo 2017, Per una politica dei rimpatri più efficace nell'Unione europea, un piano d'azione rinnovato, p. 10.

[14] Si vedano le considerazioni svolte nel Commission Staff Working Document Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on asylum and migration management and amending Council Directive (EC) 2003/109, SWD (2020) 207 def., del 27 settembre 2020, Commission staff working document 2020, p. 87. Si veda anche COM (2016) 385 def., del 7 giugno 2016, sulla creazione di un nuovo quadro di partenariato con i paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione, p. 6, in cui l'aumento del tasso di riammissione è collegato al rimpatrio volontario. Sul punto cfr. C. MOMMERS, *The Proposed Recast of the EU Return Directive: Voluntary Return under Threat?*, in *Eu Law Analysis blog*, 20 Agosto 2020.

[15] L'agenzia organizza le operazioni di rimpatrio da uno o più Stati membri e collabora con i paesi terzi. Si veda il regolamento (UE) n. 2019/1896 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2019, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea, che ha modificato profondamento lo status e le funzioni di Frontex. Si veda la comunicazione sul nuovo Patto, *cit.*, p. 10 che sottolinea la funzione di Frontex sia nella fase della procedura di rimpatrio che nella fase di riammissione e reinserimento nei paesi terzi; l'Agenzia collegherebbe la cooperazione operativa con gli Stati membri a un'efficace cooperazione con i paesi terzi in materia di riammissione. Si prevede l'assistenza per l'identificazione di cittadini dello stato terzo e per l'acquisizione di documenti di viaggio. Nella proposta originaria della Commissione si contemplava la possibilità che Frontex conducesse operazioni di rimpatrio da un paese terzo di transito a un paese di origine. A seguito dell'opposizione del Parlamento europeo questa disposizione è stata eliminata. Si vedano anche i *working arrangements* conclusi da Frontex con alcuni Stati terzi, https://frontex.europa.eu/about-frontex/key-documents/?category=working-arrangements-with-non-eu-countries. Si veda, per un esempio, COM (2018) 459 fin., del 13 giugno 2018, proposta di decisione del Consiglio, relativa alla firma da parte dell'Unione europea dell'accordo sullo status tra l'Unione europea e la Repubblica d'Albania riguardante le azioni della guardia di frontiera e costiera,

Se pure, quindi, la dimensione interna ed esterna siano fortemente connesse, in questo commento si analizzeranno la comunicazione della Commissione sul nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo e gli altri documenti presentati, dove rilevanti, con esclusivo riferimento alla riammissione e agli strumenti individuati dalla Commissione per rafforzare la cooperazione con i paesi di origine e di transito dei migranti irregolari. La questione che ci si pone è se il nuovo Patto apporti innovazioni in questo importante settore della politica migratoria dell'Unione.

2. Nella parte introduttiva della comunicazione sul nuovo Patto la Commissione richiama l'importanza delle relazioni con i paesi terzi[16], dato il legame inestricabile tra dimensione interna ed esterna della politica migratoria. In particolare, sono menzionati i partenariati, strumenti privilegiati della cooperazione nell'ambito dei quali la migrazione dovrebbe occupare una posizione prioritaria[17]. Alla riammissione è dedicato il paragrafo 6.5 della comunicazione incentrato sugli strumenti e le modalità per incrementare l'efficacia del sistema delle riammissioni e incentivare la cooperazione con i paesi terzi di origine e transito.

La Commissione svolge alcune considerazioni generali in tema di riammissione anche nello *staff working document*[18] che accompagna la proposta di regolamento Gestione, sia nella parte dedicata all'analisi del contesto politico sia in quella in cui si esaminano le sfide che l'Unione deve affrontare. Qui si sottolinea il mancato utilizzo "*to their full potential*" di alcuni accordi o intese di riammissione[19] e di strumenti dell'Unione[20]; l'assenza di cooperazione di molti paesi terzi è altresì evidenziata, per cui si afferma che "overall readmission cooperation remains a challenge"[21]. Nei due documenti si mette in rilievo l'obiettivo di rafforzare il processo di riammissione allineando il numero effettivo di rientri al numero di decisioni di rimpatrio adottate dagli Stati membri e si richiamano gli strumenti volti a realizzare tale finalità.

La cooperazione con i paesi terzi in materia di migrazione si sviluppa sia attraverso strumenti politici, come i dialoghi regionali e bilaterali, le agende comuni per la migrazione e la mobilità, i partenariati per la mobili-

---

che prevede funzioni di assistenza ai fini dell'identificazione delle persone da rimpatriare in conformità con l'Accordo di riammissione tra l'UE e l'Albania.

[16] V. il contributo di S. AMADEO, F. SPITALERI, *op. cit.*

[17] COM (2020) 609 def., *cit.* p. 19.

[18] SWD (2020) 207 def., *cit.*

[19] *Ibidem*, p. 45.

[20] Nel Documento si richiama la necessità di utilizzare tutti gli strumenti tecnici creati dall'Unione come il *readmission case management system* e i funzionari di collegamento. Cfr. regolamento (UE) n. 1240/2019, *cit.,* p. 46.

[21] SWD (2020) 207 def., *cit.* p. 46.

tà, sia attraverso accordi di riammissione[22] e intese informali che costituiscono i capisaldi della cooperazione dell'Unione europea con i paesi terzi in quanto disciplinano operativamente il processo di riammissione. Tuttavia, il numero limitato di accordi di riammissione e l'inadeguata applicazione degli stessi comportano, come evidenziato dalla Commissione, che l'obiettivo del rientro nei paesi di origine dei migranti in posizione di irregolarità sia lontano dall'essere realizzato. Per far fronte a tale situazione sono stati nel tempo elaborati strumenti di condizionalità positiva e negativa volti, da una parte, a incrementare il numero di accordi o intese di riammissione e, dall'altra, ad assicurare che – una volta conclusi – questi accordi siano effettivamente applicati. Nei paragrafi che seguono si prenderanno in esame questi elementi della politica di riammissione per verificare come siano affrontati dalla Commissione nel nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo.

3. Come sopra ricordato, nell'ambito della dimensione esterna della politica migratoria l'Unione europea deve risolvere due ordini di problemi: il numero insufficiente di accordi di riammissione stipulati dall'UE e la loro esecuzione spesso carente se non del tutto inefficace. Infatti, la mera conclusione di accordi di riammissione – quando si supera la resistenza del paese terzo a perfezionare questo processo – non garantisce l'adempimento dell'obbligo di riammissione[23]. Il paese richiesto, se pure vincolato da un accordo, può di fatto sottrarsi all'obbligo ponendo in essere una serie di ostacoli per ritardare o impedire di fatto la riammissione. Ad esempio, può rifiutare di riconoscere la decisione di rimpatrio dello Stato di espulsione; contestare l'identificazione fatta dalle autorità di quest'ultimo; non inviare la documentazione necessaria; ritardare l'identificazione per motivi legati alla competenza delle ambasciate a stabilire nazionalità e identità, o per la mancanza di capacità o disponibilità presso le sezioni consolari di condurre

[22] La letteratura è molto ampia. Si segnalano E. CARLI, *EU Readmission Agreements as Tools for Fighting Irregular Migration: An Appraisal Twenty Years on from the Tampere European Council*, in *Freedom, Security and Justice*: *European Legal Studies,* 2019, p. 11 ss.; S. CARRERA, *On Policy Ghosts: EU Readmissin Agrements as Intersecting Policy Universes*, in S. CARRERA, A. P. LEONHARD DEN HERTOG, M. PANIZZON, D. KOSTAKOPOULOU, *The EU External Policies on Migration, Borders and Asylum in an Era of Global Mobilities. Intersecting Policy Universe*s, Brill, 2018, p. 21 ss.; F. CASOLARI, *L'interazione tra accordi internazionali dell'Unione e Accordi conclusi dagli Stati membri con Stati terzi per il contrasto dell'immigrazione irregolare*, in *Diritto, Immigrazione e cittadinanza*, 2018, p. 1 ss.; R. CAFARI PANICO, *Gli accordi di riammissione europei. Un fallimento annunciato*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2011, p. XXIII; M. GIUFFRÉ, *The Readmission Policy of the European Union after Lisbon*, in *Interdisciplinary Political Studies*, 2011, p.1.

[23] S. CARRERA, *Implementation of EU Readmission Agreement: Identity Determination Dilemmas and the Blurring of Rights*, Heidelberg, 2016.

colloqui con presunti cittadini; rifiutare il rilascio di documenti[24] di viaggio; non accettare voli di ritorno.

Non sorprende, quindi, che nella Comunicazione sul nuovo Patto si indichino come obiettivi della politica di riammissione: "l'attuazione piena ed efficace dei 24 accordi e intese dell'UE esistenti in materia di riammissione con i paesi terzi, il completamento dei negoziati di riammissione in corso e se opportuno l'avvio di nuovi negoziati, oltre a soluzioni pratiche di cooperazione per aumentare il numero effettivo di rimpatri"[25].

Si noti, innanzi tutto, che la Comunicazione richiama le due tipologie di strumenti utilizzati dall'Unione – ovvero accordi (formali) e intese (informali) – benché la conclusione delle seconde, sottratte allo scrutinio del Parlamento europeo, e fortemente problematiche dal punto di vista della tutela dei diritti fondamentali[26], sia oggetto di dibattito[27]. Si conferma, an-

[24] Per facilitare la riammissione e cercare di superare le resistenze dei paesi terzi è stato adottato nel 2016 un regolamento che istituisce un lascia passare europeo. In assenza di documenti validi che permettono il rimpatrio l'autorità consolare, sulla base di elementi di prova, rilascia un documento che permette alla persona che lo possiede di viaggiare ed essere ammessa nel paese d'origine. L'Unione ha elaborato un modello (che supera quello delineato in una raccomandazione del 1994) denominato "lascia passare europeo" che non è rilasciato dalle autorità consolari nazionali del rimpatriando ma da quelle dello Stato membro che stabilisce il rimpatrio. L'armonizzazione del modello dovrebbe ridurre i tempi di rilascio di questo tipo di documento favorendo il rimpatrio. L'utilizzo del documento è disciplinato negli accordi bilaterali di riammissione e solitamente è subordinato al mancato rilascio del lascia passare consolare entro un certo lasso di tempo definito da ciascun accordo. Anche gli accordi informali stabiliscono simili procedure (si veda il Joint Way Forward con l'Afghanistan, Parte II. 2). L'utilizzo del lascia passare europeo è posto in essere anche unilateralmente, ovvero in assenza di accordi formali o informali. Si veda il regolamento 2016/1953 relativo all'istituzione di un documento di viaggio europeo per il rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, e recante abrogazione della raccomandazione del Consiglio del 30 novembre 1994.

[25] Accordi di riammissione (ARUE) sono stati stipulati dall'Unione con i seguenti paesi: Hong Kong, Macao, Sri Lanka, Albania, Federazione Russa, Ucraina, Macedonia del Nord, Bosnia Erzegovina, Montenegro, Serbia, Moldavia, Pakistan, Georgia, Armenia, Azerbaijan, Turchia, Capo Verde, Bielorussia. Intese informali di riammissione sono state concluse con Afghanistan (2016), Bangladesh, Guinea (2017), Etiopia, Gambia Costa d'Avorio. (2018). Cfr. SWD (2020) 207 def., *cit.,* p. 45. Per le intese che più specificatamente contengono indicazioni operative sulla riammissione, si possono citare le procedure operative standard, (su cui si veda la nota della Commissione, Towards a More Efficient EU Readmission Policy, Novembre 2017) che riguardano soprattutto la cooperazione tra consolati per accelerare le procedure di identificazione, documentazione e riammissione e che dovrebbero assicurare "the timely deliver of travel documents". J.P. CASSARINO, M. GIUFFRÉ, *Finding its Place in Africa. Why Has the EU Opted for Flexible Arrangements on Readmission*, 2017, hal-02192064. Si veda la risoluzione del Parlamento europeo, del 12 aprile 2016, sulla situazione nel Mediterraneo e la necessità di un approccio olistico alla migrazione (2015/2095(INI)), par. 59, in cui si auspicava la conclusione di ulteriori accordi di riammissione da parte dell'Unione.

[26] Parlamento europeo, 18 giugno 2018, risposta all'interrogazione E-000958/2018, disponibile online all'indirizzo: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2018-000958-ASW_EN.html

[27] A. OTT, *Informalization of EU Bilateral Instruments: Categorization, Contestation, and Challenges*, in *Yearbook of European Law*, 2020, p. 1 ss.; ID. *The "Contamination" of EU Law by Informalization?: International Arrangements*, in *EU Migration Law*, in *VerfBlog*, 29 settembre 2020; R. A. WESSEL, *Normative Transformations in EU External Re-*

che in questo documento, in sostanza, la scelta già operata da tempo dall'Unione europea (e dagli Stati membri) per cui la stipulazione di intese informali è una soluzione accettabile ogniqualvolta la conclusione di accordi vincolanti non sia possibile per la resistenza dei paesi terzi o se si ritiene che le procedure "pratiche" di cooperazione favoriscano la realizzazione di rimpatri rapidi e operativi che sembrano costituire la "priorità assoluta"[28]. La conclusione di intese in luogo di accordi formali, dal punto di vista dell'Unione, riduce il rischio che l'attuazione pratica della riammissione venga ritardata dai negoziati per un accordo formale. In altri termini, lo strumento con cui si concretizza la collaborazione del paese terzo di origine sembra una questione accessoria se l'obiettivo (la riammissione) è realizzato o se si ritiene sia più rapidamente raggiungibile. Nel primo rapporto sull'attuazione dell'Agenda per la migrazione si affermava esplicitamente: "l'approccio basato sui patti evita tuttavia il rischio che l'attuazione pratica venga ritardata da negoziati tecnici per un accordo formale a tutto tondo"[29].

La conclusione di intese informali può essere un passaggio preparatorio, in vista della stipulazione di accordi formali[30], o essere alternativa a questi ultimi a causa della resistenza dei paesi partner a concludere accordi vincolanti. Questi, infatti, sono spesso invisi[31] all'opinione pubblica nazionale, sfavorevole[32] a politiche di riammissione che possono ridurre le entrate provenienti dalle rimesse dei migranti e comportare costi per la reintegrazione dei rimpatriati. Inoltre, i partner europei sono fortemente contrari

---

lations: the Phenomenon of 'soft' International Agreements, in *West European Politics*, 2020, p. 72 ss. La Commissione aveva affermato che le garanzie in materia di diritti umani e protezione internazionale previste dagli ARUE possono risultare inefficaci se gli Stati membri non effettuano i rimpatri degli immigrati irregolari nel quadro degli accordi. Cfr., COM (2011) 76 def., del 23 febbraio 2011, Valutazione degli accordi di riammissione dell'UE, p. 4.

[28] Si vedano COM (2016) 385 fin., del 7 giugno 2013, sulla creazione di un nuovo quadro di partenariato con i paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione, p. 8, e COM (2017) 471 fin., del 6 settembre 2017, Quinta relazione sui progressi compiuti relativamente al quadro di partenariato con i paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione, p. 7.

[29] COM (2016) 700 fin., del 18 ottobre 2016, Prima relazione sui progressi compiuti relativamente al nuovo quadro di partenariato con i paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione, p. 2.

[30] Si veda, ad esempio, il caso del compact con la Giordania e l'adozione delle priorità del partenariato, in cui si menziona l'inizio di negoziati per un accordo di riammissione. Cfr. Consiglio dell'Unione europea, del 20 settembre 2016, doc. 12384/16, punto 7.

[31] Si veda l'analisi contenuta in COM (2017) 200, *cit.*

[32] In realtà questo problema si pone anche in relazione alle intese informali, come dimostra la moratoria sulle riammissioni decisa dal governo del Gambia nel marzo 2019 dopo che le riammissioni realizzate sulla base delle Good Practices del maggio 2018 avevano suscitato reazioni interne. D'altra parte, la moratoria sulle riammissioni può essere vista come una leva usata dal governo gambiano per ottenere concessioni dall'Unione. J. ALTROGGE, F. ZANKER, *The Political Economy of Migration Governance in the Gambia*, *MEDAM Paper*, 2019, disponibile online all'indirizzo: https://www.researchgate.net/.

all'estensione dell'obbligo di riammissione di cittadini di altri paesi.[33] Il carattere informale delle intese permette un'applicazione che può più facilmente essere nascosta al pubblico.

La riammissione, come ribadito dalla stessa Commissione[34], può realizzarsi anche senza accordi *ad hoc*, ma è evidente che se le procedure sono prestabilite e gli obblighi (o impegni) definiti con chiarezza il processo ne risulta semplificato. Le stesse intese presentano il vantaggio di strutturare la cooperazione, ai fini della riammissione, in un quadro giuridico - se pure *soft* - che stabilisce compiti e definisce le procedure applicabili secondo le competenze di ciascuna delle Parti.

Come si è visto, la Comunicazione sul nuovo Patto richiama la necessità di completare i negoziati in corso e concludere nuovi accordi di riammissione.[35] Tra i primi si segnalano, in particolare, quelli con il Marocco[36] e la Tunisia,[37] attualmente in stallo anche per l'insistenza dell'Unione di includervi l'obbligo di riammissione di cittadini di Stati terzi transitati nel territorio di questi paesi.[38]

Un ulteriore problema, segnalato nella Comunicazione, riguarda l'insufficiente attuazione degli accordi, questione che sorge in realtà anche in relazione ai meri impegni o intese. Per questo motivo, come si vedrà nel paragrafo successivo, sono stati individuati dall'Unione strumenti per indurre i paesi terzi non solo a concludere accordi (o intese) ma anche ad applicarli fattivamente.

---

[33] M. MOUTHAAN, *Unpacking Domestic Preferences in the policy-'receiving' state: the EU's Migration Cooperation with Senegal and Ghana*, in *Comparative Migration Studies*, 2019, p. 35.

[34] Sulla possibilità di riammissione in assenza di accordi si veda la risposta della Commissione all'interrogazione scritta E-001334/2020 del 22 luglio 2020.

[35] L'individuazione del paese terzo con il quale avviare i negoziati viene fatta sulla base di criteri definiti dal Consiglio giustizia e affari interni nel doc. n. 7990/02. Si veda anche Consiglio dell'Unione europea, EU pilot project on return policy, doc. 11506/14, in cui i Paesi destinatari di un progetto pilota per stimolare la riammissione erano identificati secondo alcuni criteri tra cui: numero di irregolari presenti nel territorio degli Stati membri; numero di Stati membri che riscontrano problemi con i rimpatri non volontari di cittadini di alcuni paesi terzi; grado di influenza che l'UE e i suoi Stati membri potrebbero esercitare nei loro confronti; fattibilità del miglioramento del tasso di rimpatrio in questi paesi.

[36] Uno dei casi più significativi a riguardo è costituito dal Marocco, paese di origine e transito di molti migranti irregolari che arrivano in Europa. Il mandato negoziale del Consiglio alla Commissione risale al 2000. Nel 2013 è stato concluso un partenariato per la mobilità UE-Marocco, e la Commissione ha ottenuto un mandato per negoziare un accordo di facilitazione dei visti parallelamente all'accordo di riammissione. Sullo stato dei negoziati si veda la risposta della Commissione all'interrogazione E-000331/2020 del 24 aprile 2020.

[37] Risposta della Commissione all'interrogazione E-005700/2017 dell' 11 gennaio 2018.

[38] Cfr. T. ABDERRAHIM, *A Tale of two Agreements: EU Migration Cooperation with Morocco and Tunisia*, in *PaperserieMed, EuromescoSeries*, 2019. Si veda in senso critico la stessa Commissione nella sopra citata valutazione sugli ARUE del 2011 che suggeriva di includere la clausola sui cittadini di paesi terzi solo nel caso di accordi conclusi con paesi confinanti o di forte transito.

4. Nella Comunicazione sul nuovo Patto la Commissione indica alcuni strumenti per incentivare la collaborazione dei paesi terzi. L'Unione applica la tecnica dell'*issue-linkage* o dell'*embedding*,[39] ovvero incorpora le questioni relative alla politica migratoria e alla riammissione in ambiti di cooperazione formali (accordi di associazione) o informali (partenariati di mobilità e, dal 2016, i partenariati). In questo modo la collaborazione dei paesi terzi in materia di migrazione è connessa all'impegno dell'Unione europea in altri settori d'interesse dei paesi di origine e transito dei migranti (politica di cooperazione allo sviluppo, aiuti finanziari, politica commerciale, energetica[40]). Nel citato Staff Working Document si afferma esplicitamente "all relevant EU policies are activated and made adaptable to changes in cooperation with third countries"[41].

L'inclusione della gestione dei flussi migratori, compresa ovviamente la riammissione, nell'ambito di una cooperazione più stabile e consolidata costituita dagli accordi di associazione, o dai partenariati e dai patti (*compacts*), presenta indubbi aspetti positivi. Essa può favorire la creazione di un rapporto fiduciario tra partner ma si presta a rischi sotto diversi profili. Ad esempio, quello di evidenziare lo squilibrio d'interessi tra le parti e di istituire relazioni fondate su elementi di condizionalità più che di reciprocità.[42] Infatti, l'Unione non si limita a inserire la questione della riammissione in un quadro strutturato di relazioni, ma delinea vere e proprie condizionalità di ampia portata[43], in cui le politiche esterne di cooperazione allo svi-

---

[39] M. PANIZZON, *The Global Migration Compact and the Limits of 'Package Deals' for Migration Law and Policy,* in T. G. GAMMELTOFT-HANSEN, E. GUILD, V. MORENO-LAX, M. PANIZZON, I. ROELE, *What is a Compact? Migrants' Rights and State Responsibilities Regarding the Design of the UN Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, 11 ottobre 2017. Si veda, per l'utilizzo di tutti gli strumenti e politiche dell'Unione, quanto affermato nella comunicazione sul Nuovo quadro di partenariato, *cit.* p. 6. Si veda anche il documento della Presidenza del Consiglio, Policies and tools, *cit.*, in cui si sosteneva: "there is a general understanding that migration, including returns, should be firmly embedded in the EU's overall relationships with third countries".

[40] Nessuna politica viene in realtà esclusa. COM (2017) 558 fin., del 27 settembre 2017, sull'attuazione dell'agenda europea sulla migrazione, sosteneva la necessità – per superare la mancanza di cooperazione con gli Stati terzi - di ricorrere a tutti gli incentivi e forme di pressione disponibili ampliando la gamma delle politiche UE, proponendo vie legali per la migrazione e rafforzando il sostegno per la reintegrazione.

[41] Il documento richiama le conclusioni del Consiglio europeo del giugno e dell'ottobre 2017 e dell'ottobre 2018 (nota 104).

[42] In realtà la scarsa collaborazione nel controllare i flussi migratori è anche dovuta all'interesse dei paesi terzi di mantenere la possibilità di ottenere benefici promettendo la collaborazione. Sulla condizionalità inversa cfr. J. P. CASSARINO, *Informalising Readmission Agreements in the European Neighbourhood*, in *The International Spectator*, 2007, p. 179 ss.

[43] Si veda Consiglio dell'Unione europea, The future of the EU migration and asylum policy, doc. 9511/19, in cui si afferma: "a system of incentives and leverages through which stronger cooperation on migration is closely linked with and an integral part of the engagement in other policy areas". Nella comunicazione sul Nuovo quadro di partenariato si affermava esplicitamente la necessità di "utilizzare tutte le politiche e tutti gli strumenti dell'UE nel campo delle relazioni esterne. Questo richiede un approccio diverso e nuove idee, combinando incentivi positivi e negativi e utilizzando tutti i mezzi di pressione e tutti

luppo e commerciali diventano funzionali al prioritario obiettivo di contenere i flussi migratori e assicurare la riammissione. Un aspetto positivo è che nel contesto di queste relazioni *soft* può maturare la volontà di assunzione di un obbligo pattizio di riammissione da parte dello Stato terzo.

Anche sotto questo aspetto della politica migratoria la Commissione nel nuovo Patto ripropone un approccio già sperimentato[44]. Infatti, tra i più recenti strumenti che definiscono ambiti informali di collaborazione, la comunicazione richiama i partenariati. Il quadro di partenariato era stato proposto dalla Commissione nel 2016[45] e prevedeva la conclusione di patti[46] (*compact*) con alcuni paesi prioritari, ritagliati su misura[47] secondo un sistema di incentivi positivi e negativi modulati sulla base della collaborazione sulla gestione della migrazione e, in particolare, sulla riammissione[48].

L'Unione ricorre, inoltre, a meccanismi più specifici di condizionalità positiva o negativa[49] che prevedono, rispettivamente, benefici per i paesi collaborativi o sanzioni per quelli che non cooperano. Tra i principali strumenti di condizionalità utilizzati dall'Unione in materia di riammissio-

---

gli strumenti". Cfr. COM (2016) 453 fin., dell'11 luglio 2016, proposta di decisione del Consiglio, relativa alla posizione da adottare a nome dell'Unione europea in seno al Comitato di associazione riunito nella formazione "Commercio" istituito dall'accordo di associazione tra l'Unione europea e la Comunità europea dell'energia atomica e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Moldova, dall'altra.

[44] Si veda, ad esempio, COM (2015) 240 fin., del 13 maggio 2015, Agenda per la migrazione, p. 11, "pronta a usare tutte le leve e gli incentivi di cui dispone". In realtà l'idea di collegare le diverse politiche risale ad uno *strategy paper on asylum and migration policy,* presentato nel 1998 dalla Presidenza Austriaca, in cui l'approccio integrato prevedeva misure controverse, quali condizionare l'aiuto economico agli sforzi dei paesi beneficiari alla lotta contro la migrazione. Cfr. Austrian Presidency of the Union, 1 July 1998, Strategy paper on immigration and asylum policy, 9809/98 LIMITE CK 4 27 ASIM 170.

[45] R. PALLADINO, *Nuovo quadro di partenariato dell'Unione europea per la migrazione e profili di responsabilità dell'Italia (e dell'Unione europea) in riferimento al caso libico*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2018, p. 104 ss.

[46] Ad esempio, la Commissione descriveva così i patti (compact): "sono un quadro politico per una cooperazione costante e operativa. Essi raggruppano i vari filoni di lavoro per sviluppare un partenariato globale con i paesi terzi, che combini gli strumenti, i dispositivi e le leve a disposizione dell'UE e degli Stati membri per realizzare chiari obiettivi e impegni comuni. Dal processo dei patti possono scaturire accordi internazionali ufficiali, come gli accordi di riammissione". COM (2016) 700 fin., del 18 ottobre 2016, Prima relazione sui progressi compiuti relativamente al nuovo quadro di partenariato con i paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione, p. 2. Cfr. F. JURJE, S. LAVENEX, *Issue-Linkage in International Migration Governance: Trade Agreements as Venues for "Market Power Europe"?,* in *Working Papers* n. 11, 2013.

[47] COM (2016) 385 fin., del 7 giugno 2016, Nuovo quadro di partenariato, prevedeva pacchetti nazionali, ovvero patti "tagliati su misura" con 16 paesi di origine e transito, ovvero Etiopia, Eritrea, Mali, Niger, Nigeria, Senegal, Somalia, Sudan, Ghana, Costa d'Avorio, Algeria, Marocco, Tunisia, Afghanistan, Bangladesh e Pakistan.

[48] Lo stesso Consiglio sintetizzava che "cooperation on readmission and return will be a key test of the partnership between the EU and [its] partners". Cfr. Consiglio dell'Unione europea, Item note on the External Aspects of migration – monitoring results, 4 luglio 2016, doc. 10822/16, p. 2.

[49] Sulla scelta tra un approccio negativo e uno misto di condizionalità positiva e negativa si veda anche la Nota del Consiglio dei Ministri del doc. 9484/18 del 29 maggio 2018.

ne si devono richiamare le facilitazioni procedurali relative ai visti[50]. La connessione tra riammissione e visti può essere istituita collegando la stipulazione di accordi di partenariato o associazione alla conclusione di accordi di facilitazione dei visti[51], oppure introducendo una condizionalità nell'ordinamento dell'Unione. Si tratta anche in questo caso di una condizionalità non inedita[52] ma cui è dedicata un'attenzione particolare nella comunicazione sul nuovo Patto.

La condizionalità sui visti è stata recentemente disciplinata nel nuovo regolamento Visti che, codificando un meccanismo informale già istituito in sede di Consiglio[53], ha per la prima volta stabilito[54] una connessione (*le-*

[50] L'approccio di condizionalità segna anche la politica di sostengo finanziario, soprattutto dopo l'adozione del Trust Fund for Africa, e l'utilizzo dell'aiuto allo sviluppo come leva per incentivare la cooperazione degli Stati terzi nella gestione degli interessi dell'Unione in materia di migrazione. L'assegnazione di finanziamenti dell'EU Fund for Africa a favore dell'Etiopia venne sospesa nel novembre del 2016 e ripresa nel dicembre del 2017 dopo la conclusione dell'intesa per la riammissione di migranti irregolari. Alcuni autori, che sottolineano che al ritardo nei pagamenti del fondo è seguita la conclusione di una intesa di riammissione con l'Etiopia, si interrogano sulla proporzionalità della misura, dato che si parla di numeri comunque esigui di riammissioni, ovvero 205 nel 2017 e 240 nel 2019. D. KIPP, N. KNAPP, A. MEIER, *Negative Sanctions and the EU's External Migration Policy*, WP Comment German Institute for International and Security affairs, n. 34, giugno 2020. Per i dati, v. T. RATY, R. SHILHAV, *EU Trust Fund for Africa, Trapped Between Aid Policy and Migration Policies, Oxfam Briefing Paper*, gennaio 2020. Si veda anche la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 maggio 2019, che istituisce il Fondo Asilo e migrazione, 2018/0248(COD), art. 4, lett. m); COM (2018) 460 fin., del 14 giugno 2018, proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce lo Strumento di vicinato, cooperazione allo sviluppo e cooperazione internazionale. L'articolo 17 introduce l'approccio basato sulle prestazioni per cui: "il 10% della dotazione finanziaria fissata all'art. 4, par. 2, lett. a), per integrare le assegnazioni finanziarie per paese di cui all'art. 12 è destinato ai paesi partner elencati nell'allegato I al fine di attuare l'approccio basato sulle prestazioni. Le relative assegnazioni sono decise in base ai progressi compiuti sul fronte della democrazia, dei diritti umani, dello Stato di diritto, della cooperazione in materia di migrazioni, della governance economica e delle riforme." (sottolineatura aggiunta). Sulla maggiore enfasi data al rapporto con la riammissione e la reintegrazione rispetto al ciclo finanziario precedente si vedano i rilievi di A. KNOLL, P.VERON, *Migration and the Next Eu Long-Term Budget: Key Choices for External Actions*, in *ECDPM paper*, 23 marzo 2019, p. 12.

[51] Il recente accordo relativo alla facilitazione del rilascio dei visti con la Bielorussia concluso con decisione 2020/752 è stato negoziato in parallelo con l'accordo di riammissione. L'entrata in vigore del primo è collegata all'entrata in vigore del secondo. I negoziati per un accordo di riammissione con il Marocco e la Tunisia sono svolti in parallelo con negoziati per la conclusione di un accordo di facilitazione dei visti.

[52] COM (2015) 240, *cit.,* p. 10. Si vedano anche le considerazioni svolte nel documento del Consiglio dell'Unione, Connection Between the Facilitations set out in the Visa Code and Readmission, doc. n. 5509/16.

[53] Prima dell'entrata in vigore del nuovo regolamento, misure specifiche nell'ambito della politica dei visti, in caso di mancata collaborazione in materia di riammissione, potevano essere adottate sulla base del cosiddetto 'toolbox' approvato nel maggio 2017 dai rappresentanti dei governi degli Stati membri. Il meccanismo era fondato su una serie di indicatori per misurare il livello di cooperazione di un paese terzo; su quella base il Coreper forniva orientamenti, caso per caso, agli Stati membri da applicare nei rapporti con Stati terzi non cooperativi. Il regolamento fornisce una base giuridica a questa condizionalità. Cfr. Regolamento (UE) n. 1155/2019 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, che istituisce un codice comunitario dei visti (codice dei visti).

gal link)[55] tra la cooperazione di un paese terzo in materia di riammissione e la procedura di rilascio e la determinazione dell'importo dei diritti per i visti[56]. L'articolo 25 bis del regolamento prevede un meccanismo di condizionalità negativa per cui, in caso di mancata cooperazione di un paese terzo, una decisione di esecuzione del Consiglio su proposta della Commissione dispone la disapplicazione di alcune disposizioni del regolamento per i richiedenti cittadini di quel paese. La decisione può essere abrogata in caso di miglioramenti "sostanziali e duraturi" nella cooperazione in tema di riammissione con il paese interessato (25 *bis*, paragrafo 6). La Commissione deve tener conto delle relazioni generali che l'Unione europea intrattiene con il paese terzo in questione[57]. Il regolamento prevede anche una condizionalità positiva (25 *bis*, paragrafo 8) – misurata sulla collaborazione del paese terzo - in termini di riduzione dei diritti per i visti, riduzione dei tempi per la risposta, aumento dei periodi di validità dei visti. Il sistema si basa su di una valutazione periodica da parte della Commissione fondata su indicatori elencati al paragrafo 2 dell'articolo 25 *bis*. È altresì previsto che ogni Stato membro possa informare la Commissione nel caso in cui debba affrontare dei problemi sostanziali in materia di cooperazione in tema di riammissione.

L'aspetto particolarmente interessante di questo meccanismo risiede nel fatto che nella comunicazione sul nuovo Patto la Commissione esplicita l'intenzione di "utilizzare questo approccio di condizionalità anche in altri contesti". Nel considerando 15 della proposta di regolamento Gestione[58] si afferma che, al fine di rafforzare la cooperazione con paesi terzi in tema di rimpatrio e riammissione di migranti irregolari, "è necessa-

---

[54] Secondo il citato documento della Presidenza del Consiglio, doc. 13190, *cit*., p. 6, il meccanismo di condizionalità sui visti ha avuto un effetto positivo sulla collaborazione in tema di riammissione con il Bangladesh e la Costa d'Avorio. Cfr. N. VAVOULA, *Of Carrots and Sticks: A Punitive Shift in the Reform of the Visa Code*, in *Immigration and Asylum Law and Policy*, 2018.

[55] "L'inclusione degli elementi di riammissione nella politica dei visti rappresenta un aspetto nuovo, benché fosse già stata suggerita in diversi documenti, sia dalla Commissione che dal Consiglio, ma mai a tale livello legislativo". V. Relazione 6 dicembre 2018, sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica del regolamento (CE) n. 810/2009, che istituisce un codice comunitario dei visti, doc. A8-0434/2018. Si veda anche l'Impact assessment sul Codice Visti, *cit*., in cui si prendono in considerazione varie ipotesi di condizionalità e il ruolo che la politica dei visti può avere come leva nella politica di riammissione; doc. SWD/2018/077 final - 2018/061 (COD).

[56] Non si tratta, cioè, di influire sulla possibilità da parte dei richiedenti di ottenere il visto. La Commissione riconosce nella proposta di regolamento sul Codice visti (v. COM (2018) 252 fin., del 14 marzo 2018) che le misure restrittive sui visti per essere efficaci debbano essere combinate con altre misure adottate in altri abiti d'azione, p. 5.

[57] O. SUNDBERG DIEZ, M. LÜCKE, L. JEGEN, F. ZANKER, *European and African Perspectives on Asylum and Migration Policy. Seeking Common Ground*, in *MEDAM Assessment Report on Asylum and Migration Policies in Europe*, 2020.

[58] COM (2020) 610 fin., del 23 settembre 2020, proposta di Regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione.

rio sviluppare un nuovo meccanismo che comprenda tutte le politiche e gli strumenti pertinenti dell'UE". La proposta prevede, infatti, "un meccanismo inteso ad agevolare la cooperazione con i paesi terzi in materia di rimpatrio e riammissione, che integra il meccanismo istituito dall'articolo 25 *bis* del regolamento (UE) n. 810/2009 del codice dei visti". Ai sensi dell'articolo 7 della proposta di regolamento Gestione, la valutazione della cooperazione dei paesi terzi si basa sull'analisi degli indicatori elencati nel paragrafo 2 dell'articolo 25 *bis* del regolamento Visti o sulle notifiche degli Stati membri (articolo 25 *bis*, paragrafo 3). Spetterebbe alla Commissione redigere una relazione in cui individua eventuali misure da adottare per migliorare la cooperazione del paese terzo in materia di riammissione, tenendo conto delle relazioni complessive dell'Unione con tale Stato. È altresì previsto che la Commissione si avvalga del contributo del Servizio europeo per l'azione esterna e delle delegazioni dell'UE. La Commissione e il Consiglio avrebbero il compito di considerare eventuali ulteriori azioni appropriate da attuare al riguardo, nei limiti delle rispettive competenze. Questo meccanismo e l'istituzione del nuovo coordinatore dell'UE per i rimpatri sostenuto da una rete di rappresentanti ad alto livello, annunciati nel nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo, hanno l'obiettivo di contribuire a definire un approccio strategico e coordinato comune in materia di rimpatrio e riammissione tra gli Stati membri, la Commissione e le agenzie dell'Unione[59].

Si tratterebbe quindi di prevedere un fondamento giuridico per istituire un procedimento nell'ambito del quale possano essere attivate condizionalità che interessano un insieme di misure. Si verrebbe a rafforzare, quindi, il coordinamento tra istituzioni e Stati membri per azioni concertate e per l'utilizzo sinergico di strumenti di condizionalità. Questa proposta sembra dare attuazione al suggerimento contenuto in un documento del 2019 della Presidenza finlandese dell'Unione[60] per l'adozione di un "new regulation establishing an EU readmission leverage mechanism (consolidating an EU readmission leverage mechanism across various policy areas)".

Il meccanismo stabilito dall'articolo 25 *bis* del regolamento Visti è anche richiamato da alcune disposizioni della proposta modificata di regolamento che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione[61]. Gli Stati membri possono derogare all'obbligo di eseguire la procedura di asilo alla frontiera nei casi in cui sia improbabile che la riam-

[59] *Ibidem*, p. 2.

[60] Presidenza del Consiglio, Policies and tools, doc. 13190/19, cit.

[61] COM (2020) 611 fin., del 23 settembre 2020, proposta modificata di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione. Uno degli aspetti modificati della precedente proposta (COM (2016) 467) riguarda la procedura di frontiera.

missione delle persone, in caso di decisione negativa sulla loro domanda, possa avere successo. L'eccezione si applicherebbe ai cittadini del paese terzo nei confronti del quale tale Stato membro ha presentato una notifica alla Commissione ai sensi dell'articolo 25 *bis*, paragrafo 3, del codice dei visti. Tale notifica può essere effettuata qualora lo Stato membro si trovi ad affrontare problemi pratici sostanziali e persistenti nella cooperazione con il paese terzo in questione per la riammissione dei migranti irregolari.

Un ulteriore aspetto da richiamare riguarda la rilevanza dell'azione degli Stati membri, nei loro rapporti bilaterali con paesi di origine e transito dei migranti, per migliorare la collaborazione di questi ultimi in ambito di riammissione. Nel 2016 la Commissione aveva fatto riferimento[62] all'esistenza di "margini di intervento costituiti dall'utilizzo di relazioni privilegiate" intrattenute da alcuni Stati membri con paesi terzi (di origine e transito di migranti) che avrebbero potuto essere utilizzate, ad esempio, per creare dei meccanismi di coordinamento per l'attuazione dei patti. Questa idea è ripresa e sviluppata nella Comunicazione sul nuovo Patto in cui si individua, come parte del sistema comune dell'UE per i rimpatri, una nuova forma di solidarietà, alternativa al ricollocamento, costituita dalla sponsorizzazione dei rimpatri.

Tale ipotesi è disciplinata dall'articolo 55 della sopra citata proposta di regolamento Gestione, che prevede che uno Stato membro si impegni a rimpatriare un migrante irregolare che si trovi in un altro Stato membro (Stato beneficiario). Gli Stati membri che intendono avvalersi di questa possibilità devono indicare anche la cittadinanza dei rimpatriandi di cui sono disposti a sostenere il rimpatrio.[63] Questo meccanismo stabilisce che lo Stato "solidale" ponga in essere tutte le attività connesse al rimpatrio (articolo 55, paragrafo 4) come, ad esempio, i rimpatri volontari assistiti con proprie risorse, il rilascio dei documenti di viaggio, e altre modalità pratiche. Queste attività si dovrebbero svolgere dal territorio dello Stato beneficiario, che rimarrebbe comunque responsabile delle procedure (adozione della decisione di rimpatrio, ricorsi). Si tratta senza dubbio di una novità, nell'ambito del rafforzamento della solidarietà tra Stati membri,[64] che è obiettivo prioritario della Commissione. Le azioni sopra ricordate, che riguardano le procedure di rimpatrio nella dimensione interna della politica migratoria, sono completate da azioni che attengono alla dimen-

---

[62] COM (2016) 385 fin., *cit.*

[63] Si veda l'art. 53, par. 3. Un atto di esecuzione della Commissione determina il numero di persone da ricollocare o sottoporre al rimpatrio sponsorizzato sulla base delle capacità e del fabbisogno dello Stato beneficiario.

[64] La sponsorizzazione dei rimpatri sarebbe alternativa alla ricollocazione. Sulla solidarietà nel nuovo Patto, v. G. MORGESE, *La solidarietà tra Stati membri dell'Unione europea nel nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo*, in *I Post* di AISDUE, II, Focus "La proposta di Patto su immigrazione e asilo", n. 2, 23 ottobre 2020.

sione esterna. La sponsorizzazione, sotto questo punto di vista, prevede attività come il sostegno diplomatico, il dialogo politico[65] e la predisposizione di contatti con autorità del paese terzo volti a verificare l'identità dei cittadini dei paesi terzi e a ottenere un documento di viaggio. Questo aspetto esterno della sponsorizzazione si può ricondurre all'idea, come già detto non nuova, di utilizzare le reti di rapporti internazionali di uno Stato membro per favorire l'attuazione dell'obbligo di riammissione da parte di paesi terzi. In questo caso lo Stato *sponsor* offrirebbe un valore aggiunto per la riammissione in quanto potrebbe essere in grado di esercitare la sua influenza (anche attraverso eventuali condizionalità in tutti gli ambiti di sua competenza) sul paese di origine (o transito) sulla base dell'esistenza di legami particolari costituiti anche dagli accordi bilaterali[66] di riammissione che esso può aver concluso con il paese terzo. Il sistema dei rimpatri sponsorizzati dovrebbe anche avvalersi del meccanismo di coordinamento delle diverse condizionalità cui fa riferimento la proposta di regolamento Gestione sopra richiamata, anche se non è chiaro in quali termini e secondo quali modalità questo dovrebbe avvenire. Il problema che tale sistema pone è in termini di compatibilità con il principio di non discriminazione fondata sulla nazionalità o su altri criteri come il tasso di riconoscimento.

5. In sintesi, dalla lettura dei documenti presentati dalla Commissione nel quadro del nuovo Patto sulla migrazione sembra che la Commissione non abbia individuato procedure e strumenti innovativi per assicurare la riammissione da parte dei paesi terzi di origine e transito dei migranti irregolari presenti nel territorio di uno degli Stati membri dell'Unione. Il nuovo Piano si pone in continuità con i precedenti documenti dedicati alla questione[67]. Il Patto conferma una prospettiva consolidata e si percepisce la sottesa convinzione della validità degli strumenti utilizzati nella politica di riammissione dell'Unione. Il profilo da sottolineare consiste, piuttosto, nel rafforzamento di questi strumenti, come la codificazione della condizionalità soprattutto negativa, e la conferma di percorsi già intrapresi come la conclusione di intese informali.

Si intende, infatti, mantenere il doppio binario degli accordi vincolanti e delle intese informali senza alcun apparente ripensamento degli aspetti

---

[65] Il periodo decorre dal giorno in cui la Commissione adotta un atto di esecuzione per la solidarietà in situazioni di pressione migratoria. Se entro 8 (o 4 mesi in caso di crisi) non si realizza il rimpatrio, il migrante è trasferito nello Stato sponsor e la procedura continua da lì.

[66] Più di 300 secondo J. P. CASSARINO, *Inventory of the Bilateral Agreements Linked to Readmission*.

[67] COM (2015) 453 fin., del 9 settembre 2015, Piano d'azione dell'UE sul rimpatrio. Si vedano anche l'Agenda europea sulla migrazione del 2015 e il Piano d'azione rinnovato del 2017, *cit.*

controversi di queste ultime. Il fatto che le intese permettono di accelerare i tempi e raggiungere il risultato eludendo le procedure previste dal diritto dell'Unione rimane una giustificazione poco convincente in un ordinamento che si fonda sui valori dello stato di diritto, in cui le procedure sono garanzia di partecipazione, democrazia e dell'equilibrio istituzionale. Sarà interessante verificare quale sarà l'atteggiamento del Parlamento europeo che, quando ne ha avuto occasione, ha cancellato i riferimenti alle intese informali contenuti nelle proposte della Commissione[68].

La necessità di concludere partenariati con certi paesi terzi, in cui le leve della condizionalità possono essere ritagliate secondo le diverse sensibilità, viene altresì ribadita. Il contenuto potrebbe rispecchiare l'approccio di condizionalità che emerge dalle altre proposte, ma molto dipenderà dalle capacità degli Stati terzi di esercitare condizionalità a proprio favore (ad esempio insistendo sul rafforzamento di canali di migrazione legale). L'esistenza di strumenti di cooperazione *soft* non è di per sé negativa, può essere funzionale proprio alla conclusione di accordi di riammissione formali dotati di tutte le garanzie procedurali e sostanziali richieste. Inoltre, e questo aspetto potrà essere oggetto di ulteriore valutazione nel momento in cui si definiranno con maggiore dettaglio i nuovi partenariati, questi strumenti possono rivelarsi positivi per rafforzare la mutua fiducia, per definire interessi e aspettative. Ma si dovrebbe trattare effettivamente di partenariati comprensivi, e non solamente di quadri in cui potenziare un approccio di condizionalità negativa. La scelta del rafforzamento della condizionalità emerge anche dall'idea di istituire un nuovo meccanismo che coordini in un unico strumento forme di sanzione creando sinergie tra diversi strumenti e politiche.

La proposta di una nuova forma di solidarietà costituita dai rimpatri sponsorizzati, che utilizzerebbe canali bilaterali degli Stati membri anche per rafforzare le pressioni sui paesi di origine, lascia perplessi perché i rimpatri e la ricollocazione partono da presupposti diversi e perché la proposta tratta come alternative forme di solidarietà che appaiono fortemente differenti. Inoltre, come sottolineato dal Comitato economico e sociale europeo: "Unfortunately there are no safeguards against situations in which some governments decide to become key players of return as part of populist mobilisation against migrants and refugees"[69].

---

[68] Si noti, ad esempio, che nella risoluzione del 13 marzo 2019 sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il Fondo Asilo e migrazione - COM (2018) 471 fin., del 12 giugno 2018 - il Parlamento proponeva la cancellazione del riferimento alle intese (vedi 24° 'considerando').

[69] Cfr. CESE, Relazione sul Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo, Working Document, SOC/649, 21 ottobre 2020, p. 6.

In sostanza, per quanto riguarda la riammissione, si riproduce nel nuovo Patto l'enfasi sugli obiettivi immediati rispetto a una visione più a lungo termine della gestione corretta della migrazione.

ABSTRACT

THE NEW PACT ON MIGRATION AND ASYLUM AND THE READMISSION OF IRREGULAR MIGRANTS BY COUNTRIES OF ORIGIN OR OF TRANSIT

The readmission of irregular migrants to countries of origin (or of transit) is a fundamental objective of the Union's migration policy. To persuade third States not only to conclude readmission agreements and informal arrangements but also to implement them effectively, the EU has put in place instruments of conditionality. The question addressed in this commentary is whether the new Pact on migration and asylum brings innovations to this important area of the Union's migration policy. From the examination of the Communication on the new Pact and of other proposed acts, it appears that the Commission confirms the EU approach of concluding not only formal readmission agreements but also soft instruments and that it intends to strengthen (negative) conditionality mechanisms by creating synergies of available instruments and also by using Member States bilateral relationship to implement third States' readmission obligations.

IL NUOVO PATTO SULLA MIGRAZIONE E L'ASILO E LA RIAMMISSIONE DEI MIGRANTI IRREGOLARI DA PARTE DEI PAESI DI ORIGINE O DI TRANSITO

Assicurare un processo di riammissione effettiva nei paesi di origine (o eventualmente di transito) dei migranti irregolari oggetto di un provvedimento di rimpatrio è un obiettivo fondamentale della politica di migrazione europea. Per assicurare che i paesi terzi non solo concludano accordi di riammissione ma che vi diano effettiva applicazione l'UE ha posto in essere strumenti di condizionalità. La questione affrontata in questo commento è se il nuovo Patto apporti innovazioni in questo importante settore della politica migratoria dell'Unione. Dall'esame della comunicazione sul nuovo Patto e degli atti proposti sembra potersi concludere che la Commissione intenda, anche nel prossimo futuro, affiancare agli strumenti formali, come gli accordi di riammissione, le intese o altri strumenti soft (come i partenariati). La Commissione prevede di rafforzare meccanismi di condizionalità, soprattutto negativi, realizzando sinergie tra gli strumenti disponibili e anche utilizzando rapporti preferenziali degli Stati membri con paesi terzi di origine dei migranti per indurre questi ultimi a implementare l'obbligo di riammissione dei loro cittadini.

Giuseppe Morgese·

La solidarietà tra Stati membri dell'Unione europea nel nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La "nuova" solidarietà e le misure previste. – 3. Le diverse situazioni in cui entrano in funzione le misure solidaristiche – 4. La solidarietà "comune ma differenziata" relativa ai beneficiari di protezione internazionale. – 5. Conclusioni.

1. Il Patto del 23 settembre 2020[1] ("Patto") prevede nuovi strumenti e meccanismi solidaristici in materia di asilo, disciplinati nella proposta di regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione ("proposta Gestione")[2] e nella proposta di regolamento per le situazioni di crisi e di forza maggiore ("proposta Crisi")[3].

La ragione della previsione di tali strumenti e meccanismi discende dalla necessità di alleviare gli oneri in capo agli Stati UE di frontiera esterna, quelli cioè che si trovano lungo le principali rotte migratorie verso l'Europa e che, per tale motivo, sperimentano flussi in entrata anche rilevanti[4]. Tali oneri, infatti, gravano su quegli Stati per via dei criteri di individuazione degli Stati competenti a esaminare le domande di protezione internazionale previsti dal c.d. "sistema Dublino", oggi come ieri imperniato sulla regola residuale ma quantitativamente preponderante del Paese di primo ingresso[5]. Per questo motivo, gli Stati più onerati chiedono da tem-

---

· Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università degli studi di Bari Aldo Moro.

[1] COM(2020)609 fin., del 23 settembre 2020. Sul Patto e sulle sue misure solidaristiche si vedano i primi commenti di P. DE PASQUALE, *Il Patto per la migrazione e l'asilo: più ombre che luci*, in *I Post di AISDUE*, II, 2020, *Focus "La proposta di Patto su immigrazione e asilo"*, n. 1, 5 ottobre 2020, reperibile *online*. V. anche i contributi, anch'essi reperibili *online*, di S. CARRERA, *Whose Pact? The Cognitive Dimensions of the New EU Pact on Migration and Asylum*, CEPS Policy Insights, No 2020-22, settembre 2020; A. DI PASCALE, *Il nuovo patto per l'immigrazione e l'asilo: scontentare tutti per accontentare tutti*, in *Eurojus*, 28 settembre 2020; C. FAVILLI, *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo: "c'è qualcosa di nuovo, anzi di antico"*, in *Questione Giustizia*, 2 ottobre 2020; F. MAIANI, *A "Fresh Start" or One More Clunker? Dublin and Solidarity in the New Pact*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 20 ottobre 2020, reperibile *online*; S. PEERS, *First Analysis of the EU's New Asylum Proposals*, in *EU Law Analysis*, 25 settembre 2020; e D. THYM, *European Realpolitik: Legislative Uncertainties and Operational Pitfalls of the 'New' Pact on Migration and Asylum*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 28 settembre 2020.

[2] COM (2020) 610 fin., del 23 settembre 2020.

[3] COM (2020) 613 fin., del 23 settembre 2020.

[4] In generale v. 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.

[5] V. il regolamento (UE) n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, c.d. "Dublino III". La bibliografia sul tema è molto ampia, per cui si rinvia

po e a gran voce una modifica del sistema in parola in un senso maggiormente equo.

Le richieste trovano conforto nella previsione dell'art. 80 TFUE, secondo cui "[l]e politiche dell'Unione [concernenti tra l'altro l'asilo] e la loro attuazione sono governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario. Ogniqualvolta necessario, gli atti dell'Unione adottati in virtù del presente capo contengono misure appropriate ai fini dell'applicazione di tale principio"[6]. Pur non potendo dilungarci in questa sede, riteniamo che la norma in parola – posto il suo indubbio alto valore programmatico – non contenga una base giuridica idonea ad adottare atti derivati né stabilisca chiari obblighi in capo a Istituzioni UE e Stati, potendo questi ultimi usufruire di un così ampio margine di manovra nello stabilire presupposti, tempi e modi della solidarietà da non essere vincolati a seguire specifici comportamenti. Diverso è, invece, il caso in cui vengano adottati atti contenenti misure solidaristiche e questi non siano poi correttamente rispettati dagli Stati[7].

Negli ultimi anni, richieste solidaristiche consistenti specialmente nella ricollocazione dei richiedenti asilo hanno trovato un'eco in diversi momenti. Nel 2015, durante la crisi migratoria turco-greco-balcanica, il Consiglio ha adottato due decisioni prevedendo la ricollocazione di emergenza per due anni di un totale di 160.000 richiedenti asilo da Italia e Grecia verso

---

per tutti a F. MAIANI, *The Dublin III Regulation: A New Legal Framework for a More Humane System?*, in V. CHETAIL, P. DE BRUYCKER, F. MAIANI (eds), *Reforming the Common European Asylum System: The New European Refugee Law*, Leiden-Boston, 2016, p. 473; e O. FERACI, *Il nuovo regolamento "Dublino III" e la tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2013.

[6] In argomento v. G. MORGESE, *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, Bari, 2018; M. MESSINA, *Il principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri nella politica d'immigrazione UE: la continua ricerca di una sua declinazione concreta*, in ID. (a cura di), *I valori fondanti dell'Unione europea a 60 anni dai Trattati di Roma*, Napoli, 2017, p. 127; S. MORANO-FOADI, *Solidarity and Responsibility: Advancing Humanitarian Responses to EU Migratory Pressures*, in *European Journal of Migration and Law*, 2017, p. 223; M. I. PAPA, *Crisi dei rifugiati e principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, n. 3, p. 287; 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*, Torino, 2014, p. 365; e H. GRAY, *Surveying the Foundations: Article 80 TFEU and the Common European Asylum System*, in *Liverpool Law Review*, 2013, p. 175.

[7] Come riconosciuto dalla Corte di giustizia nella sentenza del 2 aprile 2020, cause riunite C-715, 718 e 719/17, *Commissione* c. *Polonia, Ungheria* e *Repubblica ceca*. In generale v. G. MORGESE, *La solidarietà tra gli Stati membri*, cit., *passim*, e ID., *The Dublin System vis-à-vis EU Solidarity before the European Court of Justice: The Law, The Whole Law, and Nothing But The Law!*, in G. C. BRUNO, F. M. PALOMBINO, A. DI STEFANO (a cura di), *Migration Issues before International Courts and Tribunals*, Roma, 2019, p. 381, reperibile *online*.

altri Stati, quale misura derogatoria ai criteri del regolamento Dublino III[8]. I due atti sono stati attuati solo parzialmente soprattutto a causa dell'opposizione dei Paesi del c.d. "gruppo di Visegrad"[9], i quali ne hanno contestato la validità[10] e hanno ricollocato poche unità di richiedenti[11]. Nel 2016, invece, la proposta di modifica del regolamento Dublino III (proposta "Dublino IV")[12], che prevedeva un meccanismo correttivo di assegnazione, non ha mai visto la luce per l'opposizione di alcuni Stati in Consiglio e del Parlamento europeo[13] ed è stata ritirata con la proposta Gestione del 2020. Infine, a partire dal 2018, si è proceduto attraverso ricollocazioni *ad hoc* in specie in occasione degli sbarchi in Italia dei migranti salvati in operazioni di ricerca e soccorso (SAR) nel Mediterraneo centrale, mentre l'idea di stabilire un meccanismo meno precario con la bozza di Malta del 23 settembre 2019 non è andato a buon fine[14].

2. Nel Patto si afferma che "nessuno Stato membro dovrebbe accollarsi una responsabilità sproporzionata e che tutti gli Stati membri dovrebbero contribuire alla solidarietà su base costante"[15], con ciò sottolineando come la solidarietà in materia di asilo si declini in funzione delle esigenze degli Stati membri e non anche di quelle degli individui. D'altronde, le due pro-

---

[8] Decisioni 2015/1523 del Consiglio, del 14 settembre 2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia; e 2015/1601 del Consiglio, del 22 settembre 2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia. Cfr. M. BORRACCETTI, *"To quota" or "not to quota"? The EU Facing Effective Solidarity in Its Asylum Policy*, in *Eurojus*, 31 luglio 2015; M. DI FILIPPO, *Le misure sulla ricollocazione dei richiedenti asilo adottate dall'Unione europea nel 2015: considerazioni critiche e prospettive*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 2, 2015, p. 1; e P. MORI, *La decisione sulla ricollocazione delle persone bisognose di protezione internazionale: un irrituale ricorso al metodo intergovernativo?*, in *Il Diritto dell'Unione europea - Osservatorio europeo*, settembre 2015, reperibile *online*.

[9] Polonia, Ungheria, Repubblica Ceca e Slovacchia.

[10] La contestazione è stata respinta con sentenza della Corte di giustizia del 6 settembre 2017, cause riunite C-643 e 647/15, *Slovacchia e Ungheria c. Consiglio*.

[11] Per questo, alcuni di questi Paesi sono stati dichiarati inadempienti dalla Corte di giustizia nella citata sentenza *Commissione c. Polonia, Ungheria e Repubblica ceca*.

[12] COM (2016) 270 fin., del 4 maggio 2016, sul quale per tutti i commenti di P. DE PASQUALE, *Verso la refusione del regolamento «Dublino III»*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 267 ss., e G. MORGESE, *Principio di solidarietà e proposta di rifusione del regolamento Dublino*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, E. NALIN, I. INGRAVALLO, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 471.

[13] Il quale aveva proposto, nel novembre 2017, corposi emendamenti che riscrivevano la proposta della Commissione. In argomento M. DI FILIPPO, *The Allocation of Competence in Asylum Procedures under EU Law: The Need to Take the Dublin Bull by the Horns*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2018, p. 41.

[14] Joint Declaration of Intent on a Controlled Emergency Procedure - Voluntary Commitments by Member States for a Predictable Temporary Solidarity Mechanism, reperibile *online*.

[15] COM(2020)609 fin., p. 2.

poste Gestione e Crisi abbandonano la passata terminologia neutra[16] e si riferiscono espressamente[17] a "solidarietà" e "meccanismi solidaristici".

Gli strumenti solidaristici concepiti nel Patto e nelle due proposte vengono in rilievo solo dopo che si siano rivelati insufficienti il contenimento dei flussi derivanti dalla maggiore cooperazione coi Paesi terzi[18], lo *screening* pre-ingresso[19], la procedura accelerata in frontiera[20] (con possibile rimpatrio)[21] e l'operare dei criteri "*ex*-Dublino" per individuare lo Stato membro competente[22]. Se è così, la solidarietà rappresenta allora l'eccezione alle regole generali ed è destinata a operare non già in maniera automatica e permanente[23] ma solo in via emergenziale, qualora cioè le politiche contenitive dei flussi non abbiano dato l'effetto sperato. La scelta in questo senso della Commissione dipende da ragioni pragmatiche, tese a trovare un compromesso accettabile per tutti, ma *in parte qua* non sembra rispecchiare l'affermazione per la quale il Patto rappresenta "un nuovo inizio"[24]: si tratta, invero, della riproposizione della medesima logica della proposta Dublino IV, seppur con adattamenti e qualche novità, e prefigura un'accesa dialettica istituzionale col Parlamento europeo qualora quest'ultimo voglia confermare la sua posizione precedente.

Inoltre, i meccanismi solidaristici previsti della riforma del 2020 non sono sempre obbligatori. Si passa, infatti, dalle situazioni ordinarie connotate da interventi facoltativi, a quelle di crisi in cui l'obbligo solidaristico è ben chiaro[25]. La Commissione e gli Stati godono peraltro di un'ampia flessibilità nel decidere rispettivamente dei presupposti per gli interventi solidaristici e del tipo di contributi da fornire[26].

Le misure solidaristiche individuate dall'art. 45 proposta Gestione sono le ricollocazioni, i rimpatri sponsorizzati, lo sviluppo di capacità nei settori dell'asilo, dell'accoglienza e del rimpatrio, il sostegno operativo e la cooperazione coi Paesi terzi.

---

[16] Nelle due decisioni del 2015 si parlava di "misure temporanee", mentre nella proposta Dublino IV del 2016 di "meccanismo correttivo di assegnazione".

[17] Sin dal titolo delle rispettive parti IV e II.

[18] V. il contributo di S. AMADEO, F. SPITALERI in questo *Focus*.

[19] V. il contributo di G. CAGGIANO in questo *Focus*. V. anche S. MARINAI, *ivi*.

[20] V. il contributo di G. CAGGIANO in questo *Focus*.

[21] V. anche il contributo di R. PALLADINO in questo *Focus*.

[22] V. il contributo di C. FAVILLI in questo *Focus*.

[23] Come invece aveva proposto il Parlamento europeo coi suoi emendamenti del novembre 2017 alla proposta Dublino IV.

[24] COM(2020)609 fin., p. 1.

[25] Del resto, la definizione di "Stato membro di contribuzione" dell'art. 2, let. *s*), proposta Gestione, prende in considerazione lo Stato che *può* contribuire oppure *è obbligato* a contribuire con interventi di solidarietà.

[26] Flessibilità che però, va detto, diminuisce gradualmente passando dalle situazioni ordinarie a quelle di crisi.

Quanto alla prima misura, gli articoli 45 e 57, par. 1, proposta Gestione ammettono la ricollocazione di un nutrito numero di individui: richiedenti protezione internazionale non soggetti alla procedura di frontiera; beneficiari di protezione internazionale a cui quest'ultima sia stata riconosciuta da meno di tre anni; richiedenti soggetti alla procedura di frontiera; cittadini di Paesi terzi in soggiorno irregolare; e, infine, soggiornanti irregolari per i quali il periodo di 8 mesi per il rimpatrio sponsorizzato è decorso infruttuosamente[27]. Ciò posto, va però detto che i richiedenti obbligatoriamente soggetti alla procedura in frontiera[28] e i soggiornanti irregolari – cioè, le categorie più numerose – sono esclusi dalle ricollocazioni nelle due situazioni concernenti gli sbarchi dopo operazioni SAR e di pressione migratoria. Inoltre, *ex* art. 57, par. 3, possono essere ricollocati solo i richiedenti che non presentano legami significativi con lo Stato beneficiario[29] e, nel meccanismo SAR, solo quelli presenti all'interno della lista di cui all'art. 49, par. 2. Quanto ai beneficiari della protezione internazionale, la ricollocazione può essere disposta solo col loro consenso scritto e, nello Stato di destinazione, va garantito loro uno *status* che rispetti quello di cui godevano nello Stato di partenza.

Gli articoli 57 e 58 proposta Gestione dettano le regole procedurali per le ricollocazioni. Brevemente, se i ricollocandi rappresentano un pericolo per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico[30] dello Stato di partenza, la procedura di trasferimento non può avere luogo (art. 57, par. 2). Successivamente, lo Stato di partenza deve individuare la categoria cui appartiene ogni ricollocando (par. 3, co. 1)[31] e trasmettere allo Stato di destinazione le informazioni rilevanti affinché quest'ultimo possa svolgere i medesimi controlli (paragrafi 5 e 6). Se si appura che alcuni ricollocandi rappresentano un pericolo per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico, il trasferimento

[27] Nelle due decisioni del 2015 erano solo determinati richiedenti asilo giunti in Italia e Grecia, mentre nella proposta Dublino IV tutti i richiedenti senza distinzione.

[28] Quelli cioè che provengono da Paesi terzi con bassi tassi di riconoscimento della protezione internazionale (20% o meno), oppure la cui domanda è fraudolenta, o ancora che rappresentano una minaccia per la sicurezza nazionale, a meno che non appartengano a determinate categorie.

[29] Non sono infatti ammissibili alla ricollocazione i minori stranieri non accompagnati (a meno che non si riveli impossibile individuare familiari o parenti del minore in altri Stati membri), coloro che abbiano familiari beneficiari della (o richiedenti la) protezione internazionale in altro Stato; coloro che facciano parte di un nucleo familiare che ha presentato domanda simultaneamente; gli individui che siano entrati regolarmente con un visto o permesso di soggiorno valido; e, infine, i soggetti in possesso di un diploma o altra qualificazione ottenuti in precedenza in un altro Stato membro.

[30] Sulla corrispondente disposizione della proposta Dublino IV, v. G. MORGESE, *Principio di solidarietà e proposta di rifusione*, cit., p. 475 s.

[31] Al fine di verificare l'esistenza di legami qualificati con particolari Stati di destinazione e, per i soli beneficiari di protezione internazionale, ottenere il loro consenso per iscritto.

non ha egualmente luogo (par. 7). In caso contrario, esso va confermato[32] e lo Stato di partenza può adottare la pertinente decisione di ricollocazione (par. 8)[33] da eseguire entro 4 settimane dall'assenso dello Stato di destinazione[34] (par. 9). Una volta giunto in quest'ultimo Stato, il ricollocato richiedente asilo è sottoposto all'esame dei criteri "*ex*-Dublino" per individuare lo Stato competente (art. 58, paragrafi 1 e 2), al beneficiario di protezione internazionale va attribuito lo *status* equivalente a quello di cui godeva prima (par. 4) e al soggiornante irregolare si applica la direttiva 2008/115[35] sui rimpatri (par. 5). Per tutte queste operazioni, la proposta Gestione contempla anche una forma di "solidarietà finanziaria" per gli Stati di destinazione e anche per quelli che provvedono operativamente al trasferimento (art. 61).

La seconda misura solidaristica (sinora inedita) è il rimpatrio sponsorizzato, eseguito dallo Stato sponsor per rimuovere i soggiornanti irregolari dal territorio dello Stato beneficiario. Questa misura è facoltativa e alternativa alla ricollocazione, a riprova della solidarietà flessibile della riforma del 2020, e mira a rendere "appetibile" l'intero sistema a quegli Stati che in passato si sono opposti alle ricollocazioni. In specie, il rimpatrio sponsorizzato può consistere in una o più delle attività che lo Stato sponsor svolge in base all'art. 55, par. 4. Una sua particolarità consiste nel fatto che il rimpatrio deve essere eseguito dallo Stato sponsor entro 8 mesi, pena l'obbligo di trasferirlo sul proprio territorio: si vuole così scongiurare eventuali comportamenti dilatorii.

Le altre misure dell'art. 45 sono, come detto, lo sviluppo di capacità nei settori dell'asilo, dell'accoglienza e del rimpatrio, il sostegno operativo e la cooperazione coi Paesi terzi. Esse consistono in numerose attività svolte dagli Stati contributori[36] e possono essere offerte volontariamente nelle situazioni ordinarie, oppure in alternativa a ricollocazioni e rimpatri sponsorizzati nelle situazioni SAR o di pressione migratoria, ma restano escluse dal meccanismo per le situazioni di crisi. Esse devono essere coerenti con gli obiettivi del futuro Fondo asilo e migrazioni (art. 56, par. 2).

---

[32] Si prevede un meccanismo di silenzio-assenso qualora lo Stato di destinazione superi i termini indicati nell'art. 57 per confermare o negare il trasferimento in entrata.

[33] Che vanno notificate agli individui interessati.

[34] Oppure dalla decisione definitiva sul ricorso eventualmente proposto dall'individuo che si oppone alla ricollocazione.

[35] 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.

[36] Es. assistenza rivolta all'aumento delle capacità recettive, soprattutto infrastrutturali, degli Stati beneficiari; finanziamenti per il miglioramento dei sistemi di asilo e migrazione dei Paesi terzi di origine o transito che generano un particolare flusso migratorio verso l'UE; assistenza finanziaria o di altro tipo per il rimpatrio, ecc.

3. Le misure prima indicate svolgono un ruolo nei diversi meccanismi individuati nelle due proposte Gestione e crisi, che di seguito vengono esaminati per sommi capi.

Anzitutto, viene previsto un (macchinoso) meccanismo per le situazioni derivanti da sbarchi ricorrenti in occasione di operazioni SAR, richiesto sin dal Consiglio europeo del 28 giugno 2018[37] e introdotto per ovviare alle fallimentari ricollocazioni *ad hoc* degli ultimi anni[38]. Questo meccanismo, disciplinato dagli articoli 47-49 proposta Gestione, dispone la ricollocazione obbligatoria di un certo numero di richiedenti asilo e, quindi, comporta una parziale deviazione dalla regola della coincidenza tra Stato di sbarco e Stato competente in base ai criteri "*ex*-Dublino", criticata, come detto, dagli Stati di frontiera esterna meridionale[39]. Tuttavia, ci sembra concreto il rischio che il meccanismo si riveli meno risolutivo delle intenzioni, dato che da esso sono esclusi i richiedenti soggetti obbligatoriamente alla procedura accelerata in frontiera[40]. Il meccanismo SAR si attiva nel caso in cui la "Relazione sulla gestione della migrazione", predisposta annualmente dalla Commissione, mostri che uno o più Stati si trovano a fronteggiare sbarchi ricorrenti o gestire richiedenti vulnerabili. Entro due settimane dalla Relazione, la Commissione invita gli altri Stati a contribuire con ricollocazioni di individui non soggetti a procedura in frontiera e con misure di sviluppo di capacità, sostegno operativo o cooperazione coi Paesi terzi, indicando però il numero di individui che è necessario ricollocare in ogni Stato secondo la loro quota (definita dalla chiave di distribuzione dell'art. 54)[41]. Nelle successive due settimane, gli Stati sottopongono un "Piano di risposta solidaristica SAR"[42], indicando il contributo totale e la o le tipologie di misure proposte. Queste possono essere contestate dalla Commissione se considerevolmente inferiori a quanto richiesto: in tal caso, è convocato il "Forum solidarietà" dell'art. 46[43] per trovare un compromesso. Dopodiché, nelle due settimane successive, la Commissione adotta un atto di esecuzione per costituire una o più "riserve di solidarietà": se i contributi proposti sono soddisfacenti nella loro totalità e combinazione, l'atto non impone correzioni; altrimenti, se cioè vengono proposte solo o prevalentemente misure di sviluppo di capacità, sostegno operativo o cooperazione

[37] EUCO 9/18, del 28 giugno 2018, par. 6. Conforme C. FAVILLI, *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo*, cit., par. 7.

[38] Per gli aspetti più generali delle operazioni SAR e del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, vedi i contributi di M. CARTA e A. PITRONE in questo *Focus*.

[39] Così anche C. FAVILLI, *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo*, cit., par. 7.

[40] Secondo A. DI PASCALE, *Il nuovo patto*, cit., par. 4, in questa categoria rientra la gran parte dei richiedenti giunti via mare, per i quali, dopo un esame accelerato, si aprono le porte degli *status* di protezione internazionale nel Paese di sbarco oppure del rimpatrio.

[41] Essa si basa per il 50% sulla popolazione e per il restante 50% sul PIL.

[42] Allegato I.

[43] Composto dalla Commissione e da tutti gli Stati membri.

coi Paesi terzi, entra in funzione un "meccanismo di correzione della massa critica" per il quale la Commissione obbliga gli Stati a contribuire per il 50% della propria quota con ricollocazioni o rimpatri sponsorizzati o una combinazione delle due misure[44]. Se poi vi sono Stati che si rifiutano di contribuire, la Commissione procede in via autonoma a determinare quantità e tipologie dei contributi dovuti. Infine, entro due settimane gli Stati bisognosi devono notificare la loro richiesta di intervento solidaristico, in modo che la Commissione possa attingere dalle riserve di solidarietà e coordinare l'attuazione delle misure in collaborazione con l'Agenzia per l'asilo e Frontex.

Il meccanismo per le situazioni derivanti da pressione migratoria, previsto agli articoli 50-53 proposta Gestione, è simile a quello SAR pur con alcune particolarità. Esso si attiva su richiesta dello Stato sotto pressione migratoria o per iniziativa della Commissione. Quest'ultima procede alla valutazione della situazione migratoria dello Stato interessato nei sei mesi precedenti e informa senza ritardo il Parlamento europeo, il Consiglio e gli altri Stati[45]. Se nella successiva "Relazione sulla pressione migratoria" emerge l'esistenza della situazione di pressione migratoria, la Commissione indica le necessità dello Stato sotto pressione e le misure da prendere, in specie quelle solidaristiche a carico degli altri Stati. Stante l'obbligo di contribuire, essi nei rispettivi "Piani di risposta solidaristica"[46] devono indicare quantità e la tipologia di misure prescelte[47], soggette a scrutinio da parte della Commissione la quale, se non soddisfatta, convoca il ricordato Forum solidarietà per chiedere le appropriate correzioni. Entro le successive due settimane, la Commissione adotta un atto di esecuzione contenente le misure solidaristiche dovute dagli Stati[48] e la tempistica per la loro attuazione, se necessario correggendo la massa critica analogamente a quanto previsto per le situazioni SAR e/o definendo da sé i contributi di chi si rifiuta di contribuire.

Il terzo meccanismo, per le *situazioni di crisi* contraddistinte da un elevato numero di arrivi, è analogo a quello per la pressione migratoria ma

---

[44] Solo il restante 50%, quindi, può essere fornito con sviluppo di capacità, sostegno operativo e/o cooperazione coi Paesi terzi.

[45] La valutazione si basa sugli indicatori dell'art. 50, paragrafi 3 e 4.

[46] Di cui all'allegato II.

[47] Si possono offrire ricollocazioni di richiedenti non soggetti a procedura in frontiera, ricollocazioni di beneficiari di protezione internazionale, sponsorizzazione dei rimpatri nonché, se espressamente indicato nella Relazione, misure di sviluppo di capacità, di sostegno operativo e/o di cooperazione coi Paesi terzi.

[48] È previsto lo "sconto" del 10% della quota per gli Stati che dimostrano di aver esaminato negli ultimi 5 anni il doppio della media pro capite dell'UE di domande di protezione internazionale. Inoltre, è possibile anche la "deduzione" dei contributi concessi volontariamente nell'anno precedente, se corrispondenti a quelli previsti nell'atto di esecuzione.

prevede, ai sensi dell'art. 2 proposta Crisi, tempi più ridotti e l'ampliamento degli individui soggetti alla ricollocazione obbligatoria. L'esistenza della situazione di crisi in uno o più Stati deriva dalle risultanze della Relazione dopo la valutazione degli stessi indicatori per le situazioni di pressione migratoria, ma riferiti al solo mese precedente. Sulla base della Relazione, gli altri Stati devono presentare entro una sola settimana i Piani di risposta solidaristica, indicando le misure offerte che possono consistere solo in ricollocazioni[49] e rimpatri sponsorizzati[50]. Entro una settimana, la Commissione adotta un atto di esecuzione recependo le indicazioni provenienti dagli Stati e stabilendo i tempi di esecuzione.

Per i tre meccanismi qui descritti, l'art. 9 proposta Crisi contempla una ulteriore forma di solidarietà di tipo "derogatorio". In presenza di una situazione di forza maggiore e previa notifica alla Commissione e agli altri Stati, infatti, gli Stati contributori possono sospendere *de jure* per un massimo di sei mesi i loro obblighi come definiti negli atti di esecuzione; al termine della situazione di impedimento, la tempistica riprende a decorrere. In linea generale, poi, il sistema esenta dalle misure solidaristiche gli Stati che, per la situazione in cui versano, ne sono o possono esserne beneficiari.

Infine, va ricordato che la proposta Gestione prevede all'art. 56 una forma di solidarietà facoltativa e ampiamente flessibile nelle situazioni ordinarie[51], diretta a prevenire future situazioni problematiche. Dopo una notifica dello Stato richiedente alla Commissione, altri Stati possono offrire solidarietà (cosa che, peraltro, possono fare anche di loro iniziativa), predisponendo un "Piano di sostegno solidaristico". Le misure possono essere di qualunque tipo indicato nell'art. 45, salva la compatibilità con gli obiettivi del futuro Fondo asilo e migrazione e il consenso dello Stato beneficiario.

4. Da ultimo, l'art. 71 proposta Gestione modifica la direttiva 2003/109 disponendo che l'acquisizione dello *status* di soggiornante di lungo periodo per i beneficiari di protezione internazionale consegua al decorso di soli tre anni (rispetto ai cinque attuali)[52] di soggiorno legale e ininterrotto. Si-

[49] Queste, peraltro, possono riguardare non solo richiedenti non soggetti a procedura in frontiera (come nel meccanismo SAR e in quello di pressione migratoria) e beneficiari di protezione internazionale (ammessi nel solo meccanismo di pressione migratoria), ma anche richiedenti soggetti a procedura in frontiera e soggiornanti in condizione irregolare

[50] I termini per l'esecuzione dei quali sono ridotti a 4 mesi.

[51] Quelle, cioè, diverse dalle tre situazioni prima esaminate.

[52] Art. 4, par. 1, direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo.

mile previsione, che da tempo riteniamo molto importante[53], si propone non solo di ridurre gli incentivi all'elusione dei criteri di competenza "ex-Dublino" ma anche di attuare un sistema di solidarietà "comune ma differenziata". Esso, infatti, è idoneo a distribuire gli oneri tra gli Stati di primo ingresso (accoglienza, esame delle domande di asilo, attribuzione dei relativi *status* e misure di integrazione per tre anni) e gli altri Stati (misure di integrazione nel medio-lungo periodo, spesso molto costose in termini non solo economici), qualora i lungosoggiornanti decidano di spostarsi altrove, così attenuando le note criticità dei confermati criteri di ripartizione delle competenze sui richiedenti asilo tra gli Stati membri.

5. È ora possibile svolgere alcune brevi considerazioni conclusive. Tra i meriti della riforma del 2020 vi è certamente il fatto di aver accolto in linea di principio le richieste di maggiore condivisione degli oneri avanzate dagli Stati più esposti ai flussi migratori, introducendo obblighi di solidarietà non solo "fisica" a carico degli Stati membri (che prima, infatti, non esistevano se non in via temporanea) e consentendo ai lungosoggiornanti di spostarsi in altri Stati prima di quanto avviene oggigiorno. Se la riforma verrà approvata così com'è, dunque, si supererebbe in qualche modo l'ormai insostenibile *gap* tra situazione di fatto e norme dirette a disciplinarla. Non è chi non veda, infatti, come il sistema Dublino sia ormai da tempo inadeguato a regolare l'attuale fenomeno migratorio e come ciò contribuisca a minare le fondamenta dell'esperienza "comunitaria" nata sulla solidarietà di fatto tra gli allora sei Stati membri[54].

Tuttavia, gli strumenti e le modalità con cui si esprime questo più ampio vincolo solidaristico interstatale non pare che possano raggiungere agevolmente lo scopo che si prefiggono. In primo luogo, la solidarietà si pone quale eccezione all'operare delle regole generali della proposta Gestione che, come si è detto, ripropone il cuore del sistema Dublino superandolo solo a parole[55]. In secondo luogo, i maggiori oneri continuano a ricadere sugli Stati di primo ingresso, soprattutto se di sbarco, i quali, per usufruire dello strumento delle ricollocazioni, hanno l'obbligo di svolgere sempre

[53] Si vedano recentemente G. MORGESE, *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*, n. 3, 2019, p. 97 ss., e ID., *La riforma del sistema Dublino: il problema della condivisione delle responsabilità*, in *Diritto pubblico*, 2020, p. 113 ss.

[54] La solidarietà rappresenta, infatti, un elemento centrale della dichiarazione del Ministro degli esteri francese Schuman del 9 maggio 1950, che ha dato avvio al processo di integrazione europea, riconoscendo che l'Europa "se fera par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait".

[55] Il mantenimento (e il rafforzamento) dei criteri "ex-Dublino" va, quindi, in direzione esattamente opposta al meccanismo di ricollocazione automatica e permanente proposto a suo tempo dal Parlamento europeo.

complesse attività di *screening* pre-ingresso, di determinazione "mirata" dello Stato competente e di identificazione dei rischi per la sicurezza nazionale e l'ordine pubblico. In terzo luogo, i descritti meccanismi per le situazioni concernenti gli sbarchi ricorrenti dopo operazioni SAR, quello per i casi di pressione migratoria e quello per le situazioni di crisi ci sembrano particolarmente macchinosi, condizionati dal forse eccessivo potere discrezionale della Commissione (esercitabile, in ipotesi, anche per fini diversi da quelli solidaristici) e disseminati di snodi cruciali contro i quali rischiano di infrangersi le migliori intenzioni: esempio ne è la possibilità, per gli Stati di destinazione delle ricollocazioni, di interrompere i trasferimenti sia per ragioni di sicurezza nazionale e ordine pubblico, sia più in generale usufruendo della solidarietà "derogatoria" dell'art 9 proposta Crisi senza alcun controllo sostanziale. In quarto luogo, l'inserimento dello strumento dei rimpatri, ancorché sponsorizzati, tra le misure previste ci sembra perpetuare una visione ancora troppo "interstatale" della solidarietà, che pone scarsa attenzione agli individui.

Come è stato detto, il Patto accontenta tutti ma, così facendo, rischia di scontentare tutti[56]. La logica al ribasso prediletta dalla Commissione, infatti, scontenta gli Stati di Primo ingresso, che non ottengono né la modifica dei criteri del sistema Dublino né l'obbligatorietà delle ricollocazioni in ogni caso; scontenta i Paesi del gruppo di Visegrad i quali, nonostante la flessibilità dei contributi solidaristici, vedono passare l'idea che la solidarietà sia obbligatoria tranne che nelle situazioni ordinarie; scontenta il Parlamento europeo che, nel 2017, aveva proposto un sistema completamente diverso, più razionale nelle sue premesse teoriche e negli svolgimenti operativi, che però è stato accantonato senza troppi complimenti.

A noi sembra, quindi, che il compromesso a tutti i costi perseguito dalla Commissione, la perdurante volontà del Consiglio di procedere all'unanimità (così, peraltro, vanificando il passaggio alla maggioranza qualificata con il Trattato di Lisbona) e la probabile opposizione del Parlamento europeo remino contro l'auspicio che si formi un accordo politico senza modifiche sul nuovo sistema solidaristico, e che quindi la proposta Gestione venga approvata nei termini indicati dalla Commissione entro la prima metà del 2021.

[56] In questo senso anche le riflessioni di A. DI PASCALE, *Il nuovo patto*, cit., par. 8.

ABSTRACT

SOLIDARITY BETWEEN EU MEMBER STATES IN THE NEW PACT ON MIGRATION AND ASYLUM

This paper deals with the solidarity provision included in the New Pact on Migration and Asylum and its related legislative proposals. Starting from a brief overview of the previous situation (para. 1), the paper first of all takes a look into the general features of the solidarity reform and the foreseen measures: relocation, return sponsorship, capacity-building, operational support and cooperation with Third Countries (para. 2). In para. 3, on the other hand, a survey of the three new solidarity mechanisms is carried out, namely that for recurring arrivals after SAR operations, that for situations of migratory pressure and that for crisis situations. A brief mention is also made to the "common but differentiated" solidarity concerning the beneficiaries of international protection (para. 4). In the end, it is stressed that there could be difficulties in the short term in the approval process of the new solidarity system, due to the downwards compromise on which it has been created.

LA SOLIDARIETÀ TRA STATI MEMBRI DELL'UNIONE EUROPEA NEL NUOVO PATTO SULLA MIGRAZIONE E L'ASILO

Il contributo esamina le norme solidaristiche contenute nel nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo e nelle proposte collegate. Partendo da un breve quadro della situazione precedente (par. 1), nel contributo si analizzano anzitutto i caratteri generali della riforma solidaristica e gli strumenti previsti: ricollocazioni, rimpatri sponsorizzati, sviluppo di capacità, sostegno operativo e cooperazione coi Paesi terzi (par. 2). Nel par. 3, invece, si compie una ricognizione dei tre nuovi meccanismi solidaristici, e cioè quello per gli sbarchi ricorrenti dopo operazioni SAR, quello per le situazioni di pressione migratoria e quello in caso di crisi. Un breve cenno è fatto anche alla solidarietà "comune ma differenziata" concernente i beneficiari della protezione internazionale (par. 4). Infine, si conclude sottolineando la difficoltà di approvare in tempi brevi il nuovo sistema solidaristico a causa del compromesso a ribasso che lo caratterizza.

Teresa Maria Moschetta·

L'impasse Dublino: l'incompiuta riforma dei criteri di competenza nella proposta di regolamento su asilo e immigrazione

SOMMARIO: 1. L'esigenza di superare l'*impasse* Dublino e la proposta di regolamento su asilo e immigrazione. 2. – La posizione "aggravata" per gli Stati di primo ingresso a criteri "invariati". 3. – Il rispetto dell'unità familiare e le situazioni di dipendenza interpersonale. 3.1. – La specificità della tutela per i minori non accompagnati. 4. – I criteri dei legami già esistenti tra richiedente asilo e Stato competente. 5. – La presenza sul territorio di uno Stato e la questione dell'ingresso irregolare. 6. – Rilievi conclusivi sulla sostenibilità del sistema nel rispetto dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo.

1. Le regole e i meccanismi che determinano la competenza a esaminare le domande di protezione internazionale, presentate nel territorio dell'Unione europea, costituiscono al contempo "pietra miliare" della normativa sovranazionale in materia di asilo e "punto focale" delle criticità che attengono alla sua applicazione. Come noto, infatti, il complesso di norme che compongono quello che è comunemente denominato "sistema Dublino" dovrebbe consentire di determinare con "chiarezza, praticità e rapidità" lo Stato membro cui è attribuita la responsabilità non solo di riconoscere lo *status* di rifugiato in capo agli individui che ne facciano richiesta, ma anche di garantire loro i diritti fondamentali associati a tale status, in ossequio alle norme di diritto internazionale, alle disposizioni del Trattato e della Carta dei diritti fondamentali nonché delle norme di diritto derivato dell'Unione europea. E altrettanto noto, tuttavia, come tale sistema sia ormai vittima di una "crisi perenne" determinata sicuramente dall'intensificarsi della pressione migratoria alle frontiere degli Stati membri dell'Unione ma anche da un approccio frammentario e particolaristico, ispirato da egoismi nazionali, che ha determinato una sostanziale mancanza di coerenza nell'attuazione di tali regole in ciascuno Stato membro e nell'Unione nel suo complesso[1].

· Professore associato di Diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre.

[1] Sulla crisi del sistema europeo d'immigrazione e asilo, *ex multis*, vedi: B. NASCIMBENE, *La dimensione interna ed esterna della politica d'immigrazione e asilo. Principi e valori*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2020, p. 267 ss.; S. AMADEO, F. SPITALERI, Il *diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, 2019, Torino, *passim*; N. RUCCIA, *Crisi dell'asilo, integrazione europea e metodo intergovernativo: osservazioni critiche*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, p. 363 ss.; G. CAGGIANO, Are you Syrious? *Il diritto*

Di qui l'esigenza di rivedere tali criteri e meccanismi mediante un complessivo ripensamento del sistema Dublino volto a superare tali particolarismi ed esprimere quello spirito di solidarietà che dovrebbe sottendere azioni "autenticamente" comuni in materia di asilo e immigrazione. La prima proposta della Commissione europea in tal senso risale al 2016 e dal quel momento le istituzioni e gli Stati membri dell'Unione europea sembrano avviluppati in un pantano di recriminazioni e più o meno dissimulati interessi nazionali che contraddicono la dimensione sovranazionale delle questioni da affrontare, ponendo spesso al centro del dibattito numeri e non individui[2]. L'ultimo approdo di questo estenuante *iter* di riforma è rappresentato dalla recente comunicazione della Commissione europea sul nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo che esplicitamente propone un "nuovo inizio" per la gestione dei flussi migratori basato su un approccio onnicomprensivo inteso ad esprimere ed attuare i principi cardine della solidarietà e dell'equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri dell'Unione europea[3].

Il Patto in questione comprende una serie di proposte volte a modificare o abrogare l'attuale quadro normativo sovranazionale. In tale contesto,

---

europeo delle migrazioni dopo la fine dell'emergenza alla frontiera orientale dell'Unione, in *Freedom, Security and Justice*, 2018, p. 7 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, p. 28 ss.; F. L. GATTA, *Vie di accesso legale alla protezione internazionale nell'Unione europea: iniziative e (insufficienti) risultati nella politica europea di asilo*, in *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, 2018, p. 1 ss.; G. SCIORTINO, Le *tensioni strutturali del regime europeo dell'asilo in prospettiva storic*a, in G. NESI (a cura di), *Migrazioni e diritto internazionale: verso il superamento dell'emergenza?*, Napoli, 2018, p. 17 ss.; P. MORI, *Le politiche relative all'asilo e all'immigrazione tra garanzie giurisdizionali e ragioni della politica*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2016, p. 103 ss.

[2] Sul tema vedi: M. DI FILIPPO, *The Dublin Saga and the Need to Rethink the Criteria for the Allocation of Competence in Asylum Procedures*, in V. MITSILEGAS, V. MORENO-LAX, N. VAVOULA (eds.), *Securitising Asylum Flows. Deflection, Criminalization and Challenges for Human Rights*, Hardback, 2020, p. 196 ss.; G. MORGESE, *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, Cittadinanza*, 2019, p. 85 ss.; P. DE PASQUALE, *Verso la refusione del regolamento Dublino III*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 267 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, p. 1 ss.; L. RIZZA, *La riforma del sistema Dublino: laboratorio per esperimenti di solidarietà*, in *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, 2018, p. 1 ss.; J. BAST, *Deepening Supranational Integration: Interstate Solidarity in EU Migration Law*, in *European Public Law*, 2016, p. 289 ss.; G. CAGGIANO, *Prime riflessioni sulle proposte di riforma del sistema europeo comune d'asilo in materia di qualifiche, procedure e accoglienza*, in *Sidiblog*, 26 giugno 2016.

[3] Vedi comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale, al Comitato delle regioni, Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo, COM (2020) 609 Final, 23 settembre 2020. Per i primi commenti della proposta in esame vedi: A. DE PASCALE, *Il nuovo patto per l'immigrazione e l'asilo: scontentare tutti per accontentare tutti*, in *rivista.eurojus.it*, 2020; P. DE PASQUALE, *Il patto per l'immigrazione e l'asilo: più luci che ombre*, in *Aisdue Focus*, "La proposta di patto su immigrazione e asilo, 5 ottobre 2020.

si colloca la proposta di regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione (d'ora in avanti proposta di regolamento) che, almeno dal suo titolo, sembrerebbe voler sugellare la volontà di un cambio di rotta rispetto alle costanti criticità che hanno caratterizzato le riforme finora realizzate del sistema Dublino, con riferimento ai criteri e ai meccanismi di determinazione dello Stato membro competente a esaminare le domande di protezione internazionale nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea[4].

Il focus del dibattito sulla riforma dell'attuale quadro normativo, che ha portato alla polarizzazione delle posizioni degli Stati membri nel processo legislativo a livello sovranazionale, concerne in particolare il definitivo superamento del criterio dello Stato di primo ingresso che da "criterio residuale" enunciato nel regolamento Dublino è divenuto nella sua prassi applicativa "criterio prevalente" del meccanismo di ripartizione degli oneri, contraddicendo nei fatti quello spirito di solidarietà che ai sensi dell'art. 80 TFUE dovrebbe costituire la chiave di volta delle politiche dell'Unione relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione[5].

Sotto questo profilo, andando oltre la retorica che spesso accompagna proposte normative che vertono su "questioni sensibili" per gli Stati membri, non si può non rilevare come la nuova proposta di regolamento della Commissione sembra lasciare sostanzialmente inalterato l'impianto dei criteri di competenza ora in vigore, deludendo così le attese di quanti auspicavano un autentico cambio di rotta e di quegli Stati frontalieri che ormai da troppi anni sono chiamati ad assumersi l'insostenibile onere della gestione della pressione migratoria alle frontiere esterne dell'Unione, con le conseguenti responsabilità di accoglienza e integrazione dei richiedenti asilo che ottengano il riconoscimento dei diritti relativi al loro *status*. Come noto, la crisi del sistema Dublino deriva appunto dai limiti delle capacità ricettive dagli Stati di primo ingresso con la conseguente violazione dei diritti umani fondamentali dei richiedenti asilo a fronte di una sostanziale inerzia degli Stati membri non esposti direttamente ai flussi migratori e

---

[4] Vedi proposta di regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione e che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio e la proposta di regolamento (UE) XXX/XXX (Fondo asilo e migrazione), COM (2020) 610 Final, del 23 settembre 2020. La proposta di regolamento ingloba i criteri per la determinazione della competenza a esaminare le domande d'asilo disciplinati dal regolamento (UE) 2013/604.

[5] Sui temi in questione vedi: G. CAGGIANO, *Il processo decisionale dell'Unione europea a fronte del crescente sovranismo euroscettico. Ritorno al metodo intergovernativo per la "questione europea dell'immigrazione?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 553 ss.; ID., *Alla ricerca di un nuovo equilibrio istituzionale per la gestione degli esodi di massa: dinamiche intergovernative, condivisione delle responsabilità e tutela dei diritti degli individui*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, p. 459 ss.; G. MORGESE, *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, Bari, 2018, *passim*; C. DI STASIO, *La crisi del "sistema europeo comune d'asilo" (SECA) fra inefficienze del sistema Dublino e vacuità del principio di solidarietà*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2017, p. 209 ss.

preoccupati soltanto di limitare i movimenti secondari dei richiedenti asilo nel territorio dell'Unione europea[6].

Il presente commento vuole svolgere un'analisi della proposta di regolamento presentata dalla Commissione europea, partendo proprio da una riflessione in merito al suo impatto sulla posizione degli Stati frontalieri. L'intento non è quello di aderire a una prospettiva "stato centrica" che si basa sulla logica dei "pesi e contrappesi" nella distribuzione degli oneri, quanto piuttosto interrogarsi sulla coerenza delle modifiche proposte rispetto all'obiettivo di garantire i diritti umani fondamentali delle persone coinvolte come affermato in più occasioni dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. Con tale analisi, pertanto, s'intende considerare in quale misura le limitate modifiche apportate ai criteri di competenza dalla proposta di regolamento siano effettivamente in grado di rispondere non solo ai desiderata dei richiedenti asilo, ma anche alle reali possibilità che essi trovino negli Stati membri condizioni dignitose di accoglienza ed integrazione.

2. Una delle criticità principali che attengono al funzionamento del sistema Dublino concerne la centralità degli Stati frontalieri i cui confini costituiscono la porta d'ingresso dei cittadini di Paesi terzi o apolidi nel territorio dell'Unione europea. Essi, infatti, oltre a dover garantire le prime forme di soccorso e assistenza agli individui che presentino istanza di protezione internazionale, sono chiamati a svolgere un ruolo di fulcro del meccanismo di ripartizione degli oneri, individuando lo Stato membro cui chiedere la presa in carico del richiedente asilo in base ai criteri di competenza stabiliti dalla normativa sovranazionale. Qualora l'applicazione di tali criteri non consenta di individuare un collegamento effettivo tra il richiedente e uno Stato membro, la responsabilità di esaminare la domanda di protezione internazionale rimane in capo allo Stato di primo ingresso che in tal modo diviene "suo malgrado" esclusivo protagonista del sistema Dublino in tutte le sue fasi, dovendo garantire ai richiedenti che rispondano ai requisiti definitori di "rifugiato" o di "titolare della protezione sussidiaria" i diritti associati a tali status[7].

---

[6] Sul tema vedi: M. CARTA, *Il criterio dello Stato di primo ingresso secondo il regolamento Dublino III in occasione degli interventi search and rescue (SAR)*, in *federalismi.it*, 2018; M. DI FILIPPO, *Considerazioni critiche in tema di sistema di asilo dell'UE e condivisione degli oneri*, in *I diritti dell'uomo*, 2015, p. 47 ss.; 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.

[7] Vedi sentenza del 14 maggio 2019, causa C-391/16, *M (revoca dello status di rifugiato)*, punti 92.99. Sul tema vedi: A. FAVI, *Sulla revoca, cessazione o rifiuto dello status di rifugiato: il sistema di protezione internazionale previsto dal diritto dell'Unione deve rispettare il livello minimo di tutela previsto dalla Convenzione di Ginevra*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, p. 1 ss.

La proposta di regolamento della Commissione europea, che dovrebbe abrogare l'attuale sistema Dublino, non sembra possa modificare l'attuale scenario, poiché la centralità dello Stato di primo ingresso non viene affatto ridimensionata, anzi appare aggravata da alcuni oneri aggiuntivi che pongono seri dubbi sulla sostenibilità del sistema. Nel nuovo quadro normativo prospettato dal progetto di regolamento, infatti, lo Stato membro cui sia presentata una domanda di protezione internazionale da parte di un cittadino di uno stato terzo o da un apolide, giunto "legalmente" o "illegalmente" nel suo territorio ovvero nelle sue zone di transito e di frontiera, è tenuto a individuare lo Stato membro competente ad esaminare tale domanda, applicando i criteri enunciati dallo stesso regolamento nell'ordine *ivi* stabilito alla luce della situazione esistente al momento della sua prima registrazione[8]. A questo riguardo, appare interessante rilevare come il richiedente protezione internazionale sia obbligato a presentare la sua domanda nello Stato di primo ingresso ed a permanere in detto Stato nelle more della procedura per la determinazione del criterio di competenza applicabile al caso di specie[9].

Ad aggravare ulteriormente la posizione degli Stati frontalieri interviene anche una proposta di modifica della definizione di richiedente asilo che dovrebbe comprendere anche i soggetti cui sia stata concessa protezione immediata ai sensi della proposta di regolamento sulle situazioni di crisi e di forza maggiore; in questo caso, infatti, lo Stato che abbia concesso tale protezione (verosimilmente lo Stato di primo ingresso nel territorio dell'Unione) diverrà direttamente responsabile dell'esame della domanda d'asilo senza dover previamente determinare lo Stato membro competente, realizzandosi in tal modo una sorta di "inversione gerarchica" dei criteri di competenza stabiliti nel regolamento[10].

D'altro canto, lo stesso Stato di primo ingresso deve anche assicurare che sia preservato lo spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia e in tal senso la proposta di regolamento prescrive che, qualora non sia effettuato il controllo di sicurezza di cui all'art. 11 della proposta di regolamento screening, lo Stato in cui sia stata registrata la domanda di protezione internazionale dovrà "non appena possibile" esaminare se vi siano ragionevoli motivi per considerare il richiedente in questione un pericolo per la sua sicurezza nazionale e l'ordine pubblico, divenendo, in caso affermativo, lo Stato membro competente ad esaminare tale domanda. La proposta di re-

[8] Vedi articoli 8 e 14 della proposta di regolamento.

[9] Vedi art. 9 della proposta di regolamento.

[10] Vedi art. 2, lett. *c*) della proposta di regolamento in esame che fa riferimento alla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo, COM (2020) 613 Final, del 23 settembre 2020.

golamento sembra così inserire surrettiziamente un nuovo criterio che riconduce l'esame della domanda d'asilo alla responsabilità dello Stato frontaliero questa volta non in "via prevalente" - come nel caso del criterio dello Stato che abbia concesso protezione immediata al richiedente - né in via residuale - come nel caso del criterio dello "Stato di primo ingresso" - ma in termini propedeutici all'applicazione degli altri criteri stabiliti in ordine gerarchico dal regolamento stesso[11].

L'ampliamento delle condizioni che consentono di ricondurre la competenza ad esaminare le domande d'asilo allo Stato di primo ingresso conferma le preoccupazioni inerenti ai limiti entro cui sia possibile applicare tali criteri in modo asettico prescindendo dalle condizioni materiali in cui viene a trovarsi il richiedente protezione internazionale[12]. Un tale limite non richiede necessariamente che si riscontrino situazioni eccezionali di disfunzioni nei sistemi di accoglienza di uno Stato membro che costituiscano un rischio generale per i richiedenti asilo. Le Corte di giustizia nella sentenza *Jawo*, infatti, ha esteso le condizioni poste come limite all'applicazione dei criteri di competenza a esaminare le domande d'asilo e al conseguente trasferimento o permanenza del richiedente in tale Stato, andando oltre la definizione di "carenze sistemiche" a carattere generale che possano configurare il rischio di trattamenti inumani o degradanti e prospettando la ricorrenza a livello individuale di situazioni di "estrema deprivazione materiale che non (gli) consenta di far fronte ai suoi bisogni più elementari quali, segnatamente, nutrirsi, lavarsi e disporre di un alloggio, e che pregiudichi la sua salute fisica o psichica o che lo ponga in uno stato di degrado incompatibile con la dignità umana"[13].

---

[11] Vedi art. 8, par. 4 della proposta di regolamento in esame che fa riferimento alla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne, COM (2020) 612 Final, del 23 settembre 2020.

[12] A questo riguardo, la Corte di giustizia ha da tempo chiarito come non sia possibile il trasferimento di un richiedente asilo verso uno Stato membro le cui "carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza (..) costituiscano motivi seri e comprovati di credere che il richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani e degradanti". Alla luce dell'introduzione dell'obbligo per il richiedente asilo di presentare la sua domanda nello Stato di primo ingresso, infatti, appare evidente come tale approccio possa considerarsi estensibile anche alle ipotesi di permanenza di un richiedente asilo in detto Stato qualora esso diventi competente a esaminare la domanda d'asilo in base ai criteri stabiliti nel regolamento. Vedi sentenza del 21 dicembre 2011, causa C-411/10, *N.S.* e *a*, punto 86. Lo stesso regolamento Dublino III accoglie e codifica tale orientamento nell'art. 3, par. 2.

[13] Vedi sentenza del 19 marzo 2019, causa C-163/17, *Jawo*, punti 91-98. Con tale pronuncia, l'organo giurisdizionale dell'Unione europea ha affermato che in tali fattispecie sia possibile considerare anche situazioni in cui "il richiedente protezione internazionale possa dimostrare l'esistenza di circostanze eccezionali relative al suo caso particolare che comporterebbero, in caso di trasferimento verso lo Stato membro di regola competente, che lo stesso venga a trovarsi a causa della sua particolare vulnerabilità, indipendentemente dalla sua

Sebbene la Corte abbia precisato che le disparità esistenti tra i servizi sociali e di assistenza degli Stati membri non siano configurabili come limite all'applicazione dei criteri di competenza a esaminare le domande d'asilo, appare evidente come la riforma del quadro normativo in vigore non possa non tenere conto della possibilità che un richiedente protezione internazionale possa godere di condizioni materiali dignitose nello Stato membro che prende in carico la sua domanda di protezione internazionale e dunque la responsabilità di offrirgli condizioni di integrazione nel periodo di soggiorno obbligatorio in detto Stato, che nella proposta di regolamento è stato ridotto a tre anni per arginare il fenomeno dei movimenti secondari irregolari tra Stati membri. A questo riguardo, occorre rilevare come la previsione di strumenti estemporanei di ripartizione dei richiedenti asilo o l'attivazione dei meccanismi di solidarietà contemplati nella proposta di regolamento non possano risultare sufficienti a far fronte alle disparità nei sistemi di accoglienza dei diversi Stati membri[14].

Il punto focale rimane dunque l'alleggerimento della pressione che inevitabilmente un sistema così congeniato determina sugli Stati frontalieri di primo ingresso, che nel perdurare degli attuali trend applicativi dei criteri di competenza sono destinati a vedere immodificata la loro posizione di Stati su cui grava l'onere dell'esame delle domande d'asilo, con l'aggravio di nuovi oneri riguardanti la sicurezza del sistema e la protezione delle garanzie minime da accordare agli individui coinvolti. In tale prospettiva, appare importante verificare se e in quale misura le modifiche apportate ai criteri di competenza possano consentire un allargamento delle maglie della loro applicazione. Nel permanere dell'applicazione gerarchica dei criteri di competenza, infatti, tanto più ampie sono le ipotesi di applicazione di ciascun criterio tanto più si potrebbe auspicare una diminuzione del ricorso al criterio residuale dello Stato di primo ingresso.

In tal modo si potrebbe prospettare la possibilità che si realizzi il duplice vantaggio di tener conto delle legittime attese dei richiedenti e di alleggerire il ruolo degli Stati frontalieri, non soltanto nelle situazioni emergenziali ma anche nel fisiologico funzionamento di un sistema che deve basarsi sulla reciproca fiducia e sull'equa ripartizione degli oneri tra Stati membri.

3. La proposta di regolamento della Commissione europea conferma sostanzialmente l'impianto dei criteri di competenza del sistema Dublino

---

volontà e dalle sue scelte personali, in una situazione di estrema deprivazione materiale (…) dopo che sia stato riconosciuto il beneficio della protezione internazionale".

[14] Sul tema vedi: G. MORGESE, *La solidarietà tra Stati membri dell'Unione europea nel nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, in *Annali Aisdue*, Focus "La proposta di patto su immigrazione e asilo, 23 ottobre 2020.

che possono essere enucleati in tre categorie fondamentali concernenti: a) il rispetto dell'unità familiare e la protezione dei minor; b) il riconoscimento dei diritti in precedenza acquisiti dal richiedente protezione internazionale all'interno di uno Stato membro; c) la rapida definizione della posizione giuridica dei soggetti che non presentino alcun collegamento effettivo con alcun Stato membro dell'Unione europea. Ciascuno dei criteri *ivi* enunciati, tuttavia, contiene delle modifiche che potrebbero lasciare pensare alla possibilità di una redistribuzione *de facto* della responsabilità di esaminare le domande d'asilo tra un maggior numero di Stati membri, consentendo di alleggerire la posizione degli Stati di primo ingresso, almeno nella fase della verifica dei requisiti per il riconoscimento dello status di rifugiato o di titolare di protezione sussidiaria nel territorio dell'Unione europea[15].

Partendo dalla prima categoria in questa sede individuata – cui sono riconducibili i criteri da applicare per primi ai fini dell'individuazione dello Stato membro competente a esaminare una domanda d'asilo – la proposta di regolamento conferma la particolare rilevanza che il sistema Dublino accorda alla preservazione dei legami familiari e alla tutela dei minori nel rispetto del principio dell'interesse superiore del minore che deve ispirare l'esame delle domande di protezione internazionale, presentate da minori non accompagnati[16].

In via generale, la proposta di regolamento amplia la nozione di "familiare" al fine di individuare ogni "collegamento significativo" tra la persona interessata e lo Stato membro responsabile. In tale nozione, infatti, sono inclusi anche i fratelli del richiedente e ogni rapporto familiare che si sia creato dopo aver lasciato il paese d'origine ma prima dell'arrivo sul territorio dello Stato membro. Questa modifica è volta a tenere conto della dimensione fattuale dei recenti flussi migratori che vedono allungarsi i periodi di permanenza al di fuori dei paesi d'origine nei campi profughi prima di raggiungere il territorio dell'Unione europea e ad arginare il fenomeno dei movimenti non autorizzati. L'efficacia nell'applicazione del criterio

---

[15] In questa sede si propone la definizione delle categorie cui sono riconducibili i criteri di competenza nell'attuale sistema Dublino già esaminata in T. M. MOSCHETTA, *op. cit.*, p. 5 ss.

[16] Sul tema vedi: M. CASTIGLIONE, *L'interesse superiore del minore al ricongiungimento familiare tra sovranità statale e regolamento Dublino III*, in *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, 2020, p. 110 ss.; A. DI PASCALE, C. CUTTITTA, *La figura del tutore volontario dei minori stranieri non accompagnati nel contesto delle iniziative dell'Unione europea e della nuova normativa italiana*, in *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, 2019, p. 1 ss.; C. FRATEA, *La tutela del diritto all'unità familiare e i meccanismi di protezione dei minori migranti nel sistema europeo comune di asilo alla luce della proposta di rifusione del regolamento*, in *Rivista di cooperazione giuridica internazionale*, 2018, p. 129 ss.; A. L. SCIACOVELLI, *Minori stranieri non accompagnati: criticità e nuovi sviluppi giurisprudenziali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 499.

dell'unità familiare dovrebbe essere assicurata da norme più flessibili concernenti le prove da produrre per stabilire i legami tra le persone coinvolte, escludendo le prove documentali originali e i test del DNA nei casi in cui le prove circostanziali siano coerenti, verificabili e sufficientemente dettagliate[17].

Nella proposta di regolamento rimangono invariate le norme concernenti l'esame congiunto delle domande d'asilo presentate da richiedenti di uno stesso nucleo familiare purché ci sia una espressione di desiderio in tal senso. Dunque, la competenza spetterà allo Stato membro presso cui è pendente l'esame di merito della domanda di un familiare del richiedente asilo ovvero allo Stato membro che i criteri indicano responsabile della presa in carico del maggior numero di membri di una stessa famiglia, nel caso di più domande presentate contemporaneamente, oppure allo Stato competente ad esaminare la domanda del richiedente più anziano, come criterio residuale laddove non sia possibile stabilire altrimenti la competenza[18].

L'unità e il ricongiungimento familiare trova riconoscimento anche nelle disposizioni che prevedono deroghe all'applicazione gerarchica dei criteri di competenza. La proposta di regolamento conferma il ricongiungimento familiare quale obbligo per gli Stati membri nel caso in cui si realizzino condizioni di particolare dipendenza interpersonale ovvero quale condizione per l'applicazione della clausola di sovranità[19]. A questo riguardo, occorre sottolineare come la nuova formulazione del testo aggiunga alle ipotesi già contemplate dalla disciplina in vigore anche l'esistenza di un "grave trauma" subito dal richiedente o dalla persona a cui il richiedente sarà ricongiunto[20]. Dal punto di vista dei soggetti coinvolti, invece, il nuovo testo del regolamento riduce l'ambito di applicazione della disposizione a genitori e figli escludendo i fratelli. Tale modifica, non solo contraddice l'orientamento giurisprudenziale della Corte di giustizia che tende ad interpretare estensivamente i rapporti familiari rilevanti, ma mina anche la coerenza interna al testo dato che la proposta di regolamento estende la nozione di familiare anche ai fratelli[21].

---

[17] Vedi proposta di regolamento, punti 47 e 48. In particolare, art. 2, lettere *g*) e *h*).

[18] Vedi articoli 16 e 17 della proposta di regolamento.

[19] Vedi articoli 24 e 25 della proposta di regolamento. Sul tema vedi: M. FERRI, *Il rapporto tra clausola di sovranità e diritti fondamentali: riflessioni critiche a partire dalla sentenza della Corte di giustizia M.A., S.A, A.Z, sui trasferimenti Dublino verso il Regno Unito*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, p. 1 ss.; V. PETRALIA, *Clausola di sovranità e tutela dei diritti umani nel sistema Dublino*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, p. 553 ss.

[20] Sul tema vedi: P. CASTELLI GATTINARA, A. ONOFRI, *La salute psichica e il lavoro terapeutico con i rifugiati e i richiedenti asilo con gravi esperienze traumatiche*, in *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, 2018, p. 1 ss.

[21] Sul tema vedi sentenza del 6 novembre 2012, causa C-245/11, *K c. Bunsesasyland*, punti 36-43.

In ogni caso il ricongiungimento potrà avvenire solo previa verifica della capacità di assistenza dei soggetti coinvolti, anche nel caso in cui il figlio o il genitore sia legalmente residente sul territorio dello Stato membro in cui il richiedente si trova, al fine di assicurare il rispetto della *ratio* che sottende il ricongiungimento familiare per motivi di dipendenza interpersonale. Non appare chiara, invece, la portata della condizione secondo cui il ricongiungimento sia possibile solo se i legami familiari esistano già prima dell'arrivo del richiedente sul territorio dello Stato membro trattandosi come già posto in rilievo di genitori e figli. Le lacune e incongruenze riscontrare nell'esame del criterio in parola si auspica possano trovare una definizione nell'esercizio delle competenze normative a carattere delegato della Commissione europea, che ai sensi dell'art. 24 par. 3 della proposta di regolamento adotta atti che integrano o modificano aspetti non essenziali dell'atto legislativo di base con riferimento ai suoi aspetti applicativi.

3.1. Una posizione peculiare è riconosciuta ai minori non accompagnati cui si applicano "solo" i criteri enunciati nella disposizione della proposta di regolamento loro dedicata. In tal senso, il nuovo testo stabilisce una gerarchia interna tra i criteri di competenza applicabili alle domande presentate da minori non accompagnati[22].

Il primo di tali criteri concerne la presenza di un familiare in uno Stato membro dell'Unione che sarà competente a esaminarne la domanda di protezione internazionale. A questo riguardo, è posto un distinguo: nel caso in cui il minore sia sposato, la competenza a esaminare la sua domanda d'asilo sarà riconducibile allo Stato membro in cui il coniuge risieda legalmente altrimenti la competenza spetterà allo Stato membro in cui il padre, la madre o altro adulto responsabile del minore nonché il fratello risiedano legalmente. Il requisito della residenza legale dei familiari è dunque condizione imprescindibile nella rilevazione dei legami familiari del minore[23].

Il secondo di tali criteri applicabili ai minori concerne la presenza di un parente legalmente residente in uno Stato membro – ossia zii adulti o nonni – indipendentemente che il richiedente sia nato in matrimonio o meno o sia stato adottato. In questo caso la competenza spetterà a tale Stato membro, subordinatamente all'accertamento che il parente in questione possa prendersi cura del richiedente asilo e purché non sia dimostrabile che tale scelta contrasti con l'interesse superiore del minore. Tale principio condiziona anche l'applicazione dei due criteri menzionati nel caso in cui il mi-

[22] Vedi art. 15, par. 1 della proposta di regolamento.
[23] Vedi art. 15, par. 2 della proposta di regolamento.

nore richiedente abbia familiari o parenti presenti in più di uno Stato membro[24].

La proposta di regolamento modifica l'attuale disciplina concernente il criterio di competenza da applicare nel caso in cui non sia possibile rilevare legami familiari o parentali del minore con soggetti che risiedano legalmente in uno degli Stati membri, non risolvendo tuttavia le questioni interpretative rilevate in relazione alla tutela dei diritti del minore. L'art. 15, par. 5, infatti, stabilisce che in questo caso la competenza spetterà allo Stato membro in cui la domanda di protezione internazionale del minore è stata registrata per la prima volta. Come noto, sul punto si era pronunciata la Corte di giustizia prima dell'entrata in vigore del regolamento Dublino III, specificando che la competenza dovesse ricadere sullo Stato membro in cui effettivamente il minore venga a trovarsi a prescindere se il richiedente abbia presentato in precedenza una domanda di protezione internazionale in un altro Stato membro[25].

La *ratio* dell'interpretazione della Corte risiedeva nelle necessità d'evitare il trasferimento del minore con conseguente prolungamento delle procedure per il riconoscimento della protezione internazionale[26]. La modifica introdotta dalla nuova proposta di regolamento smentisce, dunque, quanto affermato nella sentenza menzionata anche se il suo effetto sui tempi di conclusione della procedura è ridimensionato dall'obbligo per il richiedente asilo (anche se minore) di permanere nello Stato di primo ingresso, che è anche lo Stato in cui deve essere depositata la richiesta di protezione internazionale[27]. In tal modo, tuttavia, si rischia di confermare l'applicazione di tale criterio in termini avulsi dall'effettiva valutazione dell'interesse superiore del minore che comprende anche la considerazione della sua opinione e della possibilità che per lui si realizzi un effettivo benessere e sviluppo sociale[28].

---

[24] Vedi art. 15, paragrafi 3 e 4 della proposta di regolamento.

[25] Sentenza del 6 giugno 2013, causa C-648/11, *MA c. Secretary of State for the Home Department*, punti 45-49.

[26] Sentenza *MA c. Secretary of State for the Home Department*, cit., punti 54-56.

[27] Sul punto occorre rilevare come la sentenza da ultimo citata fosse stata accolta dalla Proposta di regolamento COM (2014/382 Final) che prevedeva la modifica dell'art. 8 del regolamento Dublino III con l'introduzione della condizione della presenza del minore sul territorio di uno Stato membro ai fini della determinazione della competenza a esaminare la domanda d'asilo. Proposta che tuttavia non era stata recepita neppure nella successiva proposta di riforma del sistema Dublino III presentata nel 2016.

[28] Sul tema occorre rilevare come l'art. 6, par. 3 del regolamento Dublino III includa tra le considerazioni rilevanti ai fini della valutazione dell'interesse superiore del minore: a) la possibilità di ricongiungimento familiare; b) il benessere e lo sviluppo sociale del minore; c) considerazioni di sicurezza, in particolare se sussiste un rischio che il minore sia vittima della tratta di esseri umani; d) l'opinione del minore secondo la sua età e maturità. Sui profili dell'integrazione del minore vedi A. L. SCIACOVELLI, *Il ricongiungimento familiare dei minori stranieri e il requisito della potenziale integrazione "riuscita" imposto dagli Stati membri al vaglio della Corte di giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, p. 17 ss.

I criteri di competenza applicabili alla posizione del minore non accompagnato non sembrano, dunque, aprire particolari prospettive di miglioramento del sistema Dublino sotto il duplice profilo della particolare tutela da accordare ai soggetti vulnerabili e della posizione dello Stato di primo ingresso nel garantire condizioni dignitose di accoglienza e integrazione del richiedente asilo. Venendo ora ad analizzare la possibilità di ampliare le maglie di applicazione di tali criteri di competenza riservati ai minori non accompagnati, sarebbe possibile intravedere due possibili vie.

La prima via "interpretativa" concerne la stessa definizione di minore alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia. A questo riguardo, la proposta di regolamento conferma che debba intendersi per minore qualsiasi cittadino di un paese terzo o apolide che non abbia raggiunto il diciottesimo anno d'età. A fini dell'applicazione dei criteri specificamente previsti per tali soggetti, è fondamentale stabilire quale sia il momento rilevante nell'accertamento dell'età del minore, che nelle more delle procedure potrebbe raggiungere la maggiore età. La questione è stata oggetto di due recenti pronunce della Corte di giustizia in cui viene precisato che il requisito della "minore età" va riferito al momento in cui il soggetto presenta la sua domanda di protezione internazionale e non al momento in cui tale domanda è oggetto di valutazione da parte delle autorità degli Stati membri. Con tale interpretazione l'organo giurisdizionale dell'Unione europea intende, da un lato, evitare disparità di trattamento tra i minori e, dall'altro lato, assicurare la tempestiva conclusione delle procedure per l'esame delle domande d'asilo. In tale prospettiva, lo Stato di primo ingresso è tenuto a trattare in via prioritaria le richieste di protezione internazionale presentate da minori non accompagnati, individuando tempestivamente lo Stato membro competente a esaminare tali domande ai fini del ricongiungimento familiare di soggetti vulnerabili cui deve essere rivolta particolare tutela[29].

La seconda via "normativa" concerne la competenza della Commissione europea a specificare le modalità di applicazione dei criteri di competenza concernenti i minori mediante l'adozione di atti delegati nel rispetto del principio del superiore interesse del minore. A questo riguardo appare interessante rilevare come l'art. 14, par. 4 della proposta di regolamento integra la definizione ora in vigore d'interesse superiore del minore includendo "la possibilità di ricongiungimento familiare", "le esperienze prece-

[29] Sentenze del 16 luglio 2020, causa C-133/19, *BMM, BS, BM, BMO*, punti 36-47; del 12 aprile 2018, causa C-550/16, *A* e *S*, punti 54-60. Sul tema vedi M. MESSINA, *La Corte di giustizia si pronuncia sulla determinazione della data per valutare lo status di minore di un rifugiato ai fini dell'esercizio del suo diritto al ricongiungimento familiare alle condizioni più favorevoli previste dalla direttiva 2003/86/CE*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2018, p. 262 ss.

denti del minore" e "le informazioni ricevute dal rappresentante nello Stato membro in cui il minore è presente" tra gli elementi di cui dover tenere conto nella definizione della collaborazione tra Stati membri al fine di accordare al richiedente asilo le garanzie riferibili al suo status[30]. Ancora una volta, dunque, l'organo esecutivo dell'Unione europea potrebbe svolgere un ruolo decisivo nell'ampliare le maglie di applicazione dei criteri di competenza riferibili ai minori, specificando i contenuti dell'atto legislativo di base alla luce della giurisprudenza della Corte e del sistema dei diritti fondamentali della persona riconosciuti nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea.

4. La proposta di regolamento presenta alcune interessanti modifiche con riferimento ai criteri di competenza riconducibili alla categoria dei legami già esistenti del richiedente con uno Stato membro dell'Unione europea. A questo riguardo, come noto, il primo criterio contemplato concerne il rilascio di documenti di soggiorno o visti da parte di uno Stato membro che diviene così competente a esaminare la domanda del richiedente asilo che possieda tali titoli, anche se essi siano stati rilasciati in seguito a condotte fraudolente del richiedente[31].

Se il soggetto in questione è titolare di più documenti di soggiorno validi o visti rilasciati da diversi Stati membri, il discrimine nell'individuazione della competenza a esaminare la sua domanda di protezione internazionale è la durata dei titoli in esame e la loro scadenza. Nel caso di titoli di soggiorno, la responsabilità è attribuita allo Stato che abbia rilasciato documenti con il maggiore periodo di validità ovvero, in ricorrenza di periodi di validità identici, lo Stato che abbia rilasciato il documento con l'ultima data di scadenza. Nel caso, invece, dei visti si distingue in base alla loro tipologia: se i vari visti sono dello stesso tipo, la competenza spetterà allo Stato membro che ha rilasciato il visto con la data di scadenza più recente; se i visti sono di diverso tipo, la competenza spetterà allo Stato che ha rilasciato il visto con più lunga durata ovvero con ultima scadenza[32].

Il testo così formulato non apporta dunque sostanziali modifiche all'attuale disciplina. Due modifiche rilevanti concernono invece il caso in cui il richiedente sia in possesso di documenti di soggiorno o visti scaduti. La prima modifica prolunga a tre anni il periodo di rilevanza per determinare lo Stato membro competente tanto per i documenti di soggiorno quanto per i visti. La seconda modifica consiste nell'eliminazione dell'ipotesi in cui il richiedente non abbia lasciato il territorio di uno Stato

[30] Sulla definizione giurisprudenziale di "superiore interesse del minore" vedi sentenza del 19 novembre 2019, causa C-233/18, *Haqbin*, punto 54.

[31] Vedi art. 19, paragrafi 1 e 5 della proposta di regolamento.

[32] Vedi art. 19, par. 3 della proposta di regolamento.

membro una volta scaduto il documento di soggiorno o il visto che gli aveva effettivamente permesso l'ingresso nel suo territorio. In questo caso, la competenza spetta allo Stato membro in cui sia presentata la domanda d'asilo[33].

Entrambe queste modifiche potrebbero allargare le maglie di applicazione del criterio in esame, alleggerendo la posizione degli Stati di primo ingresso che ai sensi della proposta di regolamento divengono i principali collettori delle domande di protezione internazionale stante l'obbligo in tal senso posto in capo ai richiedenti. In questa prospettiva bisogna anche ricordare l'orientamento giurisprudenziale della Corte di giustizia che circoscrive la nozione di visto a "un atto adottato da un'amministrazione nazionale", escludendo tutte le ipotesi riconducibili alla tolleranza manifestata da uno Stato membro all'ingresso e soggiorno anche qualora determinata dall'arrivo di un numero straordinariamente elevato di cittadini di Paesi terzi[34].

Un criterio del tutto nuovo che non compare nell'attuale sistema Dublino e che è stato oggetto di specifiche richieste a significare l'importanza dei legami sostanziali intercorrenti tra richiedente e Stato membro competente concerne il conseguimento di titoli di studio o qualifiche. L'art. 20 della proposta di regolamento, infatti, prevede che nel caso in cui il richiedente possieda un diploma o una qualifica rilasciata da un istituto d'istruzione stabilito in uno Stato membro e la domanda di protezione internazionale sia stata registrata dopo che il richiedente abbia lasciato il territorio al termine dei suoi studi, la competenza spetterà allo Stato in cui è stabilito l'istituto scolastico in questione. Nel caso del possesso di più titoli il discrimine sarà la durata del percorso di studi svolto ovvero la data più recente di conseguimento. La previsione di tale nuovo criterio costituisce senza dubbio un segno della rilevanza accordata alle possibilità d'integrazione del richiedente nello Stato membro competente a esaminare la sua domanda d'asilo[35].

L'altro criterio riconducibile a collegamenti effettivi del richiedente con il territorio di uno Stato membro concerne l'ipotesi di "ingresso senza visto". In questa fattispecie, la competenza spetta allo Stato membro in cui

---

[33] Vedi art. 19, par. 4 della proposta di regolamento.

[34] Vedi sentenza del 26 luglio 2017, causa C-646/16, *Jafari*, punti 40-58. Sul tema vedi: G. CARELLA, *Inapplicabilità del regolamento Dublino III a talune fattispecie di migrazioni irregolari nel Mediterraneo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 37 ss.; 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.; 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, p. 1 ss.

[35] Vedi art. 20 della proposta di regolamento. Sul tema vedi M. DI FILIPPO, *The Dublin Saga*, cit., p. 223.

è stato consentito al richiedente l'ingresso senza visto. A questo riguardo, la proposta di regolamento introduce un significativo limite temporale all'applicazione di tale criterio, poiché stabilisce che la responsabilità dello Stato in questione cessa se la domanda è registrata più di tre anni dopo la data in cui la persona è entrata nel suo territorio[36].

5. Il quadro dei criteri di competenza per l'esame delle domande di protezione internazionale si completa con le fattispecie che concernono casi in cui il richiedente asilo si trovi sul territorio di uno Stato membro con cui non presenti legami giuridicamente riconosciuti. Come noto, il sistema Dublino prevede per queste ipotesi il criterio dell'"ingresso irregolare" e il criterio delle "zone di transito aeroportuali" che sono riprese nella proposta di regolamento sulla gestione della migrazione e asilo. A questo riguardo, occorre da subito rilevare come nessuna modifica sia stata introdotta con riferimento al criterio che assegna la competenza allo Stato membro nella cui zona aeroportuale di transito internazionale sia presentata la domanda di protezione internazionale da parte del richiedente[37].

Diverso è il discorso con riferimento al criterio che attribuisce la competenza allo Stato di primo ingresso irregolare. L'art. 21 della proposta di regolamento conferma che, laddove in base a prove indiziarie, si accerti che il richiedente, provenendo da uno Stato terzo, abbia irregolarmente attraversato la frontiera di uno Stato membro per via terrestre, marittima o aerea, la competenza ad esaminare la domanda d'asilo ricadrà su tale Stato. Tuttavia, esso apporta alcune modifiche sostanziali alla disciplina ora in vigore foriera d'importanti ripercussioni sulla posizione giuridica dello Stato di primo ingresso[38].

In primo luogo, il termine di decadenza dell'applicabilità del criterio in parola è notevolmente ampliato, dato che l'articolo in esame precisa che la responsabilità dello Stato in cui avviene l'ingresso irregolare viene meno se la domanda è registrata dopo più di tre anni dalla data in cui ha avuto luogo l'attraversamento della frontiera, a fronte del periodo di dodici mesi previsto dalla normativa in vigore. Nel caso in cui il primo ingresso irregolare sia avvenuto attraverso i confini terrestri e marittimi degli Stati frontalieri, questi ultimi non potranno trasferire il richiedente in altro Stato membro salvo che la domanda di protezione non sopraggiunga decorsi tre anni dal loro arrivo sul suo territorio. In questo modo, sembra si voglia blindare il criterio dello Stato di primo ingresso assicurandone un'applicazione pressoché generalizzata, salvo che il richiedente sia stato

[36] Vedi art. 22 della proposta di regolamento.
[37] Vedi art. 23 della proposta di regolamento.
[38] Vedi art. 21 della proposta di regolamento.

già ricollocato presso altro Stato membro dopo aver attraversato la frontiera. In quest'ultima ipotesi, infatti, la competenza spetta allo Stato in cui il richiedente sia stato ricollocato[39].

In secondo luogo, è eliminata la disposizione del sistema Dublino ora in vigore ai sensi della quale la competenza spetta allo Stato membro in cui il richiedente abbia soggiornato per un periodo continuato di cinque mesi dopo essere entrato irregolarmente nel territorio dell'Unione attraverso le frontiere di un altro Stato membro. Una tale modifica si pone certamente in linea con l'introduzione dell'obbligo del richiedente di presentare domanda d'asilo nello stato di primo ingresso, a prescindere se sia o no regolare, e di rimanervi fino alla definizione della competenza a esaminarla, al fine di vietare i movimenti secondari dei richiedenti asilo che entrano illegalmente nel territorio degli Stati frontalieri per poi spostarsi nel territorio di altri Stati membri loro più graditi. Cionondimeno, questa modifica crea un tappo all'uscita dai paesi frontalieri di primo ingresso che rischia di sancire l'implosione dei loro sistemi di accoglienza in evidente violazione dell'obbligo di garantire i diritti fondamentali dei richiedenti asilo[40].

Infine, le considerazioni che precedono trovano conferma nell'ultima modifica introdotta al criterio in esame che ai fini della sua applicazione equipara le ipotesi di "ingresso irregolare" al caso in cui un richiedente sia stato sbarcato sul territorio di uno Stato membro a seguito di un'operazione di ricerca e soccorso[41]. Ancora una volta sono chiamati in causa gli Stati frontalieri che prestano soccorso ai "naufraghi della speranza" con il rischio che il triste fenomeno del diniego di approdo o del rimpallo delle responsabilità di soccorso cui abbiamo assistito negli ultimi mesi venga suffragato dal timore di non poter (o voler) far fronte alla presa in carico dei richiedenti protezione internazionale.

6. Le osservazioni svolte sembrano smentire l'intento, proclamato dalla proposta di regolamento sulla gestione dell'immigrazione e l'asilo, di superare l'impasse in cui versa il sistema Dublino, tracciando un difficile com-

---

[39] Vedi art. 21, paragrafi 1 e 3 della proposta di regolamento.

[40] A questo riguardo occorre ricordare come la Corte di giustizia abbia sancito il diritto dei richiedenti asilo di far valere l'errata applicazione dei criteri di competenza mediante la garanzia di un ricorso effettivo al giudice nazionale che "è chiamato non già ad attribuire la competenza per l'esame di una domanda d'asilo a uno Stato membro designato secondo la convenienza del ricorrente, bensì a verificare se i criteri di competenza fissati dal legislatore dell'Unione siano stati correttamente applicati" (vedi sentenza del 7 giugno 2016, causa C-63/15, *Ghezelbash*, punto 54). Come già posto in evidenza la corretta applicazione dei criteri non può prescindere dalla valutazione di condizioni dignitose da garantire ai richiedenti asilo che sono titolari di diritti intrinsecamente collegati al loro status. Sul tema vedi: G. CAGGIANO, *Il richiedente protezione internazionale davanti al giudice tra tutela giurisdizionale effettiva e autonomia processuale degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, p. 579 ss.

[41] Vedi art. 21, par. 2 della proposta di regolamento.

promesso tra gli interessi degli Stati frontalieri esposti in prima linea alla pressione dei flussi migratori e gli altri Stati più preoccupati del controllo sui movimenti secondari dei richiedenti asilo nel territorio dell'Unione europea. Come in questa sede evidenziato, infatti, l'impianto dei criteri per la determinazione dello Stato membro competente a esaminare le domande di protezione internazionale rimane sostanzialmente invariato e le modifiche a esso apportate non sembrano sufficienti ad assicurare la realizzazione di un'equa ripartizione degli oneri, ancor prima dell'applicazione di meccanismi redistributivi, che in un'ottica solidaristica, possono al più consentire di arginare gli "squilibri" del sistema, ma non certo di assicurarne il "fisiologico funzionamento".

Come qui prospettato, un'interpretazione elastica dei criteri riconducibili all'individuazione di legami sostanziali tra il richiedente e lo Stato competente potrebbe consentire l'ampliamento delle loro maglie di applicazione e dunque ridurre il ricorso al criterio residuale dello Stato di primo ingresso. In tal senso, si potrebbe auspicare che la competenza normativa a carattere delegato riconosciuta alla Commissione europea possa rendere più coerente l'applicazione di tali criteri, accogliendo anche gli orientamenti interpretativi dettati dalla Corte di giustizia attenta a rispettare i diritti delle persone più che a tarare la distribuzione dei pesi tra gli Stati. Cionondimeno, non si può sottacere come tra le righe dei criteri stabiliti nella proposta di regolamento sia possibile rinvenire addirittura un aggravio della posizione degli Stati di primo ingresso rispetto a quanto già realizzato nel sistema attuale di definizione delle responsabilità.

Certamente i criteri di competenza sono "solo" una parte del complesso meccanismo delineato dalla proposta di regolamento, ma per certi versi costituiscono gli ingranaggi del meccanismo medesimo. Pensare di superare l'impasse in cui verso il sistema Dublino senza intervenire sulla cruciale questione che attiene agli oneri sostenuti dagli Stati frontalieri significa voler cambiare la forma delle soluzioni, lasciando la sostanza dei problemi inalterata.

ABSTRACT

THE DUBLIN IMPASSE: THE UNFINISHED REFORM OF THE COMPETENCE CRITERIA IN THE PROPOSED REGULATION ON ASYLUM AND IMMIGRATION

The proposed regulation on asylum and immigration seems to deny the intention to overcome the impasse in which the Dublin system finds itself. The system of criteria for determining the Member State competent to examine applications for international protection remains substantially unaffected and the changes made do not appear sufficient to ensure the implementation of an equitable sharing of the burdens. Furthermore, there appear to be further aggravations on the State of first entry in the proposed regulation. An interpretative extension of the application of the criteria related to substantial links between the asylum seeker and the competent State could be hoped for. Nonetheless, this would not be sufficient to guarantee the sustainability of the system while respecting the fundamental rights of asylum seekers.

L'IMPASSE DUBLINO: L'INCOMPIUTA RIFORMA DEI CRITERI DI COMPETENZA NELLA PROPOSTA DI REGOLAMENTO SU ASILO E IMMIGRAZIONE

La proposta di regolamento su asilo e immigrazione sembra smentire l'intento di superare l'impasse in cui versa il sistema Dublino. L'impianto dei criteri per la determinazione dello Stato membro competente a esaminare le domande di protezione internazionale rimane sostanzialmente invariato e le modifiche a esso apportate non sembrano sufficienti ad assicurare la realizzazione di un'equa ripartizione degli oneri. Inoltre, nella proposta di regolamento sembra rinvenibile persino un aggravio per lo Stato di primo ingresso. Si potrebbe auspicare un ampliamento in via interpretativa dell'applicazione dei criteri riconducibili a legami sostanziali tra il richiedente asilo e lo Stato competente. Cionondimeno, questo non basterebbe a garantire la sostenibilità del sistema nel rispetto dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo.

Rossana Palladino·

Patto sulla migrazione e l'asilo: verso nuove regole sui rimpatri

SOMMARIO: 1. Il Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo e lo sviluppo di un sistema comune europeo di rimpatri. – 2. La proposta di rifusione della direttiva rimpatri. – 2.1. Rischio di fuga, rimpatri volontari e trattenimento. – 2.2. L'obbligo di cooperazione. – 2.3. Il raccordo tra asilo e rimpatrio. In particolare, la nuova procedura di frontiera. – 3. Le ulteriori misure inerenti ai rimpatri: il ruolo guida di Frontex e i "rimpatri sponsorizzati". – 4. Considerazioni conclusive.

1. Nell'ambito del "Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo" del 23 settembre 2020[1], la Commissione europea rinnova l'obiettivo di una gestione dell'immigrazione irregolare più efficiente, in particolare sulla scorta di dati che collocano la misura dell'esecuzione effettiva dei rimpatri ad un terzo rispetto alle decisioni emesse nei confronti di cittadini di paesi terzi in situazione di irregolarità[2].

Si tratta di un obiettivo che si pone in linea di continuità con i precedenti sforzi della Commissione[3], "a legislazione invariata", atti proprio ad

---

· Ricercatore t.d. di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Salerno.

Le riflessioni contenute nel presente contributo sono condotte nell'ambito del PRIN 2017 "International Migrations, State, Sovereignty and Human Rights: Open Legal Issues", Responsabile nazionale Prof.ssa Angela Di Stasi (prot. 20174EH2MR).

[1] COM (2020) 609 fin., del 23 settembre 2020, Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo. Oltre a P. DE PASQUALE, *Il Patto per la migrazione e l'asilo: più ombre che luci*, in *I Post di AISDUE*, II, 2020, *Focus "La proposta di Patto su immigrazione e asilo"*, 5 ottobre 2020, sul Nuovo Patto si vedano S. CARRERA, *Whose Pact? The Cognitive Dimensions of the New EU Pact on Migration and Asylum*, CEPS Policy Insights, settembre 2020; A. DI PASCALE, *Il nuovo patto per l'immigrazione e l'asilo: scontentare tutti per accontentare tutti*, in *Eurojus*, 28 settembre 2020; C. FAVILLI, *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo: "c'è qualcosa di nuovo, anzi di antico"*, in *Questione Giustizia*, 2 ottobre 2020; F. MAIANI, *A "Fresh Start" or One More Clunker? Dublin and Solidarity in the New Pact*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 20 ottobre 2020; S. PEERS, *First analysis of the EU's new asylum proposals*, in *EU Law Analysis*, 25 settembre 2020; D. THYM, *European Realpolitik: Legislative Uncertainties and Operational Pitfalls of the 'New' Pact on Migration and Asylum*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 28 settembre 2020.

[2] COM (2020) 609 fin., *cit.*, punto 2.5.

[3] A seguito dell'Agenda europea sulla migrazione (COM (2015) 240 fin., del 13 maggio 2015), dove emergeva la necessità di aumentare il tasso di esecuzione dei rimpatri, la Commissione ha adottato nel 2017 un Piano d'azione rinnovato sui rimpatri (COM (2017) 200 fin., del 2 marzo 2017, Per una politica dei rimpatri più efficace nell'Unione europea – Un piano d'azione rinnovato); la Raccomandazione (UE) n. 2017/432, del 7 marzo 2017, per rendere i rimpatri più efficaci nell'attuazione della direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio; un rinnovato Manuale comune sul rimpatrio (Raccomandazione (UE) n. 2017/2338 della Commissione, del 16 novembre 2017, che istituisce un manuale

assicurare un maggiore grado di efficacia dei rimpatri, e che ulteriormente prospetta lo sviluppo di un "sistema europeo comune per i rimpatri". Un sistema che dovrebbe essere fondato sulla combinazione di misure di diversa natura, quali: il rafforzamento delle strutture all'interno dell'Unione europea, la maggiore cooperazione con i paesi terzi in materia di rimpatri e riammissioni, un efficace sostegno operativo attraverso l'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera (Frontex).

Quale principale strumento su cui poggia lo sviluppo di un sistema europeo comune per i rimpatri, il Nuovo Patto individua la rifusione della cd. direttiva rimpatri (direttiva 2008/115/CE in vigore[4]) che trova la sua base giuridica nell'art. 79, par. 2, lett. c) del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE), che consente all'Unione europea di adottare misure nel settore dell'immigrazione clandestina e del soggiorno irregolare, compresi l'allontanamento e il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare[5].

All'uopo, la Commissione mira a ripartire dalla proposta di rifusione della direttiva rimpatri già formulata nel 2018[6], con l'obiettivo di fare fronte ad alcune problematiche – *inter alia*, la differenziazione tra le pratiche nazionali, l'incoerenza in alcune definizioni e interpretazioni come quelle relative al rischio di fuga e al trattenimento (sui cui *infra* al par. 2.1.) – ritenute strettamente connesse alla scarsa efficacia dei rimpatri.

È, pertanto, alla proposta di rifusione della Commissione del 2018 che si dedicherà particolare attenzione in questo breve scritto, quale "base di partenza" per riflettere sulle modifiche che interesseranno la disciplina dei rimpatri, tenendo altresì conto degli sviluppi dell'*iter* decisionale che avevano, in particolare, visto il Consiglio esprimersi sulla proposta tramite un *Partial General Approach* nel maggio 2019[7].

---

comune sul rimpatrio che le autorità competenti degli Stati membri devono utilizzare nell'espletamento dei compiti connessi al rimpatrio).

[4] 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.

[5] Cfr. G. CAGGIANO, *Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione nello Spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia*, in ID., *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, Torino, III ed., 2020, p. 5 ss.

[6] COM (2018) 634 fin., del 12 settembre 2018, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (rifusione).

[7] Consiglio dell'Unione europea, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals (recast) – Partial general approach, n. 9620/19, del 23 maggio 2019. In seno alla Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (Commissione LIBE) del Parlamento europeo, si registrano due progetti di relazione della relatrice Tineke Strik del 21 febbraio 2020 e del 28 settembre 2020. Il Comitato economico e sociale europeo ha espresso un parere nel gennaio del 2019, 2019/C 159/08.

2. La direttiva 2008/115/CE attualmente in vigore stabilisce, a livello di Unione europea, un *corpus* di norme e procedure comuni da applicarsi negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, nel dichiarato "rispetto dei diritti fondamentali in quanto principi generali del diritto comunitario e del diritto internazionale, compresi gli obblighi in materia di protezione dei rifugiati e di diritti dell'uomo" (art. 1).

Il fulcro della direttiva rimpatri ruota intorno al suo Capo II che fissa le norme da applicarsi per porre fine al soggiorno irregolare dei cittadini di paesi terzi, improntate all'individuazione di una procedura articolata in due fasi, ossa quelle del rimpatrio volontario e dell'allontanamento forzato.

In virtù del forte ancoraggio alla tutela dei diritti fondamentali dei migranti, espresso sia nei *consideranda* sia nell'articolato della direttiva, sono individuate una pluralità di modalità per eseguire l'allontanamento, caratterizzate dalla gradualità crescente nell'uso delle misure coercitive, che vanno dalla partenza volontaria all'accompagnamento coattivo.

Basata sull'allora art. 63, par. 3, lett. *b*) del Trattato della Comunità europea (TCE) – attuale art. 79, par. 2, lett. *c*), del TFUE – è noto che la direttiva 2008/115/CE, nell'affrontare aspetti particolarmente delicati e centrali delle politiche migratorie degli Stati membri, abbia consegnato un testo "di compromesso"[8], foriero di critiche, anche piuttosto aspre, incentratesi sulla effettiva capacità dello strumento giuridico adottato di porsi qua-

[8] Nell'amplissima letteratura sul tema, tra le opere più recenti si vedano I. MAJCHER, *The European Union Returns Directive and its Compatibility with International Human Rights*, Leiden-Boston, 2019; M. MORARU, G. CORNELISSE, P. DE BRUYCKER (eds.), *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union*, Oxford, 2020; F. SPITALERI, *Il rimpatrio e la detenzione dello straniero tra esercizio di prerogative statali e garanzie sovranazionali*, Torino, 2017. V. anche A. BALDACCINI, *The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law: An Analysis of the Returns Directive*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 1, 2009, pp. 1-17; A. LIGUORI, *La direttiva rimpatri*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 2, 2011, pp. 135-154; M. BORRACCETTI, *Il rimpatrio di cittadini irregolari: armonizzazione (blanda) con attenzione (scarsa) ai diritti delle persone*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1, 2010, pp. 17-41; F. ZORZI GIUSTINIANI, *Direttiva rimpatri e politica comunitaria in materia di immigrazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3, 2009, pp. 671-675; C. FAVILLI, *La direttiva rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini di paesi terzi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2009, n. 2, pp. 1-10; F. KAUFF-GAZIN, *La directive «retour»: une victoire du réalisme ou du tout-répressif?*, in *Europe*, 2009, n. 2, pp. 3-6; M. LE BARBIER-LE BRIS, *La politique de retour de l'Union Européenne*, in S. LECLERC (sous la direction), *Europe(s), droit(s) et migrant irrégulier*, Bruxelles, 2012; F. LUTZ, S. MANANASHVILI, *Return Directive 2008/115/EC*, in K. HAILBRONNER, D. THYM (eds.), *EU Immigration and Asylum Law. A Commentary*, II ed., München, 2016, pp. 658 ss.; K. ZWANN (ed.), *The Returns Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen, 2011; F. MAIANI, *Directive de la honte ou instrument de progrès? Avancées, régressions et statu quo en droit des étrangers sous l'influence del la Directive sur le retour*, in *Annuaire suisse de droit européen*, 2008/2009.

le giusto punto di equilibrio tra le logiche statuali e la tutela dei diritti fondamentali e della dignità dei migranti[9].

È nella stessa ottica della tenuta di siffatto equilibrio che si possono qui svolgere alcune considerazioni in ordine alla rifusione della direttiva rimpatri[10], limitatamente alle principali novità che si intendono apprestare, alla luce delle priorità individuate dalla Commissione europea, in specie: - la necessità di stabilire una nuova procedura di frontiera per il rapido rimpatrio dei richiedenti protezione internazionale la cui domanda è stata respinta in esito a una procedura di asilo alla frontiera; - fissare norme più chiare e più efficaci sull'adozione delle decisioni di rimpatrio e sui ricorsi avverso tali decisioni; - elaborare un chiaro quadro di cooperazione tra i migranti irregolari e le autorità nazionali competenti, razionalizzare le norme sulla concessione di un periodo per la partenza volontaria e stabilire un quadro per la concessione di assistenza finanziaria, materiale e in natura ai migranti irregolari disposti a rimpatriare volontariamente; - predisporre strumenti più efficaci per gestire e agevolare il trattamento amministrativo dei rimpatri, lo scambio di informazioni tra le autorità competenti e l'esecuzione dei rimpatri, allo scopo di scoraggiare la migrazione illegale; - garantire coerenza e sinergie con le procedure di asilo; - permettere un uso più efficace del trattenimento per sostenere l'esecuzione dei rimpatri.

2.1. Nel contesto della rifusione della direttiva rimpatri uno degli elementi più significativi di novità è rappresentato dalla definizione del rischio di fuga, che trova duplice riflesso sulla disciplina dei rimpatri volontari e sull'istituto del trattenimento, nei termini che ora si andranno ad analizzare.

La direttiva attualmente in vigore qualifica il "rischio di fuga" quale "la sussistenza in un caso individuale di motivi basati su criteri obiettivi definiti dalla legge per ritenere che un cittadino di un paese terzo oggetto di una procedura di rimpatrio possa tentare la fuga" (art. 3, punto 7), attraverso una definizione "aperta", che lascia ampio margine di discrezionalità alle legislazioni nazionali nella fissazione di "criteri oggettivi". L'individuazione di criteri oggettivi a livello di Unione europea può essere, pertanto, letta

[9] La giurisprudenza della Corte di giustizia è stata talora decisiva nel far emergere l'obiettivo di una gestione efficace dei rimpatri nel rispetto della dignità dei migranti nonché dei diritti fondamentali loro riconosciuti, come nel celeberrimo caso *El Dridi* (sentenza del 28 aprile 2011, causa C-61/11, *Hassen El Dridi*). Limitatamente ai contributi più recenti sul tema, v. G. CELLAMARE, *Dignità umana e trattamento degli stranieri irregolari in attesa di rimpatrio nel Diritto dell'Unione europea*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, pp. 1-9.

[10] Sulla quale si vedano J. KILPATRICK, *The revised Return Directive: a dangerous attempt to step up deportations by restricting rights*, Statewatch Analysis, settembre 2019; E. PISTOIA, *Rafforzamento della politica dei rimpatri e uso più esteso della detenzione*, in *Diritto pubblico*, 2020, n. 1, pp. 117-139.

quale elemento atto ad evitare applicazioni ed interpretazioni differenziate del rischio di fuga.

Tuttavia, la fissazione di tali criteri a livello europeo conduce ad una elencazione – peraltro non esaustiva e dunque ulteriormente integrabile da parte degli Stati membri – che ricomprende una varietà estesa di ipotesi dall'ampia formulazione, suscettibili di comprimere eccessivamente il rimpatrio volontario e di estendere il trattenimento.

In tal senso, spiccano tra le 14 ipotesi previste nell'elencazione di cui all'art. 6 della proposta di refusione: la "mancanza di documenti che comprovino l'identità", la "mancanza di domicilio, di fissa dimora o di un indirizzo affidabile", la "mancanza di risorse finanziarie" nonché l'"ingresso irregolare nel territorio degli Stati membri".

L'elencazione appare, allora, stridere con l'impianto della direttiva basato sulla gradazione degli strumenti di coercizione, determinando una applicazione meno ampia della partenza volontaria, interessata nel suo complesso da modifiche atte a ridurne la portata. Può farsi riferimento, in primo luogo, all'eliminazione del periodo minimo di 7 giorni per la partenza volontaria, per cui potrebbero essere concessi periodi molto brevi e inadeguati a consentire effettivamente la partenza volontaria. In secondo luogo, può prendersi in considerazione l'obbligo – in sostituzione dell'attuale facoltà per gli Stati membri dell'UE – di non concedere la partenza volontaria nelle tre ipotesi previste dal par. 4 dell'art. 9, tra cui il rischio di fuga[11] determinato in conformità all'art. 6 analizzato.

Come anticipato, la nozione ampia di rischio di fuga incide anche sul trattenimento ai fini dell'allontanamento che, ai sensi dell'attuale art. 15 (rinumerato nella proposta di rifusione art. 18) può "in particolare" essere disposto quando sussiste un rischio di fuga.

In quanto misura incidente sulla libertà personale degli stranieri, il trattenimento dovrebbe essere disposto solo come *ultima ratio*, ossia solo laddove misure alternative meno invasive non siano efficaci. La declinazione così ampia del rischio di fuga pare mal conciliarsi con siffatto principio, rischiando di condurre all'utilizzo del trattenimento quale misura generalizzata e diffusa[12].

Al fine di una corretta applicazione del rischio di fuga quale criterio atto ad applicare il trattenimento, preme sottolineare che tali elementi do-

---

[11] Oltre all'ipotesi in cui la domanda di soggiorno regolare è stata respinta, in quanto manifestamente infondata o fraudolenta, e all'ipotesi in cui il cittadino di paese terzo costituisce un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale.

[12] Il diritto alla libertà e alla sicurezza è sancito nell'art. 5 della CEDU e nel corrispondente art. 6 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Sull'ammissibilità del trattenimento e sulla sua incidenza sui diritti garantiti dalla CEDU e dalla Carta dei diritti fondamentali, sia consentito rinviare a R. PALLADINO, *La detenzione dei migranti. Regime europeo, competenze statali e diritti umani*, Napoli, 2018.

vrebbero essere considerati come "indicativi" e di per sé non determinanti, dovendosi ritenere esclusa qualunque forma di automatismo tra la sussistenza degli elementi stessi e il ricorso al trattenimento. A tal proposito, si evidenza il conforto che, al dato normativo, è offerto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, dalla quale si evince ogni valutazione inerente alla sussistenza del rischio di fuga deve fondarsi su un esame individuale della fattispecie in cui è coinvolto l'interessato[13]. Alla luce di siffatti principi dovrebbe, dunque, considerarsi non legittimo che le autorità nazionali procedano in maniera meccanica al trattenimento di coloro che presentino documenti falsi, attesa la necessità di una valutazione generale della situazione, caso per caso, che tenga conto prima di tutto di elementi quali l'età e la condizione di salute dei cittadini di paesi terzi interessati.

Su tale linea, nel testo di rifusione (art. 6, par. 2) viene precisato che la sussistenza di un rischio di fuga è determinata sulla base di una valutazione complessiva delle circostanze specifiche del caso individuale. Purtuttavia si presume, fino a prova contraria, un rischio di fuga in alcune ipotesi[14].

Si segnala una variazione nel *Partial General Approach* del Consiglio, che non considera queste ipotesi di presunzione come obbligatorie ma facoltative, tuttavia proponendo un ampliamento dell'elenco, ricomprendendo anche l'ingresso irregolare. Il che non è perfettamente in linea con la stessa direttiva rimpatri che, al considerando n. 6, afferma che le decisioni dovrebbero essere adottate caso per caso e tenendo conto di criteri obiettivi, "non limitandosi quindi a prendere in considerazione il semplice fatto del soggiorno irregolare"[15].

L'art. 18, par. 1, lett. c) della proposta di refusione introduce un nuovo motivo per la detenzione, ossia quello del pericolo per l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica. Si tratta di un motivo non previsto nel testo attualmente in vigore[16] e invece previsto nella direttiva accoglienza, in cui trova disciplina il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale[17].

---

[13] Cfr. sentenza del 6 dicembre 2012, causa C-430/11, *Md Sagor*, punto 41.

[14] Segnatamente quelle previste dall'art. 6, lett. m (uso di documenti d'identità falsi o contraffatti, distruzione o eliminazione di documenti esistenti, ovvero rifiuto di fornire le impronte digitali come richiesto dal diritto dell'Unione o nazionale); lett. n (opposizione violenta o fraudolenta all'operazione di rimpatrio); lett. o (inadempimento di una misura diretta a evitare il rischio di fuga) e lett. p (inosservanza di un divieto d'ingresso in vigore).

[15] Cfr. anche sentenza del 5 giugno 2014, causa C-146/14, *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, punto 40.

[16] Come acclarato anche dalla Corte di giustizia dell'UE nella sentenza del 30 novembre 2009, causa C-357/09, *Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)*.

[17] V. art. 8, par. 3, lett. *e*) della direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale. Si sottolinea che la Corte di giustizia (sentenza del 15 febbraio 2016, causa C-601/15, *J.N.* c. *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*) ha valutato tale previsione come conforme ai diritti fondamentali, in particolare rispetto al parametro rappresentato dall'art. 6 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE in rapporto all'art. 5 della CEDU.

Il ricorso al trattenimento si amplia, dunque, anche attraverso al riferimento ad un concetto, quello dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica, che non trova definizione univoca all'interno della direttiva. Sono, infatti, gli Stati a determinare le esigenze di ordine pubblico e di sicurezza pubblico, in relazione alle variabili esigenze nazionali. L'ampio margine di discrezionalità lasciato alle autorità degli Stati membri ha trovato valorizzazione anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia, laddove si sottolinea che non ogni riferimento, da parte del legislatore dell'Unione, alla nozione di "minaccia per l'ordine pubblico" deve necessariamente essere inteso nel senso che esso rinvia esclusivamente a un comportamento individuale che rappresenta una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave per un interesse fondamentale della società dello Stato membro interessato[18]. È tuttavia fondamentale contestualizzare il trattenimento come eccezionale compressione della libertà personale e quindi intendere le esigenze di ordine pubblico e di sicurezza nazionale in senso restrittivo. All'uopo può richiamarsi nuovamente l'insegnamento della Corte di giustizia secondo cui la portata delle esigenze di ordine pubblico e sicurezza nazionale "non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell'Unione"[19].

Infine, sempre in tema di trattenimento, il par. 5 dell'art. 18 della proposta di rifusione della direttiva rimpatri, prevede l'inserimento di un "periodo minimo di trattenimento" (non inferiore a 3 mesi), al fine di avere sufficiente tempo per completare le procedure di rimpatrio. Anche tale previsione solleva alcune criticità, specie considerando che nell'ottica di una misura privativa della libertà personale, quest'ultima dovrebbe avere la durata minore possibile. La previsione, che è posta in termini di obbligatorietà, potrebbe trovare deroga solo con riferimento ai minori, in linea con gli emendamenti del Consiglio rilevabili nel suo *Partial General Approach*.

2.2. Nella proposta di rifusione della direttiva rimpatri della Commissione del 2018, al fine di rafforzare l'efficacia delle procedure di rimpatrio, viene introdotto uno specifico obbligo di cooperazione, con lo scopo di stabilire chiare responsabilità in capo ai cittadini di paesi terzi in situazione di irregolarità. Secondo l'art. 7 della proposta di rifusione, gli Stati sono tenuti ad imporre ai cittadini di paesi terzi l'obbligo di cooperare con le autorità competenti in tutte le fasi della procedura di rimpatrio.

---

[18] Cfr., con riferimento all'art. 6, par. 1, del Codice frontiere Schengen, la sentenza del 12 dicembre 2019, causa C-380/18, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid* c. *E.P.*, punto 31.

[19] Così la sentenza dell'11 giugno 2015, causa C-554/13, *Z.Zh.* c. *Staatssecretaris voor Veiligheid en Justitie* e *Staatssecretaris voor Veiligheid en Justitie* c. *I.O.*

La previsione individua una pluralità di doveri che incombono in capo ai cittadini di paesi terzi, in specie: il dovere di fornire tutti gli elementi necessari a stabilire o verificare l'identità; il dovere di fornire informazioni sui paesi terzi attraversati; il dovere di rimanere presenti e a disposizione durante l'intero corso delle procedure; nonché il dovere di presentare richiesta alle autorità competenti dei paesi terzi al fine di ottenere un documento di viaggio valido.

Dall'analisi del *Partial General Approach* del Consiglio, emergono ulteriori elementi che possono essere letti nel senso di un inasprimento dell'obbligo di cooperazione. Si fa riferimento, in particolare, al dovere del cittadino di paese terzo di fornire i dati biometrici, oltre che un indirizzo affidabile, nonché tutte le informazioni e le dichiarazioni necessarie per ottenere un documento di viaggio valido.

L'enumerazione di siffatti doveri rileva evidentemente quanto alle conseguenze in caso di loro mancato rispetto. In primo luogo, il cittadino di paese terzo che viene meno agli obblighi di cooperazione non può godere della concessione di misure di assistenza, che comprendono il sostegno alla reintegrazione nel paese terzo di rimpatrio, così come previste dall'art. 14 della proposta di refusione.

In secondo luogo, il mancato rispetto dell'obbligo di cooperazione produce conseguenze in relazione al rimpatrio volontario e al trattenimento: infatti, l'inosservanza dell'obbligo di cooperare con le autorità competenti va ad integrare una delle ipotesi di "rischio di fuga" (in specie, prevista dall'art. 6, lett. j della proposta di refusione). Si sottolinea che si tratta di una delle ipotesi che – stando alla posizione del Consiglio espressa nel *Partial General Approach* – va ad integrare una presunzione di rischio di fuga, generando le conseguenze e criticità che sono state già oggetto di analisi *supra* al par. 2.1.

2.3. Muovendo dalla considerazione che la gran parte delle decisioni di rimpatrio sono determinate dalla situazione di irregolarità in cui vengono a versare richiedenti protezione internazionale a seguito del rigetto della relativa domanda di protezione, nel Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo è messa in più momenti in luce la necessità di un maggiore raccordo tra la disciplina dell'asilo e quella del rimpatrio.

Siffatta ottica concorda con alcune modifiche proposte dalla Commissione nella proposta di rifusione della direttiva rimpatri del 2018. Innanzitutto, con l'art. 8, par. 6, della proposta che prescrive agli Stati membri di emettere una decisione di rimpatrio nei confronti del cittadino di un Paese terzo immediatamente dopo l'adozione della decisione che pone fine al soggiorno regolare, in specie alla decisione di rigetto dello *status* di rifugia-

to o di protezione sussidiaria ai sensi di quello che sarà il nuovo regolamento qualifiche.

Tale raccordo produce, poi, riflessi sotto il profilo procedurale, conducendo complessivamente ad una compressione delle garanzie procedurali. Infatti, qualora la decisione di rimpatrio sia basata su una decisione di rigetto di una domanda di protezione internazionale che sia stata già oggetto di un riesame giudiziario effettivo (in conformità alle previsioni che saranno dettate dal futuro regolamento procedure[20]), è concesso il diritto di ricorso avverso la decisione di rimpatrio limitatamente ad un solo grado di giudizio[21]. Inoltre, è previsto un periodo non superiore a 5 giorni (art. 16, par. 4 della proposta di refusione), per poter presentare ricorso avverso la decisione di rimpatrio se tale decisione è conseguenza della decisione definitiva di rigetto di una domanda di protezione internazionale. Si tratta di un periodo brevissimo che non appare "materialmente sufficiente per la preparazione di un ricorso giurisdizionale efficace"[22].

Improntata alla rapidità è anche un'apposita procedura che è prefigurata nella Nuovo Patto e di cui vi è già traccia nella proposta di rifusione della direttiva rimpatri del 2018. Quale esito della procedura di accertamento pre-ingresso, nel Nuovo Patto (punto 2.1.) è illustrata una "procedura di frontiera fluida" che comprende gli accertamenti preliminari all'ingresso (screening che si applica a tutti i cittadini di paesi terzi che attraversano la frontiera esterna senza autorizzazione), una procedura di asilo e, se del caso, una procedura di rimpatrio rapido, combinando in tal modo processi attualmente distinti. Sul piano normativo, la disciplina sarà affidata ad un regolamento che introduce lo screening (proposta del 23 settembre)[23] e a delle norme sulle procedure di asilo e di rimpatrio alle frontiere riunite in un unico strumento legislativo.

Quanto alle modifiche che dovrebbero interessare la direttiva rimpatri, può prendersi in considerazione la "procedura di frontiera" disciplinata nell'art. 22 della proposta di refusione del 2018. Essa, appunto, impone

---

[20] Che andrà a sostituirsi alla direttiva attualmente in vigore: 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).

[21] Cfr. dell'art. 16, par. 1, secondo periodo aggiunto dalla proposta di rifusione. Sul punto, nel progetto di relazione della relatrice Tineke Strik in seno alla Commissione LIBE (cit. *sub* nota 6) si evidenzia l'incompatibilità di tale previsione con il principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri dell'UE.

[22] In questi termini, valutando in linea di principio la sufficienza di un termine di ricorso di quindici giorni per procedimenti abbreviati, v. sentenza del 28 luglio 2011, causa C-69/10, *Brahim Samba Diouf* c. *Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, punto 66.

[23] COM (2020) 612 fin., del 23 settembre 2020, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne e modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (UE) n. 2017/2226, (UE) n. 2018/1240 e (UE) n. 2019/817.

agli Stati membri di stabilire procedure di rimpatrio applicabili ai cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare soggetti a un obbligo di rimpatrio in seguito alla decisione di rigetto di una domanda di protezione internazionale.

Nel caso delle procedure di frontiera, "di regola" il periodo per la partenza volontaria non è concesso, salva l'ipotesi in cui i cittadini di paesi terzi siano in possesso di un documento di viaggio valido e rispettino l'obbligo di cooperare con le autorità degli Stati membri[24]. Inoltre, gli Stati possono prolungare il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale la cui domanda sia stata respinta, purché fossero già trattenuti ai sensi della direttiva accoglienza (art. 22, par. 7, della proposta di refusione).

Sotto il profilo procedurale, gli Stati membri concedono un periodo molto breve – non superiore a 48 ore (nella proposta della Commissione) oppure compreso tra 48 ore ed una settimana (nella versione proposta dal Consiglio nel *Partial General Approach*) – per presentare ricorso avverso le decisioni di rimpatrio basate sulla decisione definitiva di rigetto di una domanda di protezione internazionale alla frontiera o in zone di transito degli Stati membri.

Il ricorso non produce generalmente effetto sospensivo sull'esecuzione della decisione di rimpatrio (art. 22, par. 6, proposta della Commissione) salvo se sussista un rischio di violazione del principio di *non refoulement* e subordinatamente al realizzarsi di alcune condizioni, ossia; se, dopo la decisione di rigetto di una domanda di protezione internazionale, sono emersi, o sono stati addotti dal cittadino di paese terzo, elementi o risultanze nuove che modifichino sostanzialmente le circostanze specifiche del caso individuale; oppure se la decisione di rigetto di una domanda di protezione internazionale non è stata oggetto di un riesame giudiziario effettivo.

Nel loro complesso, in nome della speditezza e della rapidità, anche l'introduzione della procedura di frontiera sembra porsi quale elemento di sbilanciamento dell'impianto sotteso alla direttiva, comportando l'elisione della partenza volontaria e l'ampliamento dell'ambito di applicazione di misure privative della libertà personale. Inoltre, le previsioni che si intendono introdurre paiono comportare una compressione delle garanzie procedurali, rischiando di compromettere l'accesso ad un ricorso effettivo, che trova tutela nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE[25].

---

[24] In tal caso, gli Stati membri sono tenuti a concedere il periodo per la partenza volontaria, secondo la proposta della Commissione, mentre hanno la facoltà di farlo secondo gli emendamenti proposti nel *Partial General Approach* del Consiglio.

[25] Criticità in tal senso sono evidenziate dall'Agenzia europea per i diritti fondamentali (FRA) nell'opinione resa nel gennaio 2019 (FRA Opinion – 1/2019, *The recast Return Directive and its fundamental rights implications*, Vienna, 10 January 2019, spec. p. 32). Sull'importanza delle garanzie procedurali in questo tipo di procedura v. anche UNHCR,

3. Oltre alla modifica della direttiva rimpatri, anche il rafforzamento di strumenti operativi, cui si intende qui accennare, concorre alla realizzazione di un sistema comune europeo dei rimpatri.

In primis tra gli strumenti individuati, vi è la valorizzazione del ruolo di Frontex, che si pone in linea con il rafforzamento del suo mandato avvenuto ad opera del regolamento del 2019[26], inteso ad assicurare sostegno tecnico ed operativo agli Stati membri nelle operazioni di rimpatrio.

L'Agenzia dovrebbe divenire il braccio operativo della politica di rimpatrio dell'Unione europea, anche attraverso la nomina di un vicedirettore esecutivo appositamente dedicato e incorporando nel proprio consiglio di amministrazione maggiori competenze in materia di rimpatrio.

Inoltre, è prevista la nomina, da parte della Commissione, di una nuova figura: un "Coordinatore dei rimpatri" che dovrebbe essere coadiuvato da una nuova rete ad alto livello per i rimpatri. Al Coordinatore sarà assegnato il compito di fornire assistenza tecnica per riunire i vari aspetti della politica di rimpatrio dell'UE, basandosi sulle esperienze positive degli Stati membri nella gestione dei rimpatri e agevolando un'attuazione fluida e interconnessa del processo di rimpatrio.

Ulteriore forma di sostegno è quella interstatale. Può con ciò riferirsi alla prospettazione dei cd. "rimpatri sponsorizzati". Partendo da un approccio integrato alla politica in materia di migrazione e asilo, si mira a garantire un'equa ripartizione delle responsabilità (art. 80 TFUE) non solo con riferimento all'asilo ma anche con riferimento ai rimpatri, per cui gli Stati membri dell'UE forniscono ad uno Stato membro "sotto pressione" il sostegno necessario per rimpatriare rapidamente i cittadini di paesi terzi in situazione di irregolarità.

La proposta di regolamento sulla gestione dell'asilo e dell'immigrazione[27] prevede concretamente siffatti rimpatri sponsorizzati[28], facendoli rientrare nelle forme di solidarietà previste dall'art. 45 (par. 1, lett. b). Più nel dettaglio, l'art. 55 configura in capo agli Stati membri la facoltà di sponsorizzare i rimpatri, quale misura alternativa alla ricollocazione, adottando misure (previste nello specifico dal par. 4 dell'art. 55) per effettuare

---

EU Pact on Migration and Asylum – Practical considerations for fair and fast border procedures and solidarity in the European Union, 15 ottobre 2020.

[26] Regolamento (UE) n. 2019/1896 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2019, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea.

[27] COM (2020) 610 fin., del 23 settembre 2020, Proposta di regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione

[28] Oltre a meccanismi di cooperazione con i Paesi terzi – sui quali si veda il contributo di S. AMADEO e F. SPITALERI, *cit.* – in maniera complementare all'art. 25 bis del Codice Visa (Regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, che istituisce un codice comunitario dei visti, così come modificato dal Regolamento (UE) 2019/1155, del 20 giugno 2019).

il rimpatrio dei cittadini di paesi terzi agendo in stretto coordinamento con lo Stato membro beneficiario. È anche previsto un termine di 8 mesi entro cui i cittadini di Paesi terzi raggiunti da una decisione di rimpatrio debbano essere effettivamente allontanati; spirato tale termine, lo Stato membro che fornisce il sostegno al rimpatrio trasferisce le persone interessate sul proprio territorio.

4. Dalla complessiva lettura del Nuovo Patto, l'obiettivo del rafforzamento dell'efficacia dei rimpatri mostra un carattere prioritario e "trasversale" rispetto a tutti gli ambiti tematici affrontati. Da una parte, per il raggiungimento di tale obiettivo, la Commissione intende accordare un rilievo "fondamentale" alla promozione del rimpatrio volontario[29]. Di questa linea può trovarsi già traccia nella proposta di rifusione della direttiva rimpatri della Commissione del 2018 che prevede l'istituzione di programmi, demandati agli Stati membri, volti a sostenere (anche in termini di sostegno alla reintegrazione) il rimpatrio volontario dei cittadini di paesi terzi in situazione di irregolarità (art. 14 della proposta della Commissione).

Dall'altra parte, analizzando la proposta di rifusione del 2018, emerge che numerose modifiche al testo attualmente in vigore si dirigono nel verso della compressione della partenza volontaria. Si può in ciò evidenziare un'incrinatura dell'impianto della disciplina dei rimpatri e del principio di proporzionalità che, nell'insegnamento della Corte di giustizia, deve essere garantito nel corso di tutte le fasi della procedura di rimpatrio e a cui è, appunto, ricollegata la concessione di un periodo per la partenza volontaria[30]. Più in generale, la compressione riguarda anche il corredo di "garanzie giuridiche comuni" atte ad assicurare un giusto equilibrio tra efficacia della politica di rimpatrio e tutela dei diritti fondamentali e della dignità dei cittadini di paesi terzi soggetti a rimpatri. Esemplificative sono le modifiche analizzate nei paragrafi precedenti che tendenzialmente conducono ad un'applicazione generalizzata delle misure privative della libertà personale, nonché quelle che limitano le garanzie procedurali anche nell'ambito della nuova procedura di frontiera.

Se la proposta di rifusione del 2018 rappresenta, come si è detto, la "base di partenza" per la riscrittura delle nuove regole sui rimpatri, un riequilibrio delle diverse istanze sottese alla disciplina europea potrebbe trovare spazio in seno al Parlamento europeo, nella condivisione del potere legislativo con il Consiglio. Una linea di maggiore garanzia dei diritti dei cittadini di paesi terzi soggetti alla procedura di rimpatrio è emersa, d'altro canto, in seno alla Commissione LIBE, in particolar nel progetto di Rela-

[29] COM (2020) 609 fin., *cit.*, punto 2.5.
[30] Cfr. El Dridi, *cit.*, punto 41 e Zh. e O., *cit.,* punto 49.

zione del febbraio 2020[31]. Condivisibile è, ad esempio, l'emendamento volto alla soppressione dell'art. 6 della proposta di refusione, in considerazione del lungo elenco e dell'ampia formulazione delle ipotesi che integrano il "rischio di fuga", talora integranti una presunzione di sussistenza del rischio stesso. Auspicabile è anche una modifica dell'art. 7 della proposta di rifusione (obbligo di cooperazione) che, sposando il principio della reciproca cooperazione tra rimpatriando e autorità preposte al rimpatrio, potrebbe contemplare gli obblighi di informazione degli Stati membri in ordine a tutte le fasi della procedura, ricomprendendo anche il diritto ad essere ascoltato, così come previsto dalla Corte di giustizia[32].

Infine, un reale riequilibrio delle istanze di efficacia e quelle di tutela dei diritti dei rimpatriandi discenderebbe dalla più compiuta disciplina, a livello europeo, del trattenimento dei migranti – che all'epoca dell'adozione della direttiva 2008/115/CE le valse l'appellativo di "direttiva della vergogna" – e specialmente delle misure alternative meno coercitive. Una più precisa definizione di queste ultime, così come l'introduzione di un attento scrutinio in ordine alla loro prioritaria applicazione, varrebbe infatti a circoscrivere il ricorso ad una misura limitativa della libertà personale sancita nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE (art. 6) e subordinata al rispetto dei principi di necessità e di proporzionalità (art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali).

[31] Cit. *sub* nota 6.

[32] sentenza dell'11 dicembre 2014, causa C-249/13, *Khaled Boudjlida* c. *Préfet des Pyrénées-Atlantiques*.

ABSTRACT

NUOVO PATTO SULLA MIGRAZIONE E L'ASILO: VERSO NUOVE REGOLE SUI RIMPATRI

Con il "Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo" del 23 settembre 2020, la Commissione europea ha rinnovato l'obiettivo di una gestione dell'immigrazione irregolare più efficiente, mirando allo sviluppo di un sistema europeo comune per i rimpatri. La principale misura è rappresentata dalla rifusione della direttiva rimpatri (direttiva 2008/115/CE), con l'obiettivo di fare fronte ad alcune problematiche ritenute strettamente connesse alla scarsa efficacia dei rimpatri. Questo scritto, pertanto, dedica particolare attenzione alla proposta di rifusione della Commissione del 2018, quale "base di partenza" per riflettere sulle modifiche che interesseranno la disciplina dei rimpatri e sulla effettiva capacità di porsi quale giusto punto di equilibrio tra l'obiettivo di rafforzamento dell'efficacia dei rimpatri e la tutela dei diritti fondamentali e della dignità dei migranti.

NEW PACT ON MIGRATION AND ASYLUM: TOWARDS NEW RULES ON RETURNS

With the "New Pact on Migration and Asylum" of 23 September 2020, the European Commission renewed the objective of a more efficient management of irregular immigration, aiming at the development of a common European system for returns. The main measure consists in amending the Return Directive (Directive 2008/115/EC), in order to address some issues considered strictly related to the low effectiveness of returns. Therefore, this paper pays particular attention to the Commission's 2018 proposal amending the Return Directive, as a "starting point" to assess the new rules on returns, as well as their right balance between the objective of strengthening the effectiveness of returns and the protection of the fundamental rights and dignity of migrants.

Anna Pitrone·

La questione irrisolta del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali degli stranieri

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La disciplina UE sul favoreggiamento dell'immigrazione illegale. – 3. I tentativi di riforma. – 4. Gli Orientamenti per l'attuazione delle norme UE sul favoreggiamento. – 5. La situazione in Italia. – 6. (*segue*) e quella negli altri Stati membri. – 7. Conclusioni.

1. In questi ultimi anni, le operazioni di ricerca e soccorso in mare condotte nel Mediterraneo dalle ONG hanno contribuito in maniera significativa a prevenire il naufragio e la morte di migliaia di migranti[1]. La loro attività, tuttavia, è stata ostacolata da misure nazionali differenziate sul reato di favoreggiamento dell'immigrazione illegale. Nell'ordinamento italiano, in particolare, le indagini giudiziarie (seguite spesso da rinvii a giudizio e da assoluzioni) hanno riguardato, sia la complicità con organizzazioni criminali, sia la diretta commissione di tale reato[2].

Purtroppo, il nuovo Patto per la migrazione e l'asilo[3] rappresenta un'occasione sprecata per intervenire sulla configurazione della fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione illegale a seguito di operazioni di salvataggio in mare e/o nell'attività di assistenza umanitaria a favore delle persone in attesa di ottenere la protezione internazionale. Abbandonata l'intenzione di proporre ai co-legislatori dell'Unione la modifica della normativa vigente, la Commissione ha scelto di adottare soltanto degli Orientamenti a carattere non vincolante[4], che contengono solo un *restatement* degli obblighi internazionali al cui rispetto sono tenuti gli Stati membri e l'Unione in quanto tale. Nonostante il meritevole intento di evitare la cri-

---

· Professore associato di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Messina.

[1] Si veda I. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative,* in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2017, sulle norme applicabili alle operazioni di ricerca e soccorso in mare e sulla possibilità di applicarle ai casi in cui tali operazioni sono condotte da organizzazioni non governative.

[2] F. FERRI, *Il Codice di condotta per le ONG e i diritti dei migranti: fra diritto internazionale e politiche europee*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 189 ss.

[3] COM (2020) 609 fin., del 23 settembre 2020, comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Un nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo. Per una prima lettura, si veda P. DE PASQUALE, *Il Patto per la migrazione e l'asilo: più ombre che luci*, in questo *Focus, i Post di Aisdue,* 2020, p. 1 ss.

[4] C(2020) 6470 fin., 23 September 2020, Communication from the Commission, Commission Guidance on the implementation of EU rules on definition and prevention of the facilitation of unauthorised entry, transit and residence.

minalizzazione dell'assistenza umanitaria, sarebbe stato indubbiamente preferibile promuovere una riforma che tenesse conto dei limiti e delle lacune della normativa vigente. La discrezionalità che la normativa dell'Unione sul reato in parola lascia agli Stati membri ha, infatti, prodotto una situazione di incertezza che colloca le medesime ONG in una "zona grigia" del diritto applicabile[5]. In alcuni casi, il contesto legislativo vigente ha contribuito all'effetto deterrente delle attività umanitarie e, in sostanza, ad un atteggiamento di "collective indifference"[6].

La scelta di affidare ad uno strumento di *soft law* la risposta ad una questione ormai matura per una radicale modifica sembra porsi in linea con l'approccio generale "moderato e conservatore" dell'intero pacchetto di proposte della Commissione sulla migrazione[7].

In riferimento al traffico di migranti, la Commissione si limita sostanzialmente ad annunciare la presentazione, nel secondo semestre 2021[8], di un nuovo Piano d'azione che dovrà concentrarsi sulla lotta alle reti criminali. In linea con la "strategia per l'Unione della sicurezza", tale Piano rafforzerà la cooperazione e il sostegno all'attività delle autorità di contrasto per combattere il traffico di migranti e la tratta di esseri umani. Purtroppo, nient'altro che un "promemoria" programmatico.

Nel presente commento, dopo aver esposto la questione nella prospettiva del diritto dell'Unione, ci è apparso utile sintetizzare l'intricato scenario fattuale e giuridico, anche al fine di evidenziare l'opportunità di un intervento giuridico-istituzionale. La questione registra un aspro dibattito politico-ideologico e posizioni diversificate fra gli Stati membri. Al riguardo è utile ricordare che una soluzione rispettosa del bilanciamento degli equilibri in gioco appare di primario rilievo perché riguarda la vita di migliaia di persone e la civiltà dei valori umanitari che caratterizza l'Europa.

2. Per molto tempo, in assenza di specifiche previsioni nei trattati istitutivi[9], l'unico riferimento al traffico di migranti, il c.d. *smuggling*, era contenuto nella Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (art. 77, par. 1), che impegnava gli Stati parte a stabilire sanzioni appropriate

---

[5] J. ALLSOPP, *Solidarity, smuggling and the European Refugee Crisis: Civil Society and its Discontents,* in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2017, p. 9.

[6] T. BASARAN, *The saved and the drowned: Governing indifference in the name of security*, in *Security Dialogue*, 2015, p. 205 ss.

[7] Sulle critiche al Patto si veda A. DI PASCALE, *Il nuovo patto per l'immigrazione e l'asilo: scontentare tutti per accontentare tutti*, in *rivista.eurojus.it*, 2020; C. FAVILLI, *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo: "c'è qualcosa di nuovo, anzi di antico"*, in *Questione Giustizia*, 2 ottobre 2020.

[8] Tabella di marcia allegata alla comunicazione della Commissione COM (2020) 609, cit.

[9] Sul traffico dei migranti ed il diritto primario dell'Unione, si veda M. CARTA, *La disciplina del traffico di migranti: prospettive di riforma nel sistema UE,* in *federalismi.it*, 2016.

nei confronti di chiunque aiutasse o tentasse di aiutare, a scopo di lucro, uno straniero ad entrare o a soggiornare illegalmente nel territorio di uno Stato parte.

Con il consolidamento della competenza in materia penale dell'Unione, è stato adottato il c.d. "pacchetto sul favoreggiamento", che comprende due strumenti giuridici: la direttiva 2002/90/CE del Consiglio volta a stabilire una definizione comune del reato di favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali e la decisione quadro 2002/946/GAI che stabilisce sanzioni penali per tale condotta[10].

La direttiva 2002/90/CE costituisce, nella definizione del reato in oggetto, un passo indietro rispetto alla disposizione previgente, nella misura in cui punisce l'aiuto intenzionale prestato al cittadino di Stato terzo ad entrare o a transitare illegalmente nel territorio di uno Stato membro, senza alcun riferimento all'eventuale scopo di lucro; tale condizione è invece prevista per la punizione di chi aiuta intenzionalmente il cittadino di Stato terzo a soggiornare illegalmente in uno Stato membro (art. 1, par. 1). La direttiva prevede poi che gli Stati membri possano decidere di non sanzionare comportamenti che abbiano lo scopo di prestare assistenza umanitaria allo straniero (*ivi*, par. 2). Tuttavia, gli Stati che hanno introdotto tale deroga nella propria legislazione interna costituiscono una minoranza[11].

Tale normativa appare di discutibile compatibilità con il *Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aerea*[12], a cui l'Unione europea ha aderito nel 2006[13]. Infatti, tale

---

[10] Direttiva 2002/90/CE del Consiglio, del 28 novembre 2002, volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, Decisione 2002/946/GAI del Consiglio europeo, del 28 novembre 2002. La scelta di separare la disciplina in due distinti atti è stata determinata dalle diverse basi giuridiche: la direttiva ha base giuridica "comunitaria", in quanto trova fondamento negli allora articoli 61 lett. a) e 63, punto 3), lett. b) del TCE, la decisione quadro trova invece fondamento negli allora articoli 29, 31, lett. e) e 34, par. 2, lett. b) del TUE. Si veda G. CAGGIANO, *Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione nello Spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia*, in AA. VV., *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, Torino, III ed., 2020, p. 5 ss.

[11] Belgio, Grecia, Spagna, Finlandia, Francia, Croazia e Italia. Le scelte legislative di questi Stati sono peraltro molto diverse fra loro. Si veda C(2020) 6470 fin., cit., p. 5.

[12] Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, A/RES/55/25 del 15 novembre 2000.

[13] Decisione 2006/618/CE del Consiglio, del 24 luglio 2006 , relativa alla conclusione, a nome della Comunità europea, del protocollo per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare donne e bambini, allegato alla convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale relativamente alle disposizioni del protocollo nella misura in cui rientrano nell'ambito di applicazione degli articoli 179 e 181 A del trattato che istituisce la Comunità europea; decisione 2006/619/CE del Consiglio, del 24 luglio 2006, relativa alla conclusione, a nome della Comunità europea, del protocollo per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare donne e bambini, allegato alla convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale relativamente alle disposizioni del protocollo nella misura in cui rientrano nell'ambito di applicazione della parte terza, titolo IV, del trattato che istituisce la Comunità europea.

protocollo definisce il traffico di migranti "the procurement, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a State Party of which the person is not a national or a permanent resident" (art. 3). Una siffatta formulazione esclude dal campo di applicazione le organizzazioni che prestano ai migranti assistenza umanitaria. Il Protocollo specifica che affinché una condotta possa essere considerata reato deve contenere l'intenzione di ottenere, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o altro vantaggio materiale (art. 6). Infine, in linea con il suo obiettivo di proteggere i diritti dei migranti trafficati, il Protocollo delle Nazioni Unite vieta la criminalizzazione delle stesse persone trafficate (art. 5), a differenza della direttiva 2002/90/CE, che si limita alla definizione del reato di favoreggiamento.

Anzitutto, la mancanza di una definizione dell'assistenza umanitaria ha lasciato un ampio margine di discrezionalità agli Stati membri, anche a quei pochi Stati che hanno recepito la citata deroga per motivi di assistenza umanitaria. Tale deroga, inoltre, limitata all'agevolazione dell'ingresso o del transito illegali, non esclude dalla criminalizzazione chi potrebbe facilitare il soggiorno irregolare, involontariamente o senza guadagno finanziario, ovvero chi, a fronte di un'assistenza al soggiorno, chiede una remunerazione equa e non sfruttatrice per i propri servizi.

La possibile criminalizzazione dell'assistenza umanitaria, inoltre, costituisce anche una violazione di altri obblighi internazionali. Così, il diritto di asilo potrebbe essere violato, nella misura in cui la criminalizzazione di individui e gruppi che assistono le persone che intendono esercitare il loro diritto di chiedere asilo limita la capacità di questi ultimi di farlo; stesse considerazioni valgono nel caso di migranti che rischiano di essere rimpatriati o respinti in violazione del principio di non respingimento. Infine, la criminalizzazione dell'assistenza umanitaria può coinvolgere anche la violazione del diritto alla vita. In questo senso, il relatore ONU sulle esecuzioni extragiudiziali, sommarie o arbitrarie ha sottolineato come "Acts prohibiting or otherwise impeding humanitarian services violate State's obligation to respect the right to life. Any death that may be linked to such prohibition would constitute an arbitrary deprivation of life" [14].

In definitiva, la vigente normativa dell'Unione contiene ambiguità definitorie che, unitamente all'ampia discrezionalità lasciata agli Stati membri, non riesce ad escludere la violazione dei diritti umani di migranti e profughi, insieme ai diritti di chi non svolge assistenza umanitaria.

[14] Report of the Special Rapporteur of the Human Rights Council on extrajudicial, summary or arbitrary executions, 6 August 2018, p. 26.

3. In occasione dell'adozione del Piano d'azione dell'UE contro il traffico dei migranti (2015-2020)[15], la Commissione anticipava la necessità di una riflessione sulla modernizzazione delle norme vigenti, realizzatasi poi attraverso una consultazione pubblica ed una successiva valutazione Refit[16]. Quest'ultima ha confermato la necessità di limitare la definizione del reato in parola, includendo il requisito del beneficio materiale (o di altro tipo) e/o la previsione di un'esenzione obbligatoria per l'attività degli operatori umanitari[17].

In quell'occasione, tuttavia, la Commissione ha specificato che il requisito dello scopo di lucro è utile solo per fattispecie di favoreggiamento del soggiorno illegale in cui eventuali pagamenti sono più facilmente tracciabili perché avvengono sul territorio degli Stati membri. Diversamente, prima dell'ingresso risulta difficile tracciare i pagamenti effettuati dai migranti ai trafficanti, effettuati nei Paesi di origine e/o di transito. Tale difficoltà potrebbe intralciare le indagini relative a tali reati ed il conseguente perseguimento degli stessi; diversamente, nel caso del soggiorno irregolare[18]. Questa distinzione appare davvero opinabile perché è evidente che in un ambito criminale il trasferimento di denaro avviene esclusivamente in contanti.

Quanto alla possibilità di rendere obbligatoria l'esenzione dell'assistenza umanitaria, ivi compresa quella durante il soggiorno, la Commissione non ha ritenuto necessaria una revisione del quadro normativo. Ancora una volta si è limitata a proporre uno scambio più efficace di informazioni e buone pratiche tra pubblici ministeri, forze dell'ordine e società civile. Evidentemente, non ha ritenuto che simili modifiche avessero una qualche possibilità di essere accettate dalla maggior parte degli Stati membri.

Anche il Parlamento europeo è intervenuto sulla questione con apposita risoluzione, ha invitato gli Stati membri a recepire la deroga per motivi di assistenza umanitaria prevista dalla direttiva sul favoreggiamento ed ha esortato la Commissione ad adottare orientamenti destinati agli Stati membri al fine di chiarire quali forme di favoreggiamento non dovrebbero essere configurate come reato[19].

---

[15] COM (2015) 285 fin., del 27 maggio 2015, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Piano d'azione dell'UE contro il traffico di migranti (2015 - 2020).

[16] Programma della Commissione di controllo dell'adeguatezza e dell'efficacia della regolamentazione.

[17] SWD(2017) 117 fin., 22 march 2017, Commission staff working document, Refit evaluation of the EU legal framework against facilitation of unauthorised entry, transit and residence: the Facilitators Package.

[18] SWD(2017) 117 fin., pp. 9 e 10.

[19] Risoluzione del Parlamento europeo, del 5 luglio 2018, su orientamenti destinati agli Stati membri per prevenire la configurazione come reato dell'assistenza umanitaria.

4. Negli Orientamenti per l'attuazione delle norme UE relative al favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali[20], la Commissione si concentra sulla definizione del reato di favoreggiamento dell'immigrazione illegale.

Anzitutto gli Orientamenti richiamano il Protocollo alla Convenzione di Palermo, riprendendone la definizione del traffico di migranti (articolo 3), nonché l'interpretazione che l'Ufficio delle Nazioni Unite per il controllo della droga e la prevenzione del crimine (UNODC) ha fornito del profitto economico, considerato la finalità stessa del traffico di migranti, e la ragione del coinvolgimento crescente di gruppi criminali organizzati in questo reato. La Commissione sottolinea che la Guida legislativa per l'applicazione della Convenzione di Palermo afferma "that the reference to "financial or other material benefit" was indeed intended to exclude groups with purely political or social motives", e abbia invitato gli Stati "to include safeguards to ensure that faith-based organizations, civil society and individuals acting without any purpose to obtain a financial or other material benefit are excluded from the application of smuggling offences while ensuring that such exclusion cannot be used as a loophole to escape justice".

Gli Orientamenti forniscono poi un'interpretazione all'articolo 1 della direttiva 2002/90/CE[21] "ancorata" a vari strumenti di diritto internazionale[22]. Il diritto convenzionale, come il diritto consuetudinario, impone agli Stati l'obbligo di richiedere ai comandanti di navi (battenti la bandiera nazionale) di assistere le persone e/o le navi in pericolo, nella misura in cui possono farlo senza gravi pericoli per la nave, l'equipaggio ed i passeggeri. Pertanto, la direttiva non può essere interpretata nel senso di punire tali attività di salvataggio. La criminalizzazione delle ONG e di altri attori non statali che svolgono operazioni di ricerca e soccorso in mare costituisce una violazione del diritto internazionale e in quanto tale non è consentita dal diritto UE. La qualificazione di un atto (quale espressione di attività di assistenza umanitaria) deve essere effettuata caso per caso tenendo conto di tutte le circostanze pertinenti.

La Commissione, infine, invita gli Stati membri che non lo hanno ancora fatto, ad attuare nella propria legislazione la clausola facoltativa (art. 1, par. 2, della direttiva sul favoreggiamento). Ciò al fine di rispondere alle crescenti preoccupazioni delle organizzazioni che forniscono assistenza

---

[20] Per un primo commento, si veda A. MARLETTA, *The Commission 'Guidance' on facilitation and humanitarian assistance to migrants*, in *EU Law Analysis*, 29 September 2020.

[21] Vedi *infra*, par. 2.

[22] Per un approfondimento si veda 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.

umanitaria, che negli ultimi anni hanno operato in conflitto con le autorità nazionali, con il rischio di sanzioni penali e/o amministrative.

5. A questo punto del nostro commento, ci appare utile ricordare il contesto fattuale e giuridico in cui la questione si è posta e sviluppata.

L'inizio delle attività di soccorso in mare su larga scala ad opera delle ONG risale alla sospensione della operazione italiana *Mare Nostrum* che lasciava un vuoto significativo nella capacità di soccorso nel Mediterraneo centrale[23]. Di conseguenza, nel nostro Paese sono state avviate nei loro confronti numerose indagini giudiziarie per favoreggiamento dell'immigrazione illegale, accompagnate da iniziative governative volte a limitare e, persino, ad impedire le relative attività di soccorso.

Le indagini avviate dalle procure italiane riguardano il reato di favoreggiamento dell'immigrazione illegale disciplinato dall'art. 12 del TU sull'immigrazione. Tale norma punisce chiunque, in violazione delle disposizioni del TU, promuova, diriga, organizzi, finanzi o effettui il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato, con una multa di 15.000 euro a persona e la reclusione fino a 5 anni, ovvero sino a 15 anni se il fatto riguarda l'ingresso di cinque o più persone; è inoltre prevista la confisca del mezzo di trasporto utilizzato.

Come è stato osservato, la distinzione, prevista nell'ordinamento italiano, tra ingresso irregolare e ingresso a seguito di un'operazione di soccorso determinava l'irrilevanza penale delle condotte delle ONG di trasporto nel territorio dello Stato poste in essere immediatamente dopo il salvataggio in mare, a completamento dell'obbligo di soccorso sancito dalle convenzioni internazionali e dallo stesso Codice della navigazione[24]. Tuttavia, malgrado

---

[23] *Mare Nostrum* è stata sostituita dall'operazione a guida europea *Triton*; le differenze tra le due operazioni sono, però, significative: *Mare nostrum* operava fino in acque internazionali con un costo di oltre nove milioni di euro al mese e l'impiego di circa un migliaio di militari e numerosi mezzi aeronavali. *Triton* era destinata ad operare nel Mediterraneo centrale, con un budget mensile di poco meno di tre milioni di euro e personale e mezzi aeronavali sensibilmente più ridotti. Si veda A. ANNONI, *Il ruolo delle operazioni Triton e Sophia nella repressione della tratta di esseri umani e del traffico di migranti*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2017, p. 829 ss.

[24] 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. Gli AA. richiamano le posizioni della Corte di cassazione secondo cui i migranti tratti in salvo in acque internazionali e successivamente trasportati in Italia per necessità di pubblico soccorso non possono considerarsi entrati illegalmente e pertanto non possono considerarsi autori del reato di cui all'art. 10-*bis* del T.U. immigrazione (Cass. pen., sez. I, 16.11.2016 n. 53691, Alli; in precedenza, nello stesso senso, Cass. pen., sez. un., 28.4.2016, n. 40517, Taysir; Cass. pen., sez. I, 1.10.2015, n. 39719, Mohammed). Tale principio, viene sottolineato, è stato affermato nel contesto, diverso da quello qui in esame, dell'utilizzabilità processuale delle dichiarazioni accusatorie rilasciate dai migranti nei confronti degli scafisti, la quale soggiacerebbe a requisiti più restrittivi laddove i dichiaranti fossero indagati per un reato connesso a quello di favoreggiamento, quale appunto la contravvenzione *ex* art. 10-*bis* del T.U. immigrazione. Esso riveste nondimeno una portata ben più

le procure procedessero al dissequestro delle navi ed all'archiviazione delle indagini avviate, la riprovazione delle attività delle ONG è stata posta al centro di una campagna politica e ideologica d'odio e di disinformazione.

Dal punto di vista dell'azione del governo italiano in carica merita di essere ricordato il "Codice di condotta per le ONG coinvolte nel salvataggio di migranti in mare" (di seguito "Codice") a cura del Ministero dell'Interno Con tale strumento di discutibile qualificazione nelle fonti normative[25], le autorità italiane intendevano limitare gli sbarchi in Italia, nonché incalzare gli altri Stati membri a condividere le responsabilità legate all'accoglienza di rifugiati e migranti. Infatti, il preambolo del Codice affermava che l'obiettivo delle autorità italiane è la tutela del diritto alla vita, ma sottolineava che i salvataggi non possono essere visti separatamente da "un percorso di accoglienza sostenibile condiviso con altri Stati membri" sulla base del principio di solidarietà europea.

Il Codice elencava dunque i requisiti che le ONG erano chiamate a soddisfare, fra i quali il rispetto del divieto di entrare nelle acque territoriali libiche, del divieto di comunicare o inviare segnalazioni luminose per agevolare la partenza e l'imbarco di natanti che trasportano migranti, se non per compiere operazioni di ricerca e soccorso; nonché l'obbligo di non trasferire su altre navi i migranti soccorsi, tranne che in caso di richiesta al Centro di coordinamento per il salvataggio in mare. Il Codice prevedeva inoltre la possibilità che le autorità italiane competenti inviassero a bordo delle navi delle ONG funzionari di polizia giudiziaria per raccogliere informazioni e prove finalizzate alle indagini sul traffico di migranti e/o la tratta di esseri umani. Il documento, peraltro, si concludeva con la previsione che la mancata sottoscrizione del Codice da parte delle ONG o l'inosservanza degli impegni in esso previsti poteva comportare l'adozione di misure sanzionatorie da parte delle autorità italiane.

Alcuni Stati membri hanno appoggiato tale Codice nella Dichiarazione di Parigi, rilasciata il 28 agosto 2017 al termine del vertice sui flussi migratori nel Mediterraneo centrale, nella quale i capi di Stato e di governo di Francia, Germania e Spagna; anche l'Alta Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza ha accolto "con favore" il Codice, invitando tutte le ONG che agiscono nella rotta del Mediterraneo centrale a firmarlo ed a rispettarlo.

Tuttavia, non si può negare che l'adozione del Codice ha di fatto "institutionalised suspicion and introduced exceptional rules solely for civil society", ed ha "facilitated and encouraged the criminalisation of the remain-

---

ampia, in quanto chiarisce inequivocabilmente che, nel nostro ordinamento, vi è una distinzione tra ingresso irregolare e ingresso avvenuto in esito a un'operazione di soccorso.

[25] F. FERRI, *Il Codice di condotta per le ONG e i diritti dei migranti: fra diritto internazionale e politiche europee*, cit.

ing organisations operating in the Mediterranean. It subsequently became an additional means for "judicial harassment' of various organisations regarding their flag state, intimidation and arrests of the staff and seizures of boats, so that life-saving humanitarian operations would not continue"[26].

Al Codice di condotta sono state affiancate alcune circolari (denominate direttive) del Ministro dell'Interno[27] indirizzate alle autorità responsabili dei controlli alle frontiere marittime affinché impedissero l'ingresso e lo sbarco in Italia di navi che avevano effettuato operazioni di soccorso in violazione della normativa internazionale sul diritto del mare e quindi pregiudizievoli l'ordine e la sicurezza pubblica. Alcune direttive vietavano in particolare l'ingresso di specifiche navi di ONG che avevano appena intrapreso o stavano per intraprendere operazioni di soccorso in modi ritenuti contrari alle disposizioni del diritto del mare. In queste direttive, il Ministro dell'Interno ha accusato le navi delle ONG di condurre operazioni di salvataggio in modo autonomo o di ignorare le istruzioni delle autorità marittime competenti; di sfruttare gli obblighi di ricerca e salvataggio per i propri fini; di prestarsi ad essere utilizzate dai trafficanti per i loro fini criminali, incentivando così gli attraversamenti irregolari; di effettuare trasporti "programmati e intenzionali" di migranti verso l'Europa, facilitando così l'ingresso irregolare di cittadini stranieri non autorizzati.

Sulla (il)legittimità di tali atti sono intervenuti con una lettera del 19 maggio 2019 i Relatori Speciali delle Nazioni Unite indirizzata al Ministro italiano degli Affari Esteri[28]. In tale lettera si solleva la questione della compatibilità delle direttive con il diritto internazionale vigente; l'approccio seguito dalle autorità italiane nelle direttive, in assenza di una decisione giudiziaria, avrebbe comportato la criminalizzazione dei soggetti operanti nell'ambito della ricerca e del soccorso in mare.

Nonostante tali indicazioni, qualche settimana dopo, il Governo italiano ha approvato il "decreto sicurezza-*bis*", convertito in legge, con alcuni

---

[26] S. CARRERA, E. GUILD, A. ALIVERTI, J. ALLSOPP, M. MANIERI, M. LEVOY, *Fit for Purpose? The Facilitation Directive and the Criminalisation of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants,* Study for the European Parliament's LIBE Committee, 2016.

[27] Direttive nn. 14100/141(8) del Ministro dell'Interno, datate 18 marzo 2019, 28 marzo 2019, 4 aprile 2019, 16 aprile 2019 e 15 maggio 2019, recanti disposizioni per il coordinamento unificato dell'attività di sorveglianza delle frontiere marittime e per il contrasto dell'immigrazione illegale *ex* art. 11 del d.lgs n. 286/1998.

[28] AL ITA 4/2019 Mandates of the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders; the Independent Expert on human rights and international solidarity; the Special Rapporteur on the human rights of migrants; the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance; the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment; and the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children, 15 May.

emendamenti, nell'agosto 2019[29]. In riferimento alle attività di soccorso in mare, il decreto stabilisce che il Ministro dell'Interno può limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale per ragioni di ordine e sicurezza, ovvero quando sia stato violato il TU sull'immigrazione o sia posto in essere il reato di "favoreggiamento dell'immigrazione clandestina". Si prevede una sanzione che va da un minimo di 150 mila euro a un massimo di un milione di euro per il comandante della nave "in caso di violazione del divieto di ingresso, transito o sosta in acque territoriali italiane". Come sanzione aggiuntiva è previsto anche il sequestro della nave, che, se confermato, comporta che la nave diventi di proprietà dello Stato, che potrà usarla o venderla, oppure distruggerla dopo due anni dalla confisca[30].

Tali misure hanno inevitabilmente ostacolato l'attività di ricerca e soccorso delle ONG, che hanno dovuto operare in un contesto operativo e giudiziario ostile[31].

Da ultimo, anche l'emergenza sanitaria ha fornito l'occasione al governo italiano per ostacolare le operazioni di ricerca e soccorso delle ONG. Con decreto interministeriale del 7 aprile u.s.[32] "per l'intero periodo di durata dell'emergenza sanitaria nazionale derivante dalla diffusione del virus COVID-19, i porti italiani non assicurano i necessari requisiti per la classificazione e definizione di *Place of Safety* ("luogo sicuro"), in virtù di quanto previsto dalla Convenzione di Amburgo, sulla ricerca e salvataggio marit-

---

[29] D. l. n. 53/2019, convertito, con modificazioni, con l. n. 77/2019, v. G. CATALDI, *L'impossibile "interpretazione conforme" del decreto "sicurezza bis" alle norme internazionali sul soccorso in mare*, in *Questione Giustizia*, 2020. Per una disamina del primo decreto sicurezza e sulla compatibilità con il diritto internazionale si veda G. CAGGIANO, *Le recenti modifiche della legge "Salvini" su immigrazione e asilo nella prospettiva del diritto dell'Unione europea e della CEDU,* in AA. VV., *Annali Aisdue*, vol. I, Bari, 2020, p. 249.

[30] Il decreto-legge 21 ottobre 2020, n. 130, ha modificato anche il decreto sicurezza-*bis*; con riferimento al soccorso in mare, resta in piedi il principio secondo cui il Ministro dell'Interno può vietare l'ingresso e il transito in acque italiane a navi non militari. Tuttavia, tale previsione non si applica se queste navi hanno effettuato soccorsi in ossequio alla normativa internazionale ed hanno comunicato le operazioni alle autorità competenti (e nel caso di navi straniere, al loro stato di bandiera).

[31] G. BEVILACQUA, *Italy versus NGOs: The controversial Interpretation and Implementation of Search and Rescue Obligations in the context of Migration at Sea*, in *Italian Yearbook of International law*, 2018, p. 11 ss.; E. CUSUMANO, M. VILLA, *Sea Rescue NGOs: a Pull Factor of Irregular Migration?,* Policy Brief. Migration Policy Centre Robert Schuman Centre for Advanced Studies. European University Institute, Issue 2019/22, November 2019; L. MASERA, *L'incriminazione dei soccorsi in mare: dobbiamo rassegnarci al disuman*o?, in *Questione Giustizia*, 2018.

[32] Decreto Interministeriale n. 150 del 7 aprile 2020. Sulle perplessità che il decreto suscita, sia per la scelta dello strumento, che per il contenuto si veda F. MUNARI, *Il decreto interministeriale per gestire l'emergenza Covid-19 nell'ambito degli obblighi dell'Italia ai sensi della Convenzione Sar: l'insostenibile "intermittaenza del luogo sicuro per i migranti diretti verso l'Italia,* in *Sidiblog*, 16 aprile 2020; A. M. PELLICONI, M. GOLDONI, *La banalità dei proti chiusi per decreto. Osservazioni sui profili di legittimità del decreto interministeriale 150/2000*, in *Diritto, Immigrazione e cittadinanza*, 2020.

timo, per i casi di soccorso effettuati da parte di unità navali battenti bandiera straniera al di fuori dell'area SAR italiana" (art.1). Restano esclusi, dunque, dall'applicazione del decreto le operazioni di soccorso all'interno dell'area SAR, effettuati da navi italiane.

6. Una nota dell'Agenzia dell'UE per i diritti fondamentali (FRA)[33] ha denunciato la tendenza a criminalizzare le operazioni di ricerca e soccorso nel Mar Mediterraneo svolte da organizzazioni non governative o altri enti privati: in tre dei quattro Stati membri dell'UE - Grecia, Italia, Malta e Spagna - che sono interessati da arrivi irregolari via mare nel Mediterraneo, le navi delle ONG che soccorrono i migranti in mare sono state sequestrate e sono state avviate indagini e procedimenti penali contro i membri dell'equipaggio di tali navi e contro altri privati che hanno preso parte alle operazioni di soccorso. Il numero crescente di azioni legali contro le ONG ha contribuito a ridurre le risorse di ricerca e soccorso nel Mediterraneo in un momento in cui la mortalità in mare rimane alta. L'Agenzia, inoltre, ha denunciato che le autorità nazionali hanno avviato circa 40 procedimenti amministrativi e penali contro membri dell'equipaggio e sequestrato le navi. Tali procedimenti penali e sequestri, unitamente alle misure restrittive imposte a seguito dell'emergenza sanitaria da COVID-19, hanno di fatto reso impossibili le operazioni di ricerca e soccorso ad opera delle ONG nel Mediterraneo.

La necessità di rivedere la normativa europea sul reato di favoreggiamento dell'immigrazione illegale è stata di recente sottolineata anche in un Rapporto di Amnesty International[34]. Il Rapporto denuncia come sia le politiche dei governi degli Stati membri che le politiche europee abbiano messo in campo una serie di restrizioni, misure sanzionatorie e punitive contro persone e gruppi che difendono i diritti dei migranti, che violano tanto i diritti umani degli operatori umanitari quanto i diritti delle persone che questi intendono tutelare.

In particolare, il Rapporto documenta casi di restrizioni e criminalizzazione dell'assistenza umanitaria in almeno otto paesi: Croazia, Francia, Grecia, Italia, Malta, Spagna, Svizzera e Regno Unito. Ad esempio, in Croazia, ONG come *Are you Syrious* e il *Centro studi per la pace* sono state perseguite per il reato di favoreggiamento della migrazione irregolare, dopo essere divenute testimoni di respingimenti e di vere e proprie espulsioni collettive, messe in atto dalle autorità statali ai confini con la Bosnia ed Erzegovina e con la Serbia. In Francia, difensori dei diritti umani che hanno

[33] fra.europa.eu/en/publication/2019/fundamental-rights-considerations-ngo-ships-involved-search-and-rescue

[34] Amnesty International, *Europe: Punishing compassion: Solidarity on trial in Fortress Europe*, 3 March 2020.

aiutato persone sui valichi di montagna al confine con l'Italia sono stati perseguiti e condannati per favoreggiamento dell'ingresso irregolare, mentre coloro che distribuivano cibo e altri beni di prima necessità a rifugiati e migranti vicino a Calais hanno dovuto affrontare azioni penali dopo aver denunciato la violenza perpetrata dalla polizia nei confronti di cittadini stranieri. Ancora, in Spagna, le autorità hanno impedito alle imbarcazioni di soccorso delle ONG di salvare vite umane nel Mediterraneo centrale.

Amnesty International sottolinea come sia stata proprio la discrezionalità che la normativa UE ha lasciato agli Stati membri a permettere l'avvio di procedimenti giudiziari e l'applicazione di sanzioni contro le ONG impegnate nella tutela dei migranti. Occorre, dunque, secondo il Rapporto, una revisione del "pacchetto sul favoreggiamento", in tempi brevi, per conformare la normativa europea al Protocollo delle Nazioni Unite sul traffico di esseri umani, ed alle altre norme internazionali sui diritti umani e sui rifugiati. In particolare, dovrebbe essere introdotto il requisito di un vantaggio finanziario o materiale per poter criminalizzare il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno irregolari di un cittadino straniero. Inoltre, sono necessarie modifiche che proibiscano la criminalizzazione dei migranti vittime del traffico di esseri umani e che prevedano una clausola di esenzione umanitaria obbligatoria. Secondo la valutazione di Amnesty, la mancanza, nella normativa dell'Unione, di una definizione del traffico di migranti conforme a quella vigente a livello universale, e la natura facoltativa dell'esenzione umanitaria, si riflettono sulla legislazione dei singoli Stati membri, contribuendo alla violazione dei diritti umani degli attori umanitari e degli stranieri da questi tutelati.

7. Nonostante la situazione sin qui esposta, la Commissione europea si limita a rivolgere agli Stati membri un mero "invito" ad applicare la deroga prevista dalla direttiva per motivi di assistenza umanitaria.

Sebbene gli Orientamenti in commento costituiscano "a commendable reminder"[35] del diritto applicabile all'assistenza umanitaria, sarebbe stato auspicabile che la Commissione utilizzasse il proprio potere di iniziativa legislativa almeno per allineare il quadro giuridico dell'UE al diritto internazionale.

In conclusione, meritano di essere ricordato il documento preparato da una rete di oltre 70 associazioni[36]. Quest'ultime, pur accogliendo con favore gli Orientamenti in parola, sottolineano come essi si limitino a ricalcare gli obblighi normativi e si focalizzino sull'attività di ricerca e soccorso in

[35] Si veda A. MARLETTA, *The Commission 'Guidance'*, cit.

[36] Joint Statement: The Pact on Migration and Asylum: to provide a fresh start and avoid past mistakes, risky elements need to be addressed and positive aspects need to be expanded 6th October 2020 (disponibile *online*).

mare; il rischio maggiore è quello di ignorare le attività umanitarie, come la fornitura di cibo, di riparo o di informazioni, condotte sulla terraferma o svolte da organizzazioni di volontari, che sono anch'esse soggette a criminalizzazione e restrizioni. È evidente che il contesto di criminalizzazione delle ONG (che, in vario modo, assistono rifugiati, richiedenti asilo e migranti fornendo beni di prima necessità e assistendoli nell'accesso alla richiesta di protezione internazionale) produce un grave rischio di violazione dei diritti fondamentali e di abusi amministrativi e di polizia.

ABSTRACT

NOTES ON THE FACILITATION OF UNAUTHORISED ENTRY, TRANSIT AND RESIDENCE

On 23 September 2020, the European Commission published its "Guidance on the implementation of EU rules on definition and prevention of the facilitation of unauthorised entry, transit and residence", within the New Pact on Migration and Asylum. The 'Guidance' defines the offense in more specific terms, recalling the international obligations incumbent on the Member States and on the Union itself.

Although the position taken by the Commission on the need not to criminalize humanitarian assistance should be positively assessed, a proposal for a reform of the directive would have been preferred to an act of soft law containing a mere reference to the relevant rules of international law in force.

NOTE SUL FAVOREGGIAMENTO DELL'INGRESSO, DEL TRANSITO E DEL SOGGIORNO ILLEGALI DEGLI STRANIERI

Il 23 settembre 2020 la Commissione europea ha pubblicato, nell'ambito del nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo, gli Orientamenti per l'attuazione delle norme UE relative al favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali. Gli Orientamenti definiscono il reato in maniera più specifica del reato, richiamando gli obblighi internazionali incombenti sugli Stati membri e sull'Unione stessa.

Sebbene la posizione assunta dalla Commissione sulla necessità di non criminalizzare l'assistenza umanitaria debba essere valutata positivamente, sarebbe stato preferibile una proposta di riforma della normativa vigente anziché un richiamo alle norme di diritto internazionale vigenti.

Carta dei diritti fondamentali

Giulia D'Agnone·

Alcune brevi osservazioni sui criteri utilizzati dalla Corte di giustizia per interpretare la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea a vent'anni dalla sua proclamazione

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. I criteri di interpretazione della Carta nella giurisprudenza della Corte di giustizia: il criterio letterale. – 3. *Segue*: quello sistematico. – 4. *Segue*: e quello teleologico. – 5. Scarso rilievo dei criteri di interpretazione soggettiva. – 6. Osservazioni conclusive.

1. A vent'anni dalla proclamazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (e a undici dal riconoscimento della sua vincolatività, ai sensi dell'art. 6, par. 1, TUE[1]), nonostante il suo utilizzo progressivamente sempre più frequente, non sono ancora del tutto chiari i criteri adoperati dalla Corte di giustizia nell'interpretazione di tale strumento giuridico.

I motivi parrebbero essere molteplici e assai diversi tra loro.

In primo luogo la stessa Carta, pur contenendo un articolo dedicato alla "portata e interpretazione dei diritti e dei principi"[2], fornisce alcune indicazioni dal punto di vista interpretativo (come quella contenuta nel terzo paragrafo dell'articolo 52, in base alla quale in caso di corrispondenza dei diritti della Carta con quelli garantiti dalla CEDU[3], il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla Convenzione; quella di cui al paragrafo 4 del medesimo articolo per cui i diritti fondamentali vanno interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri; o, ancora, come quella di cui al paragrafo 2 in forza della quale i diritti riconosciuti dalla Carta per i quali i trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti), ma non specifica i criteri (oggettivi o soggettivi) da seguire per la sua esegesi.

· Assegnista di ricerca di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi della Campania *Luigi Vanvitelli*.

[1] V. in particolare G. DI FEDERICO (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights. From Declaration to Binding Instrument*, Dordrecht-Heidelberg-London-New York, 2011. Per una analisi del valore della Carta dopo il Trattato di Lisbona v. L.S. ROSSI, *'Stesso valore giuridico dei Trattati'? Rango, primato ed effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2016, p. 329 ss.

[2] L'art. 52 della Carta è rubricato proprio in tal modo. Occorre ricordare che maggiori informazioni in merito a tale articolo sono contenute nelle Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali.

[3] Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali conclusa a Roma il 4 novembre 1950.

La mancanza di indicazioni più precise è peraltro una caratteristica che la Carta condivide con le altre fonti del sistema di cui è entrata a far parte[4]: tanto i Trattati di Roma quanto i successivi Trattati che li hanno modificati, infatti, non contengono disposizioni che stabiliscono i criteri di interpretazione del diritto dell'Unione europea. Analogamente, nemmeno gli atti normativi adottati sulla base di tali Trattati si sono preoccupati di fornire indicazioni alla Corte di giustizia dell'Unione europea sui metodi da seguire nell'espletamento della sua funzione interpretativa.

E la stessa Corte si è tendenzialmente astenuta dall'indicare i criteri interpretativi di cui si serve con riferimento al diritto primario e derivato dell'Unione[5]: lo ha fatto sporadicamente, lasciando tuttavia intendere di non essere vincolata allo schema interpretativo indicato[6]. Ciò in ragione delle "caratteristiche del diritto comunitario e delle particolari difficoltà che la sua interpretazione presenta"[7]. Con riguardo alla Carta dei diritti fondamentali, a quanto ci consta, il giudice di Lussemburgo non ha mai esplicitato i criteri che ne animano l'interpretazione.

Tale scelta è probabilmente dovuta alla natura peculiare che tale atto giuridico riveste nell'ambito del sistema delle fonti di diritto europeo. La Carta costituisce infatti una fonte *sui generis* che, pur se equiparata sotto il profilo del suo valore giuridico alle altre fonti di diritto primario, rimane uno strumento autonomo ed esterno ai Trattati, ai quali è connesso solo in forza del rinvio che gli stessi vi effettuano. Al tempo stesso, pur condividendo con le fonti di diritto derivato il fatto di essere stata "adottata" dalle istituzioni europee, essa gode – come già ricordato – di un diverso rango giuridico.

Ma quello che, in definitiva, sembrerebbe il motivo più idoneo a giustificare la mancata individuazione di regole chiare di interpretazione della Carta è che quest'ultima non costituisce pressoché mai oggetto autonomo di interpretazione della Corte, venendo per lo più in rilievo allorché le isti-

---

[4] I motivi sottostanti la scelta di non indicare i metodi per interpretare il diritto europeo non sono noti, non potendosi al riguardo reperire informazioni muovendo dai lavori preparatori dei Trattati istitutivi, in quanto non sono stati pubblicati.

[5] Per quanto riguarda gli accordi internazionali dell'Unione troveranno invece applicazione, di norma, le regole di interpretazione di diritto internazionale generale codificate dalla Convenzione sul diritto dei trattati firmata a Vienna il 23 maggio 1969.

[6] Cfr. G. BECK, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Oxford, 2012, p. 281: "In its case law the Court rarely expressly mentions that it has followed a particular so-called method of interpretation, such as the literal, historical or teleological (purposive) method, although it readily refers to the 'wording', 'context', 'general scheme' or indeed the precise words and provision in question, and the 'purposes, objectives and spirit' of the EU Treaties and legislation adopted under it".

[7] sentenza del 6 ottobre 1982, causa 283/81, *CILFIT c. Ministero della sanità*, punto 17. Proprio in relazione al caso *CILFIT* (punto 20) la Corte ha affermato che "ogni disposizione di diritto comunitario va ricollocata nel proprio contesto e interpretata alla luce dell'insieme delle disposizioni del suddetto diritto, delle sue finalità, nonché del suo stadio di evoluzione al momento in cui va data applicazione alla disposizione di cui trattasi".

tuzioni e gli Stati membri danno attuazione al diritto dell'Unione ed essendo così analizzata unitamente ad altre norme dell'Unione. Dunque, è il profilo applicativo della Carta ad essere generalmente oggetto del giudizio del giudice europeo, a scapito di quello puramente interpretativo[8].

Di seguito, perciò, pur nella consapevolezza che il tema richiederebbe una più approfondita ricerca, si cercherà di mettere in evidenza alcuni dei casi ritenuti più significativi dai quali è possibile delineare alcune tendenze in merito ai criteri interpretativi impiegati dalla Corte di giustizia riguardo alla Carta, e trarne delle brevi riflessioni[9].

2. Con riferimento ai criteri utilizzati dalla Corte di giustizia in sede di interpretazione del diritto europeo è stato osservato che "together the three broad techniques of interpretative argumentation (…) – based on i. semantic or linguistic, ii. systematic and iii. purposive (ie teleological, functional or consequentialist) criteria – also provide the general doctrinal framework and accepted judicial canon followed by the Court of Justice of the EU"[10]. D'altronde, i criteri letterale, contestuale e teleologico rappresentano innanzitutto delle regole di logica giuridica, comuni peraltro a molti sistemi giuridici, anche nazionali.

Proprio riguardo al primo dei criteri citati, ossia quello testuale, è possibile individuare dei casi in cui la Corte ha richiamato la lettera della Carta. In tal senso possono ad esempio citarsi i casi *Di Puma* e *Zecca*[11], originati da una sanzione amministrativa irrogata dalla Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob) per abuso di informazioni privilegiate. Si

---

[8] È stato così osservato che i diritti fondamentali sanciti nella Carta costituirebbero essi stessi una sorta di criteri interpretativi: v. H.C.K. SENDEN, *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System: An Analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Antwerp, 2011, p. 82. Sull'ambito di applicazione della Carta si rinvia in particolare, nell'ambito della letteratura italiana, a M.E. BARTOLONI, *Ambito d'applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli, 2018, p. 196 ss.; N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018; J. ZILLER, *Articolo 51*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017, p. 1044 ss.; P. MENGOZZI, *La rilevanza giuridica e l'ambito di applicazione della Carta alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, p. 23 ss.; B. NASCIMBENE, *Il principio di attribuzione e l'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali: l'orientamento della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 49 ss.; A. TIZZANO, *L'application de la Charte de droits fondamentaux dans les États membres à la lumière de son article 51, paragraphe 1*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2014, p. 429 ss.

[9] Nello scritto ci si concentrerà sull'interpretazione della Carta. Esula dunque dal campo d'indagine l'interpretazione dei principi generali in materia di protezione dei diritti fondamentali. Su tali principi e sul ruolo che essi rivestono dopo il Trattato di Lisbona, v. C. AMALFITANO, *General Principles of EU Law and the Protection of Fundamental Rights*, Cheltenham, 2018.

[10] G. BECK, *op. cit.*, p. 187, riferendosi a J. BENGOETXEA, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, Oxford, 1993.

[11] sentenza del 20 marzo 2018, cause riunite C-596/16 e C-597/16, *Di Puma* e *Zecca*.

trattava di stabilire se un accertamento definitivo dell'insussistenza della condotta integrativa dell'illecito penale potesse precludere l'avvio (o la prosecuzione) per gli stessi fatti di un ulteriore procedimento volto all'irrogazione di sanzioni che – per la loro natura e gravità – siano da qualificarsi come penali. Di conseguenza, si richiedeva alla Corte di valutare la sussistenza di una violazione del principio del *ne bis in idem*, garantito dall'articolo 50 della Carta. Il giudice europeo, nel riconoscere che un procedimento volto all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale fondata sui medesimi fatti oggetto di una precedente pronuncia penale costituisce una violazione dell'art. 50 della Carta, ha più volte richiamato il testo di questo articolo, con funzione tendenzialmente confermativa rispetto alle conclusioni già raggiunte mediante argomentazione logica[12].

In altri casi, invece, la Corte sembrerebbe aver attribuito alla lettera della disposizione della Carta che si presumeva violata una (relativamente) maggiore enfasi nell'ambito del proprio ragionamento giuridico. Così, ad esempio, essa ha proceduto nella sua pronuncia in merito al caso *Bauer*, riguardante una normativa nazionale che impediva il versamento ai successori del lavoratore di un'indennità finanziaria per le ferie annuali non godute[13], allorché ha affermato che "risulta, anzitutto, dalla formulazione stessa dell'articolo 31, paragrafo 2, della Carta che tale disposizione sancisce il 'diritto' di ogni lavoratore a 'ferie annuali retribuite'"[14]. Nella stessa direzione si può annoverare la sentenza nel caso *Garlsson Real Estate e a.*[15], ancora una volta resa in riferimento all'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali, caso in cui si chiedeva alla Corte di verificare se il diritto sancito da tale disposizione impedisse di celebrare un procedimento amministrativo riguardo a una condotta (illecita di manipolazione del mercato) per cui lo stesso soggetto aveva già riportato una condanna penale irrevocabile. In tale occasione la Corte ha posto l'accento sulla circostanza che "[d]ai termini stessi dell'articolo 50 della Carta emerge che esso vieta di perseguire o condannare la stessa persona più di una volta per lo stesso reato"[16].

Pur non essendo dunque del tutto assenti casi di ricorso al criterio testuale nell'interpretazione della Carta, occorre evidenziare che il convinci-

---

[12] V. punti 37 ("Tale interpretazione trova sostegno nel testo dell'articolo 50 della Carta") e 39 della sentenza ("Occorre aggiungere che, secondo lo stesso disposto del menzionato articolo 50, la tutela conferita dal principio del ne bis in idem non si limita alla situazione in cui l'interessato sia stato oggetto di una condanna penale, ma si estende anche a quella in cui lo stesso sia stato definitivamente assolto").

[13] sentenza del 6 novembre 2018, causa C-569/16, *Bauer*.

[14] V. Bauer*, cit.,* punto 54.

[15] sentenza del 20 marzo 2018, causa C-537/16, *Garlsson Real Estate e a*.

[16] Garlsson*, cit*., punto 36.

mento dei giudici europei non si fonda su un uso esclusivo di tale criterio[17]. Ciò è, d'altronde, condivisibile: l'interprete non può infatti esaurire la sua attività ermeneutica nell'analisi testuale; e ciò vale a maggior ragione per un interprete, come quello di Lussemburgo, chiamato a confrontarsi con un testo dalla "formulazione assai generale, e talvolta perfino generica" come quello della Carta dei diritti fondamentali[18].

3. Il criterio sistematico è molto utilizzato dalla Corte di giustizia con riferimento al diritto primario e a quello derivato, i quali sono costantemente interpretati alla luce dei diversi Trattati o atti europei con l'obiettivo, essenzialmente, di rafforzare l'unitarietà del diritto dell'Unione europea[19] attraverso l'uniformizzazione e l'armonizzazione dei testi normativi da cui lo stesso deriva[20].

Per quanto riguarda la Carta dei diritti fondamentali, l'interpretazione sistematica è per lo più indotta dalla stessa Carta (o dalle sue Spiegazioni) allorché in questione siano delle disposizioni che si riferiscono ad altre fon-

[17] Come è stato affermato dall'avvocato generale Tizzano nelle sue conclusioni relative al caso *Bowden* (conclusioni dell'8 maggio 2001, causa C-133/00, *Bowden e a.*, punto 30) "[è] un dato di comune esperienza […] che da sola l'interpretazione letterale del testo non sempre basta a risolvere un problema interpretativo; soccorrono allora gli ulteriori criteri ermeneutici di cui il giudice solitamente si avvale". V. ad esempio il punto 55 della sentenza resa nel caso *Bauer*, *cit.*

[18] A. TIZZANO, *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 21. È stato peraltro giustamente osservato (H.C.K. SENDEN, *op. cit.*, p. 54) che "[i]n the context of fundamental rights protection the role of textual interpretation in the case law of the CJEU was virtually non-existent until very recently. This is understandable, since no binding legal text containing a catalogue of fundamental rights existed in the EU context. The EU Charter on Fundamental Rights became binding only in December 2009. As a result of this, textual interpretation might take on a more prominent role in the interpretation of fundamental rights".

[19] Sull'unità del sistema dei Trattati v., per tutti, P. MORI, *Rapporti tra fonti nel diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010, p. 81 ss.

[20] V. H. KUTSCHER, *Alcune tesi sui metodi d'interpretazione del diritto comunitario dal punto di vista d'un giudice,* in Convegno di studio per magistrati e professori universitari, 27-28 settembre 1976, Lussemburgo, 1976, p. I-23.

ti normative dalle quali si sarebbe tratta ispirazione in fase di redazione[21], o che comunque fungono da quadro normativo di riferimento[22].

Nella sentenza resa in merito al caso *Max-Planck*[23], in tema di indennità sostitutiva di ferie non godute al momento della cessazione del rapporto di lavoro (caratterizzato in realtà da una serie di contratti a tempo determinato) per ragioni indipendenti dalla volontà del lavoratore, il giudice di Lussemburgo ha ricordato, per quanto riguarda l'articolo 31, paragrafo 2, della Carta, che "il diritto alle ferie annuali retribuite costituisce un principio essenziale del diritto sociale dell'Unione" e che quest'ultimo trae origine "tanto dagli atti elaborati dagli Stati membri a livello di Unione, come la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, peraltro menzionata all'articolo 151 TFUE, quanto dagli atti internazionali ai quali gli Stati membri hanno partecipato o aderito. Tra questi ultimi rientra la Carta sociale europea (…) anch'essa menzionata all'articolo 151 TFUE. Si deve altresì menzionare la convenzione n. 132 dell'Organizzazione internazionale del lavoro (…) la quale (…) indica dei principi di tale organizzazione di cui il considerando 6 della direttiva 2003/88 precisa che occorre tener conto"[24].

---

[21] Riguardo ai rapporti della Carta con i trattati di diritto internazionale in materia di protezione dei diritti umani, v. G. GAJA, *The Charter of Fundamental Rights in the Context of International Instruments for the Protection of Human Rights*, in *European Papers*, 2016, p. 796: "When the explanations state that a certain provision in the Charter 'is based' or 'draws' on a certain international instrument, they implicitly consider that the right conferred by the Charter corresponds to that guaranteed by the instrument. This points to an interpretation which reflects that of the provision of the relevant international instrument. Such a conclusion is not prevented by the absence in the Charter of a provision parallel to Art. 52, para. 3, which requires to align the meaning and scope of rights protected by the Charter with the corresponding rights under the ECHR". In tema si veda anche A. ADINOLFI, *Qualche riflessione sulla rilevanza nell'ordinamento dell'Unione europea dei trattati sui diritti umani diversi dalla CEDU*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, p. 133 ss.

[22] V. ancora G. GAJA, *op. cit.*, p. 796: "With regard to international instruments for the protection of human rights other than the European Convention, the Charter does not include any provision indicating that these instruments may also be relevant in the interpretation of the Charter. However, the instruments in question, when they bind all the Member States or a substantial number of them, are part of the normative context surrounding the Charter and therefore are relevant for the interpretation of the latter. The provisions of the Charter cannot be interpreted in total isolation from the meaning given to rights guaranteed by these international instruments. This is also in view of the fact that these instruments had an influence on the drafting of the Charter which is only partly reflected in the explanations". In tema si veda anche A. ADINOLFI, *op. cit.*, p. 133 ss.

[23] sentenza del 6 novembre 2018, causa C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*.

[24] V. Max-Planck, *cit.,* punti 69 e 70. La Corte ha per tale via concluso che il diritto alle ferie annuali retribuite "riveste […] carattere allo stesso tempo imperativo e incondizionato", che "non richiede […] una concretizzazione ad opera delle disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale", così che l'articolo 31, paragrafo 2, della Carta "è di per sé sufficiente a conferire ai lavoratori un diritto invocabile in quanto tale in una controversia contro il loro datore di lavoro, in una situazione disciplinata dal diritto dell'Unione" (punto 74). Sulla giurisprudenza in tema di ferie annuali retribuite e sull'efficacia diretta della Carta, v. in particolare, nella dottrina italiana, L.S. ROSSI, *The Relationship Between*

Implica una interpretazione a carattere comparativo anche il richiamo, contenuto nella stessa Carta dei diritti fondamentali, al livello di tutela offerta dalla Convenzione europea dei diritti umani. Ci si riferisce, evidentemente, al già citato terzo paragrafo dell'art. 52 della Carta, secondo il quale in caso di corrispondenza tra i diritti garantiti da quest'ultima e quelli tutelati dalla Convenzione del Consiglio d'Europa, il significato e la portata degli stessi dovranno essere uguali a quelli conferiti da quest'ultima[25].

Occorre infine ricordare il riferimento, operato dall'articolo 53 della Carta, al livello di protezione offerto dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, e dalle costituzioni degli Stati membri.

Queste forme di comparazione, che richiedono un'interpretazione della Carta che tenga conto di ulteriori atti giuridici per lo più *estranei* al diritto dell'Unione, sono spesso ricorrenti nella giurisprudenza della Corte di giustizia proprio perché imposte all'interprete dalla stessa Carta. Il giudice di Lussemburgo è invece meno incline a interpretare la Carta facendo riferimento ad altre norme *interne* all'ordinamento giuridico europeo oltre a quelle oggetto del suo giudizio nel caso concreto.

4. Infine il criterio teleologico, insieme a quello dell'effetto utile che ne costituisce il corollario[26], è il più noto tra i canoni interpretativi a carattere oggettivo utilizzati dalla Corte di giustizia e, certamente, da sempre il più applicato al fine di accelerare, progressivamente, il processo di integrazione

---

the EU Charter of Fundamental Rights and Directives in Horizontal Situations, in *EU Law Analysis*, 25 febbraio 2019, nonché i contributi di M. CONDINANZI, *Le direttive in materia sociale e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un dialogo tra fonti per dilatare e razionalizzare (?) gli orizzonti dell'effetto diretto. Il caso della giurisprudenza "sulle ferie"*, F. FERRARO, *Vecchi e nuovi problemi in tema di efficacia diretta orizzontale della Carta*, L.S. ROSSI, *La relazione fra Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e direttive nelle controversie orizzontali*, e S. SCIARRA, *Diritti sociali fondamentali nazionali e europei. A proposito di diritto alle ferie retribuite*, in *federalismi.it*, n. 10/2019 del 22 maggio 2019. Più in generale, sul tema degli effetti diretti, si rinvia a D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018.

[25] V. l'elenco dei diritti corrispondenti a quelli della Convenzione europea dei diritti umani contenuto nelle Spiegazioni relative all'articolo 52 della Carta. Si ricordi che le Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali devono essere tenute "in debito conto" dai giudici dell'Unione e degli Stati membri ai sensi dell'art. 6, par. 1, TUE e dell'art. 52, par. 7, della Carta.

[26] Nonostante vi siano autori contrari alla riconduzione del principio dell'effetto utile al criterio teleologico, la dottrina maggioritaria propende invece per tale ricostruzione. V., tra gli altri, H. KUTSCHER, *op. cit.*, p. I-40; R. ORMAND, *L'utilisation particulière de la méthode d'interprétation des traités selon leur «effet utile» par la Cour de Justice des Communautés Européennes*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1976, p. 625; T. TRIDIMAS, *The Court of Justice and Judicial Activism*, in *European Law Review*, 1996, p. 208; J. JOUSSEN, *L'interpretazione (teleologica) del diritto comunitario*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2001, p. 519.

europea[27]. Esso è in genere annoverato nella giurisprudenza della Corte come il terzo dei criteri (tra i quali però non sembrerebbe sussistere una gerarchia) utilizzati per sciogliere i nodi interpretativi ad essa sottoposti.

E tuttavia, nonostante alcuni autori abbiano sostenuto la necessità di una interpretazione teleologica della Carta[28], la Corte di giustizia non vi ha fatto spesso ricorso quando chiamata a pronunciarsi in materia di diritti fondamentali.

Una allusione ad argomenti a carattere teleologico si evince, ad esempio, nella sentenza relativa al caso *Internationale Handelsgesellschaft*, precedente all'entrata in vigore della Carta, nella quale la Corte ha concluso che i diritti fondamentali costituiscono "parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza" e che pertanto "[l]a salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, va garantita entro l'ambito *della struttura e delle finalità* della Comunità"[29]. È stato al riguardo evidenziato come "[t]he objectives of the Community can therefore be regarded as one of the elements that play a role in determining the scope of fundamental rights"[30].

L'adozione della Carta dei diritti fondamentali non ha sostanzialmente mutato l'atteggiamento della Corte nei confronti di tale criterio, il quale rimane scarsamente utilizzato. Uno dei pochi casi in cui sono stati menzionati gli obiettivi della Carta (al tempo non ancora vincolante) è quello della sentenza resa il 27 giugno 2006, *Parlamento c. Consiglio*, nella quale è stato affermato che "[l]'obiettivo principale della Carta, come emerge dal suo preambolo, è peraltro quello di riaffermare 'i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla [CEDU], dalle carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa, nonché dalla giurisprudenza della Corte (...) e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo'" [31].

---

[27] Osserva che in una più recente fase del processo di integrazione europea si registrerebbe, invero, un uso minore del criterio dell'effetto utile, I. INGRAVALLO, *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017, part. p. 123.

[28] V. J. KÜHLING, *Fundamental Rights*, in A. VON BOGDANDY, J. BAST (eds), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, 2006, p. 506; H.-J. BLANKE, *Protection of Fundamental Rights Afforded by the European Court of Justice in Luxembourg*, in H.-J. BLANKE, S. MANGIAMELI (eds), *Governing Europe under a Constitution*, Berlin, 2006, p. 268.

[29] sentenza del 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermitte*l, punto 4 (corsivo aggiunto).

[30] K.C.K. SENDEN, *op. cit.*, p. 368.

[31] sentenza del 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento c. Consiglio*, punto 38. La citata affermazione è stata ripresa anche successivamente dalla Corte in occasione del parere n. 2/13 del 18 dicembre 2014, punto 39 e ripetuta più volte anche dal Tribunale della funzione pubblica (v. ad esempio sentenza 11 settembre 2008, causa F-51/07, *Bui Van c. Commissione*, punto 75; del 26 ottobre 2006, causa F-1/05, *Landgren c. ETF*, punto 71). Tuttavia, l'obiettivo della Carta, pur evocato, non è poi stato concretamente utilizzato dalla Corte per sciogliere il nodo interpretativo ad essa sottoposto.

Possono tuttavia essere individuate delle aree rispetto alle quali argomenti di carattere teleologico sono più spesso utilizzati. Tra queste vi sono, senza dubbio, quella del divieto di discriminazione e quella del principio del *ne bis in idem*.

Quanto alla prima può citarsi, ad esempio, la sentenza resa riguardo al caso *Vernaza Ayovi*[32]. Qui la Corte è stata chiamata a pronunciarsi circa la lesione del principio di non discriminazione tutelato dall'articolo 20 della Carta, relativamente a una legge nazionale che, in caso di illegittimità del licenziamento disciplinare, stabiliva la reintegrazione del lavoratore permanente della pubblica amministrazione, contrariamente al solo diritto a ricevere un'indennità previsto per i lavoratori non permanenti con le stesse funzioni di quelli permanenti. La Corte ha ricordato che, in riferimento ai lavoratori a tempo determinato, il diritto di cui all'articolo 20 della Carta è stato attuato, in particolare, dalla clausola 4 dell'accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70[33], e che dunque la questione dovesse essere presa in esame alla luce di tali atti. E proprio riguardo ad essi ha notato come "uno degli obiettivi [dell'accordo quadro] consiste nel migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato garantendo il rispetto del principio di non discriminazione" e che "l'accordo quadro (…) mira a dare applicazione a tale principio nei confronti dei lavoratori a tempo determinato, al fine di impedire che un rapporto di impiego di tale natura venga utilizzato da un datore di lavoro per privare questi lavoratori di diritti riconosciuti ai lavoratori a tempo indeterminato"[34], così concludendo che "[a]lla luce degli obiettivi perseguiti dall'accordo quadro, la clausola 4 di quest'ultimo deve essere intesa nel senso che esprime un principio di diritto sociale dell'Unione che non può essere interpretato in modo restrittivo"[35].

Per quanto riguarda la seconda area rispetto alla quale la Corte ha fatto riferimento con maggiore frequenza ad argomenti a carattere teleologico può annoverarsi, a titolo esemplificativo, la sentenza resa in merito al caso *Kossowski*[36], vertente sull'interpretazione degli articoli 54 e 55 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen[37], nonché degli articoli 50 e 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Ebbene, la Corte ha dichiarato di dover tenere conto dell'obiettivo perseguito dalla normativa in cui rientra l'articolo 54 della CAAS per de-

---

[32] sentenza del 25 luglio 2018, causa C-96/17, *Vernaza Ayovi*.

[33] Direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999 relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato.

[34] Vernaza Avovi*, cit.,* punti 21 e 22.

[35] Vernaza Avovi*, cit.,* punto 23.

[36] sentenza del 29 giugno 2016, causa C-486/14, *Kossowski*.

[37] Accordo del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, firmata a Schengen (Lussemburgo) il 19 giugno 1990 ed entrata in vigore il 26 marzo 1995 (CAAS).

terminare l'ambito di applicazione di quest'ultimo e valutare se, nel caso in questione, si applicasse il divieto imposto da tale articolo[38]. E, a tal riguardo, ha affermato che "anche se l'articolo 54 della CAAS mira a garantire che una persona che è stata condannata e ha scontato la sua pena o, se del caso, che è stata definitivamente assolta in uno Stato contraente possa circolare all'interno dello spazio Schengen senza dover temere di essere perseguita per gli stessi fatti in un altro Stato contraente, esso non persegue la finalità di proteggere un sospettato dall'eventualità di doversi sottoporre ad ulteriori accertamenti, per gli stessi fatti, in più Stati contraenti"[39]. Interpretando poi la disposizione alla luce dell'articolo 3, paragrafo 2, TUE, essa ha concluso che "l'interpretazione del carattere definitivo, ai sensi dell'articolo 54 della CAAS, di una decisione in materia penale di uno Stato membro deve essere condotta alla luce non solo della necessità di garantire la libera circolazione delle persone, bensì anche della necessità di promuovere la prevenzione della criminalità e di lottare contro quest'ultima all'interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia"[40].

Argomenti a carattere teleologico, dunque, pur non essendo generalmente impiegati per interpretare direttamente le disposizioni della Carta, nondimeno sono utilizzati nell'interpretazione di disposizioni di atti di diritto europeo alla luce dei diritti da essa sanciti.

5. Sono invece quasi del tutto assenti, in sede di interpretazione della Carta dei diritti fondamentali, argomenti a carattere soggettivo. La cosa non sorprende.

È nota la storica ritrosia della Corte di giustizia nell'applicazione di tecniche interpretative volte a enfatizzare l'iniziale intenzione dei redattori delle diverse fonti giuridiche europee. E seppur recentemente si registrano delle aperture al riguardo[41], la peculiarità della Carta nel sistema delle fonti di diritto europeo accresce senza dubbio le difficoltà dell'interprete di Lussemburgo rispetto ad argomenti a carattere soggettivo.

Infatti, essa fa parte del diritto primario pur non essendo il prodotto della volontà delle parti contraenti dei Trattati. Come è noto la Carta non solo è stata elaborata all'interno di una Convenzione analoga a quella che portò al Trattato costituzionale (e poi, indirettamente, al Trattato di Li-

---

[38] Kossowski, *cit.,* punto 43.

[39] Kossowski*, cit.,* punto 45.

[40] Kossowski, *cit.,* punto 47. Alla luce di tali considerazioni la Corte ha perciò stabilito che il principio del *ne bis in idem* sancito dall'articolo 54 della CAAS, letto alla luce dell'articolo 50 della Carta, non si applica a una decisione del pubblico ministero che pone fine all'azione penale e conclude definitivamente il procedimento di istruzione senza l'irrogazione di sanzioni, allorché risulti che tale procedimento è stato chiuso senza un'istruzione approfondita.

[41] Sia consentito rinviare sul tema a G. D'AGNONE, *L'interpretazione soggettiva nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, Torino, 2020.

sbona), ma, soprattutto, è stata proclamata non dagli Stati membri, bensì unicamente dalle tre istituzioni politiche – Parlamento europeo, Consiglio e Commissione – a margine del Consiglio europeo di Nizza, risultando quindi come il frutto di un procedimento normativo di carattere interistituzionale[42]. È vero che lo schema finale che ha portato al suo inserimento nei Trattati potrebbe essere ritenuto non molto diverso da quello seguito, appunto, per il Trattato costituzionale e per il Trattato di Lisbona. Il punto è però che, a differenza di questi modelli, per i contenuti della Carta la Conferenza intergovernativa di Lisbona non ha rappresentato in nessun modo un'effettiva sede negoziale, essendosi limitata a far proprio il prodotto della Convenzione originaria, che conserva infatti, come si è poc'anzi detto, la sua natura di strumento esterno ai Trattati. Con la conseguenza che la sua irriconducibilità formale alla volontà degli Stati contraenti di questi rimane marcata, rendendo estremamente complesso ricostruire una volontà originaria cui collegare un'interpretazione di tipo soggettivo delle sue disposizioni.

Cionondimeno non sono completamente assenti riferimenti alla volontà delle istituzioni che hanno proclamato la Carta nella giurisprudenza di Lussemburgo.

Ad esempio, a proposito dello Statuto dei funzionari e del regime degli altri agenti, il Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea ha riconosciuto che "proclamando solennemente la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione hanno necessariamente inteso riconoscerle un significato particolare, di cui è necessario, in questo caso, tener conto per interpretare le disposizioni dello Statuto e del regime applicabile agli altri agenti delle Comunità europee"[43].

Simili argomenti a carattere soggettivo sono stati tuttavia utilizzati, a quanto ci consta, esclusivamente per attribuire rilevanza alla Carta precedentemente al riconoscimento del suo valore giuridico da parte del Trattato di Lisbona. In seguito, essi sono stati accantonati.

6. Le osservazioni sopra svolte mostrano le difficoltà che sussistono nel definire con chiarezza i criteri utilizzati dai giudici di Lussemburgo allorché chiamati a interpretare la Carta dei diritti fondamentali.

Ciò è senza dubbio dovuto alla peculiare natura di tale fonte di diritto, come già ricordato. E, ancor di più, alla circostanza che essa non costituisce quasi mai oggetto autonomo di interpretazione della Corte, essendone

---

[42] V. R. ADAM, *Da Colonia a Nizza: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2000, p. 881 ss.

[43] V. sentenza nella causa F-51/07, *cit.,* punto 76 e F-1/05*, cit.,* punto 72.

invece di volta in volta valutata l'applicabilità in correlazione ad altre norme dell'Unione.

Peraltro, sicuramente il fatto che per lungo tempo nell'ordinamento giuridico europeo la protezione dei diritti umani non sia stata affidata a un testo scritto, ma essenzialmente ai principi e alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, ha fatto sì che la Corte ancora oggi stenti ad applicare i tradizionali criteri interpretativi alla Carta dei diritti fondamentali. Lo dimostrerebbe il fatto che la giurisprudenza sopra citata è piuttosto recente. Certamente, i casi indicati non sono esaustivi dell'intera giurisprudenza di Lussemburgo, ma senza dubbio sono espressione di una graduale assuefazione della Corte a confrontarsi con un testo scritto e, con esso, con i criteri che tradizionalmente guidano l'interprete nella sua attività di esegesi.

A ciò si aggiunga che la tendenziale assenza di indicazioni espresse circa i metodi interpretativi impiegati dalla Corte si rivela estremamente funzionale a un'interpretazione dinamica della Carta. Gli strumenti a protezione dei diritti umani richiedono infatti flessibilità nella loro interpretazione, la quale deve necessariamente tenere conto anche del diritto vivente[44]. E, pertanto, tale interpretazione non può essere "costretta" in criteri rigidamente predeterminati, ma necessita di avvalersi, di volta in volta, di quello o di quelli che maggiormente garantiscono la migliore tutela dei diritti in esso sanciti.

[44] Ciò, evidentemente, a differenza di quanto avviene con riferimento ai Trattati, che sono pur sempre espressione di competenze attribuite all'Unione dagli Stati membri (nonostante il fatto che, fintantoché gli Stati membri siano parti di tale ordinamento, non sono più i "signori dei trattati") nonché al diritto derivato, il quale non può essere interpretato in violazione del principio della separazione dei poteri, in forza del quale del quale la Corte dovrebbe lasciare le scelte politiche al legislatore europeo, uniformandosi quindi, nella sua attività interpretativa, alle intenzioni di quest'ultimo. È stato infatti osservato al riguardo (v. K. LENAERTS, *How the ECJ Thinks: A Study on Judicial Legitimacy*, in *Fordham International Law Journal*, 2013, p. 1323) che "the ECJ must refrain from rewriting secondary EU law, even if the latter is outdated or no longer fulfills the objectives it pursues. The role of the ECJ is indeed neither to anticipate nor to pre-empt policy choices that fall within the purview of the EU legislator".

ABSTRACT

SOME REMARKS ON THE CRITERIA EMPLOYED BY THE ECJ TO INTERPRET THE CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION AFTER TWENTY YEARS OF ITS PROCLAMATION

The article examines the case-law of the ECJ to assess the criteria used in interpreting the Charter of fundamental rights of the European Union. In particular, it highlights that the traditional criteria employed by the judge of Luxembourg in the interpretation of other sources of EU law are scarcely used in relation to the Charter. In the author's view, this is owed to the *sui generis* character of the Charter and to the need for dynamic interpretation of the individual rights provided for therein.

ALCUNE BREVI OSSERVAZIONI SUI CRITERI UTILIZZATI DALLA CORTE DI GIUSTIZIA PER INTERPRETARE LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA A VENT'ANNI DALLA SUA PROCLAMAZIONE

L'articolo esamina la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea al fine di verificare i criteri adoperati per interpretare la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, evidenziando come i criteri dei quali la Corte di Lussemburgo si avvale in sede di interpretazione delle altre fonti di diritto europeo trovino invece scarso impiego in relazione alla Carta. Ciò si giustifica in ragione della natura *sui generis* della Carta quale fonte del diritto dell'Unione europea e dell'esigenza di una interpretazione dinamica dei diritti fondamentali in essa sanciti.

Fabio Ferraro[*]

Giudice nazionale, centro di gravità e doppia pregiudiziale

SOMMARIO. 1. Premessa. – 2. La teoria del centro di gravità e la sua applicazione nella scelta se ricorrere alla Corte di giustizia o alla Corte costituzionale. – 3. L'esigenza di evitare la doppia pregiudiziale contestuale e la facoltà-obbligo da parte della Corte costituzionale di utilizzare il rinvio pregiudiziale – 4. Il ruolo centrale del giudice nazionale. – 5. L'ordinanza pregiudiziale della Cassazione sul difetto di giurisdizione. – 6. *Segue*. L'effettività, la durata ragionevole del processo e le prospettive future del centro di gravità.

1. Le recenti evoluzioni della giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali, tutelati sia dalla Costituzione che dalla Carta dei diritti fondamentali, hanno dato origine ad un vero e proprio rompicapo, che non è stato ancora definitivamente risolto, pur avendo appassionato in modo trasversale gli studiosi di diverse branche del diritto[1].

È di chiara evidenza che in tema di diritti fondamentali vi sono continue connessioni, interferenze e possibili frizioni tra la Carta costituzionale e la Carta dei diritti fondamentali, che finiscono per coinvolgere la Corte

---

[*] Professore ordinario di diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Napoli *Federico II*.

[1] Si è scritto tanto sulla più recente giurisprudenza costituzionale relativa ai rapporti trilaterali tra giudici nazionali, Corte costituzionale e Corte di giustizia. Cfr., *ex multis*, G. BRONZINI, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?*, in *Questione Giustizia*, 4 marzo 2019, questionegiustizia.it; D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in *Rivista AIC*, 2019, p. 220; O. POLLICINO, G. REPETTO, *Not to be pushed aside: the Italian Constitutional Court and the European Court of Justice*, in *Verfassungsblog*, 2019; G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *Rapporti tra Corti e retroattività della lex mitior*, in *I Post di AISDUE*, 2019, p. 27; R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, p. 30; V. PICCONE, *A prima lettura della sentenza della Corte di cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018. L'interpretazione conforme come strumento di "sutura" 'post' Corte costituzionale*, in *diritticomparati.it*, 2018; L. S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter "creativi" (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in *federalismi.it*, 2018; D. TEGA, *La sentenza n. 269/2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 24 gennaio 2018, *forumcostituzionale.it*; A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivista AIC*, 2017, p. 1; F. PATRONI GRIFFI, *Corti nazionali e Corti europee: verso un diritto europeo dei giudici oltre la crisi del processo di integrazione?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2017, p. 449; A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista Diritti Comparati*, 2017, p. 230; L. SALVATO, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n.269/2017*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 18 dicembre 2017.

costituzionale e la Corte di giustizia. Invero, la compresenza di molteplici strumenti di tutela realizza una migliore protezione dei diritti fondamentali, ma accresce, al tempo stesso, le probabilità di orientamenti discordanti, che riflettono il difficile equilibrio tra diversi sistemi giuridici e il differente bilanciamento dei diritti in gioco, come dimostrato, tra l'altro, dalla nota sentenza *Taricco*[2].

In tale contesto si è ampiamente dibattuto sulla recente evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale dopo aver assunto, con l'*obiter dictum* contenuto nella sentenza 269/2017, un primo orientamento alquanto discutibile, ha finito per assumere una posizione senz'altro più equilibrata, che esclude preclusioni nei confronti di una delle due Corte Supreme e rimette alla libertà del giudice comune la scelta se rivolgersi alla Corte di giustizia o alla Corte costituzionale.

Nondimeno, i giudici comuni rischiano di trovarsi talvolta in un labirinto in cui può risultare piuttosto complesso orientarsi e trovare la via d'uscita per garantire la tutela effettiva dei diritti fondamentali a livello sistemico[3]. Pertanto, sembra avvertita l'esigenza di fare uno sforzo ulteriore per circoscrivere o guidare l'ampia discrezionalità del giudice nazionale e individuare dei principi o criteri che consentano di agevolare il suo compito, anche al fine di realizzare una maggiore certezza del diritto[4]. Una delle possibili soluzioni può essere rappresentata dal ricorso alla teoria del "cen-

---

[2] Anche sulla vicenda Taricco sono stati versati fiumi di inchiostro, tra i tanti, cfr. P. MENGOZZI, *Corte di giustizia, Corte costituzionale, principio di cooperazione e la saga "Taricco"*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2020, p. 9; G. DI FEDERICO, *La "saga Taricco": il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa)*, in *federalismi.it*, 23 maggio 2018, p. 20; C. CUPELLI, *Il caso "Taricco" e l'ordinanza 24 del 2017: prove di dialogo "a senso unico"*, in *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 2017; p. 266; M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, p. 63 ss.; E. LUPO, *La Sentenza Europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, p. 109; R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema di "controlimiti" costituzionali: è un vero dialogo?*, in *federalismi,it*, 2017, p. 15; P. MORI, *Taricco II o del primato della Carta dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*, in *dirittounioneeuropea.eu*, 2017; C. SCHEPISI, *La Corte Costituzionale e il dopo Taricco. Un altro colpo al primato e all'efficacia diretta?*, in *dirittounioneeuropea.eu*, 2017; F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia*, in *penalecontemporaneo.it*, 14 settembre 2015.

[3] Cfr. V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

[4] In senso contrario alla individuazione di criteri predefiniti, v. C. AMALFITANO, Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza comunitaria e costituzionale, in *Rivista AIC*, 2020, p. 296; N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, in *federalismi.it*, 2019, p. 2. Per l'applicazione del principio di prossimità, v. R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *European Papers*, 2020, p. 516.

tro di gravità", che trova applicazione in relazione al differente ambito dell'individuazione della base giuridica di un atto dell'Unione.

Sennonché, dando per acquisti i più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale sui rapporti trilaterali tra giudici nazionali, Corte costituzionale e Corte di giustizia, appare utile soffermarci in dettaglio sui contenuti di questa teoria e sulla possibilità di trasporla, con i dovuti adattamenti, nell'ambito della problematica dell'ordine delle pregiudiziali nonché focalizzare l'attenzione su qualche ambiguità che necessita di essere superata.

2. Il principio del centro di gravità può consentire di smussare alcune tensioni e incomprensioni tra giudici nazionali, Corte costituzionali e Corte di giustizia, che hanno accompagnato la Carta fin dalle sue origini e si sono accentuate notevolmente negli ultimi tempi.

È ben noto che la Corte di giustizia ha più volte fatto riferimento a questo principio nell'indicazione della base giuridica di un atto, con l'obiettivo di stabilire l'efficacia di tale atto e di valutarne la legittimità. In particolare, la giurisprudenza consolidata della Corte ha messo in risalto che se l'esame di un atto dell'Unione dimostra che esso persegue una duplice finalità o possiede una duplice componente, e se una di tali finalità o componenti è identificabile come principale, mentre l'altra è solo accessoria, l'atto deve fondarsi solo su una base giuridica, ossia quella richiesta dalla finalità o dalla componente principale o preponderante[5]. Si è affermato, invece, che se l'atto persegue contemporaneamente più finalità oppure ha più componenti legate tra loro in modo inscindibile, senza che una sia accessoria rispetto all'altra, cosicché siano applicabili diverse disposizioni dei Trattati, un atto siffatto deve fondarsi sulle diverse basi giuridiche corrispondenti[6].

---

[5] Sentenza del 4 settembre 2018, causa C-244/17, *Commissione europea c. Consiglio dell'Unione europea*, punto 36; v. anche sentenze del 10 gennaio 2006, causa C-178/03, *Commissione c. Parlamento e Consiglio*, punti 42 e 43; dell'11 giugno 2014, causa C-377/12, *Commissione c. Consiglio*, punto 34, e del 14 giugno 2016, causa C-263/14, *Parlamento c. Consiglio*, punto 44.

[6] Sentenza *Commissione europea c. Consiglio dell'Unione,* cit., punto 37. È chiaro che si ipotizza di adattare la teoria del centro di gravità al tema in esame, al fine di agevolare il giudice nazionale nella sua scelta, fermo restando che la "valutazione basata sulla componente preponderante non può comportare, nei rapporti verticali, un'estensione delle competenze dell'Unione rispetto agli Stati membri, pena l'elusione del principio di attribuzione delle competenze" (Avvocato generale Kokott, conclusioni del 31 maggio 2018, causa C-244/17, *Commissione europea c. Consiglio dell'Unione europea*, punto 59).

Dalla giurisprudenza della Corte si ricava altresì che l'introduzione di un unico centro di gravità rappresenta la regola e, correlativamente, l'utilizzazione di due basi giuridiche l'eccezione[7].

Ebbene, l'individuazione del centro di gravità potrebbe guidare, sulla base di elementi il più possibile oggettivi, la scelta del giudice nazionale tra seguire il percorso europeo o quello costituzionale in tema di diritti fondamentali. In questo scenario resterebbe ferma la possibilità di un intervento successivo della Corte Suprema inizialmente non coinvolta, come riconosciuto, peraltro, dalla giurisprudenza costituzionale. Al riguardo, anche se può apparire scontato, un *caveat* è però d'obbligo. L'ipotesi del successivo coinvolgimento della Corte di giustizia deve fare i conti con l'impossibilità, o comunque l'eccessiva difficoltà, di chiamare tale Corte a pronunciarsi sull'interpretazione di una disposizione dell'Unione in relazione ad una norma nazionale dichiarata incostituzionale e, quindi, rimossa dall'ordinamento interno[8]. Questa o altre situazioni che possono verificarsi in concreto devono far riflettere sull'esigenza, al di là della soluzione prescelta, di non mettere in discussione il ruolo fondamentale affidato alla Corte di giustizia nell'interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione, inclusa la Carta dei diritti fondamentali, ai sensi dell'art. 19 TUE. Peraltro, ben prima dell'entrata in vigore della Carta, la Corte di Lussemburgo aveva affermato a chiare lettere in relazione al diritto derivato dell'Unione che "il fatto che siano menomati vuoi i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione di uno Stato membro, vuoi i principi di una Costituzione nazionale, non può sminuire la validità di un atto della Comunità né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato"[9]. Ciò significa, *a fortiori,* che i diritti fondamentali sanciti da una Costituzione nazionale non possono sminuire la validità e l'efficacia della Carta, così come interpretata dalla Corte di giustizia[10].

Tanto premesso, con l'applicazione della teoria del centro di gravità al tema in esame, l'organo giurisdizionale nazionale potrebbe dare priorità alla Corte di giustizia o al Giudice delle leggi a seconda della rilevanza preponderante nel giudizio a quo della normativa dell'Unione o nazionale. Si tratta di una soluzione, a nostro avviso, ragionevole che finisce per agevola-

---

[7] Cfr. G. MARTI, *Les conflits de base juridique*, in L. CLÉMENT-WILZ (sous la direction de), *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, 2019, p. 73; A. ENGEL, *The Choice of Legal Basis for Acts of the European Union*, 2018; M. KLAMERT, *Conflicts of legal basis: no legality and no basis but a bright future under the Lisbon Treaty?*, in *European Law Review*, 2010, p. 497.

[8] Così G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO, II ed., Napoli, 2020, p. 285.

[9] Sentenza del 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, punto 3.

[10] Sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson,* punti 45 e 46.

re il compito del giudice nazionale in presenza di un sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali.

Per la precisione, vi sono casi in cui il dialogo diretto con la Corte di giustizia risulta essere lo strumento più efficace per accertare la compatibilità del diritto interno con le disposizioni dell'Unione ed i principi posti a tutela dei diritti fondamentali, stante la chiara prevalenza degli aspetti concernenti il rispetto del diritto dell'Unione sui profili nazionali[11]. Il centro di gravità si trova nel diritto dell'Unione sia nei casi in cui vi sia l'esigenza di preservare la validità e l'efficacia della Carta, così come interpretata dalla Corte di Lussemburgo, sia quando la disciplina del diritto dell'Unione non consenta margini di discrezionalità o lasci margini ridotti al legislatore nazionale, in considerazione dell'armonizzazione della materia da parte del diritto dell'Unione[12]. Quest'ultima ipotesi si verifica inequivocabilmente quando siamo in presenza di una situazione come quella del caso Melloni *aut similia*[13], ossia di specifiche regole di diritto dell'Unione che definiscono lo *standard* di tutela applicabile, sicché non residua spazio alcuno per l'applicazione della normativa nazionale, sia pure di rango costituzionale e maggiormente protettiva, al fine di non pregiudicare il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione.

Specularmente, è preferibile che il giudice nazionale si rivolga alla Corte costituzionale quando sia lasciato un ampio margine di intervento agli Stati membri e qualora le norme costituzionali risultino più appropriate per risolvere la controversia[14], oltre che nelle questioni puramente interne ovvero che non ricadano chiaramente nel cono d'ombra del diritto dell'Unione.

Vero è che la prassi giurisdizionale consentirà di affinare e arricchire la nozione del centro di gravità e di stabilire con maggiore chiarezza le ipotesi di priorità del rinvio pregiudiziale o della questione di legittimità costituzionale, atteso che i rapporti trilaterali tra i giudici nazionali e le due Corti Supreme sono dinamici e in continua evoluzione.

Per completare questo ragionamento e al fine di evitare l'introduzione di criteri rigidi, si reputa preferibile lasciare il giudice libero di scegliere se

---

[11] Cfr. R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti*, cit., p. 518, il quale evidenzia che il rinvio pregiudiziale sarà il metodo prescelto più utilizzato sia per la speditezza della tutela, sia per la valorizzazione del ruolo del giudice comune del diritto dell'Unione e del dialogo diretto della Corte di giustizia.

[12] In questa direzione, R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti*, cit., p. 518.

[13] Sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*.

[14] In tal senso, si è evidenziato che il ricorso prioritario alla questione di costituzionalità è "circoscritto a quei settori in cui agli Stati membri è riconosciuto un margine di discrezionalità nell'attuazione del diritto dell'Unione" (F. DONATI, *I principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione in un sistema di tutele concorrenti dei diritti fondamentali*, in *federalismi.it,* 2020, p. 109) o più in generale quando le esigenze di uniformità siano meno impellenti (R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti*, cit., p. 518).

coinvolgere l'una o l'altra Corte nei casi in cui non sia possibile individuare il centro di gravità, purché, ovviamente, sia motivata la sua decisione discrezionale in modo da comprendere l'*iter* logico seguito. In buona sostanza, si tratta di una soluzione già riscontrabile nella giurisprudenza nazionale, fondata in via principale sull'applicazione del criterio centro di gravità e in via subordinata sulla scelta argomentata dell'organo giurisdizionale, laddove non sia determinabile la predominanza del diritto dell'Unione o costituzionale ai fini della definizione della controversia.

3. Nell'ambito delle varie opzioni a disposizione del giudice nazionale non è condivisibile la scelta della c.d. doppia pregiudiziale diretta[15], vale a dire del contestuale coinvolgimento della Corte di giustizia e della Corte costituzionale, anche se questa soluzione non rappresenta una novità nel nostro ordinamento. In realtà, in occasione della nota vicenda *Costa c. Enel*, dopo che un giudice conciliatore aveva richiesto un primo intervento della Corte costituzionale in merito al rapporto tra diritto comunitario e diritto nazionale, un differente giudice conciliatore sollevò parallelamente un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e una questione incidentale di legittimità costituzionale, ma incentrando quest'ultima su profili non riguardanti il diritto dell'Unione[16]. Successivamente, l'affermazione della priorità della pregiudiziale comunitaria rispetto a quella costituzionale induceva la Corte costituzionale a pronunciarsi nel senso dell'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale sollevate da un giudice nazionale contemporaneamente ad una questione pregiudiziale d'interpretazione alla Corte di giustizia[17].

Pur non sussistendo più un ordine di priorità, desta ora perplessità la decisione della Corte di appello di Napoli di sollevare contemporaneamente, con separate ordinanze, sia la questione costituzionale che il rinvio pregiudiziale in relazione alle disposizioni sui licenziamenti collettivi del c.d. *Jobs Act*[18]. Se è vero che il doppio rinvio contestuale sembra per alcuni versi assimilabile all'ipotesi eccezionale della doppia base giuridica di un atto, si ritiene che finanche in assenza di un centro di gravità non sia opportuno

[15] In senso contrario alla doppia pregiudiziale contestuale, cfr. R. MASTROIANNI, *Sul rapporto tra Carte e Corti*, cit., p. 509; in senso favorevole, v. C. AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, cit.; R. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in *Giustizia Insieme*, 4 marzo 2019.

[16] Giudice Conciliatore di Milano, Costa v. ENEL, ordinanza del 10 settembre 1963. Per una ricostruzione dell'intera vicenda, cfr. A. ARENA, *From an Unpaid Electricity Bill to the Primacy of EU Law: Gian Galeazzo Stendardi and the Making of Costa v. ENEL*, in *European Journal of International Law*, 2019, p. 1017.

[17] V., ad esempio, Corte costituzionale, ordinanza del 21 marzo 2002, n. 82.

[18] Per un commento delle due ordinanze, cfr. M. MAZZETTI, *La legittimità della disciplina italiana contro il licenziamento collettivo*, in *Questione Giustizia*, 12 febbraio 2020, questionegiustizia.it.

per il giudice nazionale ricorrere alla Corte costituzionale e, allo stesso tempo, alla Corte di giustizia sul tema dei diritti fondamentali.

A parte la difficoltà di un preciso sezionamento delle questioni di rilevanza comunitaria e costituzionale sul tema dei diritti fondamentali e la pretesa della Consulta di giudicare anche sulla base di parametri europei, il giudice a quo non chiarisce in virtù di quali criteri e principi gestire le due procedure e le rispettive risposte delle due Corti.

L'eventuale decisione del giudice comune di utilizzare la doppia pregiudiziale diretta potrebbe rivelarsi inefficace nell'ottica della cooperazione tra le Corti supreme, giacché l'avvio di due procedimenti paralleli potrebbe condurre a conclusioni divergenti in merito alla protezione dei diritti fondamentali, a meno che il confronto e la volontà di convergere nella medesima direzione non si realizzino nel corso di questi procedimenti. Ma ciò non appare agevole da realizzare, visto come sono congegnati il giudizio pregiudiziale e quello costituzionale, anche sul piano processuale, e la difficoltà di instaurare un dialogo diretto ed efficace prima delle loro decisioni finali.

Non sembra casuale che sia la Corte di giustizia abbia dichiarato l'irricevibilità delle questioni sollevate dalla Corte di appello di Napoli, non riscontrando alcun collegamento fra la disciplina nazionale in questione (criteri di scelta nell'ambito dei licenziamenti collettivi) e un atto di diritto dell'Unione, così come richiesto dall'articolo 51, paragrafo 1, della Carta di Nizza[19], sia la Corte costituzionale abbia pronunciato l'inammissibilità di tali questioni, avendo ritenuto insufficiente la motivazione sulla rilevanza e incerta la richiesta di un intervento correttivo[20]. Verosimilmente, le due Corti hanno voluto dare un preciso segnale agli organi giurisdizionali nazionali a non incoraggiare il ricorso al doppio rinvio contestuale in tema di diritti fondamentali, che rischia di elevare notevolmente le probabilità di orientamenti divergenti.

Questa preoccupazione può essere attenuata nell'ipotesi analoga a quella verificatasi con la formulazione delle due coeve ordinanze del giudice conciliatore di Milano, vale a dire quando le questioni di costituzionalità sollevate contestualmente al rinvio pregiudiziale non abbiano in alcun modo ad oggetto la Carta dei diritti fondamentali né altri profili del diritto dell'Unione, anche se rimane la difficoltà di un coordinamento e l'esigenza di non pregiudicare il rapporto dialogico tra le due Corti.

In merito a questi complessi e delicati profili di cooperazione tra Corti e di armonia tra le Carte si impongono, perlomeno, due ulteriori conside-

[19] Sentenza del 4 giugno 2020, causa C-32/20, *TJ c. Balga Srl*.
[20] Corte costituzionale, sentenza del 4 novembre 2020, n. 254.

razioni, nell'ottica di quella che viene correntemente definita la massimizzazione della tutela dei diritti[21].

Per un verso, viene in rilevo l'art. 52, paragrafi 3 e 4, della Carta di Nizza, che si pone l'obiettivo di realizzare una coerenza tra le differenti disposizioni sui diritti fondamentali. Come è stato giustamente rilevato[22], la Corte di giustizia è stata meno assertiva in questa materia rispetto alla tutela delle libertà fondamentali sancite dai Trattati, in quanto il suo ruolo di interprete delle disposizioni della Carta è stato esercitato in modo da contemperare le proprie valutazioni con quelle concernenti le tradizioni costituzionali degli Stati membri e le disposizioni della CEDU. Da parte sua, la Corte costituzionale pare ormai incoraggiare questa interazione con la Corte di giustizia, avendo riconosciuto la sua natura di organo giurisdizionale *ex* art. 267 TFUE dopo averla inizialmente esclusa[23]. Certo è che la Corte costituzionale non può che trarre beneficio dalla cooperazione e dal reciproco confronto con la Corte di giustizia se si considera che l'ordinanza di rinvio le offre l'opportunità di indicare il suo punto di vista sulla risposta ai quesiti pregiudiziali, sebbene non sia obbligata a farlo, e di superare gli inconvenienti del contestuale coinvolgimento delle due Corti.

Per altro verso, non è stato ancora chiarito, se e in che termini, il rinvio alla Corte di giustizia da parte del Giudice delle Leggi, pur nella sua peculiare posizione di organo di garanzia costituzionale, sia configurabile come obbligo o facoltà. Il problema non si pone qualora sia adita in via principale, quale giudice di ultima e unica istanza, giacché sembra ormai acquisito in tal caso l'obbligo della Corte costituzionale di coinvolgere la Corte di giustizia in presenza di un dubbio sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione. La questione non sembra invece definitivamente risolta nei giudizi incidentali di legittimità costituzionale e ad alimentare i dubbi concorre la giurisprudenza costituzionale che non si è ancora espressamente pronunciata al riguardo[24], ma ha soltanto chiarito che nei differenti giudizi di legittimità costituzionale in via principale il Giudice delle Leggi può

---

[21] Con riguardo alla massimizzazione dei diritti, v. A. RUGGERI, *La Carta di Nizza-Strasburgo nel sistema costituzionale europeo*, in *Rivista AIC*, 2020, p. 130.

[22] In questi termini, v. A. TIZZANO, *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 9.

[23] Cfr. Corte costituzionale, ordinanze del 15 aprile 2008, n. 103; del 3 luglio 2014, n. 207; del 26 gennaio 2017, n. 24; 10 maggio 2019, n. 117.

[24] In senso favorevole, v. F. SPITALERI, *Facoltà e obbligo del rinvio pregiudiziale*, in F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020, p. 118; M. CONDINANZI, *I giudici italiani "avverso le cui decisioni non possa porsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno" e il rinvio pregiudiziale*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2010, p. 302. In senso contrario, v. L. FUMAGALLI, *Commento dell'art. 267 TFUE*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai trattati dell'Unione europea*, II ed., Padova, 2014, p. 1327.

essere considerato un giudice di ultima istanza, ai sensi dell'art. 267, terzo paragrafo, TFUE[25].

Ad ogni buon conto, nell'ipotesi in cui la Corte costituzionale sia intenzionata a dichiarare l'illegittimità costituzionale di una norma di legge sulla base di parametri europei sarebbe auspicabile il previo coinvolgimento della Corte di giustizia, visto che la decisione del Giudice delle Leggi potrebbe precludere il successivo intervento della Corte dell'Unione. Allo stesso modo, l'utilizzo dello strumento pregiudiziale sembra una soluzione obbligata quando il Giudice delle Leggi propenda per l'invalidità di una norma dell'Unione, considerato che la decisione in ordine alla legittimità di un atto dell'Unione è affidata alla competenza esclusiva della Corte di giustizia[26].

4. Il nuovo modello accentrato di costituzionalità, sia pure temperato, si riferisce soltanto alla Carta e non al diritto dell'Unione in generale, sicché il coinvolgimento della Corte costituzionale deve realizzarsi soltanto in presenza di norme della Carta, oltre che nelle ipotesi in cui vengano in rilievo i cc.dd. controlimiti o disposizioni dell'Unione non dotate di effetto diretto.

Va qui precisato che nella giurisprudenza della Corte costituzionale viene menzionata genericamente la Carta senza alcuna distinzione in merito all'efficacia delle sue disposizioni e non trovano riscontro le tesi che sostengono che il nuovo approccio costituzionale sia circoscritto alle sole norme del *Bill of Rights* non provviste di effetto diretto[27]. Di conseguenza, il nuovo orientamento della Corte costituzionale non è applicabile alle norme dell'Unione dotate di efficacia diretta diverse dalla Carta dell'Unione e in tal senso la stessa Corte costituzionale ha enfatizzato che tale Carta assume caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale, con l'obiettivo di circoscrivere il suo nuovo orientamento al tema dei diritti fondamentali. Ne consegue pure che continua ad essere affidato al giudice comune, eventualmente con l'ausilio della Corte di giustizia, il compito di applicare le norme dell'Unione provviste di efficacia diretta che non riguardino i diritti fondamentali, men-

---

[25] In tal senso, la sentenza della Corte costituzionale del 13 febbraio 2008, n. 102, la quale ha affermato che "la Corte costituzionale, ha natura di giudice e, in particolare, di giudice di unica istanza (in quanto contro le sue decisioni non è ammessa alcuna impugnazione: art. 137, terzo comma, Cost.). Essa, pertanto, nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale è legittimata a proporre rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, terzo paragrafo, del Trattato CE".

[26] V. sentenza del 22 ottobre 1987, causa 314/85, *Foto-Frost*.

[27] Cfr. B. NASCIMBENE, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa: i cataloghi e gli strumenti a disposizione dei giudici nazionali (cataloghi, arsenale dei giudici e limiti o confini)*, in *rivista.eurojus.it*, 2020, p. 3.

tre il sindacato sull'antinomia delle disposizioni nazionali con siffatte norme dell'Unione non spetta alla Corte costituzionale.

Nondimeno, talvolta il riferimento alla Carta è del tutto marginale e ciò va valutato attentamente proprio perché potrebbe costituire il "pretesto" per spostare l'attenzione sul piano costituzionale, anche laddove la risoluzione della controversia dipenda da altre norme dell'Unione e non sia rilevante la tutela dei diritti fondamentali. Basti pensare, ad esempio, alla sentenza resa dalla Corte di giustizia nella causa *Syndicat CFTC du personnel de la Caisse primaire d'assurance maladie de la Moselleche*[28], che ha avuto ad oggetto la compatibilità con la direttiva 2006/54/CE[29] di una disposizione di un contratto collettivo nazionale che riserva alle lavoratrici che si prendono cura in prima persona del proprio figlio il diritto ad un congedo dopo la scadenza del congedo legale di maternità. Ebbene, in tal caso vengono evocati gli artt. 20, 21, paragrafo 1, e 23 della Carta, ma poi la sentenza non si sofferma in alcun modo sulla Carta, né nella parte motiva né nel dispositivo, ma soltanto sulla direttiva. È chiaro che in presenza di una situazione del genere il rinvio alla Corte costituzionale anziché alla Corte di giustizia non sarebbe appropriato, poiché non si può estendere il nuovo modello a tutti i casi in cui una regola di diritto dell'Unione possa interferire con un diritto costituzionalmente garantito. Nel contempo, occorre sottolineare che l'art. 51 della Carta, sebbene interpretato estensivamente, non consente in alcun modo di attribuire alla Carta stessa una portata universale e omnicomprensiva tale da attrarre nella sua sfera applicativa tutte le situazioni che attengono ai diritti fondamentali.

Questi chiarimenti sembrano quanto mai opportuni, giacché l'esigenza legittima della Corte costituzionale di non essere tagliata fuori dalla tutela dei diritti fondamentali e di continuare a distinguere le situazioni puramente interne deve coniugarsi con le caratteristiche peculiari del sistema di tutela giurisdizionale del diritto dell'Unione, che si fonda sul ruolo centrale del giudice nazionale, generalmente definito giudice comune o decentrato del diritto dell'Unione. Il corretto funzionamento di tale sistema continua a ruotare attorno alla figura di questo organo nazionale e, quindi, al suo potere di procedere alla interpretazione conforme o alla immediata applicazione della norma dell'Unione, previo coinvolgimento, solo se utile o necessario, della Corte di giustizia o della Corte costituzionale[30]. In questa

[28] Sentenza del 18 novembre 2020, causa C-463/19. È il caso di precisare che questa sentenza non riguarda lo Stato italiano, ma è stata richiamata soltanto a titolo esemplificativo.

[29] Tale direttiva riguarda l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego.

[30] Peraltro, è stato sostenuto che l'aumentata accessibilità del controllo di costituzionalità consentirebbe di aprire maggiormente le porte del Palazzo della Consulta ai giudici co-

prospettiva, la giurisprudenza costituzionale ha ribadito il potere dei giudici interni di sottoporre alla Corte di giustizia qualsiasi ulteriore quesito pregiudiziale rispetto a quelli proposti dalla Corte costituzionale, anche al termine del procedimento incidentale di legittimità costituzionale, facendo salvo altresì il loro dovere di non applicare, ricorrendone i presupposti, la disposizione nazionale contrastante con i diritti della Carta[31]. Dagli ultimi chiarimenti della giurisprudenza costituzionale si ricava che non cambiano in modo significativo i principi della nota sentenza *Simmenthal*[32], con la quale la Corte non aveva stabilito la priorità del rinvio pregiudiziale rispetto alla questione di legittimità costituzionale, ma aveva riconosciuto l'obbligo del giudice nazionale di disapplicare le disposizioni della legislazione nazionale contrastanti con le norme dell'Unione "senza doverne chiedere o attenderne la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale"[33]. Tuttavia, vi è il rischio che i giudici comuni siano in qualche modo "intimoriti" dal nuovo orientamento costituzionale e preferiscano comunque rivolgersi ad una delle due Corti, anche qualora la Carta non sia rilevante o la soluzione della controversia sia evidente sulla base della giurisprudenza dell'Unione o costituzionale.

Inoltre, in questa fase di transizione vi è l'ulteriore preoccupazione che vengano messi in discussione principi ormai consolidati della giurisprudenza della Corte di giustizia senza alcuna ragionevole giustificazione. Il riferimento è ad esempio a una recente sentenza del TAR Puglia-Lecce sulla nota questione della compatibilità con il diritto dell'Unione dei rinnovi delle concessioni balneari[34]. Per la precisione, il giudice amministrativo muove dalla premessa che "Al fine di stabilire chi possa o debba disapplicare la norma nazionale in conflitto con la normativa comunitaria appare dirimente considerare che le predette facoltà di trasmissione degli atti alla

---

muni (A. COSENTINO, *Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni, disordine delle idee,* in *Questione Giustizia*, 6 febbraio 2020).

[31] Sull'esigenza di consentire sempre al giudice nazionale la facoltà o l'obbligo di rinvio pregiudiziale, cfr. A. TIZZANO, *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 21.

[32] Sentenza del 9 marzo 1976, 106/77, *Simmenthal*.

[33] Si esprime in questo senso, G. TESAURO, *Manuale*, cit., p. 282.

[34] TAR Puglia-Lecce, Sezione Prima, sentenza del 18 novembre 2020, n. 1321, pubblicata il 27 novembre 2020. Cfr. in senso favorevole, R. ROLLI, M. MAGGIOLINI, *La disapplicazione della norma nazionale contrastante con il diritto dell'Unione* (nota a TAR Puglia-Lecce, sez. I, 18 novembre 2020 n. 1321), in *Questione Giustizia*, 22 dicembre 2020, i quali affermano che "sarebbe illogico riconoscere il potere della disapplicazione della legge nazionale all'Amministrazione che non dispone dei poteri specificamente attribuiti invece all'autorità giudiziaria", senza prendere, tra l'altro, in considerazione la responsabilità dello Stato, anche sul piano risarcitorio, per le violazioni del diritto dell'Unione commesse dagli organi amministrativi. In senso contrario si è espresso da ultimo il giudice amministrativo nella nota vicenda *Mediaset c. Vivendi*, riconoscendo l'efficacia diretta dell'art. 49 TFUE e l'obbligo dell'AGCOM di disapplicare l'art. 43 TUSMAR (TAR Lazio-Roma, sentenza del 23 dicembre 2020, n. 13958).

Corte Costituzionale e di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, in quanto prodromiche e funzionali rispetto alla eventuale successiva determinazione di disapplicare la norma interna", per arrivare alla discutibile conclusione che soltanto al giudice nazionale è riservata questa competenza di dare pieno effetto alle norme dell'Unione. Dunque, in assenza del potere dell'amministrazione e, per essa, del funzionario o del dirigente proposto di rivolgersi alla Corte di giustizia e alla Corte costituzionale, tale organo dello Stato non potrebbe applicare direttamente la disposizione dell'Unione provvista di effetto diretto, ma sarebbe tenuto ad osservare la norma di legge interna nonché ad adottare provvedimenti conformi e coerenti con la norma di legge nazionale. Non si può fare a meno di rilevare che questo ragionamento del giudice amministrativo ignora la giurisprudenza della Corte di giustizia in argomento, che ha costantemente affermato che il principio della preminenza del diritto dell'Unione impone non solo al giudice, bensì allo Stato membro nel suo insieme, dunque a tutte le sue articolazioni, in particolare le amministrazioni, di dare pieno effetto alla norma dell'Unione[35]. La giurisprudenza dell'Unione è arrivata al punto di affermare l'obbligo dell'amministrazione, ove consentito dall'ordinamento processuale nazionale per le questioni interne, di non dare seguito ad un atto amministrativo la cui legittimità sia stata riconosciuta con sentenza passata in giudicato, ma la cui incompatibilità con il diritto dell'Unione sia stata successivamente accertata dalla Corte di giustizia all'esito di un rinvio pregiudiziale[36]. In questa nuova fase di assestamento dei rapporti tra giudici interni, Corte costituzionale e Corte di giustizia, non si devono perdere di vista i principi fondamentali che maggiormente qualificano il rapporto tra ordinamento dell'Unione e diritto nazionale, quali il primato e l'effetto diretto, e il ruolo di tutti gli organi di uno Stato membro nel darvi attuazione.

5. In questo dibattito si è inserita con un ruolo da protagonista la Suprema Corte di Cassazione, prima spingendo per rivedere il noto *obiter dictum* e far ritornare la Corte costituzionale sui suoi passi[37], e adesso sollevando l'importante ordinanza pregiudiziale n. 19598/2020[38]. Questa ordinanza potrebbe preludere a un nuovo conflitto tra le due Corti Supreme e

---

[35] Sentenze del 22 giugno 1989, causa 103/88, *Fratelli Costanzo*; del 29 aprile 1999, causa C-224/97, *Ciola*; del 9 settembre 2003, causa C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi*.

[36] Sentenza del 13 gennaio 2004, causa C-453/00, *Kuhne & Heitz*. Cfr. P. MARTIN RODIGRUEZ, *La revisión de los actos administrativos firmes: Un nuevo instrumento de garantía de la primacía y efectividad del derecho comunitario? Comentario a la sentencia del TJCE del 13 de enero de 2004, C-453/00, Kübne & Heitz NV*, ottobre 2004 (*iustel.com*).

[37] V. Corte di Cassazione, ordinanze del 16 febbraio 2018, n. 3831, del 30 maggio 2018, n. 13678 e del 10 gennaio 2019, n. 451.

[38] Corte di Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza 18 settembre 2020, n. 19598.

consentire alla Corte di giustizia di pervenire a conclusioni differenti rispetto a quelle formulate dalla Consulta, spostando così il centro di gravità nel diritto dell'Unione[39].

L'ordinanza di cui si discute è finalizzata a modificare il precedente orientamento giurisdizionale, che ha ritenuto inutilizzabile il rimedio del ricorso per cassazione, sotto il profilo del difetto di potere giurisdizionale, per impugnare sentenze del Consiglio di Stato che facciano applicazione di prassi interpretative confliggenti con sentenze della Corte di giustizia. Il tema è di interesse per la nostra riflessione se si considera che le frizioni tra sentenze del Consiglio di Stato e diritto dell'Unione possono manifestarsi anche in relazione alla Carta, così come interpretata dalla Corte di giustizia.

L'orientamento della Corte costituzionale secondo cui la violazione del diritto dell'Unione integrerebbe una semplice violazione di legge incensurabile con lo strumento del ricorso per cassazione, neppure nelle ipotesi estreme di decisioni anomale o abnormi, come era emerso nella giurisprudenza[40], si fonda su un'interpretazione restrittiva dell'art. 111, ottavo comma, della Costituzione. Nondimeno, la Corte di Cassazione non sembra più approvare il suo *self restraint* sull'eccesso di potere giurisdizionale e si interroga sulla possibilità di rivedere l'ultimo orientamento della Corte costituzionale, il quale determinerebbe una situazione patologica visto che la violazione del diritto dell'Unione da parte dei giudici amministrativi e l'omesso rinvio pregiudiziale non sarebbero più rimediabili nel diritto interno.

Dunque, vi è l'esigenza di scongiurare, laddove possibile, il consolidamento di una violazione del diritto dell'Unione ed è per questo che non appare condivisibile, nelle premesse teoriche e nelle conseguenze pratiche, che le sentenze del Consiglio di Stato possano definitivamente porsi in contrasto con gli arresti della Corte di giustizia[41].

Entrando in *medias res*, la soluzione dei primi due quesiti pregiudiziali sollevati dalla Corte di cassazione è da individuare nel principio di effettività (e di equivalenza) e nel ruolo del rinvio pregiudiziale[42], mentre il terzo

---

[39] Corte costituzionale, sentenza 18 gennaio 2018, n. 6. V. anche Corte costituzionale, sentenza 26 maggio 2017, n. 123.

[40] Cfr. Corte di Cassazione, SS. UU., sentenze 6 febbraio 2015, nn. 2403 e 2242; sentenza 16 maggio 2019, n. 13243.

[41] Sul tema della facoltà/obbligo delle sezioni del Consiglio di Stato di sollevare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia nonostante il vincolo, *ex* art. 99 cpa, di rispettare le statuizioni espresse sui medesimi profili dall'Adunanza plenaria, v. C. SCHEPISI, *Consiglio di Stato, 'giudicato interno' e rinvio pregiudiziale: ancora sui rapporti tra sezioni e adunanza plenaria,* in *dirittounioneeuropea.eu*, 2017.

[42] In senso favorevole all'utilizzo del ricorso *ex* art. 111, comma 8, Cost. per le violazioni del diritto dell'Unione europea da parte del Consiglio di Stato, cfr. G. TESAURO, *L'interpretazione*, cit., p. 272; B. NASCIMBENE, P. PIVA, *op. cit*. In senso critico, v. S. BARBA-

quesito non assume rilevanza in questa sede, poiché si incentra, nel merito, sulla prassi interpretativa del Consiglio di Stato che non riconosce al concorrente escluso da una gara d'appalto la legittimazione ad impugnare l'aggiudicazione finale.

Volgendo lo sguardo al primo quesito, la Corte di giustizia è chiamata a pronunciarsi sul principio della effettività della tutela giurisdizionale sancito dall'art. 47 della Carta e dall'art. 19, par. 1, comma 2, TUE, che ha ormai assunto un ruolo centrale nel diritto dell'Unione, come dimostrato dalle recenti pronunce del giudice dell'Unione che hanno fatto leva proprio su questo principio per accertare le violazioni della *Rule Of Law*[43]. Tale principio si colloca nell'ottica più generale di garantire concretamente il perseguimento degli obiettivi previsti dai Trattati e il soddisfacimento degli interessi che le sue norme attribuiscono ai singoli.

In questa vicenda l'evoluzione del concetto di giurisdizione deriva proprio dall'esigenza di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale e delle norme dell'Unione che, com'è noto, hanno finito per relativizzare l'autonomia procedurale degli Stati membri[44]. Infatti, le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli, in forza del diritto dell'Unione, non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione[45]. Sotto questo profilo, la previsione di una tutela soltanto risarcitoria appare inefficace e inadeguata a compensare l'impossibilità di ottenere una tutela reale[46], atteso che l'azione di danni può rappresentare un *minus* rispetto all'ipotesi di completo ripristino sostanziale o comunque non rivelarsi un rimedio idoneo a soddisfare gli interessi del danneggiato[47]. Per tale motivo appare meritevole di ripensamento una soluzione restrittiva che contempli unicamente un rimedio indiretto e succedaneo, senza pren-

---

RESCHI, L. A. CARUSO, *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di Cassazione «fuori contesto»: considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, con postilla di B. CARAVITTA, *La Cassazione pone in discussione la Costituzione davanti al diritto europeo?*, in *federalismi.it*, p. 2; M. A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020,* in *Giustizia insieme*, 29 novembre 2020.

[43] Sentenza del 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione/Polonia*; ordinanza dell'8 aprile 2020, causa C-791/19 R, *Commissione/Polonia (Régime disciplinaire des juges)*; sentenza del 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*.

[44] Per una ricostruzione del principio di effettività, v. A. M. ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Bari, 2015.

[45] Cfr., tra le tante, la sentenza della Corte di giustizia *Danqua* richiamata dall'ordinanza pregiudiziale della Corte di Cassazione (20 settembre 2016, causa C-429/15, in particolare punto 38 ss.). Cfr. G. TESAURO, *L'interpretazione*, cit., p. 253, il quale pone in luce che in tal caso "la barriera dell'autonomia procedurale non può reggere di fronte all'effettività della tutela giurisdizionale".

[46] Si orienta in questa direzione G. TESAURO, *supra* cit., p. 250.

[47] Avvocato generale Legér, conclusioni dell'8 aprile 2003, causa C-224/01, *Köbler*, punto 39.

dere nella dovuta considerazione l'eterogeneità delle situazioni concrete e l'esigenza di una tutela piena del soggetto leso dalla violazione del diritto dell'Unione.

Peraltro, nell'ambito di un giudizio di ottemperanza, lo stesso Consiglio di Stato è arrivato ad affermare la propria competenza a specificare la portata e gli effetti del giudicato, con l'obiettivo di impedire il consolidamento di effetti irreversibili contrari al diritto dell'Unione, utilizzando anche in tal caso il principio di effettività[48]. Ebbene, per garantire la piena applicazione di questo principio, il giudice amministrativo nazionale di ultima istanza deve adoperarsi per evitare la formazione (o la progressiva formazione) di un giudicato contrastante con norme dell'Unione, anche ricorrendo al dialogo a distanza con la Corte di Lussemburgo[49]. In una prospettiva sostanzialmente simile si muove l'ordinanza pregiudiziale nella parte in cui afferma che "la prassi giurisprudenziale che ritiene inammissibile il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, in una fattispecie come quella in esame, sembra non corrispondente nemmeno al principio di effettività della tutela giurisdizionale, da valutare non in astratto ma in concreto in relazione al procedimento di formazione della decisione giurisdizionale".

Con riferimento al secondo quesito, strettamente connesso al primo, va considerato il ruolo determinante del rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE per la corretta interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione[50], che non può essere scalfito né dalla difficoltà di configurare il suo mancato utilizzo come invasione nelle competenze di un'altra giurisdizione né dal rischio di sconfinamento nel sindacato generale sulla violazione di legge. Piuttosto, appare dirimente che la Corte di giustizia abbia più volte evidenziato di non riconoscere efficacia alle regole processuali che dovessero mettere in discussione la facoltà o l'obbligo di rinvio da parte del giudice nazionale, con la conseguenza che quest'ultimo può di propria iniziativa disapplicare qualsiasi disposizione interna, anche di carattere procedurale, che osti all'effetto utile del diritto dell'Unione senza attendere la soppressione in via legislativa o mediante giudizio di legittimità costituzionale[51]. Da ciò si può trarre la conclusione che i limiti del ricorso per cassazione, sia di carattere procedurale che sostanziale, non possono vanificare la competenza e gli obblighi incombenti su di un giudice nazionale ai

---

[48] Consiglio di Stato, Ad. Pl., sentenza 9 giugno 2016, n. 11.

[49] Sulla vicenda Pizzarotti dinanzi alla Corte di giustizia, v. G. MARCHEGIANI, *The "Pizzarotti" case and the sale of public property in the light of EU law*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2016, p. 111.

[50] Sul rinvio pregiudiziale, in generale, sia consentito rinviare a F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020.

[51] Cfr., *ex multis*, la sentenza del 18 luglio 2013, causa C-136/12, *Consiglio nazionale dei geologi e Autorità garante della concorrenza e del mercato*, punti 32 e 33.

sensi dell'articolo 267 TFUE, non rilevando, al riguardo, gli ostacoli derivanti da rigidi schemi formali o ristrette qualificazioni giuridiche nazionali.

6. Tirando le fila di quanto evidenziato in precedenza, la scelta della Corte di Cassazione non appare censurabile, poiché non può essere precluso all'organo giurisdizionale di rivolgere alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale che esso consideri necessaria[52]. A tal fine, non costituisce un ostacolo la precedente pronuncia della Corte costituzionale sull'interpretazione della nozione di giurisdizione ai fini dell'esperibilità del ricorso per cassazione, giacché non sussiste un rapporto di tipo gerarchico tra giudici nazionali, ma un loro autonomo potere di valutazione del diritto dell'Unione[53].

È auspicabile che la Corte del *Kirchberg* fornisca una risposta ai quesiti pregiudiziali sollevati dalla Corte di Cassazione in senso favorevole alla tutela reale, in via eccezionale e in presenza di rigorose condizioni, nell'ipotesi in cui il centro di gravità per la soluzione della controversia sia da individuare nel diritto dell'Unione[54].

Va altresì precisato che l'eventuale utilizzo del rimedio del ricorso per cassazione per le violazioni del diritto dell'Unione inerenti alla giurisdizione non dovrebbe costituire un terzo grado di giudizio né pregiudicare l'autorità del giudicato, ma assumere una funzione deterrente ai fini della riduzione dei contrasti delle sentenze nazionali con le pronunce della Corte di giustizia.

Resta d'intesa che in via generale spetta al Consiglio di Stato e agli altri organi giurisdizionali nazionali il compito di interpretare e applicare correttamente il diritto dell'Unione. Se ciò non avviene, appare allora utile interrogarsi sulla possibilità di ricorrere agli strumenti già previsti dal diritto nazionale per le situazioni interne e sottoposti al draconiano filtro della Corte di Cassazione. È qui che entra in gioco anche il principio di equivalenza, in forza del quale le modalità procedurali dei ricorsi per la tutela dei diritti dei singoli, derivanti dal diritto dell'Unione, non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna[55].

---

[52] Sentenza del 20 dicembre 2017, causa C-322/16, *Global Starnet*, punto 22.

[53] Sentenza del 4 giugno 2015, causa C-5/14, *Kernkraftwerke*, punto 32 e seguenti.

[54] La rilevanza del diritto dell'Unione discende dal fatto che il controverso orientamento del Consiglio di Stato risulta distonico rispetto a diverse sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia (5 settembre 2019, causa C-333/18, *Lombardi*; 5 aprile 2016, causa C-689/13, *Puligienica*; 4 luglio 2013, causa C-100/12, *Fastweb*), anche se tali sentenze non brillano per chiarezza.

[55] Sentenze del 14 ottobre 2020, causa C-677/19, *Valoris*, punto 29 ss.; del 31 maggio 2018, causa C-483/16, *Sziber,* punti 35, 41 e 42; del 9 luglio 2020, cause riunite C-698/18 e C-699/18, *Raiffeisen Bank e BRD Groupe Société Générale*, punti 76 e 77; 30 giugno 2016, causa C-200/14, *Câmpean*, punto 45 ss.

Ad avvalorare la rilevanza di questo principio di equivalenza in combinazione con quello di effettività potrebbe soccorrere anche il criterio dell'interpretazione conforme, considerato che l'art. 111, comma 8, Cost. non pone un espresso divieto in relazione alla soluzione prospettata dalla Cassazione, bensì si presta a più chiavi d'interpretazione. Pertanto, potrebbe essere utilizzata quella interpretazione che consente al giudice nazionale di ritornare sui propri passi per adempiere agli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea. L'obiettivo di fondo di questa soluzione non è la previsione di un unico organo giurisdizionale di controllo interno sul rispetto delle norme dell'Unione quanto rimediare a quelle violazioni realizzate in mancanza del doveroso coinvolgimento della Corte di giustizia[56].

Certo non ci nascondiamo che la risposta della Corte di giustizia ai quesiti pregiudiziali rischia di riflettersi su altre rilevanti e complesse questioni. A ben vedere, il processo evolutivo prefigurato dalla Corte di Cassazione ha delle notevoli implicazioni non solo in considerazione del fatto che un orientamento della Corte di giustizia sulla nozione di giurisdizione divergente da quello della Corte costituzionale potrebbe creare una nuova tensione tra le due Corti, ma anche perché occorre chiarire sia il ruolo del Giudice delle Leggi nell'ambito dell'eventuale ricorso per cassazione "allargato", laddove il centro di gravità si concentri nelle norme costituzionali, sia se la soluzione ipotizzata per il diritto dell'Unione possa essere estesa alle violazioni della CEDU[57]. Tuttavia, la giurisprudenza della Corte di giustizia non è nuova a soluzioni originali e impensabili per le concezioni classiche del diritto pubblico nazionale, che con il tempo sono state metabolizzate e acquisite nell'ordinamento interno superando gli ostacoli

---

[56] Cfr. M. A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza*, cit., la quale esprime dei dubbi sul fatto che "il principio di effettività della tutela possa ritenersi ex se violato se uno Stato membro non preveda un giudice unico interno di nomofilachia o, comunque, un unico organo giurisdizionale di controllo interno sul rispetto delle norme UE".

[57] Con riferimento alla CEDU, v. le note sentenze gemelle (Corte costituzionale, sentenze 27 ottobre 2007, nn. 348 e 349). Vale la pena altresì di ricordare che, a differenza delle pronunce della Corte EDU, le sentenze della Corte di Lussemburgo sono considerate, pur nei limiti individuati dalla giurisprudenza costituzionale, fonti sovraordinate anche rispetto alle norme di rango costituzionale e direttamente efficaci nell'ordinamento interno degli Stati membri, in ragione del loro carattere accessivo alla norma dell'Unione con cui si integrano (cfr., ad es., Corte Costituzionale, 11 luglio 1989, n. 389, Provincia Bolzano). In merito al tema del diverso impatto del diritto dell'Unione sull'ordinamento nazionale rispetto alla CEDU, cfr., tra i tanti, E. CANNIZZARO, *Diritti 'diretti' e diritti 'indiretti': i diritti fondamentali tra Unione, CEDU e Costituzione italiana*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2012, p. 23 ss.; A. TIZZANO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2005, p. 839 ss.; U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2004, p. 73; B. CONFORTI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Convenzione europea dei diritti umani*, in L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002, p. 3.

[57] Corte costituzionale, ordinanza dell'8 luglio 2020, n. 182.

all'applicazione del diritto dell'Unione che inizialmente sembravano insuperabili[58].

Un'ultima notazione che si lega a quanto finora evidenziato. È significativo che la Corte di Cassazione abbia demandato alla Corte di giustizia di decidere le questioni pregiudiziali con procedimento accelerato, poiché questa richiesta è sempre più frequente da parte dei giudici nazionali, anche da parte della Corte costituzionale, ad esempio in relazione alla questione del *Bonus Bebè*[59]. Si tratta di una tendenza che necessita di una attenta riflessione, atteso che il termine ragionevole di durata del giudizio rappresenta una componente essenziale del diritto fondamentale all'equo processo ed è funzionale all'effettività dei diritti di origine comunitaria e della relativa tutela giurisdizionale, sicché la speditezza deve in qualche modo indirizzare la scelta del giudice nazionale per la risoluzione della controversia.

Concludendo, occorre sottolineare che l'applicazione del criterio del centro di gravità o di altre possibili soluzioni per agevolare il compito del giudice nazionale nella tutela dei diritti fondamentali dei singoli non può che coniugarsi con la continua e concreta valorizzazione, *step by step*, dei principi europei di effettività e ragionevole durata del giudizio.

[58] A titolo esemplificativo, si ricorda la sospensione dell'applicazione di una legge di cui non sia stata definitivamente accertata l'illegittimità (sentenza del 19 giugno 1990, causa C-213/89, *Factortame*) e il ripensamento del dogma dell'irresponsabilità del legislatore (sentenza del 9 novembre 1995, causa C- 479/93, *Francovich*).

[59] Corte costituzionale, ordinanza dell'8 luglio 2020, n. 182.

ABSTRACT

NATIONAL JURISDICTION, CENTER OF GRAVITY AND DOUBLE PRELIMINARY RULING

The article deals with the trilateral relations between national judges, the Constitutional Court and the Court of Justice in the matter of fundamental rights and on the well-noted question of double preliminary rulings. The piece suggests using the "center of gravity" principle to guide the judge's decision on whether to address the Constitutional Court or the Court of Justice, while criticizing the use of contextual double preliminary rulings, as this may lead the two Supreme Courts to divergent conclusions with regards to the protection of fundamental rights. Finally, some recent issues of particular interest are examined, highlighting the need to focus the center of gravity on EU law and on the related case law of the Court of Justice.

GIUDICE NAZIONALE, CENTRO DI GRAVITÀ E DOPPIA PREGIUDIZIALE

L'articolo si sofferma sui rapporti trilaterali tra giudici nazionali, Corte Costituzionale e Corte di giustizia in materia di diritti fondamentali e sulla nota questione della doppia pregiudiziale. Il lavoro suggerisce di utilizzare il principio del "centro di gravità" per guidare la scelta del giudice se rivolgersi alla Corte costituzionale o alla Corte di giustizia, mentre critica il ricorso alla doppia pregiudiziale contestuale, in quanto potrebbe condurre le due Corti Supreme a conclusioni divergenti in merito alla tutela dei diritti fondamentali. Infine, vengono esaminate alcune recenti questioni di particolare interesse, evidenziando l'esigenza di focalizzare il centro di gravità sul diritto dell'Unione e sulla relativa giurisprudenza della Corte di giustizia.

Paolo Mengozzi*

Il principio del rispetto della dignità umana, la Carta dei diritti fondamentali dell'UE e la giurisprudenza della Corte di giustizia**

1. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ha integrato il diritto dell'Unione europea in modo diverso prima e dopo l'entrata in vigore, il 1° dicembre 2009, del Trattato di Lisbona che ad essa ha attribuito valore vincolante. Ma anche successivamente a quella data l'incidenza che la Corte di giustizia le ha riconosciuto è stata, all'inizio, titubante per la preoccupazione che essa ha avuto di risolvere i problemi che le sono stati posti sulla base di criteri più familiari ai destinatari delle proprie pronunce; si è fatta poi maggiormente coraggiosa.

Questo fenomeno si è prodotto anche con riferimento a quel principio del rispetto della dignità umana che della Carta ha costituito l'architrave. Per dare un breve contributo concreto, a questo seminario, mi limito a evocare il passaggio che si è avuto dalla pronuncia *Lopes Da Vega* del 2012[1] alla sentenza che la Corte ha adottato nel 2018 nelle cause riunite *K* e *H.F*[2].

2. Nella causa *Lopes Da Silva Jorge* la Corte di giustizia, su richiesta di giudici francesi, doveva pronunciarsi sulla interpretazione della decisione quadro sul mandato di arresto europeo che contiene una "clausola di esecuzione facoltativa", secondo cui l'autorità giudiziaria dell'esecuzione di uno Stato membro dell'Unione può rifiutare di eseguire un mandato di arresto europeo (…) se (questo mandato) le è stato conferito da un altro Stato membro "ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà, qualora la persona ricercata dimori nello Stato membro di esecuzione, ne sia cittadino o vi *risieda*, se tale Stato si impegni a eseguire esso stesso tale pena o misura di sicurezza conformemente al suo diritto interno"[3]. La Francia aveva adeguato il proprio ordinamento giuridico a quella decisione quadro optando per l'esercizio di detta facoltà ma

---

* Professore emerito nell'Università di Bologna, membro emerito della Corte di giustizia dell'Unione europea.

** Relazione tenuta al convegno on line dell'Associazione AISDUE del 4 dicembre 2020.

[1] sentenza del 5 settembre 2012, causa C-42/11, *Lopes Da Silva.*

[2] sentenza del 2 maggio 2018, cause riunite C-331/16 e C-366/16, *K* e *H.F.*

[3] 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.

limitandone l'applicazione al caso in cui la persona ricercata fosse *cittadina* di quel Paese

Nelle conclusioni che avevo presentato in quel caso[4] avevo sostenuto che l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento, stabilita dalla decisione quadro, deve conciliarsi con "l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali sanciti dal diritto dell'Unione" ricomprendenti il DIRITTO di ogni persona destinataria di una pena al rispetto della propria dignità INCLUDENTE la sua esigenza a vedere tutelato il suo reinserimento sociale una volta completata la sua punizione anche alla luce della sua vita famigliare*, diritto alla cui soddisfazione è funzionale la clausola facoltativa*. Ed avevo aggiunto che, se la funzione della clausola facoltativa è questa, non può ritenersi che il legislatore dell'Unione abbia permesso a uno Stato membro, che abbia optato per farne uso, di applicarla solo a beneficio di persone in possesso della sua cittadinanza. Ritenere il contrario equivarrebbe a considerare che la clausola in questione contenga per uno Stato destinatario di un mandato di esecuzione NON UNA, MA DUE FACOLTÀ: UNA PRIMA - di non darvi esecuzione – CONFORME ai principi fondamentali dell'Unione e UNA SECONDA – di escludere che ne possano beneficiare persone non in possesso della sua cittadinanza – CONTRARIA AD ESSI.

3. Con riferimento al problema insorgente nel caso *Lopes Da Silva*, una sua soluzione in linea con quanto indicato si imponeva, innanzitutto, perché la persona ricercata era sposata con una cittadina francese, risiedeva con lei in Francia da tempo, aveva con lei dei figli che frequentavano le scuole francesi e aveva interesse a riprendere la sua vita in quel Paese. E, poi, si imponeva perché quella persona aveva cittadinanza portoghese e non si poteva ritenere che la Francia nell'adattare il proprio ordinamento alla decisione quadro avesse potuto derogare al principio di non discriminazione sulla base della cittadinanza degli Stati membri e ad un diritto di un singolo, tanto fondamentale quanto quello al rispetto della propria dignità. Di conseguenza, ho suggerito alla Corte di giustizia di interpretare la disposizione della decisione quadro, sottoposta alla sua considerazione, nel senso che uno Stato, optante per una applicazione della facoltà in questione, debba esercitare quella opzione tanto nei confronti dei propri cittadini quanto nei confronti di cittadini di altri Stati membri che risiedano nel proprio territorio. Solo in via subordinata avevo suggerito alla Corte di interpretarlo a quel modo sulla base di un'applicazione del divieto di ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità stabilito dall'art. 18 TFUE.

---

[4] conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi del 20 marzo 2012, causa C-42/11, *Lopes Da Silva,* punto 28.

La Corte di giustizia, considerandola la più semplice, ha optato per la seconda interpretazione[5]. Mostrandosi però non insensibile a quanto sostenuto dal suo Avvocato generale, ha ripreso quanto aveva già statuito nella sentenza Pupino[6] per fare applicazione in materia del principio dell'interpretazione conforme[7]: ha affermato che l'interpretazione da lei accolta deve intervenire anche in un caso in cui possa apparire *contra legem*[8].

4. Il rilievo che la Corte non ha direttamente attribuito alla tutela della dignità delle persone nel caso *Lopes Da Silva* glielo ha invece dato nella pronuncia pregiudiziale del 2 maggio 2018 resa su rinvio da parte di giudici olandesi e belgi nelle cause congiunte *K.* e *H.F.*[9]. Nel primo caso, alla cui considerazione mi limito, la Corte doveva esprimersi sulla legittimità di un rigetto, il 3 ottobre 2014, da parte di autorità amministrative olandesi di un reclamo contro la dichiarazione di indesiderabilità di un cittadino croato soggiornante in Olanda, posta in essere dopo l'adesione della Croazia alla Comunità. Quelle autorità amministrative avevano respinto quel reclamo in ragione di una propria delibera del 2003, antecedente l'adesione della Croazia all'Unione, con cui gli avevano negato asilo in considerazione di comportamenti contrari all'art. 1, sezione F della Convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati[10]. Lo avevano fatto perché quella Convenzione prevede le condizioni per l'attribuzione ad una persona dello status di rifugiato e stabilisce che non hanno diritto a quello status "persone che hanno commesso un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità". Avevano preteso basarsi sulla convenzione di Ginevra e sulla delibera del 2003, che di essa aveva fatto applicazione, per respingere il reclamo ricevuto ritenendo che la mera presenza nel territorio olandese di una persona incolpata di crimini del genere sarebbe stata idonea ad arrecare pregiudizio alle relazioni internazionali del loro Paese e che fosse necessario impedire che essa potesse entrare in contatto con vittime dei reati e dei comportamenti ad esse addebitati.

I giudici olandesi, nell'ordinanza con cui si sono rivolti alla Corte di giustizia, avevano tenuto conto del fatto che la direttiva 2004/38, sulla li-

---

[5] Cfr. Lopes Da Silva, *cit.*

[6] sentenza del 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino.*

[7] Con tono molto direttivo la Corte ha ribadito che tale principio "*esige che i giudici si adoperino al meglio (…) prendendo in considerazione il diritto interno nel suo insieme ed applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia della decisione quadro di cui trattasi e di pervenire ad una soluzione conforme allo scopo*" da essa perseguito

[8] v. Pupino, *cit.*, punto 56.

[9] v. K. e H.F., *cit.*

[10] Firmata a Ginevra il 28 giugno 1951 (completata dal Protocollo adottato a New York il 31 gennaio 1967).

bertà di ingresso e di soggiorno dei cittadini di uno Stato e dei loro famigliari, prevede che i diritti di una persona possano essere soggetti a limitazioni per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza qualora il suo comportamento rappresenti una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave da pregiudicare un interesse fondamentale della società. Di conseguenza, avevano sottolineato l'eccezionale gravità di crimini quali quelli previsti dalla convezione di Ginevra e avevano chiesto alla Corte se, ai sensi dell'art. 27, paragrafo 2 di quella direttiva, si dovesse presumere che un autore di reati di tal genere rappresentino una minaccia per un interesse *fondamentale* della società per sua natura *costantemente* attuale.

Nelle osservazioni presentate nel corso della procedura davanti alla Corte di giustizia i governi francese e del Regno Unito, dando deciso segno di voler orientare la Corte a fare propria la posizione prospettata dai giudici del rinvio, avevano sottolineato che misure quali quella oggetto del reclamo del cittadino croato possono contribuire a garantire la protezione dei valori fondamentali della società di uno Stato membro e dell'ordinamento giuridico internazionale e a mantenere la coesione sociale, la fiducia del pubblico nei sistemi giudiziari e di immigrazione e la credibilità dell'impegno degli Stati membri nella protezione dei valori fondamentali di cui agli articoli 2 e 3 TUE[11].

5. Per rispondere ai giudici del rinvio la Corte di giustizia doveva, in via preliminare, accertare la legittimità del provvedimento di non riconoscimento nel 2003, da parte delle autorità amministrative olandesi, di un diritto all'asilo del ricorrente nel procedimento principale, all'epoca cittadino di uno Stato terzo. Ciò perché l'accertamento di una sua eventuale illegittimità avrebbe fatto cadere l'accettabilità della causa giustificativa della dichiarazione di indesiderabilità, avvenuta il 3 ottobre 2014, e, di conseguenza, della negazione del diritto di quella persona, nel frattempo divenuta cittadina di uno Stato membro, a proseguire il suo soggiorno in Olanda. La Corte si è espressa sul punto convalidando quanto le autorità amministrative olandesi avevano deciso nel 2003. Ha *sottolineato* che "i crimini e le azioni di cui all'articolo 1, sezione F, della Convenzione di Ginevra o all'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2011/95 costituiscono una grave minaccia a valori fondamentali, quali *il principio del rispetto della dignità umana e dei diritti umani*, su cui, come sancito dall'articolo 2 TUE, l'Unione si fonda, e una grave minaccia alla pace, che l'Unione ha come scopo di promuovere, a norma dell'art. 3 TUE". In ragione di ciò, è potuta passare a rispondere al quesito con cui, in sostanza, i giudici olandesi le domandavano in che misura potesse considerarsi *rilevante* il fatto che dai

[11] Cfr. H. e K.F., *cit.,* punto 44.

comportamenti indicati, intervenuti tra il 1992 e 1994, fosse trascorso un lasso di tempo considerevole.

6. I giudici olandesi avevano domandato quanto hanno domandato e i governi francese e del Regno Unito avevano assunto la posizione indicata evidentemente consci che nel caso si ponesse un problema analogo a quello postosi alla Corte di giustizia nella procedura *Kadì*. Per rispondere ad essi si trattava di stabilire, come era stato fatto in quella procedura, se nel caso si dovesse assicurare prevalenza all'interesse pubblico alla punizione di *crimini juris gentium* ricomprendendo la loro imprescrittibilità o a diritti individuali strettamente collegati al Principio del rispetto della dignità delle persone tutelati dall'ordinamento dell'Unione. Per farlo la Corte non ha potuto dimenticarsi del rilievo dato a quel principio per stabilire la legittimità della delibera adottata dalle autorità olandesi nel 2003. Considerato, così, di averlo applicato ad effetti negativi per la persona in questione, ha ritenuto di doverlo applicare, per la stessa persona, anche ad effetti positivi. Ne ha desunto che una dichiarazione di non gradimento e di negazione del diritto di soggiorno a un cittadino di uno Stato membro non può avvenire sulla base di un non riconoscimento ad esso dello statuto di rifugiato intervenuta in passato per gravi crimini a esso contestati quando non aveva la cittadinanza dell'Unione, ma deve avvenire nel quadro di una valutazione globale che tenga anche conto del tempo trascorso, della presunta commissione di tali crimini, nonché del comportamento successivo di tale persona e deve, in particolare, considerare se tale comportamento manifesti la persistenza di un atteggiamento che attenti ai valori fondamentali di cui agli art. 2 e 3 TUE, in modo che potrebbe turbare gravemente la tranquillità e la sicurezza fisica della popolazione.

7. A questo modo la Corte ha assunto un atteggiamento che si è posto agli antipodi della titubanza del 2012. Oltre a ribadire l'autonomia dell'ordinamento comunitario, ha attribuito al principio del rispetto della dignità umana una affinata funzione di operare rispetto ad una persona ad effetti duplici e del tutto differenti: la funzione *negativa* di convalidare una misura limitativa di un diritto altrimenti ad essa spettante di soggiornare in un Paese membro in ragione di *crimini juris gentium* e quella *positiva* di escludere che la stessa persona in ragione di detta misura potesse automaticamente costituire una minaccia per valori fondamentali della società e dell'ordinamento internazionale.

ABSTRACT

IL PRINCIPIO DEL RISPETTO DELLA DIGNITÀ UMANA, LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UE E LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA.

La Corte di giustizia ha fatto progressivamente riferimento al principio del rispetto della dignità umana, la chiave di volta della Carta dei diritti fondamentali EU, prima in modo più cauto nella causa *Lopes Da Vega* del 2012 e poi più decisivo nelle cause riunite *K.*e *H.F.* del 2018.

Nel primo caso, essa doveva pronunciarsi in relazione alla opzione compiuta da uno Stato membro di utilizzare la clausola facoltativa di esecuzione di un mandato di arresto europeo (MAE) di cui la decisione quadro operante al riguardo prevede che uno Stato possa avvalersi, quando quel mandato concerna la condanna di un suo cittadino o di una persona in esso residente, provvedendo esso stesso a eseguire la condanna. Nelle sue conclusioni l'Avvocato generale aveva suggerito, in via principale, che la Corte tenesse conto, in via principale, del fatto che l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento ispiratore del MAE deve conciliarsi con l'esigenza della persona richiesta di restare in Francia e di vedere, una volta completata la sua punizione, tutelato il suo reinserimento nella vita sociale di quel Paese, in ragione del suo matrimonio con una cittadina francese e di una lunga permanenza in esso con questa e con i suoi figli; e, in via subordinata, dato che quella persona era portoghese, aveva indicato di stabilire che non fosse consegnato allo Stato richiedente perché ciò sarebbe stato contrario al principio di non discriminazione sulla base della cittadinanza di uno Stato membro. La Corte, optando per la soluzione apparente più semplice, ha deciso seguendo quanto le era stato suggerito in via subordinata.

I giudici del Lussemburgo sono, invece, arrivati nel 2018 ad applicare il principio del rispetto della dignità umana in occasione di una richiesta olandese di pronuncia pregiudiziale avanzata con riferimento ad un reclamo contro una dichiarazione di indesiderabilità di un cittadino croato soggiornante in Olanda. Le autorità amministrative di quel Paese avevano fatto quella dichiarazione tenendo conto che esse nel 2003, cioè prima dell'adesione alla UE della Croazia, avevano negato l'asilo a quella persona in ragione della Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati, che obbliga a negare quello status a persone che hanno commesso un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità. Lo avevano fatto decidendo di non dover tenere conto del principio del rispetto della dignità umana, perché hanno ritenuto che la sua presenza nel territorio olandese sarebbe stata idonea ad arrecare pregiudizio alle relazioni internazionali del loro Paese. I giudici olandesi del rinvio hanno domandato alla Corte di precisare in che misura potesse considerarsi rilevante il fatto che dai comportamenti indicati, inter-

venuti tra il 1992 e il 1994, fosse trascorso un periodo di tempo considerevole. Ciò poneva alla Corte di giustizia un problema analogo a quello postosi nel caso *Kadi:* si trattava di stabilire se si dovesse assicurare prevalenza all'interesse pubblico alla punizione di *crimini juris gentium*, ricomprendendo anche la loro imprescrittibilità o al principio del rispetto della dignità delle persone. Dando rilievo al fatto che da parte delle autorità olandesi questo, nel 2003, era stato tenuto presente in senso negativo, ha ritenuto di doverlo ora Lei applicarlo ad effetti positivi.

THE PRINCIPLE OF RESPECT FOR HUMAN DIGNITY, THE EU CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE CASE OF THE COURT OF JUSTICE

The Court of Justice has progressively referred to the principle of respect for human dignity, the keystone of the EU Charter of Fundamental Rights, first more cautiously in the *Lopes Da Vega* case of 2012 and then more decisively in the joined *K.* and *H.F.* cases of 2018.

In the first case, the Court had to rule on the choice made by a Member State to make use of the optional clause on the execution of a European Arrest Warrant (EAW), which the Framework Decision provides that a State may make use of where that warrant concerns the conviction of one of its nationals or a person residing in that State, by carrying out the conviction itself. In his Opinion, the Advocate General had suggested, principally, that the Court should take account of the fact that the application of the principle of mutual recognition on which the EAW is based must be reconciled with the need of the requested person to remain in France and to see, once his punishment has been completed, his reintegration into the social life of that country protected by reason of his marriage to a French national and a long stay there with her and their children; and, in the alternative, given that the person was Portuguese, he indicated that he should not be handed over to the requesting State because this would be contrary to the principle of non-discrimination on the basis of nationality of a Member State. The Court, opting for the apparently simplest solution, decided in accordance with what had been suggested to it in the alternative.

Instead, the Luxembourg judges arrived in 2018 to apply the principle of respect for human dignity on the occasion of a Dutch request for a preliminary ruling made with reference to a complaint against a declaration of undesirability of a Croatian national residing in the Netherlands. The administrative authorities of that country had made that declaration taking into account the fact that in 2003, that is, to say, before Croatia's accession to the EU, they had refused that person asylum on the basis of the Geneva Convention relating to the Status of Refugees, which obliges them to refuse that status to persons who have committed a crime against peace, a war crime or a crime against humanity. They had done so by de-

ciding that they did not have to take into account the principle of respect for human dignity because they considered that his presence on Dutch territory would be likely to harm their country's international relations. The Dutch referring courts asked the Court to specify the extent to which the fact that a considerable period of time had elapsed since the conduct referred to, which took place between 1992 and 1994, could be regarded as relevant. This posed a problem similar to that in the *Kadi* case: the question was whether priority should be given to the public interest in the punishment of juris gentium crimes, including their imprescriptibility, or to the principle of respect for the dignity of persons.

Paola Mori*

Il valore aggiunto della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

È opinione molto diffusa che la Carta abbia un valore meramente ricognitivo di principi e diritti già esistenti e che essa sia tributaria se non addirittura dipendente, dalle altre carte dei diritti e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Al punto che si è finanche parlato di soggezione culturale della Carta nei riguardi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) (ma per inciso ricordo che fra i cinquanta diritti o principi sanciti nella Carta soltanto un terzo circa trova un corrispondente nella Convenzione). Ora è indubbio che la Carta si colloca in una linea di continuità giuridica, con un approccio ricognitivo di diritti già presenti nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, nei Trattati istitutivi, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nelle Carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa, negli obblighi internazionali comuni agli Stati membri. Questo è esplicitamente enunciato nel Preambolo della Carta secondo cui essa riafferma tali diritti con la funzione di renderli più visibili e nel Protocollo n. 30 ai sensi del quale "la Carta ribadisce i diritti e le libertà e i principi riconosciuti nell'Unione e rende detti diritti più visibili ma non crea nuovi diritti o principi".

In realtà se questo è certamente vero, nondimeno la Carta ha un indubbio valore innovativo o comunque un valore aggiunto nella misura in cui codifica, in maniera sistematica e in un unico testo di diritto primario, principi e diritti che si differenziano sotto vari profili e che sono enunciati in fonti di diversa efficacia normativa così come di diversa portata soggettiva. Tale valore aggiunto si evidenzia sia sotto il profilo sostanziale, contenutistico, sia sotto quello formale della sua efficacia normativa e del contesto ordinamentale in cui si inserisce.

Sotto il primo profilo non si può non sottolineare la modernità e l'ampiezza di contenuti della Carta che non si limita ad enunciare i classici diritti civili e politici ma abbraccia tre generazioni di diritti in un catalogo ambizioso e tendenzialmente completo.

Si pensi al diritto alla protezione dei dati o al diritto all'integrità fisica della persona sancito nell'art. 3, par. 2, della Carta il quale incorpora i principi stabiliti nella Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi della Magna Graecia, Catanzaro.

biomedicina 1997 pur non essendo questa stata ratificata da tutti gli Stati membri dell'Unione.

Per non parlare dei diritti economici e sociali ai quali, nonostante le profonde divergenze e ostilità da parte di alcuni Stati membri (ricordo la posizione del Regno Unito e della Polonia che ha portato all'adozione del Protocollo 30), la Carta, rifacendosi in particolare alla Carta sociale europea, dedica l'intero Titolo IV, Solidarietà.

Ed anche rispetto ai classici diritti civili e politici, per i quali il principale parametro di riferimento è costituito dalla CEDU, la Carta apporta significative precisazioni e in alcuni casi innovazioni. Basti fare menzione dell'art. 47 che, garantendo un ricorso effettivo davanti a un giudice imparziale per tutti i diritti e le libertà garantiti dal diritto dell'UE, ha un ambito di applicazione più ampio rispetto alle corrispondenti disposizioni della CEDU, gli articoli 13 e 6, par. 1. Altrettanto si può dire per l'art. 50 che, facendo coerente applicazione dell'*acquis* Schengen, implica l'applicazione transnazionale tra giurisdizioni degli Stati membri del principio del *ne bis in idem* e non più solo all'interno di uno Stato (art. 4 Protocollo 7 CEDU). Per non parlare poi del divieto di discriminazione a cui l'art. 21, par. 1, della Carta dà rilevanza sotto molteplici, diversi profili.

L'adozione della Carta e il riconoscimento dello stesso valore giuridico dei Trattati sono pertanto andati ben oltre al rendere "tali diritti più visibili" come pure si propone il Preambolo, ma hanno piuttosto prodotto l'effetto di "trasformare" questi diritti inserendoli in un *corpus* giuridico unitario dotato delle specificità proprie del diritto dell'Unione: autonomia, primato e, ove ne ricorrano i requisiti, effetto diretto delle sue norme.

In questi aspetti di novità, in questa maggiore modernità di contenuti della Carta, unitamente al fatto di essere inserita in un contesto istituzionale e giurisdizionale che ne garantisce una particolare efficacia, vanno probabilmente ricercati i motivi della straordinaria, talvolta forse esorbitante, attenzione che essa ha ricevuto soprattutto da parte dei giudici nazionali, al punto che con la sentenza 269/17 la Corte costituzionale ha sentito la necessità di arginare questo c.d. effetto di *spillover* rivendicando la propria competenza ogniqualvolta venga in gioco una questione che tocca la Carta. In effetti, da quando il Trattato di Lisbona ha attribuito alla Carta lo stesso valore giuridico dei Trattati, la Corte di giustizia è stata chiamata ad esaminare un numero crescente di rinvii pregiudiziali, talvolta tendenti ad avallare interpretazioni volte a utilizzare la Carta come uno strumento di tutela dei diritti di portata generale, applicabile anche al diritto nazionale indipendentemente da qualsiasi collegamento con il diritto europeo. Penso in proposito alla doppia pregiudiziale sollevata dalla Corte d'appello di Na-

poli, dichiarata irricevibile dalla Corte di giustizia[1] e inammissibile dalla Corte costituzionale[2].

Esula dalla portata di questo intervento la questione della definizione dell'ambito di applicazione della Carta, così come il tema della doppia pregiudizialità.

Vorrei invece evidenziare come fin dalla sua solenne proclamazione da parte delle tre Istituzioni politiche la Carta, a cui pure non era stata riconosciuta una normatività formale, abbia dimostrato straordinarie potenzialità, tra cui, prima fra tutte, quella di possedere l'"evidente vocazione a fungere, quando le sue disposizioni lo consentono, da sostanziale parametro di riferimento per tutti gli attori - Stati membri, istituzioni, persone fisiche e giuridiche - della scena comunitaria".

Così si pronunciava nel febbraio 2001 l'avvocato generale Tizzano nelle conclusioni rese nel caso *BECTU*[3]. Il caso riguardava il diritto alle ferie annuali retribuite garantito dalla direttiva 93/104/CE riguardante l'organizzazione dell'orario di lavoro e dall'art. 31 della Carta. Nella sentenza, la Corte, pur senza richiamare esplicitamente la Carta, affermò che il diritto alle ferie annuali retribuite è "un principio particolarmente importante del diritto sociale comunitario"[4]. Questa formula apparentemente riduttiva, ma probabilmente dettata dall'origine inglese della pregiudiziale, ha però gettato le basi della successiva giurisprudenza fino alle recenti sentenze in cui la Corte ha riconosciuto il "carattere imperativo e incondizionato" dell'art. 31 della Carta, e quindi la sua invocabilità nell'ambito di una controversia, se del caso anche tra privati[5].

Con il Trattato di Lisbona la Carta ha acquistato la stessa normatività dei Trattati e quindi da "parametro sostanziale di riferimento" è diventata a tutti gli effetti parametro formale di legittimità.

Ora, come posto in rilievo dalla Corte di giustizia nel parere 2/13[6] e più recentemente nella sentenza *XC*[7], l'Unione "ha una struttura costituzionale", un "quadro costituzionale", che si caratterizza per tre fattori: l'autonomia, il primato e l'effetto diretto di tutta una serie di disposizioni applicabili ai cittadini di detti Stati membri nonché agli Stati stessi. "Al centro di tale costruzione giuridica si collocano proprio i diritti fondamentali,

---

[1] Ordinanza del 4 giugno 2020, causa C-32/20, *TJ.*

[2] Sentenza della Corte Costituzionale, del 4 novembre 2020, n. 254/2020.

[3] Conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano dell'8 febbraio 2001, causa C-173/99, punto 28

[4] Sentenza del 26 giugno 2001, causa C-173/99, *The Queen c. Secretary of State for Trade and Industry,* punto 43.

[5] Sentenze del 6 novembre 2018, causa C-569/6 e C-570/16, *Bauer*; causa C-619/16, *Kreuziger,* causa C- 684/16, *Max-Planck.*

[6] Parere 2/13 della Corte del 18 dicembre 2014, punto 167 ss.

[7] Sentenza del 24 ottobre 2018, causa C-234/17, *XC*, punto 36 ss.

quali riconosciuti dalla Carta – che, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, TUE, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati"[8].

La Carta ha dunque un valore costituzionale preminente: è al centro del sistema giuridico dell'Unione, ne è il cuore. Questo comporta che il rispetto dei diritti riconosciuti dalla Carta costituisce il presupposto per la legittimità degli atti dell'Unione e anche degli Stati membri nell'attuazione del diritto dell'Unione.

Come osservato dal professor Tizzano nell'introduzione all'odierno incontro, questo valore preminente comporta innanzitutto che le stesse norme dei Trattati istitutivi, pur non essendo ovviamente soggette a controllo di legittimità in rapporto alla Carta, finiscano tuttavia per dover essere interpretate nel rispetto dei diritti e dei principi in essa sanciti così da non pregiudicarne il contenuto. Nella sentenza *M.A.S.*[9] la Corte ha infatti statuito che l'obbligo gravante sul giudice nazionale di disapplicare le disposizioni interne sulla prescrizione incompatibili con l'art. 325 TFUE viene meno se una tale disapplicazione comporta una violazione del principio di legalità sancito nell'art. 49 della Carta.

"L'autonomia di cui gode il diritto dell'Unione rispetto al diritto dei singoli Stati membri nonché rispetto al diritto internazionale" comporta poi che "l'interpretazione di tali diritti fondamentali venga garantita nell'ambito della struttura e degli obiettivi dell'Unione"[10].

L'esigenza di interpretare a Carta in modo autonomo è ben chiara alla Corte che non si è ritenuta affatto limitata da quel rinvio alle "fonti" delle sue disposizioni previsto dall'art. 6, par. 1, TUE e dall'art. 52, paragrafi 2 e 3, della Carta, che richiede che i diritti, le libertà e i principi della stessa siano interpretati alla luce dei corrispondenti diritti risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni o sanciti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Ed invero, la giurisprudenza della Corte di giustizia mostra di mantenere un approccio flessibile e discrezionale nel riferimento a quelle fonti, in maniera tale da salvaguardare l'autonomia e la specificità del diritto dell'Unione, non mancando di sottolineare come le norme della Convenzione, nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo, rappresentino una soglia di protezione minima.

L'insistenza della Corte sull'autonomia formale e sostanziale della Carta e la necessità di interpretarne le norme nel rispetto del quadro costituzionale dell'Unione mi pare pienamente condivisibile. Se infatti è vero che, indipendentemente dalla loro fonte, i diritti fondamentali esprimono tutti i medesimi valori, integrandosi e arricchendosi reciprocamente in una dina-

[8] Parere 2/13, *cit.,* punto 169
[9] Sentenza del 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S.*
[10] Parere 2/13, *cit.*, punto 170.

mica virtuosa, va detto però che gli strumenti normativi che li sanciscono si inseriscono in contesti ordinamentali e sociali molto diversi, hanno una efficacia soggettiva diversa, vincolano gruppi di Stati non necessariamente coincidenti e omogenei (penso ai 47 Stati parti della CEDU), hanno funzioni e meccanismi di garanzia diversi e, infine, un impatto diverso negli ordinamenti nazionali.

Di conseguenza difficilmente i diritti hanno contenuto e portata pienamente corrispondenti nei vari ordinamenti in quanto devono confrontarsi con altri diritti e interessi rilevanti e la loro definitiva portata varia in funzione delle specificità del sistema in cui vivono e della sua evoluzione. Ora, questa operazione ermeneutica non può che essere contestualizzata nell'ordinamento di volta in volta competente, alla luce delle sue caratteristiche e dei suoi obiettivi e dunque, nell'ambito di applicazione della Carta, dalla Corte di giustizia in base agli obiettivi, alle competenze e alle procedure stabiliti nei Trattati.

L'autonomia della Carta si evidenzia non solo sul piano contenutistico bensì anche su quello normativo. Nella misura in cui la Carta ha lo stesso valore giuridico dei Trattati la Corte di giustizia ne ha interpretato le norme alla luce del principio del primato, alla stessa stregua delle altre norme di diritto primario. In *Egenberger* ha infatti affermato che "riguardo all'effetto imperativo che esso esplica, l'art. 21 della Carta non si distingue in linea di principio, dalle diverse disposizioni dei Trattati istitutivi che vietano le discriminazioni"[11]. Ed ha quindi riconosciuto gli effetti diretti, anche orizzontali, delle disposizioni della Carta che sanciscono un diritto di "carattere allo stesso tempo imperativo e incondizionato" che non richiede una concretizzazione ad opera delle disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale. Questa giurisprudenza non si limita al principio di discriminazione sancito dall'art. 21 della Carta, ma riguarda anche altri diritti: quello alle ferie, di cui all'art. 31, così come quello alla tutela giurisdizionale effettiva, di cui all'art. 47 della Carta.

Ora, fatto salvo il principio di interpretazione conforme, la conseguenza prima dell'imperatività, ovvero dell'efficacia diretta, delle norme della Carta è l'obbligo di disapplicazione della normativa nazionale incompatibile così da garantire la piena efficacia della Carta e ottenere il risultato dell'effettivo godimento del diritto del singolo.

È interessante notare come la Corte arrivi a stabilire che la conseguenza dell'efficacia diretta della disposizione della Carta e della direttiva rilevante, non è la sua applicazione diretta nel giudizio nazionale, bensì l'applicazione della normativa nazionale "compatibile" in luogo di quella incompatibile. L'indicazione in tal senso non è limitata ai casi di discriminazione, rispetto ai

[11] Sentenza del 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Egenberger,* punto 77.

quali la giurisprudenza della Corte richiede l'applicazione dello stesso regime che viene riservato alle persone della categoria favorita[12], ma anche rispetto al diritto alla tutela giurisdizionale effettiva sancito nell'art. 47 della Carta. Nella sentenza *A.K.,* resa sulla pregiudiziale della Corte suprema polacca sulla questione dell'indipendenza della Sezione disciplinare, i giudici di Lussemburgo, argomentando sulla base del principio del primato, hanno affermato che la disposizione di cui all'art. 47 della Carta, è sufficiente di per sé e non deve essere precisata mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale. Di conseguenza, il giudice del rinvio è stato espressamente chiamato a disapplicare la disposizione di diritto nazionale in contrasto con i requisiti di indipendenza e di imparzialità e ad applicare la legislazione in vigore prima che intervenisse la modifica legislativa[13].

In chiusura vorrei sottolineare come il valore aggiunto della Carta si vada sempre più evidenziando anche nelle procedure di infrazione nei confronti degli Stati membri. È significativo in proposito osservare come fino a poco tempo fa, l'addebito di violazioni di diritti fondamentali fosse limitato al riferimento di norme dei Trattati istitutivi o di atti di diritto derivato: nel caso riguardante il pensionamento anticipato dei giudici ungheresi la Commissione ha contestato all'Ungheria la sola violazione della direttiva 2000/78 sulla parità di trattamento in materia di occupazione[14] e la Corte, attenendosi a tale prospettazione, ha accertato la violazione della direttiva senza entrare nel merito dei profili riguardanti la violazione del principio di indipendenza della magistratura sancito nell'art. 47 della Carta. Oggi, invece, le disposizioni della Carta vengono espressamente richiamate nel ricorso della Commissione e quindi nella decisione della Corte, vuoi per corroborare l'interpretazione delle norme dell'Unione che si assumono violate[15], vuoi nel dispositivo, autonomamente[16] o in combinato disposto con altre disposizioni[17].

---

[12] Sentenza del 22 gennaio 2019, causa C- 193717, *Cresco*, punto 80.

[13] Sentenza del 19 novembre 2019, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K.,* punto 166.

[14] Sentenza del 6 novembre 2012, causa C-286/12, *Commissione c. Ungheria.*

[15] Sentenza del 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia.*

[16] Sentenza del 6 ottobre 2020, causa C- 66/18, *Commissione c. Ungheria.*

[17] Sentenze del 18 giugno 2020, causa C-78/18, *Commissione c. Ungheria;* del 21 maggio 2019, causa C-235/17, *Commissione c. Ungheria*.

Cinzia Peraro[*]

L'autonomia procedurale degli Stati membri alla prova della Carta dei diritti fondamentali

SOMMARIO. 1. Premessa. – 2. L'autonomia procedurale degli Stati membri e la giurisprudenza della Corte di giustizia. – 3. La valutazione della norma procedurale amministrativa *ex* art. 104 c.p.a. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Lo spunto per una riflessione sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a vent'anni dalla sua proclamazione, è offerto dalla sentenza del Consiglio di Stato del 9 luglio 2020, n. 4403, dove è stato affermato che "[a]nche l'applicazione del diritto europeo deve sottostare alle regole del processo amministrativo" e che, in base alle regole procedurali interne, nello specifico l'art. 104 del codice di procedura amministrativa (c.p.a.), non è consentito dedurre per la prima volta in appello l'incompatibilità di una norma regionale con il diritto dell'Unione e, pertanto, neppure rilevare d'ufficio tale contrasto. Alla stessa stregua, ad avviso del Consiglio di Stato, in tali circostanze non può inoltre essere proposto un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, considerato peraltro che non era stata correttamente formulata la relativa richiesta[1]. Nel caso di specie, il ricorrente aveva impugnato la sentenza del TAR Lombardia, con la quale era stato respinto il ricorso avverso il provvedimento di diniego, adottato dal Comune di Bozzolo, del rilascio di costruire in un'area che era oggetto di procedura espropriativa. Tra i motivi di gravame veniva contestata l'illegittimità della normativa regionale relativamente alle disposizioni che, ad avviso dell'appellante, sarebbero risultate in violazione dei principi della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi *ex* artt. 49 e 56 TFUE, nonché del diritto al lavoro, della libertà di impresa e del diritto di proprietà di cui agli artt. 15, 16 e 17 della Carta di Nizza e all'art. 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali[2].

La pronuncia del giudice amministrativo di secondo grado mette in rilievo i possibili limiti dell'incidenza del diritto dell'Unione e della Carta negli ordinamenti nazionali, compresi i regimi procedurali, a fronte della

---

[*] Ricercatore a tempo determinato di tipo A di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Verona.

[1] La sentenza è reperibile al sito internet giustizia-amministrativa.it. Per un commento, v. C. CONTESSA, Primauté *del diritto UE e autonomia processuale degli Stati membri*, in *Giurisprudenza italiana*, 2020, pp. 1839-1841.

[2] Si veda il punto 3, iii) della sentenza del Consiglio di Stato, cit.

necessità di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva, come garantita dall'art. 47 della Carta stessa, ogniqualvolta sono in gioco situazioni giuridiche soggettive previste dall'ordinamento europeo.

La questione del primato del diritto europeo, che si riflette sul piano processuale attraverso l'effettività della tutela dei diritti, riveste un particolare interesse anche alla luce dell'ordinanza interlocutoria di rimessione alla Corte di giustizia da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 18 settembre 2020, n. 19598[3]. Tra le questioni sottoposte all'attenzione dei giudici del Lussemburgo, rileva, ai fini della presente analisi, quella relativa alla conformità con le norme dei Trattati della prassi interpretativa in base alla quale, come stabilito dalla Corte costituzionale con sentenza n. 6/2018[4], il rimedio del ricorso per cassazione per motivi di difetto di giurisdizione non può essere utilizzato per impugnare le sentenze del Consiglio di Stato viziate sotto il profilo della corretta applicazione del diritto dell'Unione. In altri termini, le Sezioni Unite chiedono di accertare la compatibilità dei limiti al sindacato della Corte di Cassazione a sezioni unite sulle pronunce dei giudici amministrativi di ultima istanza con il principio di effettività della tutela giurisdizionale garantito dall'art. 47 della Carta. L'altra domanda pregiudiziale di interesse riguarda la compatibilità con il diritto dell'Unione dell'orientamento interpretativo secondo cui è esclusa la possibilità per le Sezioni Unite di esaminare nel merito un motivo di impugnazione quando sia denunciata la immotivata violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, al fine di accertare l'esatta interpretazione del diritto dell'Unione e quindi la conformità della sentenza (del Consiglio di Stato) impugnata con il diritto dell'Unione. Suddette questioni attengono, in sostanza, alla valutazione dei rimedi possibili avverso una decisione del giudice amministrativo di ultimo grado che nel merito potrebbe risultare incompatibile con il diritto dell'Unione.

---

[3] L'ordinanza è reperibile al sito internet cortedicassazione.it. Fra i numerosi commenti, v. F. FERRARO, *Giudice nazionale, centro di gravità e doppia pregiudiziale*, in *I Post di AISDUE II, Seminario sulla Carta del 4 dicembre 2020*, 24 dicembre 2020, pp. 22-40, spec. p. 34 ss.; G. TESAURO, *L'interpretazione della Corte costituzionale dell'art. 111, ult. comma: una preclusione impropria al rinvio pregiudiziale obbligatorio*, in *federalismi.it*, 16 dicembre 2020; M. MAZZAMUTO, *Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2020, pp. 675-685; M. A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, reperibile al sito internet giustiziainsieme.it, 30 novembre 2020; B. NASCIMBENE, P. PIVA, *Il rinvio della Corte di Cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea?*, reperibile al sito internet giustiziainsieme.it, 24 novembre 2020; G. GRECO, *La violazione del diritto dell'Unione europea come possibile difetto di giurisdizione?*, in *rivista.eurojus.it*, 2020; G. COSTANTINO, A. CARRATTA, G. RUFFINI, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, reperibile al sito internet questionegiustizia.it, 19 ottobre 2020.

[4] La sentenza è reperibile al sito internet cortecostituzionale.it.

Diversamente, le riflessioni che possono essere svolte alla luce della citata sentenza del Consiglio di Stato riguardano il tema dell'autonomia procedurale, analizzato secondo una prospettiva di rito, vale a dire della corrispondenza delle norme procedurali interne al principio dell'effettività dei rimedi giurisdizionali a tutela dell'interessato, come stabilito dalla Carta. Nel caso di specie, la possibile violazione del diritto dell'Unione da parte dell'atto amministrativo non è stata oggetto di valutazione a causa del rifiuto dei giudici di Palazzo Spada di procedere ad un esame dell'eventuale contrasto in quanto la norma contenuta nel codice di procedura amministrativa limita la proposizione di nuovi motivi di gravame in sede d'appello. Il ricorrente, infatti, aveva eccepito la violazione delle norme comunitarie solo in seconda istanza.

Le questioni che emergono riguardano quindi due profili, vale a dire, in primo luogo, se il divieto di proposizione *ex* art. 104 c.p.a., in sede di impugnazione, di un nuovo motivo di gravame riguardante una violazione del diritto dell'Unione sia con esso compatibile, poiché in tal modo non sarebbe consentita nemmeno la rilevabilità d'ufficio in secondo grado; e, in secondo luogo, se, di conseguenza, la sentenza del Consiglio di Stato sia viziata o meno per violazione del diritto dell'Unione.

2. Quanto alla compatibilità della norma procedurale amministrativa con il diritto dell'Unione, si tratta di valutare se essa permetta una tutela effettiva dei diritti derivanti da tale ordinamento oppure se, viceversa, possa compromettere l'effettività della tutela voluta dal diritto dell'Unione.

La disciplina degli strumenti processuali ricade nelle competenze degli Stati membri, che godono dell'autonomia procedurale nel definire i rimedi e i regimi che governano i procedimenti giudiziari applicabili per la tutela giurisdizionale effettiva dei diritti[5]. A tale discrezionalità corrisponde in

[5] In merito, v., per tutti, R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, III ed., Torino, 2020, p. 369 ss.; G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, II ed., a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO, Napoli, 2020, p. 263 ss.; nonché C. PERARO, *Diritti fondamentali sociali e tutela collettiva nell'Unione europea*, Napoli, 2020, p. 223 ss.; G. CAGGIANO, *Il richiedente la protezione internazionale davanti al giudice tra tutela giurisdizionale effettiva e autonomia processuale degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, pp. 579-592, spec. p. 581 s.; A. IERMANO, *I principi di equivalenza ed effettività tra autonomia procedurale e "limiti" alla tutela nazionale*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2019, pp. 525-560; A. MAFFEO, *Diritto dell'Unione europea e processo civile nazionale*, Napoli, 2019, p. 41 ss.; R. MASTROIANNI, *L'effettività della tutela giurisdizionale alla prova della Carta dei diritti fondamentali*, in AA. VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, pp. 586-600, spec. p. 586 ss.; A. M. ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Bari, 2015, spec. pp. 62-75; E. CANNIZZARO, *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2013, pp. 659-677; G. VITALE, *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione europea. L'autonomia procedurale degli Stati membri in settori a diverso*

realtà l'obbligo di prevedere rimedi idonei ad assicurare l'attuazione dei diritti di derivazione europea, così come previsto dall'art. 19 TUE[6] e dal principio di leale cooperazione di cui all'art. 4 TUE[7]. È grazie al ricorso a tali norme di diritto primario, in specie l'art. 19 TUE, che l'Unione, attraverso la Corte di giustizia, amplia il suo potere di influenzare gli ordinamenti nazionali. Quest'ultimo articolo di per sé impone, in termini generali, l'obbligo per gli Stati di stabilire "i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione"[8], anche "a prescindere dalla circostanza che l'attività statale intervenga «in attuazione» del diritto UE"[9].

Occorre poi considerare che all'autonomia procedurale nazionale sono stati opposti dalla Corte di giustizia, in via interpretativa, i limiti connessi all'osservanza del principio di effettività, incluso il rispetto dell'art. 47 della

---

livello di "europeizzazione", Catania, 2010, p. 11 ss.; D. U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Torino, 2009.

[6] Secondo la Corte di giustizia la norma, concretizzando "il valore dello Stato di diritto affermato all'articolo 2 TUE, affida ai giudici nazionali e alla Corte il compito di garantire la piena applicazione del diritto dell'Unione in tutti gli Stati membri nonché la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza di detto diritto"; ne consegue che, come previsto dall'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE, gli Stati devono approntare "un sistema di rimedi giurisdizionali e di procedimenti che garantisca un controllo giurisdizionale effettivo": v. sentenza del 5 novembre 2019, causa C-192/18, *Commissione* c. *Polonia (Indipendenza dei tribunali ordinari)*, punti 98-103; in senso conforme, sentenze del 19 novembre 2019, causa C-585/18, *A.K. (Indipendenza della Sezione disciplinare della Corte suprema)*; del 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione* c. *Polonia (Indipendenza della Corte suprema)*. Per alcuni commenti, v. P. MORI, *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi*, in *federalismi.it*, 2020, pp. 166-210; M. E. BARTOLONI, *La natura poliedrica del principio della tutela giurisdizionale effettiva ai sensi dell'art. 19, par.1, TUE*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2019, pp. 245-259; A. MAFFEO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 64 ss.; N. LAZZERINI, *Inapplicabile, ma comunque rilevante? La Carta dei diritti fondamentali nella giurisprudenza recente della Corte di giustizia sull'indipendenza dei giudici nazionali*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, pp. 171-186. In merito al ricorso all'art. 19 TUE in combinato disposto con l'art. 47 della Carta per definire l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, v. C. PERARO, *Diritti fondamentali*, cit., p. 59 ss.

[7] La Corte di giustizia ha ritenuto che, in base alla sua giurisprudenza consolidata, i giudici degli Stati membri siano tenuti, in virtù del principio di leale cooperazione *ex* art. 4, par. 3, TUE, "a garantire la tutela giurisdizionale dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione": v., tra le altre, sentenza del 20 dicembre 2017, causa C-664/15, *Protect Natur-, Arten- und Landschaftsschutz Umweltorganisation*, punto 35. Per alcuni riferimenti, v. F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea*, Napoli, 2020, p. 156 s.; M. E. BARTOLONI, *Ambito d'applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli, 2018, p. 133 ss.; A. MAFFEO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 41 ss. e p. 62 ss.; M. C. BARUFFI, *Art. 4 TUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, II ed., Padova, 2014, pp. 13-24, spec. p. 21 ss.

[8] V. art. 19, par. 1, secondo comma, TUE, "norma di sistema che richiede agli Stati membri di adeguare il sistema nazionale di tutela giurisdizionale ad uno standard comune di effettività per le azioni che si fondano sul diritto europeo": R. MASTROIANNI, *L'effettività della tutela giurisdizionale*, cit., pp. 586-600, spec. p. 588.

[9] Così A. MAFFEO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 65, che considera tale articolo "la leva attraverso cui andare a neutralizzare attività statali suscettibili di porsi in contrasto con i limiti imposti all'autonomia procedurale".

Carta sul diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale[10], e del principio di equivalenza, nonché, sempre più spesso, la necessità di tutela dei diritti, che potrebbe comportare un superamento delle prerogative nazionali. La conformità ai suddetti principi delle regole processuali interne dovrebbe essere valutata finanche in situazioni i cui fatti siano circoscritti all'interno di un singolo Stato, in quanto, in presenza comunque di un interesse (certo) dell'Unione[11], gli Stati sono obbligati a garantire l'esercizio dei diritti fondamentali dell'Unione stessa, al fine di non pregiudicare l'effetto utile dell'ordinamento europeo. Risulta così delineato un obbligo di funzionalizzazione o strumentalità del diritto processuale interno, allo scopo di garantire piena effettività al diritto sostanziale dell'Unione[12].

Grava sugli Stati membri l'obbligo connesso alla tutela dei diritti derivanti dall'ordinamento europeo: in particolare, sono i giudici nazionali, quali giudici "decentrati"[13] o "giudici comuni del diritto dell'Unione europea"[14], che hanno il compito di assicurare l'effettiva applicazione della legislazione dell'Unione e delle situazioni soggettive attribuite ai singoli che ne derivano, posto che l'Unione non dispone di un potere di attuazione ed esecuzione in via diretta. Il rispetto di tale obbligo di attuazione effettiva permette, a sua volta, di assicurare un'applicazione efficiente e uniforme del diritto europeo in tutti gli Stati membri[15].

Come risulta da un suo orientamento consolidato, la Corte di giustizia definisce il concetto dell'autonomia procedurale facendo riferimento alla

---

[10] L'art. 47, a differenza dell'art. 19 TUE, "norma di sistema preordinata a garantire da parte degli Stati l'introduzione dei rimedi necessari a rendere applicabile il diritto dell'Unione", codifica il diritto fondamentale dei singoli alla tutela giurisdizionale effettiva: cfr. A. MAFFEO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 66 s.; nonché C. PERARO, *Diritti fondamentali*, cit., p. 233 ss.

[11] Sul punto, v. C. PERARO, *Diritti fondamentali*, cit., p. 13 ss. e p. 59 ss. Questione allo stato irrisolta è se (taluni) valori fondamentali dell'Unione debbano essere in ogni caso preservati anche al di là della sussistenza di un interesse transfrontaliero: v. D. DIVERIO, *La (soltanto dichiarata) libertà delle scelte organizzative delle amministrazioni nazionali in una recente sentenza della Corte di giustizia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2020, pp. 208-221, spec. p. 221, per il quale "potrebbe ben riconoscersi un'operatività globale di principi, quali quelli di equità e di imparzialità – alla verifica del cui rispetto, da parte dell'amministrazione lituana, la Corte di giustizia chiama qui espressamente il giudice del rinvio – codificati peraltro esplicitamente dall'art. 41 della Carta e che del resto sono comuni agli ordinamenti degli Stati membri, garantendo loro per tale via la vincolatività nei confronti di ogni amministrazione aggiudicatrice degli Stati membri in qualsiasi contesto operi". Nel senso che tale prevalenza trovi giustificazione nel principio di leale cooperazione, v. F. CASOLARI, *Leale cooperazione*, cit., p. 210 ss.

[12] M. E. BARTOLONI, *Ambito d'applicazione*, cit., p. 134.

[13] In tal senso, v. R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale*, cit., p. 370; nonché K. LENAERTS, *The Decentralised Enforcement of EU Law: The Principles of Equivalence and Effectiveness*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, vol. II, Napoli, 2014, pp. 1057-1085; D. U. GALETTA, *L'autonomia procedurale*, cit., p. 37 ss.; P. PIVA, *Giudice nazionale e diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2008, p. 4 ss.

[14] Così A. MAFFEO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 42.

[15] In tal senso, A. IERMANO, *I principi di equivalenza ed effettività*, cit., p. 528.

"mancanza di una specifica disciplina comunitaria". Spetta pertanto all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire "le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta, modalità che non possono, beninteso, essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale"[16]. Sono quindi gli Stati a dover prevedere le misure adeguate alla tutela dei diritti derivanti dal diritto dell'Unione. In altri termini, "i diritti attribuiti dalle norme comunitarie devono essere esercitati, dinanzi ai giudici nazionali, secondo le modalità stabilite dalle norme interne"[17]. È stato osservato che questa autonomia si risolverebbe in realtà in una "competenza procedurale funzionalizzata" degli Stati membri, posto che le norme procedurali nazionali risultano "finalizzate a 'sanzionare" l'osservanza del diritto comunitario in maniera tale da perseguire lo scopo a cui mira la norma comunitaria di diritto sostanziale"[18]. Il principio dell'autonomia procedurale non è perciò assoluto, ma soggetto al bilanciamento con gli altri principi fondamentali, quali l'equivalenza e l'effettività, che si configurano come parametri di riferimento delle disposizioni processuali interne.

L'idoneità della norma interna di procedura a garantire la protezione dei diritti derivanti dal diritto dell'Unione viene in primo luogo esaminata in base al principio dell'equivalenza, che richiede che le normative nazionali sui ricorsi che riguardano una controversia di dimensione europea, volte a garantire la tutela di diritti spettanti ai singoli in base all'ordinamento europeo, non siano meno favorevoli di quelle che disciplinano i ricorsi di natura interna, vale a dire che i ricorsi basati sul diritto dell'Unione devono essere trattati allo stesso modo dei ricorsi nazionali[19]. Il

---

[16] Sentenze del 16 dicembre 1976, causa 45/76, *Comet*, punto 13. In senso conforme, sentenze del 19 marzo 2020, causa C-406/18, *PG*, punto 26 ss.; del 12 febbraio 2020, causa C-704/18, *Kolev e a.*, punto 48 s.; del 19 dicembre 2019, causa C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe*, punto 33; del 26 giugno 2019, causa C-407/18, *Addiko Bank*, punto 46; del 4 ottobre 2018, causa C-571/16, *Kantarev*, punto 122; del 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*, punto 46; del 21 novembre 2002, causa C-473/00, *Cofidis*, punto 28; del 15 settembre 1998, causa C-231/96, *Edilizia Industriale Siderurgica c. Ministero delle Finanze*, ECLI:EU:C:1998:401, punti 19 e 34; del 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich e Bonifaci c. Italia*, punto 42.

[17] Sentenza *Comet*, cit., punto 15.

[18] D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale*, cit., p. 28.

[19] In merito, v. A. MAFFEO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 44 ss.; M. C. BARUFFI, *Art. 4 TUE*, cit., p. 19; G. VITALE, *Diritto processuale nazionale*, cit., p. 28 ss.; D. U. GALETTA, *L'autonomia procedurale*, cit., p. 29 ss. Tra le decisioni della Corte di giustizia, si veda la sentenza del 21 settembre 1989 (causa 68/88, *Commissione c. Grecia*, punti 23-25), in cui i giudici del Lussemburgo hanno ribadito che il diritto dell'Unione europea richiede che gli Stati membri, nell'esercizio della competenza loro attribuita per mancanza di disciplina comunitaria o per un espresso rinvio alle disposizioni nazionali, nell'ambito del loro potere discrezionale, scelgano "tutte le misure atte a garantire la portata e l'efficacia del diritto comunitario", assicurando in particolare un uguale trattamento "sotto il profilo sostanziale e procedurale" di quello delle violazioni di diritto interno "simili per natura ed importanza e

controllo da parte dei giudici degli Stati membri riguarda l'individuazione dell'oggetto e degli elementi essenziali delle norme interne[20] al fine di poter verificare se sussista una analogia tra le misure per tutelare i diritti nazionali e quelli di matrice europea, in modo da garantire un adeguato livello di protezione anche ai secondi. Non dovrebbero pertanto verificarsi discriminazioni dirette e indirette, che, in questo secondo caso, si realizzerebbero in presenza di previsioni "neutre" che di fatto "operano ingiustificati trattamenti indifferenziati"[21].

Accertata l'equivalenza tra rimedi fondati sul diritto interno e su norme europee, che da sola tuttavia non basta per ritenere le regole nazionali in tema di procedura civile adeguate alla tutela dei diritti di derivazione europea, detti rimedi devono essere vagliati alla luce del principio di effettività. Ciò significa che le regole processuali nazionali "non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione"[22]. Tale principio richiede ai giudici interni di valutare in che misura la regola nazionale in questione sia giustificabile e quindi effettiva e, di conseguenza, di non applicare le norme processuali che possono ostacolare l'attuazione del diritto dell'Unione[23]. Esso riflette inoltre l'esigenza di tutela dei diritti che derivano dall'ordinamento europeo, che si pone ad integrazione del principio di efficacia diretta delle norme comunitarie individuato dalla Corte di giustizia già nella sentenza *Van Gend & Loos*, rilevando in tal modo la stretta connessione tra il diritto materiale che viene enunciato dalla normativa europea e la sua effettiva attuazione e protezione con la previsione e la regolamentazione dei rimedi anche in sede giudiziale, al fine di non privare di efficacia il contenuto delle stesse norme europee[24].

---

che, in ogni caso, conferiscano alla sanzione stessa un carattere di effettività, di proporzionalità e di capacità dissuasiva", utilizzando "la stessa diligenza usata nell'esecuzione delle rispettive legislazioni nazionali". In tal senso, v. anche la sentenza del 27 febbraio 2020, cause riunite da C-773/18 a C-775/18, *TK e a.* c. *Land Sachsen-Anhalt*, punto 54 ss.; sentenza *Kolev e a.*, cit., punto 49.

[20] Sentenza del 26 gennaio 2010, causa C-118/08, *Transportes Urbanos y Servicios Generales* c. *Administración del Estado*, punto 33 ss., spec. punto 35; in senso conforme, v. sentenza del 15 aprile 2010, causa C-542/08, *Barth*, punto 19 s.; e, in precedenza, sentenza del 16 maggio 2000, causa C-78/98, *Preston e a.*, punto 49 ss.

[21] A. MAFFEO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 46 s.

[22] L'espressione è ricorrente nella giurisprudenza della Corte del Lussemburgo: si vedano, tra le altre, sentenze del 5 marzo 2020, causa C-679/18, *OPR-Finance*, punto 32; *Land Sachsen-Anhalt*, cit., punto 61; *Kolev*, cit., punto 49; dell'11 aprile 2019, causa C-254/18, *Syndicat des cadres de la sécurité intérieure*, punto 46; del 21 dicembre 2016, causa C-327/15, *TDC*, punto 90; del 20 ottobre 2016, causa C-429/15, *Danqua*, punto 29; del 7 gennaio 2004, causa C-201/02, *Wells*, punto 67; del 14 dicembre 1995, causa C-312/93, *Peterbroeck*, punto 12; del 9 novembre 1983, causa 199/82, *Amministrazione dello Stato c. SpA San Giorgio*, punto 12.

[23] Si veda, per tutti, S. PRECHAL, K. CATH, *The European acquis of civil procedure: constitutional aspects*, in *Uniform Law Review*, 2014, pp. 179-198, spec. p. 182 ss.

[24] A. MAFFEO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 52.

È di tutta evidenza, su un piano astratto, l'influenza che esercita l'ordinamento dell'Unione sui sistemi nazionali in sede di previsione e applicazione delle regole processuali, posto che, sebbene la disciplina dei rimedi rimanga di competenza degli Stati membri, questi devono mettere a disposizione una normativa che sia anche applicabile e compatibile per la tutela dei diritti dell'Unione, diritti che derivano quindi da un ordinamento diverso, ma che deve essere integrato con quello interno. Il che può pertanto comportare, sul piano pratico e procedurale, esigenze sia di adattamenti, sia anche, in caso di assenza di regole adeguate, di applicazione di rimedi processuali sconosciuti ai sistemi di giustizia degli Stati.

In sede di valutazione della compatibilità della norma processuale nazionale con i principi sopra esaminati, si deve comunque tenere conto del "ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso, dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali. Sotto tale profilo si devono considerare, se necessario, i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento"[25]. L'esame che deve essere condotto investe, quindi, sia la norma interna specifica che impedirebbe l'accertamento dell'applicazione del diritto dell'Unione alla causa, sia la medesima norma nell'ambito di tutto il sistema di giustizia dell'ordinamento nazionale coinvolto, potendo pertanto ritenersi la prima giustificata in base alla prevalenza, su di essa, di principi posti a salvaguardia del secondo. Non vi è tuttavia una soluzione assoluta a tale quesito, ma occorre procedere ad una analisi caso per caso, ponderando gli interessi e i diritti fondamentali di volta in volta coinvolti.

A tal riguardo rilevano le diverse interpretazioni della Corte di giustizia svolte, adottando appunto un approccio relativo, con riferimento a norme procedurali interne, portate alla sua attenzione in quanto considerate un potenziale ostacolo alla tutela effettiva dei diritti garantiti agli individui dall'ordinamento eurounitario.

La Corte di giustizia, in alcuni casi, è giunta a dichiarare la disapplicazione della regola procedurale nazionale e, quindi, il superamento di quest'ultima, in presenza di determinate condizioni, per permettere la tutela dei diritti; altre volte ha sostenuto la compatibilità della regola procedurale con il diritto dell'Unione in quanto rispettosa del principio di equivalenza o di effettività, oppure in quanto espressione di un principio fondamentale dell'ordinamento interno; altre volte, invece, ha imposto l'applicazione di un rimedio procedurale non previsto nel sistema di giusti-

[25] Sentenza *Peterbroeck*, cit., punto 14.

zia interno, come la sospensione del procedimento individuale pendente in attesa dell'esito di quello collettivo[26].

In alcune sentenze, ad esempio, la Corte ha imposto ai giudici nazionali, al fine di garantire la tutela al diritto derivante dall'ordinamento europeo, la rilevabilità d'ufficio della nullità delle clausole vessatorie ai sensi della direttiva 93/13 a tutela dei consumatori[27], in quanto la non vincolatività di tali clausole si configura come una norma imperativa, a protezione di un interesse generale, che richiede quindi una valutazione d'ufficio della natura abusiva[28]. Il dovere di sollevare d'ufficio la questione della nullità non è tuttavia assoluto, poiché potrebbe incontrare un limite nell'inerzia del consumatore che decide di non avvalersene[29]. In questa ipotesi emerge un bilanciamento della tutela sostanziale con il rispetto dei principi procedurali, posto che il giudice è tenuto a rilevare d'ufficio l'abusività della clausola vessatoria a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, ma non è obbligato a disapplicare la clausola qualora il consumatore non mostri interesse a farla valere[30].

L'intervento della Corte di giustizia nel senso di introdurre un rimedio procedurale deve quindi essere considerato alla luce della natura del diritto da tutelare, senza però che la regola procedurale interna venga disattesa ogniqualvolta la natura del diritto lo imporrebbe. Infatti, anche la previsione di un termine di decadenza per la proposizione dei ricorsi di per sé è da ritenersi ragionevole in quanto garantisce l'effettività dei rimedi e "costituisce l'applicazione del principio della certezza del diritto"[31].

È conforme al principio di effettività la previsione di un termine di prescrizione che sia anche in questo caso ragionevole alla luce dell'esame del diritto che deve essere fatto valere[32]. La Corte ha infatti affermato che, salvo il rispetto dei principi di equivalenza ed effettività, il diritto dell'Unione non osta a una normativa interna che assoggetta a un termine di prescrizione l'azione diretta a far valere gli effetti restitutori della dichiarazione di nullità di una clausola abusiva contenuta in un contratto stipulato tra un

---

[26] Ordinanza del 26 ottobre 2016, cause riunite da C-568/14 a C-570/14, *Fernández Oliva*; sentenza del 14 aprile 2016, cause riunite C-381/14 e C-385/14, *Sales Sinués*.

[27] Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori.

[28] Sentenze del 18 febbraio 2016, causa C-49/14, *Finanmadrid*; del 26 ottobre 2006, causa C-168/05, *Mostaza Claro*; del 6 ottobre 2009, causa C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*; 26 aprile 2012, causa C-472/10, *Invitel*.

[29] Sentenza del 4 giugno 2009, causa C-243/08, *Pannon*, punto 32 ss.

[30] Sentenza del 21 febbraio 2013, causa C-472/11, *Banif Plus Bank*.

[31] Sentenza del 27 febbraio 2003, causa C-327/00, *Santex*, spec. punto 52.

[32] Sentenza del 16 luglio 2020, cause riunite C-224/19 e C-259/19, *Caixabank*.

professionista e un consumatore, in particolare quando si tratta di un termine quinquennale[33].

Alcune pronunce hanno poi riguardato il principio dispositivo, che, dovendo essere considerato quale elemento essenziale del sistema giudiziale interno, potrebbe limitare l'accertamento dell'applicazione del diritto dell'Unione e, di conseguenza, la tutela effettiva dei diritti da esso derivanti. La Corte ha infatti riconosciuto che la rilevabilità d'ufficio di un motivo basato sulla violazione di disposizioni comunitarie trova un ostacolo qualora l'esame di tale motivo obblighi i giudici nazionali a rinunciare al principio dispositivo "esorbitando dai limiti della lite quale è stata circoscritta dalle parti e basandosi su fatti e circostanze diversi da quelli che la parte processuale, che ha interesse all'applicazione di dette disposizioni, ha posto a fondamento della propria domanda"[34]. Anche in questa ipotesi la limitazione al riconoscimento della tutela del diritto è giustificata dal principio secondo cui l'iniziativa di un processo spetta alle parti, avendo il giudice il potere di agire d'ufficio solo nei casi eccezionali in cui il pubblico interesse esige il suo impulso. Si configurerebbe una simile eccezione quando si tratta di accertare il rispetto di una norma comunitaria vincolante, qualora, nel rispetto del principio di equivalenza, sia già previsto nel diritto nazionale che "i giudici devono sollevare d'ufficio i motivi di diritto basati su una norma interna di natura vincolante che non siano stati addotti dalle parti"[35].

Non può essere superato il principio dispositivo nemmeno allorché oggetto di causa siano i diritti contenuti nella direttiva 93/13, sopra citata, posto che, valutate le circostanze del caso, come affermato dalla Corte di giustizia, il giudice nazionale è chiamato, nei limiti dell'oggetto della controversia, a esaminare d'ufficio una clausola contrattuale per la tutela del consumatore in forza di tale direttiva, "per evitare che le pretese di quest'ultimo siano respinte con una decisione passata, eventualmente, in giudicato, mentre queste ultime avrebbero potuto essere accolte se tale consumatore non avesse, per ignoranza, omesso di invocare il carattere abusivo di tale clausola" [36].

La prevalenza dei principi propri dei sistemi di giustizia nazionali emerge anche nelle sentenze riguardanti l'autorità di cosa giudicata, che, al fine di garantire la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, nonché una

---

[33] Sul termine di prescrizione di tre anni, v. sentenza del 15 aprile 2010, causa C-542/08, *Barth*, punto 28, o di due anni, v. sentenza del 15 dicembre 2011, causa C-427/10, *Banca Antoniana Popolare Veneta*, punto 25.

[34] Sentenza del 14 dicembre 1995, cause riunite C-430/93 e C-431/93, *van Schijndel c. Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, punto 22.

[35] *Ivi*, punto 13.

[36] Sentenza dell'11 marzo 2020, causa C-511/17, *Lintner*, punto 32.

buona amministrazione della giustizia[37], può precludere ogni possibilità di porre rimedio anche a una violazione di una disposizione del diritto dell'Unione. Il diritto dell'Unione, infatti, non impone la disapplicazione delle norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata, tenuto conto che rimane per gli interessati la possibilità di far valere la responsabilità dello Stato al fine di ottenere una tutela giuridica dei loro diritti riconosciuti dall'ordinamento eurounitario[38].

Sebbene simili regole processuali, quale quella in tema di autorità di cosa giudicata, possano rappresentare un limite alla tutela dei diritti di derivazione europea, esse sono in ogni caso ritenute compatibili con il diritto dell'Unione, alla luce della rilevanza dei principi che le stesse regole esprimono all'interno del sistema procedurale nazionale.

L'attuazione del diritto dell'Unione, in sintesi, soggiace al rispetto dell'autonomia procedurale quando i principi di effettività ed equivalenza vengono rispettati dalle norme interne. Così, quando sia permesso, sul piano interno, sollevare per la prima volta un motivo attinente alla violazione del diritto interno in un procedimento per cassazione qualora si tratti di un motivo di ordine pubblico, questa regola vale anche per un motivo attinente alla violazione del diritto europeo, che dovrebbe perciò configurarsi come un motivo di ordine pubblico per poter essere fatta valere in giudizio[39].

Oggetto di valutazione da parte della Corte di giustizia sono dunque le diverse disposizioni che determinano il funzionamento materiale dei procedimenti giudiziari nazionali, relative a requisiti, termini o principi; tutti fattori che possono suscitare dubbi di compatibilità con i criteri di equivalenza ed effettività in sede di richiesta di tutela di un diritto di matrice europea nella misura in cui potrebbero risolversi in ostacoli alla concreta azionabilità[40]. Così facendo, la Corte di giustizia riesce ad incidere sui mezzi di tutela in via giudiziale, valutando la pratica applicazione dei requisiti

---

[37] Sentenza del 3 settembre 2009, causa C-2/08, *Fallimento Olimpiclub*, punto 22; nonché v. sentenza dell'11 settembre 2019, causa C-676/17, *Călin*, punto 26.

[38] Si veda le sentenze del 4 marzo 2020, causa C-34/19, *Telecom Italia*, punto 58 ss.; del 24 ottobre 2018, causa C-234/17, *XC e a.*, punto 20 ss.; *Finanmadrid*, cit., punto 48 ss.; del 3 ottobre 2013, causa C-32/12, *Duarte Hueros*; *Fallimento Olimpiclub*, cit., punto 24 ss.

[39] Sentenza del 17 marzo 2016, causa C-161/15, *Bensada Benallal*, punto 21 ss.

[40] La Corte di giustizia ha ritenuto, ad esempio, la compatibilità col diritto dell'Unione dell'obbligo di pagamento di una tassa per poter esperire l'azione risarcitoria nei confronti dello Stato poiché si trattava di un ammontare esiguo: v. sentenza *Kantarev*, cit., punti 134-138. Sul previo esperimento del tentativo di conciliazione stragiudiziale come condizione per la ricevibilità dei ricorsi giurisdizionali, v. la sentenza del 18 marzo 2010, cause riunite C-317/08, C-318/08, C-319/08 e C-320/08, *Alassini e a.*, punto 47 ss. Sull'incompatibilità delle norme italiane in tema di onere probatorio eccessivo in capo al ricorrente per richiedere la restituzione di tributi indebitamente riscossi dallo Stato, v. la sentenza della Corte di giustizia del 9 novembre 1983, *San Giorgio*, cit.; nello stesso senso, v. ordinanza del 12 dicembre 2013, causa C-50/13, *Papalia*. Sul valore probatorio, nel corso di un giudizio, di un documento prodotto nell'ambito di un ricorso stragiudiziale, v. la sentenza del 2 aprile 2020, causa C-480/18, *PrivatBank*, punto 73 ss.

procedurali in situazioni che riguardano diritti europei, superando, da un lato, il principio dell'autonomia procedurale nazionale, e, infine, utilizzando, dall'altro, il criterio dell'effettività per "garantire un medesimo standard di tutela nei diversi Stati membri"[41].

In base a una ricostruzione, seppur non esaustiva, della giurisprudenza della Corte di giustizia si potrebbe pertanto concludere che l'accertamento della compatibilità delle regole procedurali nazionali debba tenere conto non solo dei principi di effettività ed equivalenza, quali limiti all'autonomia procedurale degli Stati membri, ma che il medesimo accertamento debba essere operato effettuando una ponderazione del diritto che si fa valere in giudizio con i principi regolatori del procedimento.

3. Con riferimento al caso oggetto della sentenza del Consiglio di Stato, alla luce delle osservazioni sopra esposte, possono svolgersi alcune considerazioni.

Si potrebbe sostenere che la norma procedurale amministrativa sul divieto di proposizione di nuovi motivi di gravame in sede d'appello sia compatibile con il diritto dell'Unione poiché rispetta il principio di equivalenza, in quanto la stessa norma procedurale opera con riguardo a posizioni sia interne sia di derivazione europea in modo equivalente, applicandosi quindi indistintamente a tutti i casi che presentino o meno una rilevanza europea.

In caso contrario, qualora si ritenesse di dover disapplicare la regola procedurale interna per permettere l'accertamento dell'eventuale violazione del diritto dell'Unione, potrebbe infatti configurarsi una discriminazione alla rovescia, posto che sarebbe garantita una tutela delle posizioni europee a svantaggio di quelle interne, che rimarrebbero soggette alle condizioni procedurali.

Pur essendo rispettato il principio di equivalenza, in tal modo non sarebbe comunque garantita l'applicazione del diritto dell'Unione, venendo meno il potere del giudice di secondo grado di rilevare e accertare d'ufficio la potenziale incompatibilità della normativa interna con il diritto dell'Unione, e sarebbe perciò violato il principio di effettività. Una simile conclusione si porrebbe in contrasto con il principio del primato del diritto dell'Unione, impedendo la tutela effettiva dei diritti di derivazione europea, soprattutto quando vengono in gioco i diritti fondamentali, che non possono essere comunque sacrificati.

Da parte sua, la Corte di giustizia apparentemente sembra mostrarsi molto rispettosa dell'autonomia procedurale, che, tuttavia, incontrerebbe il

---

[41] In merito, v. R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale*, cit., p. 371; nonché A. MAFFEO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 61.

limite dei diritti fondamentali, in particolare ove essi traggono origine dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, per la tutela dei quali si assiste ad una massima applicazione della Carta[42]. Una soluzione potrebbe essere perciò quella di ponderare il principio dell'autonomia procedurale con la natura del diritto invocato, avendo riguardo al grado dell'impedimento della norma interna. Ciò richiederebbe una valutazione caso per caso della natura del diritto che viene fatto valere nel procedimento e dell'ampiezza della sua lesione sulla base della prospettazione processuale delle parti.

Sebbene allo stato non sia possibile formulare una risposta definitiva, si può sostenere che laddove la violazione del diritto fondamentale sia irreversibile, l'esigenza della tutela effettiva dovrebbe condurre a far prevalere tale esigenza rispetto all'autonomia procedurale degli Stati, con la conseguente disapplicazione della norma procedurale. La constatazione della gravità della possibile violazione dei diritti consentirebbe così di imporre la rilevabilità d'ufficio, in ogni grado, superando gli ostacoli procedurali, quale il divieto di proposizione di nuovi motivi di gravame.

Ciò premesso, in una ponderazione degli interessi e dei diritti rilevanti in un determinato procedimento, tenuto conto che il principio di equivalenza può essere superato dal principio di effettività della tutela dei diritti di derivazione europea, la questione della compatibilità della regola procedurale nazionale con il diritto dell'Unione deve essere affrontata caso per caso avendo riguardo alla natura del diritto invocato.

Con riguardo alla fattispecie oggetto della decisione del Consiglio di Stato, l'applicazione della regola procedurale che limita l'invocabilità in secondo grado di un nuovo motivo, anche quando inerente al diritto europeo, avrebbe dovuto essere vagliata in ragione del grado di lesione che, ad un primo esame, veniva così recata alla posizione dell'interessato. In tal modo, si sarebbe potuto determinare se, in base alla natura del diritto invocato e alla sua prospettazione processuale, in un giudizio prognostico, il principio dell'effettività richiedesse, a prescindere dal risultato finale della valutazione nel merito, che la norma procedurale venisse o meno disattesa.

4. Se si assume che la norma procedurale di diritto amministrativo, oggetto della presente indagine, non sia compatibile con il diritto dell'Unione, in quanto porterebbe a una compressione ingiustificabile e inaccettabile dei diritti fondamentali invocati dall'interessato, la sentenza del Consiglio di Stato risulterebbe in contrasto con il diritto dell'Unione per aver rigettato il motivo di gravame inerente la violazione del diritto

[42] Si consideri, ad esempio, il diritto alle ferie: in tal senso v. Avvocato generale Pitruzzella, conclusioni del 31 gennaio 2019, causa C-55/18, *CCOO*, spec. punto 37.

dell'Unione, per non aver proceduto all'accertamento d'ufficio, nonché, per non aver proposto il rinvio pregiudiziale.

Si porrebbe così la questione dei rimedi esperibili avverso la sentenza dei giudici amministrativi di ultima istanza. A tal riguardo, occorrerà attendere la pronuncia della Corte di giustizia a seguito del rinvio pregiudiziale proposto dalle Sezioni Unite con l'ordinanza del 18 settembre 2020 sopra citata in merito alla percorribilità del ricorso per cassazione per difetto di giurisdizione contro le decisioni del Consiglio di Stato ove viziate sotto il profilo della corretta applicazione del diritto dell'Unione. In linea con i precedenti della Corte del Lussemburgo, e in base a quanto precedentemente osservato, la questione dell'effettività della tutela nella sentenza del Consiglio di Stato andrebbe valutata alla luce della natura dei diritti che vengono fatti valere, dipendendo da ciò anche l'affermazione della sussistenza del potere di rilevare d'ufficio il possibile contrasto tra il provvedimento impugnato e il diritto dell'Unione, in ogni stato e grado del giudizio.

In ogni caso, la sentenza del Consiglio di Stato potrà essere oggetto di valutazione al fine di accertare eventuali profili di responsabilità dello Stato (e dei suoi giudici) per violazione del diritto dell'Unione, nonché per il rifiuto di proporre il rinvio pregiudiziale.

Resta il fatto che, al fine di prevenire possibili ulteriori situazioni di potenziale conflitto in sede di attuazione dei diritti processuali sanciti dalla Carta, potrebbe essere opportuno che, ove ne ricorrano le condizioni, venga sollevata una questione pregiudiziale avente ad oggetto la disposizione del codice di procedura amministrativa di cui all'art. 104, nella misura in cui essa impedisce di accertare l'applicazione del diritto dell'Unione e, di conseguenza, non assicura una tutela effettiva dei diritti invocati dall'interessato.

Infine, pur rimanendo aperte alcune questioni relative al conflitto tra autonomia procedurale nazionale e primato del diritto dell'Unione, che si riflette sul potere di accertare d'ufficio una violazione con il diritto europeo, è indubbio che l'effettività della tutela, che deve essere offerta dagli ordinamenti nazionali, è solo il mezzo per realizzare la piena applicazione del diritto dell'Unione per evitare "che sia compromesso il suo effetto utile"[43]. Per raggiungere questo risultato occorre una valutazione caso per caso delle norme procedurali nazionali e del rispetto dei principi di equivalenza ed effettività, basandosi su una ponderazione degli interessi e dei diritti invocati, in particolare quando vengono in rilievo i diritti fondamentali.

---

[43] Così, ad esempio, le sentenze *PrivatBank*, cit., punto 73; del 27 giugno 2018, causa C-246/17, *Diallo*, punto 46; del 6 ottobre 2015, causa C-61/14, *Orizzonte Salute*, punto 47 ss.

ABSTRACT

PROCEDURAL AUTONOMY OF THE MEMBER STATES IN THE LIGHT OF THE CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS

The application of the administrative procedural rules needs to be coordinated with the respect of the fundamental rights enshrined in the Charter in the light of the procedural autonomy of the Member States. In this regard, in its judgment of 9 July 2020, n. 4403, the Italian State Council held that, pursuant to the domestic procedural rules, it is not possible to argue, for the first time, before the judge of appeal the incompatibility of a regional legislation with EU law, and that it is not even possible to raise such conflict *ex officio*. The ruling of the administrative judges highlights the possible limits of the primacy of EU law and of the Charter vis-à-vis national legal systems in view of ensuring effective judicial protection, as guaranteed by Article 47 of the Charter, whenever subjective rights provided for by EU law are at stake. A further issue is the possibility of filing an appeal in cassation against the judgment of the State Council in so far as this judgment is in breach of EU law. The Court of Justice has been requested to state its position on such issue by the Joint Divisions of the Italian Court of Cassation with order of 18 September 2020, n. 19598.

L'AUTONOMIA PROCEDURALE DEGLI STATI MEMBRI ALLA PROVA DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

L'applicazione delle norme processuali amministrative deve essere coordinata con il rispetto dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta alla luce dell'autonomia procedurale degli Stati membri. Al riguardo, con sentenza del 9 luglio 2020, n. 4403, il Consiglio di Stato ha affermato che se, in base alle regole procedurali interne, non è consentito dedurre per la prima volta in appello l'incompatibilità di una norma regionale con il diritto dell'Unione, non è neppure possibile rilevare d'ufficio tale contrasto. La pronuncia dei giudici amministrativi mette in rilievo i possibili limiti del primato del diritto dell'Unione e della Carta negli ordinamenti nazionali quando si tratta di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva, come garantita dall'art. 47 della Carta stessa, ogniqualvolta siano in gioco situazioni giuridiche soggettive previste dall'ordinamento europeo. Questione ulteriore è la possibilità di esperire il ricorso per cassazione avverso la sentenza del Consiglio di Stato, ove viziata sotto il profilo dell'applicazione del diritto dell'Unione, su cui è stata chiamata ad esprimersi la Corte di giustizia adita dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con ordinanza del 18 settembre 2020, n. 19598.

Celeste Pesce·

Carta di Nizza e tutela dei lavoratori dell'Unione europea

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. La politica sociale della Carta nei processi decisionali dell'Unione. – 3. Evoluzioni delle garanzie lavoristiche della Carta: il Pilastro europeo dei diritti sociali. – 4. Interpretazione della Carta da parte della Corte di giustizia UE. – 5. Considerazioni conclusive e prospettive di riforma.

1. Oggetto della presente indagine è la tutela sociale e occupazionale dell'Unione europea letta alla luce della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. L'attenzione è in particolare circoscritta al contributo che la Carta ha dato e può ancora dare alla tutela dei lavoratori dell'Unione[1].

Senza pretesa di esaustività – la vastità del tema mal si concilierebbe con lo spazio di analisi –, lo studio guarda alla declinazione e al rispetto dei diritti ivi sanciti in materia di diritto del lavoro sia in sede legislativa che in quella giurisprudenziale. Nello specifico, al modo in cui tali tutele si traducono in atti di diritto derivato dell'Unione ed a quello in cui sono garantite ed interpretate dalla Corte di giustizia.

Essenzialmente, l'indagine mira a chiarire il grado di incisività della Carta e le sue modalità di interazione nello scenario del diritto primario e derivato dell'Unione, nel suo primo ventennio di applicazione.

Le finalità che ci occupano coinvolgono, altresì, il Pilastro europeo dei diritti sociali[2] proclamato nel 2017, limitatamente ai profili oggetto di approfondimento e alle possibilità attuative connesse alla Carta in chiave sociale.

· Ricercatore di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Bari *Aldo Moro*.

[1] Per ragioni di spazio, il diritto derivato UE di settore e le affinità tra la Carta e i Trattati non sono qui particolarmente approfonditi. In merito v: F. DONATI, *La tutela dei diritti tra ordinamento interno ed ordinamento dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2019, p. 261 ss.; R. PALLADINO, *Diritti, principi ed effetto diretto orizzontale delle disposizioni (in materia sociale) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 175 ss.; L. S. ROSSI, *La relazione fra Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e direttive nelle controversie orizzontali*, in *federalismi.it*, 2019, p. 1 ss.; G. STROZZI, *La tutela (s)bilanciata dei diritti fondamentali dell'uomo*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2014, p. 189 ss.; ID., *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 837 ss.

[2] Disponibile su ec.europa.eu.

Al fine di ben inquadrare la tematica, occorre ricordare che la politica sociale UE trae origine dai principi e dagli obiettivi di cui agli articoli 3 TUE e 9 TFUE e trova espressione nel diritto primario e derivato[3].

Quanto al primo, ricordiamo gli articoli 45 TFUE[4] e 151-161 TFUE[5]. E, *a latere* di tali disposizioni, la Carta di Nizza, a breve esaminata.

Il secondo nasce per dare attuazione all'art. 45 TFUE e al principio ivi sancito del divieto di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro. N'è derivata una legislazione europea abbastanza nutrita e peculiare quanto a tutele dei lavoratori UE e sistemi di protezione sociale[6] e una fitta attività giurisprudenziale della Corte di giustizia.

Venendo alla Carta, il testo riassume ed organizza l'*acquis communautaire* appena ricordato, confermandone il tenore e considerandone le relazioni con il diritto internazionale del lavoro[7].

Invero, la protezione accordata ai lavoratori UE dalla Carta interessa un campo materiale ampio che include le specifiche vicende legate al diritto del lavoro[8] e alla sicurezza sociale[9], alla libertà sindacale latamente inte-

---

[3] G. TESAURO, a cura di P. DE PASQUALE e F. FERRARO, *Manuale di Diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2020; R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2020.

[4] Cfr. A. ADINOLFI, *Commento all'art. 45 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014; S. FORTUNATO, *Commento all'art. 151 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*; ID., *Commento all'art. 153 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*.; M. ORLANDI, *Commento all'art. 152 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*; ID., *Commento all'art. 154 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*; ID., *Commento all'art. 155 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*; ID., *Commento all'art. 156 TFUE*, in A A. TIZZANO (a cura di), *op. cit*. Vanno, altresì, ricordati, *ex multis*, la formazione professionale (artt. 165-166 TFUE), la coesione economica, sociale e territoriale (artt. 174-178 TFUE), la formulazione e l'esame dell'attuazione degli orientamenti in materia di occupazione (art. 148 TFUE).

[5] Vale a dire libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione, politica sociale, promozione del dialogo tra datori di lavoro e lavoratori, parità di retribuzione tra uomini e donne per uno stesso lavoro. L'UE è arrivata a plasmare un principio generale di non discriminazione sovraordinato e immediatamente applicabile proprio partendo dalla parità retributiva. Cfr. V. PICCONE, *Commento all'art. 157 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit*. Cfr. sentenze del 14 ottobre 2020, causa C-681/18, *KG*; del 3 ottobre 2019, causa C-274/18, *Schuch-Ghannadan*, ECLI:EU:C:2019:828. Sia consentito rinviare a C. PESCE, *Disciplina europea del lavoro interinale: tutele dei lavoratori e competenze nazionali. Nota a sentenza della Corte di giustizia UE del 14 ottobre 2020, causa C-681/18, KG*, 16 novembre 2020, in *dirittounioneeuropea.eu.*

[6] Il divieto di non discriminazione ha avuto ampia attuazione: direttiva 2000/43/CE del Consiglio del 29 giugno 2000 che attua il principio della parità di trattamento in materia di occupazione fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica; direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro sull'uguaglianza razziale.

[7] La politica sociale dell'Unione ha peculiarità specifiche. La sua compiutezza e completezza emerge ancora più osservando lo scenario internazionale.

[8] Artt. 27-33 della Carta.

sa, come quelle connesse alla vita familiare, all'educazione e all'inclusione sociale. Appartengono a quest'ordine anche la protezione della salute contro lavori e ambienti insalubri e la tutela della dignità del lavoratore. Vi rientrano, inoltre, disposizioni che guardano al soggetto già occupato in un'attività lavorativa; altre che prescindono da tale condizione e/o presuppongono la mancanza di attività lavorativa o l'inabilità al lavoro.

Nel complesso, comunque, tutte le norme sociali della Carta sottendono alla tutela della persona in quanto tale e risentono delle omologhe previsioni dei Trattati dell'Unione.

L'eterogeneità di principi e di diritti delle norme sociali della Carta emerge anche nelle disposizioni a tutela della persona del lavoratore in chiave espressivo-evolutiva. Trovano, così, spazio il diritto all'istruzione, la libertà professionale e il diritto di lavorare, l'uguaglianza, la non discriminazione, la parità tra donne e uomini, i diritti degli anziani, la vita familiare e professionale[10].

In definitiva, al pari del diritto primario e derivato dell'Unione e della giurisprudenza della Corte di giustizia, la Carta pone al centro delle sue disposizioni in tema di diritto del lavoro, il lavoratore come parte debole nel rapporto di lavoro[11]. Ne segue che i principi e i diritti ivi previsti sono elaborati nell'ottica di arginare i pregiudizi alle tutele dei lavoratori[12].

2. L'inclusione della Carta nel diritto primario dell'UE, pur non ampliando le competenze dell'Unione e rispettando il principio di sussidiarietà, ha istituito nuove responsabilità per le istituzioni UE coinvolte nel processo decisionale, nonché per gli Stati membri nella fase di attuazione sul piano nazionale. Ai fini rilevanti per la disamina, ciò si è tradotto nell'obbligo per le istituzioni dell'Unione e per quelle interne di dare adeguato spazio applicativo alla disciplina della politica sociale come delineata dalla Carta[13].

Una prospettiva d'insieme fornisce riscontri positivi di ampio respiro. È quanto emerge leggendo gli atti UE che inseriscono, tra le battute inizia-

---

[9] Art. 34 della Carta.

[10] Cfr. artt. 14, 15, 21, 23 e 26 della Carta.

[11] Sentenze del 6 novembre 2018, causa C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, punto 41; del 25 novembre 2010, causa C-429/09, *Fuß*, punti 80 e 81; del 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer e a.*, punto 82.

[12] Sentenze del 14 maggio 2019, causa C-55/18, *CCOO*, punti 44 e 45; dell'8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland e Seitlinger e a.*

[13] Art. 6, par. 1, TUE; art. 51, parr. 1 e 2, della Carta. Sentenze del 24 settembre 2020, causa C-223/19, *YS (Pensioni aziendali del personale dirigente)*; dell'11 giugno 2020, causa C-634/18, *Prokuratura Rejonowa w Słupsku*; del 18 settembre 2019, causa C-366/18, *Ortiz Mesonero*; del 10 luglio 2014, causa C-198/13, *Julián Hernández e a.*; del 15 gennaio 2014, causa C-176/12, *Association de mèdiation sociale*; del 15 novembre 2011, causa C-256/11, *Dereci e a.*

li, il rispetto dei diritti fondamentali e l'osservanza dei principi riconosciuti dalla Carta. Vi rientra il corpo normativo dell'Unione a tutela della libertà professionale[14] e del diritto di lavorare ivi incluso quello di negoziazione e di azioni collettive[15] come a condizioni di lavoro giuste ed eque e ad un ricorso effettivo[16]. Parimenti, i testi relativi a specifici aspetti del divieto generale di discriminazioni fondate sul sesso e del diritto alla parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione[17]. Ancora, la legislazione UE che garantisce il diritto degli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente e, quindi, di beneficiare di un regime pensionistico adeguato[18]; quella che intende assicurare il rispetto del diritto dei lavoratori o dei loro rappresentanti a vedersi garantite, ai livelli appropriati, l'informazione e la consultazione in tempo utile[19]. Come gli atti tesi a garantire il rispetto dell'art. 31 della Carta, secondo il quale ogni lavoratore ha diritto a una limitazione della durata massima del lavoro, a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie annuali retribuite[20]. Ugualmente, la disciplina europea che ha istituito l'Autorità europea del lavoro[21].

Eppure, indagando gli atti indicati, il richiamo alla Carta si sostanzia in frasi enunciative o comunque dal tenore politico e formale. Da questo punto di vista, la Carta ne esce positivamente menzionata e rispettata ma a condizione che l'indagine si arresti ad un livello "superficiale". Manca, cioè, un legame pragmatico tra le disposizioni dei testi citati e i principi e i diritti sanciti dalla Carta nel contesto considerato.

---

[14] Direttiva 2018/958/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 giugno 2018, relativa a un test della proporzionalità prima dell'adozione di una nuova regolamentazione delle professioni.

[15] Direttiva 2016/2341/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 dicembre 2016, relativa alle attività e alla vigilanza degli enti pensionistici aziendali o professionali (EPAP).

[16] 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.

[17] Direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione).

[18] Regolamento 2019/1238/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, sul prodotto pensionistico individuale paneuropeo.

[19] Direttiva 2009/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 maggio 2009, riguardante l'istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie (rifusione).

[20] Direttiva 2008/104/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, relativa al lavoro tramite agenzia interinale.

[21] Regolamento 2019/1149/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, che istituisce l'Autorità europea del lavoro. D. GALLO, *The Institutional Design of the European Labour Authority: A Critical Appraisal*, in *rivista.eurojus.it*, 2020, pp. 290-295.

Per contro, in altre occasioni, il legislatore UE pare abbia inteso rispondere concretamente alla necessità di dare applicazione sostanziale alla Carta. Approcciando la questione da questo diverso profilo, l'attenzione si sposta sul diritto derivato UE che fattivamente combina in termini pratici ed efficaci libera circolazione dei lavoratori di cui all'art. 45 TFUE e al regolamento (UE) 492/2011, parità tra donne e uomini e divieto di qualsiasi discriminazione *ex* art. 21 della Carta. Si pensi alle disposizioni specificamente tese ad agevolare l'applicazione uniforme delle norme materiali che disciplinano i diversi aspetti menzionati[22]. Allo stesso modo, alla disciplina in tema di distacco dei lavoratori finalizzata a colmare la scarsa consapevolezza delle norme UE da parte dei datori di lavoro e le difficoltà incontrate dai lavoratori distaccati nell'ottenere informazioni e assistenza negli Stati membri ospitanti. Ed ancora, alle modalità di esercizio del diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri[23], regolate in conformità con il divieto di discriminazione contemplato dalla Carta.

In tale scenario, la declinazione della Carta riesce a "imporre" all'Unione e agli Stati, nei rispettivi livelli di competenza, una vera e propria azione positiva volta a rimuovere gli ostacoli alla libera circolazione dei lavoratori UE – e dei loro familiari – nello spirito della Carta oltre che dei Trattati costitutivi.

Residua un (terzo) punto di vista meno entusiastico legato ad un atteggiamento per così dire silente o omissivo dei co-legislatori UE e prima ancora della Commissione in sede di elaborazione della proposta normativa. Permangono, invero, atti dell'Unione concernenti aspetti della libera circolazione dei lavoratori e delle tutele sociali e assistenziali che sembrano dimenticare la Carta sia in fase di formulazione di obiettivi sia in fase deliberativa. Possiamo rammentare al riguardo la normativa UE relativa ai requisiti minimi per accrescere la mobilità dei lavoratori tra Stati membri migliorando l'acquisizione e la salvaguardia di diritti pensionistici complementari[24]; la direttiva sull'applicazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un'attività autonoma[25]; il

[22] Direttiva 2014/54/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa alle misure intese ad agevolare l'esercizio dei diritti conferiti ai lavoratori nel quadro della libera circolazione dei lavoratori.

[23] Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

[24] Direttiva 2014/50/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa ai requisiti minimi per accrescere la mobilità dei lavoratori tra Stati membri migliorando l'acquisizione e la salvaguardia di diritti pensionistici complementari.

[25] Direttiva 2010/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 luglio 2010, sull'applicazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un'attività autonoma.

coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale[26]. Nei testi richiamati, le rispondenti disposizioni della Carta a tutela dei lavoratori non trovano spazio alcuno né menzione formale.

L'assenza di riferimenti alla Carta può, per alcuni di essi, essere rapportata al momento storico in cui la Carta aveva solo carattere politico. Per altri, non sembra poggiare su argomentazioni ragionevoli, sia perché emanati quando la Carta aveva acquisito valore giuridico vincolante, sia perché riguardanti tutele lavoristiche e di politica sociale ben strutturate nella Carta. Da un fronte opposto, si potrebbe contestualizzare e circoscrivere il vuoto e mettere in risalto il richiamo nei testi medesimi delle garanzie previste dai Trattati al riguardo, facendo perdere alla lacuna una connotazione negativa.

Al netto delle diverse considerazioni possibili, permane una certa residualità ed estraneità della Carta che, difatti, non è riguardata né coinvolta nel processo di attuazione ed esecuzione degli atti dell'UE. In realtà, nel monitoraggio su questi ultimi, manca il parametro dell'esatto adempimento dei principi e dei diritti sanciti dalla Carta. Ciò pare non trovare giustificazioni trattandosi di un testo di diritto primario vincolante che va rispettato sia in fase ascendente che discendente in quanto tale e, dunque, a prescindere dal fatto che sia menzionato o meno nel testo, nel suo preambolo o che sia stato pienamente considerato lungo il processo decisionale e legislativo dell'UE.

Al riguardo, va rammentato che i diritti sociali, pur rimanendo ancorati all'attuazione delle politiche sociali, assumono, quanto a struttura e valore, la stessa fisionomia delle libertà classiche garantite dai Trattati alle quali sono collegate e dalle quali non paiono potere essere divise. I diritti e i principi *de quibus*, a prescindere dalle loro origini e dalla loro morfologia, sono tutti egualmente inderogabili e interconnessi per il raggiungimento dei valori della dignità, della libertà e dell'eguaglianza della persona cui tende il progetto Unione europea.

Per superare l'*impasse* e includere la Carta nel processo decisionale e legislativo dell'UE in misura maggiore rispetto al presente, potrebbero essere funzionali misure specifiche quali la conduzione di valutazioni d'impatto distinte e separate in materia di diritti dei lavoratori UE tese a coniugare mutevolezze socio-politiche, spirito sociale della Carta e diritto internazionale del lavoro nella fase decisionale del procedimento legislativo. Parimenti, in quella seguente l'adozione degli atti UE, l'istituzione di strumenti specifici finalizzati ad effettuare revisioni sistematiche a posteriori della coerenza della normativa UE con la Carta. La previsione di una

[26] Regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale.

clausola di rendicontazione e revisione relativa ai diritti sociali e alla Carta all'interno degli atti UE potrebbe costituire un punto di partenza in tale direzione. Con importanti e positive ricadute sul controllo giurisdizionale svolto dalla Corte di giustizia[27].

3. Fermo restando quanto poc'anzi osservato in punto di misure migliorative dello stato dell'arte della Carta, va annoverato un tentativo concreto di porre la Carta alla guida del processo di ampliamento delle garanzie dei lavoratori dell'Unione. Il 17 novembre 2017, in occasione del vertice sociale per l'occupazione e la crescita eque a Göteborg, Parlamento europeo, Consiglio e Commissione hanno proclamato il Pilastro europeo dei diritti sociali.

Con la sua adozione, l'Unione ambisce a realizzare i principi di crescita sostenibile, di promozione del progresso sociale ed economico, di coesione e di convergenza, rispettando, al contempo, l'integrità del mercato interno. Ancora, a garantire la diversità dei sistemi nazionali come a riconoscere il ruolo fondamentale delle parti sociali. E, più latamente, a promuovere la parità per sostenere mercati del lavoro equi e proficui[28]. Lo scopo sotteso è segnare una linea di continuità con il diritto del lavoro europeo originato dai Trattati costitutivi, dalla Carta e dall'*acquis* dell'Unione in materia.

Sorvolando sulla natura politica dell'atto classificabile tra gli atti di *soft law* dell'Unione, è la convergenza tra Pilastro e Carta ad interessare ai nostri fini. Al riguardo, è sufficiente leggere il primo e confrontarlo con la seconda per ritrovare specularità di principi, obiettivi e, in taluni casi, analogia espressiva.

Il documento del 2017 ricorda – punto cinque del suo preambolo – che la Carta tutela e promuove principi fondamentali divenuti essenziali per il modello sociale europeo. Dando così prova del fatto che la Carta ha ispirato i redattori del Pilastro quanto a pari opportunità e accesso al mercato del lavoro, condizioni di lavoro eque, protezione sociale e inclusione[29].

Altre interazioni investono i rapporti tra il documento del 2017 e la Carta – oltre che i Trattati UE e FUE. Il Pilastro stesso fa chiarezza sul punto, affermando che a livello dell'Unione la sua realizzazione non incide sulle competenze dell'Unione conferite dai Trattati. Quanto all'ambito na-

---

[27] V. *infra*.

[28] Gli obiettivi sono espressi in venti principi e diritti fondamentali che, nel complesso, poggiano sui principi di pari opportunità, di protezione sociale e di inclusione.

[29] Il testo replica le disposizioni della Carta in tema di diritto all'istruzione, parità di genere e pari opportunità, sostegno all'occupazione, tutele relative alla retribuzione, informazioni sul luogo di lavoro, dialogo sociale, equilibrio tra vita professionale e familiare, protezione sociale. Nondimeno, sono ivi rinvenibili principi nuovi in grado di affrontare le sfide derivanti dai cambiamenti sociali, tecnologici ed economici e di rendere il mondo del lavoro maggiormente competitivo e sostenibile.

zionale, gli Stati membri hanno la facoltà di stabilire norme di sicurezza sociale più ambiziose rispetto a quelle fissate nel testo e nel diritto UE. In generale, il testo esclude che le disposizioni ivi previste possano interpretarsi come limitative o lesive di diritti e di principi riconosciuti dai Trattati, dalla Carta e dal diritto derivato dell'Unione.

Un ulteriore approfondimento attiene all'individuazione dei livelli sovranazionali e/o nazionali chiamati ad intervenire, nonché delle azioni necessarie per dare attuazione al Pilastro. Trattandosi, come detto, di un testo programmatico, quanto ivi proclamato necessita di misure specifiche e/o di atti normativi per divenire giuridicamente vincolante.

Quale ruolo ha o avrà la Carta in merito? La Commissione ha messo in campo diversi strumenti per concretizzare il documento considerato[30]. Proposte ed azioni che sposano appieno la linea sociale della Carta trasfusa, come detto, nel Pilastro del 2017. Basti menzionare che il semestre europeo è divenuto più sociale con il Pilastro saldamente integrato nel processo di monitoraggio del progresso sociale. O ricordare le proposte normative formulate dalla Commissione che vanno nella direzione tracciata dalla Carta e proseguita nel testo in esame. Alcune sono già state adottate, quali l'istituzione di un'Autorità europea del lavoro[31]; le modifiche in tema di equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza[32]; la nuova direttiva sulle condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili[33]; il pacchetto di misure in tema di quadro finanziario pluriennale (QFP) per il bilancio europeo 2021-2027[34]. Altre sono in corso. Una fra tutte, la riforma delle norme sul coordinamento della sicurezza sociale[35]. Novazione importante e doverosa che richiede riflessioni e tempi di maturazione adeguati in seno all'Unione e agli Stati UE al proprio interno.

In definitiva, in occasione della proclamazione del 2017, la Carta ha avuto modo di riscattare il suo valore e di dettare i presupposti per combinare i valori sociali ivi sanciti in misure concrete, mirate e omogenee tali da consentirle di superare talune delle difficoltà applicative sinora riscontrate nell'ambito vagliato.

Ad ogni modo, resta inconfutabile quanto già evidenziato e cioè che la condivisione di intenti e di azioni ai livelli interessati – Unione e Stati

---

[30] European Pillar of Social Rights: One year on – factsheet, 16 November 2018, reperibile su ec.europa.eu.

[31] Regolamento (UE) 2019/1149 cit.

[32] Direttiva 2019/1158/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza.

[33] Direttiva 2019/1152/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea.

[34] Il pacchetto riunisce il quadro finanziario pluriennale e uno sforzo straordinario per la ripresa dopo la pandemia di COVID-19 (*Next GenerationEU*).

[35] COM (2016) 815 final; 2016/0397 (COD).

membri – nelle diverse fasi ivi inclusa quella di monitoraggio può (o meglio deve) segnare la differenza rispetto al presente.

4. Se tanto accade in sede politico-normativa, segnali maggiormente tangibili della vincolatività della Carta sotto il profilo dei diritti sociali provengono dalla giurisprudenza dell'Unione.

L'uso che ne fa il giudice UE è, tuttavia, nella direzione di rafforzare e, ove possibile, di allargare le tutele dei lavoratori UE riconosciute dall'Unione nel diritto primario e/o derivato[36]. Del resto, la libera circolazione dei lavoratori nasce congiuntamente all'Unione (all'epoca, Comunità) e ha attraversato l'intero processo d'integrazione. Proprio per questo il diritto del lavoro europeo è molto avanzato e, nelle argomentazioni della Corte di giustizia, la Carta è richiamata soprattutto per supportare il sistema consolidato di tutele dei lavoratori e non sembra avere spazi originali di applicazione.

Nello specifico, al giudice dell'Unione si deve un'importante azione interpretativa e ricostruttiva volta a legare Carta e Trattati costitutivi e a richiamare al rispetto della prima e dei diritti fondamentali ivi sanciti qualora si discuta del diritto europeo del lavoro.

Senza poter qui ripercorrere tutta la giurisprudenza rilevante, va sinteticamente rammentato che la Corte ha fatto, sovente, ricorso al principio di pari trattamento spettante ai lavoratori UE esplicitato dalla Carta nell'accezione di divieto di disparità[37] in ragione del sesso, della razza, del colore della pelle o dell'origine etnica o sociale, della lingua, della religione o delle opinioni politiche, dell'età[38], per citarne alcune.

Nei molteplici giudizi della Corte, il principio riveste carattere imperativo in quanto principio generale del diritto dell'Unione sancito anche dalla Carta e sufficiente di per sé a conferire ai singoli, segnatamente ai lavoratori UE, un diritto invocabile in quanto tale nell'ambito di una controversia concernente un settore disciplinato dal diritto dell'Unione[39].

---

[36] Cfr. sentenze del 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Schmidberger*; del 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*; del 14 febbraio 2008, causa C-244/06, *Dynamic Medien*. A. TIZZANO, *Qualche considerazione dal versante lussemburghese a proposito dei diritti fondamentali*, in *Foro italiano*, 2017, V, c. 73 ss.

[37] Artt. 20 e 21 della Carta. Sentenze del 29 ottobre 2020, causa C-243/19, *Veselības ministrija*; del 9 marzo 2017, causa C-406/15, *Milkova*; del 22 maggio 2014, causa C-356/12, *Glatzel*; del 5 luglio 2017, causa C-190/16, *Fries*.

[38] Sentenze del 27 febbraio 2020, causa C-773/18, *Land Sachsen-Anhalt e juges*; dell'8 settembre 2011, cause riunite C-297/10 e C-298/10, *Hennigs e Mai*.

[39] Sentenze del 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Egenberger*; del 22 gennaio 2019, causa C-193/17, *Cresco Investigation*.

Parimenti, la discriminazione è letta nei suoi aspetti peculiari e trasversali alla luce dei principi generali del diritto dell'Unione[40], del complesso dei diritti dei lavoratori garantiti dalla Carta[41] e in considerazione di interessi eventualmente contrastanti[42]. Ne deriva una tutela, chiarisce la giurisprudenza UE, riconosciuta in senso lato dalla Carta che non ammette normative interne che riducano la portata del controllo che i giudici nazionali sono in grado di esercitare[43] o che svuotino di contenuto i diritti sanciti dalla Carta[44] e dagli atti UE fino a pregiudicarne l'effetto utile[45]. E che ha nutrito, in particolare misura, i filoni giurisprudenziali del diritto alle ferie retribuite[46] e della nozione di lavoratore vagliata ai sensi della Carta e del diritto derivato UE applicabile *ratione personae*[47].

Ciò nonostante, si può riconoscere alla Carta un'incisività in tema di tutela negoziale[48]. La casistica della Corte di giustizia ne evidenzia la natura di diritto che la Carta le assegna a fronte, viceversa, dei Trattati che la menzionano tra quei settori di politica sociale nei quali la Commissione incoraggia la cooperazione tra gli Stati membri e facilita il coordinamento della loro azione[49], senza null'altro precisare o sostanziare.

È, quindi, la Carta a dare concretezza al diritto dei lavoratori e dei datori di lavoro di negoziare e di concludere contratti collettivi, ai livelli appropriati, e di ricorrere ad azioni collettive in caso di conflitti di interessi. È in questi termini che la tutela negoziale di cui alla Carta trova espressione e chiarezza di contenuti e di finalità in seno alla giurisprudenza della Corte.

Ne segue che il diritto alla negoziazione collettiva riconosciuto dalla Carta è annoverato tra le disposizioni del diritto dell'Unione di carattere

---

[40] Sentenze dell'8 maggio 2019, causa C-396/17, *Leitner*; dell'8 maggio 2019, causa C-24/17, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*.

[41] Sentenza del 2 aprile 2020, causa C-670/18, *Comune di Gesturi*.

[42] Sentenze del 5 luglio 2012, C-141/11, *Hörnfeldt*; del 21 luglio 2011, cause riunite C-159/10 e C-160/10, *Fuchs e Köhler*.

[43] Artt. 28, 31, 47 della Carta. Cfr. J. ADAMS-PRASSL, *Article 47 CFR and the effective enforcement of EU labour law: Teeth for paper tigers?*, in *European Labour Law Journal*, 2020, p. 391 ss.

[44] Sentenze del 18 settembre 2019, causa C-366/18, *Ortiz Mesenero*,; del 6 novembre 2018, causa C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*; del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*; del 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer e a*.

[45] Sentenze del 6 novembre 2018, cause riunite C-569/16 e C-570/16, *Bauer e Willmeroth*; dell'11 settembre 2014, causa C-112/13, *A*; del 7 settembre 2006, causa C-484/04, *Commissione c. Regno Unito*.

[46] Sentenza del 26 marzo 2015, causa C-316/13, *Fenoll*. Cfr. S. SCIARRA, *Diritti sociali fondamentali nazionali ed europei. A proposito di diritto alle ferie retribuite*, su *federalismi.it*, 2019.

[47] Sentenza del 16 luglio 2020, causa C-658/18, *UX*. Sia consentito rinviare a C. PESCE, *Il giudice di pace italiano al vaglio della Corte di giustizia UE. Nota a sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 16 luglio 2020, causa C-658/18,* Governo della Repubblica italiana, in *rivista.eurojus.it*, 2020, p. 300 ss.

[48] Art. 28 della Carta. Sentenza *CCOO*, cit., punti 33-65.

[49] Art. 156 TFUE.

fondamentale. E che lo stesso va esercitato nel campo di applicazione del diritto dell'Unione, conformemente a quest'ultimo[50]. Né si può ritenere che il diritto in parola implichi di per sé una lesione delle regole fondamentali derivanti dal Trattato[51] o una violazione del principio di non discriminazione[52] nei modi poc'anzi ricordati.

La giurisprudenza approfondisce il punto e spiega che le misure adottate attraverso la contrattazione collettiva hanno natura diversa da quelle decise unilateralmente per via legislativa o regolamentare dagli Stati UE, in quanto le parti sociali hanno potuto azionare il diritto loro riservato dalla Carta ed hanno avuto così cura di definire un equilibrio tra i loro rispettivi interessi. Altrimenti detto, l'esercizio del diritto *de quo* nei termini espressi dalla Carta realizza il dialogo sociale previsto dal diritto primario UE.

Tutto quanto considerato può leggersi da un'angolazione diversa, utile a chiarire la reale incidenza della Carta nei diritti dei lavoratori UE agli occhi della Corte UE.

Quando sono in discussione principi fondamentali della politica sociale europea, la Carta riesce a primeggiare e ad imporre il proprio valore vincolante così che la Corte può prescindere dal fatto che l'atto UE in questione faccia o meno riferimento alla stessa. Con ciò superando, in buona sostanza, eventuali lacune dei testi di diritto derivato UE in merito alla Carta poc'anzi vagliate.

Ancora, astraendo la giurisprudenza europea, la Carta contiene strumenti giuridici efficaci per rinforzare tutele già insite nel sistema dell'Unione e/o per affiancare parametri normativi ed ermeneutici. Ciò in considerazione sia della sua equiparazione ai Trattati sia del valore di principi fondamentali dell'Unione delle disposizioni ivi previste.

Tuttavia, se tanto accade al cospetto di valori fondanti le tutele lavoristiche, in altre occasioni i richiami – delle parti e del giudice nazionale – alle diposizioni della Carta sembrano perdere pregnanza e la Corte àncora la soluzione delle questioni al diritto derivato applicabile[53].

---

[50] Sentenze del 19 settembre 2018, causa C-312/17, *Bedi*; del 12 dicembre 2013, causa C-267/12, *Hay*; dell'8 settembre 2011, cause riunite C-297/10 e C-298/10, *Hennigs e Mai*.

[51] Sentenze del 4 aprile 2019, causa C-699/17, *Allianz Vorsorgekasse*; del 15 luglio 2010, causa C-271/08, *Commissione c. Germania*.

[52] Sentenze del 28 giugno 2012, causa C-172/11, *Erny*; del 13 settembre 2011, causa C-447/09, *Prigge e a*.

[53] Similmente, Carta e Trattati costitutivi sono sì posti dal giudice UE in stretta relazione ma nel senso di primazia dei Trattati. Cosicché i diritti riconosciuti dalla Carta ai lavoratori che trovano fondamento nei Trattati si esercitano alle condizioni e nei limiti definiti dagli stessi. Pertanto, qualora si discuta della conformità con la Carta di una norma di diritto derivato, il giudice UE decide essenzialmente in ragione della conformità ai Trattati. Sentenze del 7 aprile 2016, causa C 284/15, *ONEM e M*, ECLI:EU:C:2016:220; del 4 luglio 2013, causa C-233/12, *Gardella*.

Senza voler sminuire il valore giuridico e la portata dal testo in esame, è possibile spiegare la scelta interpretativa della Corte in ragione del carattere assorbente del diritto derivato UE sia precedente sia successivo alla proclamazione della Carta. Vale a dire che il giudice UE riconosce che il legislatore dell'Unione ha declinato i principi fondamentali rilevanti sanciti dai trattati costitutivi e in gran parte replicati nella Carta, in un assetto normativo ben strutturato e compiuto. In circostanze simili, la Carta può apparire come un mero catalogo riepilogativo e/o rafforzativo di tutele e principi già disciplinati nel diritto derivato UE, immanenti all'ordinamento dell'Unione e consolidati nella giurisprudenza dell'Unione.

Tale valutazione sembra particolarmente appropriata quando sono coinvolti i profili della libera circolazione dei lavoratori UE espressi in maniera compiuta in numerosi e noti atti UE. Dinanzi ad un simile assetto normativo, la Carta mostra esigui margini di novità giuridica[54].

Spostando l'analisi a quanto accade all'interno degli Stati membri, la percezione della Carta risulta abbastanza concreta. Le giurisdizioni nazionali ricorrono alla Carta come parametro normativo primario del sistema giuridico dell'Unione. E, al pari di quanto rilevato in seno alla giurisprudenza UE, il suo coinvolgimento, laddove si discute di temi del diritto del lavoro[55], va a sostenere un *corpus* stabile e cristallizzato di tutele[56].

Nel complesso, pure con i limiti mostrati, la giurisprudenza UE arriva ad evidenziare in misura più adeguata rispetto a quanto accade in sede di elaborazione del diritto UE, il valore intrinseco della Carta, la sua obbligatorietà e il contributo che la stessa è in grado di dare ai temi classici del diritto del lavoro. Per meglio dire, il giudice UE riesce a recuperare la dignità giuridica della Carta e ad arginare percezioni di segno opposto.

Residuano, certamente, margini di indagine futura anche in relazione al divenire del diritto del lavoro UE, quale concretizzazione degli obiettivi del Pilastro europeo del 2017[57].

---

[54] Sentenza della Corte di giustizia dell'8 maggio 2019, causa C-161/18, *Villar Láiz*.

[55] Anche in tale ambito, il dialogo pregiudiziale è sinonimo di ambizione di uniformità e di chiarezza giuridica nonché imprescindibile occasione di riflessione ed analisi.

[56] Nella casistica del giudice del Lussemburgo, la Carta pare risentire del limite posto agli Stati membri di non potere tutelare i diritti fondamentali dei lavoratori in misura maggiore rispetto a quanto previsto dalla Carta laddove ciò possa incidere sui principi di unità, effettività e primato del diritto dell'Unione. Sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*; del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni.*

[57] Al momento, non si registrano pronunce della Corte che coinvolgano il Pilastro sociale. Un primo tentativo in merito si deve al TAR Lazio che, nell'ambito di una controversia sul conferimento di incarichi pubblici, ha sollevato talune questioni pregiudiziali ponendo in relazione i Trattati costitutivi in tema di diritto del lavoro UE (artt. 2, 3, 6 TUE; artt. 9, 45, 126, 145, 146, 147, 151 TFUE), la Carta (artt. 15, par. 2 e 31, par. 1) e il Pilastro (artt. 3, 5, 7, 10). Tuttavia, a giudizio della Corte, il giudice *a quo* non avrebbe precisato i motivi che l'hanno indotto a interrogarsi sull'interpretazione delle norme citate né il collegamento tra le stesse e la normativa nazionale in questione. Con ciò chiudendo la strada all'esame

5. Venendo alle conclusioni, l'Unione e gli Stati membri hanno finora messo in campo strumenti utili a che i diritti fondamentali della Carta in tema di tutele dei lavoratori funzionino al meglio[58]. Vanno in questa direzione i richiami alla Carta da parte dei co-legislatori dell'Unione, le diverse pronunce della Corte di giustizia, l'adozione del Pilastro europeo dei diritti sociali e le azioni che gli danno concretezza[59].

Il potenziale della Carta in chiave sociale pare avere trovato canali espressivi adeguati e privilegiati quale insieme di norme minime comuni di protezione.

Sarebbe, comunque, auspicabile un'applicazione della Carta "sociale" più diretta ed autonoma rispetto ai Trattati costitutivi in seno alle istituzioni UE ed alle autorità nazionali competenti. Vale a dire sia nel procedimento di formazione e adozione delle norme UE in seno all'Unione, sia nella fase attuativa del diritto UE sul piano statale.

È proprio quest'ultimo livello a risentire del *gap* evidenziato e a manifestare, conseguentemente, maggiori debolezze. In particolare, nonostante i chiarimenti forniti dal giudice UE[60], le giurisdizioni nazionali utilizzano la politica sociale tracciata dalla Carta alla stregua di fonte positiva di interpretazione anche in circostanze che esulano dall'ambito di applicazione del diritto UE. Con aggravio per il giudice UE cui spetta, istituzionalmente, il compito di interpretare il diritto UE e quindi di chiarire il campo applicativo della Carta.

Parimenti, la ristrettezza oggettiva dell'ambito di espressione e di applicazione della Carta in tema di politica sociale potrebbe essere superata qualora si ritenessero maturi i tempi per progredire verso un'interpretazione non vincolata dell'art. 51 della Carta o per aprire il dibattito sulla possibilità di rivederne il tenore letterale e interpretativo in occasione di una futura revisione dei Trattati.

Invero, il fatto che la Carta si applichi agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione limita fortemente i principi e i diritti sociali della Carta di Nizza. Motivo sufficiente per sollecitare la riflessione

---

pregiudiziale. Cfr. ordinanza del 15 maggio 2019, cause riunite C-789/18 e C-790/18, *Corte dei conti e a*.

[58] Relazione della Commissione europea sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'UE nel 2017.

[59] European Commission, *2018 Report on the application of the EU Charter of Fundamental Rights*, 05 June 2019, su ec.europa.eu. Cfr. anche: Relazione annuale 2017 sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, Bruxelles, 4.6.2018, [COM(2018)396 final]; Comunicazione della Commissione "Un'iniziativa per sostenere l'equilibrio tra attività professionale e vita familiare di genitori e prestatori di assistenza che lavorano" [COM(2017)252 final].

[60] Sentenza del 21 maggio 2019, causa C-235/17, *Commissione c. Ungheria (Usufrutti su terreni agricoli)*, punto 63.

in merito all'opportunità di allargare il campo di realizzazione della Carta e per avanzare in tema di estensione dei diritti fondamentali. Così da garantire che l'Unione sia sempre più il luogo nel quale i cittadini possano prosperare, esercitare le loro libertà e vivere la loro vita privata e professionale senza subire discriminazioni[61].

[61] Risoluzione del Parlamento europeo del 16 gennaio 2019 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea nel 2017, (2018/2103(INI)).

ABSTRACT

NICE CHARTER AND EU WORKER PROTECTION

The subject of this survey is the social and employment protection of the European Union read in the light of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Attention is limited to the contribution that the Charter has given and can still give to the protection of Union workers.

The study aims to clarify the degree of incisiveness of the Charter and its methods of interaction in the scenario of primary and secondary law of the Union, in its first twenty years of application. The purposes that concern us also involve the European Pillar of Social Rights proclaimed in 2017, limited to the implementation possibilities connected to the Charter from a social point of view.

CARTA DI NIZZA E TUTELE DEI LAVORATORI DELL'UNIONE EUROPEA

Oggetto della presente indagine è la tutela sociale e occupazionale dell'Unione europea letta alla luce della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. L'attenzione è circoscritta al contributo che la Carta ha dato e può ancora dare alla tutela dei lavoratori dell'Unione.

Lo studio mira a chiarire il grado di incisività della Carta e le sue modalità di interazione nello scenario del diritto primario e derivato dell'Unione, nel suo primo ventennio di applicazione. Le finalità che ci occupano coinvolgono, altresì, il Pilastro europeo dei diritti sociali proclamato nel 2017 limitatamente alle possibilità attuative connesse alla Carta in chiave sociale.

Lucia Serena Rossi*

I rapporti fra la Carta dei diritti fondamentali e la CEDU nella giurisprudenza delle rispettive Corti*

SOMMARIO. 1. Premessa. – 2. Convergenze ed influenza reciproca delle due Carte: le metodologie seguite dalle due Corti. – 2.1. Influenza della CEDU e della sua giurisprudenza interpretativa sulla Carta. – 2.2. L'influenza della Carta e della giurisprudenza della CGUE sulla CEDU. – 3. Campo di applicazione della Carta e ruolo "suppletivo" della CEDU. Il problema del margine di discrezionalità degli Stati membri in funzione del grado di armonizzazione. – 4. I problemi legati al meccanismo del mutuo riconoscimento. – 5. Conclusioni.

1. Il tema dei vent'anni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (d'ora in avanti Carta o cdf) è stato scelto molto opportunamente dagli organizzatori di questo convegno. A vent'anni dalla sua proclamazione, la Carta è diventata per la Corte di giustizia dell'Unione europea (d'ora in avanti CGUE o Corte di giustizia) un faro, che orienta ormai quotidianamente la sua giurisprudenza. In questo caso si può senz'altro riconoscere che la Carta ha "costituzionalizzato" l'ordinamento dell'Unione ed anche la stessa Corte di giustizia.

Per analizzare il rapporto fra le due Carte europee (non mi soffermo qui sulla triangolazione con le Costituzioni degli Stati membri, che sono oggetto di altri interventi a questo Convegno), si deve necessariamente parlare del rapporto fra le due Corti.

Al riguardo si può osservare che, nonostante la mancata adesione dell'UE alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (in seguito, CEDU o Convenzione)[1], il clima fra le due Corti è sereno e costruttivo: non solo vi è rispetto reciproco ma anche un confronto periodico sui temi più sensibili. A tal fine è stata instaurata una prassi, purtroppo ora interrotta dalla pandemia, di visite reciproche, ad anni alterni, di una delegazione a Lussemburgo della Corte europea dei diritti dell'uomo (in seguito, Corte EDU o Corte di Strasburgo) e a Strasburgo della Corte di giustizia.

---

* Testo della relazione al Convegno AISDUE del 4.12.2020, che sarà oggetto di pubblicazione anche in P. Ivaldi e M. Pelissero (a cura di), *Formante giurisprudenziale e principio di legalità. Tensioni ed equilibri*, Genova University Press, 2021. L'Autrice è Giudice dell'Unione europea. Tutte le opinioni espresse sono strettamente personali e non coinvolgono la Corte.

[1] In realtà il 29 settembre scorso sono stati ufficialmente riavviati i negoziati per l'adesione: ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_20_1748

Il frutto del dialogo, in presenza attraverso una riflessione comune, ma soprattutto a distanza, attraverso le rispettive sentenze, sta innescando un processo osmotico fra le rispettive Carte, che conduce ad una crescente precisazione delle stesse per influenza reciproca.

Cercherò ora di sintetizzare sia gli aspetti di convergenza fra le due Corti che quelli in cui possono ancora permanere problemi di coordinamento.

2. Le rispettive influenze e convergenze fra le due Carte, pur dipendendo anche dai criteri di collegamento – esplicitamente previsti o meno – da ognuno dei due sistemi nei confronti dell'altro (solo l'ordinamento dell'Unione prevede espressamente tali collegamenti), appaiono significative in entrambi i sensi. Esse possono essere valutate ponendosi, nell'ordine, 1) dal punto di vista dell'ordinamento dell'Unione e 2) dal punto di vista del sistema della CEDU. Quello che segue non vuole essere un elenco esaustivo delle molte sentenze della Corte di Lussemburgo che citano quelle della Corte di Strasburgo (e viceversa), ma piuttosto un ragionamento sui rispettivi metodi di incorporazione dei valori enunciati da una Corte nella giurisprudenza dell'altra.

2.1. Già nel 1974 la CGUE aveva detto che occorreva tenere conto della CEDU[2]. Oggi lo *status* di quest'ultima nel diritto dell'Unione è fissato dagli articoli 6 TUE (incorporazione CEDU come principio generale di diritto), 52.3 cdf (portata e significato corrispondenti e minimum standard) e 53 cdf (la carta non può ledere i diritti previsti, nel rispettivo campo di applicazione, da altre fonti fra cui la CEDU).

Certo, la CGUE non manca di ricordare che, in assenza di adesione, la CEDU non costituisce uno strumento formalmente integrato nell'ordinamento dell'Unione[3]. Tuttavia, la sua giurisprudenza ha mostrato che il principio di autonomia dell'ordinamento dell'Unione, che è alla base del parere 2/13, non significa impermeabilità ai valori della CEDU.

La Corte di giustizia si riferisce anzi sempre più spesso alla Convenzione ed alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Al riguardo si possono distinguere due diversi metodi con cui la CGUE fa ricorso a queste ultime.

Il primo metodo usa la CEDU come strumento accessorio, per confermare (direi "*ad abundantiam*") e rinforzare una determinata interpretazio-

[2] Sentenza del 14 maggio 1974, 4/73, *Nold/Commissione*, punto 13.

[3] V. ad esempio, CGUE, parere 2/13 (*Adesione dell'Unione alla CEDU*), del 18 dicembre 2014, e sentenze del 6 ottobre 2016, causa C-218/15, *Procura della Repubblica*, punto 21; del 5 aprile 2017, causa C-217/15 e causa C-350/15, *Orsi e Baldetti*, punto 15; del 20 marzo 2018, causa C-537/16, *Garlsson Real Estate e a.*, punto 24; del 16 luglio 2020, causa C-311/18, *Facebook Ireland e Schrems*, punto 98.

ne della Carta, "alla luce" appunto della CEDU e della pertinente giurisprudenza o che è "corroborata" da queste ultime (per fare un solo esempio, si può citare la sentenza *Menci*[4]).

Il secondo metodo, molto più pregnante, consiste invece in un rinvio alla CEDU ed alla giurisprudenza relativa, incorporandone i principi (che, secondo l'art. 6 TUE, infatti rivestono nell'ordinamento giuridico dell'Unione il rango di principi generali di diritto). In proposito possiamo distinguere tre metodologie differenti.

La prima opera quando la CGUE rinvia al sistema di Strasburgo per colmare una lacuna del sistema giuridico dell'Unione: si vedano ad esempio le note sentenze *G4S* e *Bougnaoui*[5] sulla nozione di religione.

La seconda riguarda il caso in cui la CGUE rinvia alla giurisprudenza di Strasburgo per individuare lo standard minimo di protezione di un diritto enunciato dalla Carta, ai sensi dell'art. 52.3 della Carta[6]. Questa operazione si traduce a volte nell'idea che la CEDU è, in quel caso di specie, standard *sufficiente*. In materia si possono citare le sentenze *AH*[7] in materia di presunzione di innocenza (art. 48 cdf) o *EP*[8] sul diritto alla libertà ed alla sicurezza (art. 6 cdf). Un altro esempio di questa metodologia riguarda anche i molti casi in cui la CGUE fa riferimento alla giurisprudenza di Strasburgo per dare sostanza al parametro dell'art. 52.1 della Carta (v.ad esempio *Deutsche Umwelthilfe* e*V*[9]).

Infine, la CGUE a volte rinvia alla giurisprudenza di Strasburgo allo scopo di fornire al giudice nazionale criteri di bilanciamento fra due diritti confliggenti. In tal senso si vedano ad esempio le sentenze *Gambino*[10] (in cui era richiesto un bilanciamento fra diritti della difesa e rispetto della dignità della vittima) o la più recente *Spiegel Online*[11] (in cui si contrapponevano libertà di espressione e diritto d'autore). Questa è l'ipotesi più interessante, perché non si tratta di stabilire uno standard minimo, ma di un ragionamento molto più complesso. Il bilanciamento fra diversi diritti è oggi al cuore dell'attività della CGUE per quanto riguarda l'interpretazione della Carta e la (più lunga) esperienza della Corte di Strasburgo può rivelarsi una preziosa fonte di ispirazione.

---

[4] Sentenza del 20 marzo 2018, causa C-524/15, *Procura della Repubblica*.

[5] Sentenze del 14 marzo 2017, causa C-157/15, *G4S Secure Solutions*, e causa C-188/15, *Bougnaoui e ADDH*.

[6] Sentenza della Corte EDU del 21 gennaio 2001, n° 30696/09, *M.S.S.* e CGUE, sentenza del 21 dicembre 2011, *NS*, causa C-411/10 e causa C-493/10.

[7] Sentenza del 5 settembre 2019, C-377/18, *AH e a.* (Presunzione d'innocenza).

[8] Sentenza del 19 settembre 2019, *Rayonna prokuratura Lom*, causa C-467/18.

[9] Sentenza del 19 dicembre 2019, causa C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe*.

[10] Sentenza del 29 luglio 2019, causa C-38/18, *Gambino e Hyka*.

[11] Sentenza del 29 luglio 2019, causa C-516/17, *Spiegel Online*.

2.2. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione è, a sua volta, per la Corte EDU, uno strumento di ispirazione ed arricchimento.

Nonostante la mancata adesione a parte dell'Unione, e la formale estraneità della cdf per il sistema CEDU, la Corte EDU non può ignorare che la maggioranza delle Parti contraenti del Consiglio d'Europa sono anche Stati membri dell'Unione. Anche qui possiamo individuare tre metodologie di incorporazione dei valori della Carta, come interpretata alla CGUE, nelle sentenze della Corte di Strasburgo.

Innanzitutto, la Carta è utilizzata come strumento di interpretazione ausiliario della CEDU. Questo può avvenire innanzitutto ai sensi dell'art. 31.3.c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati del 1969 (accordo posteriore intervenuto fra le parti). Nella sentenza *Bosphorus*[12] la Corte di Strasburgo ha riconosciuto che l'interesse generale invocato dall'Irlanda, consistente nel rispetto del diritto comunitario, costituiva un interesse rilevante e degno di essere preso in considerazione, poiché la CEDU deve essere interpretata alla luce di ogni regola di diritto internazionale applicabile alle relazioni fra le parti contraenti, anche alla luce della necessità di assicurare il buon funzionamento delle organizzazioni internazionali.

Inoltre, la Carta dell'Unione viene talora utilizzata dalla Corte di Strasburgo come fonte di ispirazione, per tenere conto dell'evoluzione normativa, anche in cause che non riguardano il diritto dell'Unione (v. in materia di obiezione di coscienza *Bayatyan c. Armenia*[13]). Nel recentissimo caso *Guðmundur Andri Ástráðsson v Islanda* (1° dicembre 2020)[14] la Corte di Strasburgo, sebbene a titolo comparativo (viene considerata anche la Corte EFTA) e con alcuni distinguo, cita in maniera estesa le sentenze della CGUE sull'indipendenza dei giudici nazionali, per trarre la conclusione che esiste un "*considerable consensus*" fra gli Stati sulla nozione di "giudice stabilito per legge"[15].

---

[12] Sentenza della Corte EDU del 30 giugno 2005, n° 45036/98, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticarte Anonim Sirketi vs. Irlanda*, punto 150.

[13] Sentenza della Corte EDU del 7 luglio 2011, n° 23459/03, *Bayatyan c. Armenia.*

[14] Sentenza della Corte EDU del 1° dicembre 2020, n° 26374/18, *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda.*

[15] Si v. *ibid.*, punto 228: "The Court also stresses in this connection that, according to the results of the comparative survey that it has carried out, nearly half of the States surveyed (that is, 19 out of 40) interpret the requirement of a "tribunal established by law" as clearly encompassing the process of the initial appointment of a judge to office. There is, therefore, already a considerable consensus among the States surveyed in this regard and this cannot be overlooked by the Court. The results further show that in many other States this matter remains undetermined; it is, therefore, not excluded that if a similar question were to arise in those States, the domestic courts *could*, in principle, interpret the requirement of a "tribunal established by law" as covering the process of judicial appointment as well. The Court lastly refers in this connection to the judgment delivered on 26 March 2020 by the CJEU in the cases of *Simpson* and *HG*, where it was acknowledged (by reference to the Chamber judgment in the present case) that the right to a "tribunal established by law"

Infine, come si vedrà fra breve, a volte gli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione per gli Stati membri di quest'ultima entrano a far parte del ragionamento della Corte di Strasburgo per valutare la conformità del comportamento dello Stato alla luce della CEDU (caso *Romeo Castaño*).

3. Nell'ordinamento dell'Unione la CEDU può anche esercitare un ruolo di supplenza, potremmo dire di "paracadute ultimo", nei casi in cui la Carta risulti nel caso concreto inapplicabile. In tali casi il Trattato (o il diritto derivato), si applicherebbe non alla luce della Carta, ma dell'art. 6 TUE, che rinvia appunto alla Convenzione come fonte di principi generali di diritto.

Questo potrebbe avvenire nei casi in cui, pur applicandosi il diritto dell'Unione, la Carta non sia in grado di assicurare la protezione dei diritti individuali. Innanzitutto, quest'ultima ha, al suo interno, numerosi "freni", come il rinvio alle legislazioni e prassi nazionali, contenuto in diverse disposizioni, e qualche ambiguità, come la diversa giustiziabilità di diritti e principi.

Inoltre, per quanto riguarda la possibilità di applicare la Carta all'azione degli Stati membri, si pone il problema, anche alla luce della divergenza fra il testo dell'art. 51 cdf e quello delle Spiegazioni relative a detto articolo, se detti Stati stiano attuando o meno il diritto dell'Unione. In effetti, lo stesso concetto di "attuazione del diritto dell'Unione" di cui all'art. 51 cdf presenta ancora margini fluttuanti, sui cui la CGUE preferisce pronunciarsi di volta in volta. La Corte di giustizia ha comunque chiarito che tale concetto comprende anche l'invocabilità di eccezioni al diritto dell'Unione[16].

Un aspetto delicato concerne il rapporto fra attuazione del diritto dell'Unione – e di conseguenza applicazione della Carta – e grado di armonizzazione effettuata dalle disposizioni da attuare. Quando gli Stati membri attuano il diritto dell'Unione, quest'ultimo a volte opera un'armonizzazione totale e non lascia loro alcun margine di discrezionalità.

---

encompassed the process of appointing judges (see paragraphs 74 and 75 of the CJEU judgment noted in paragraph 137 above)".

[16] La cdf si applica agli Stati membri anche quando questi invocano eccezioni all'applicazione del diritto dell'Unione: sentenze del 30 aprile 2014, causa C-390/12, *Pfleger e a.*, del 21 dicembre 2016, causa C-201/15, *AGET Iraklis*, punti 63 e 64, e del 21 maggio 2019, *Commissione/Ungheria* (Usufrutti su terreni agricoli), causa C-235/17, punti 64 e 65 e, da ultimo, del 18 giugno 2020, causa C-78/18, *Commissione/Ungheria* (Trasparenza associativa), punto 101: "quando uno Stato membro sostiene che una misura di cui esso è l'autore, e che restringe una libertà fondamentale garantita dal Trattato FUE, è giustificata sulla base di tale trattato o da una ragione imperativa di interesse generale riconosciuta dal diritto dell'Unione, si deve ritenere che una simile misura attui il diritto dell'Unione, ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta, cosicché essa deve essere conforme ai diritti fondamentali sanciti da quest'ultima".

La CGUE ritiene, come si evince dalla giurisprudenza *Melloni*[17], che, ove un atto dell'Unione preveda esso stesso un sistema di tutela dei diritti e non lasci margini di discrezionalità agli Stati membri, questi ultimi non possono far valere gli standard più favorevoli, richiesti dal diritto nazionale (anche di derivazione CEDU), per derogare alle norme dell'Unione[18], perché ciò si porrebbe in contrasto con i principi di primato, autonomia ed uniforme applicazione del diritto dell'Unione.

La decisione quadro sul mandato d'arresto europeo aveva già essa stessa effettuato il bilanciamento fra il perseguimento degli obbiettivi e la tutela dei diritti fondamentali, stabilendo i meccanismi di tutela di questi ultimi, un bilanciamento che la stessa Corte di giustizia aveva valutato in una precedente sentenza sulla validità della decisione quadro[19].

Nei casi in cui l'atto dell'Unione non lasci margini di discrezionalità agli Stati membri, l'unico standard per valutare l'adeguatezza di tale sistema, sotto il profilo della tutela dei diritti fondamentali, è dunque rappresentato dalla Carta, il cui unico interprete è la CGUE.

Ma *quid* se invece l'armonizzazione non è completa, ad esempio in presenza di una direttiva o di una decisione quadro che lasciano ampi margini di discrezionalità agli Stati membri?[20] Si potrebbe arrivare a pensare che in caso di armonizzazione non totale la Carta non possa essere utilizzata per valutare l'operato degli Stati membri, in quanto questi agiscono nell'ambito del proprio margine di discrezionalità? Nella sentenza *A* la Corte di giustizia ha affermato, che "quando il diritto dell'Unione riconosce agli Stati membri un margine di discrezionalità nell'attuazione di un atto di diritto dell'Unione, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali

---

[17] Sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*.

[18] *Ibid.*, punto 60, la Corte sembra affermare che nel campo di applicazione del diritto dell'Unione la cdf è standard minimo per gli Stati. Quindi si potrebbe dedurne già da questa sentenza che, anche ove la norma dell'Unione lasci agli Stati membri un margine di discrezionalità questi non potrebbero derogare *in peius* agli standard fissati dalla Carta.

[19] Sentenza del 3 maggio 2007, causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*.

[20] Non stiamo ovviamente parlando degli aspetti che, in caso di armonizzazione minima, non sono trattati dalla direttiva e dunque interamente lasciati alla competenza degli Stati membri. Si tratta invece, come chiarisce la sentenza del 10 luglio 2014, causa C-198/13, *Julián Hernández e a.*, EU:C:2014:2055, punto 44, delle disposizioni di diritto dell'UE che, secondo le parole della Corte, "conferiscono agli Stati membri la facoltà di legiferare in forza del diritto dell'Unione". Tra queste ultime disposizioni rientrano, come sottolinea la sentenza del 19 novembre 2019, cause riunite C-609/17 e C-610/17, *TSN e AKT*, punto 50, quelle che "conferiscono agli Stati membri una libertà di scegliere tra varie modalità di applicazione o un potere discrezionale o di valutazione che fa parte integrante del regime istituito da tale atto" o quelle che "autorizza[no] l'adozione, da parte degli Stati membri, di misure specifiche volte a contribuire alla realizzazione del suo oggetto" (sulle quali si v., rispettivamente, le sentenze *N.S. e a.*, cit., punti da 64 a 68; del 16 febbraio 2017, causa C-578/16 PPU, *C.K. e a.*, punto 53; del 9 marzo 2017, causa C-406/15, *Milkova*, punti 46, 47, 52 e 53 e giurisprudenza ivi citata, e del 13 giugno 2017, causa C-258/14, *Florescu e a.*, punto 48).

assicurare il rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione nazionale, purché l'applicazione degli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte di giustizia, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione"[21].

Credo dunque che si possa affermare che l'attuazione del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 51 cdf, include anche quella effettuata dagli Stati membri esercitando i margini di discrezionalità lasciati dalla direttiva o da altro atto dell'UE, nella misura in cui la loro azione ed il relativo margine di apprezzamento sono inquadrati dall'atto dell'Unione. Entro tale margine gli Stati membri, a differenza di quanto avviene in caso di armonizzazione completa, possono sicuramente derogare *in melius* alla normativa comunitaria per proteggere i diritti individuali, ma non potrebbero contravvenire agli standard della Carta. In questi casi, se la CEDU fissa standard più elevati, lo Stato membro dovrà rispettare anche questi.

In altre parole, mentre nel caso di armonizzazione completa la Carta rimane l'unico parametro di valutazione del rispetto dei diritti fondamentali, impedendo l'applicazione di standard nazionali *più favorevoli*, nell'ambito di un'armonizzazione non completa, la Carta si pone come standard minimo, impedendo agli Stati membri nell'ambito del margine di discrezionalità loro attribuito, di violare la stessa, applicando standard *meno favorevoli*.

Si può dunque concludere che la Carta si applica non solo per quel che riguarda gli effetti delle norme UE direttamente efficaci e le deroghe invocate dagli Stati membri ma anche alle norme di questi ultimi quando siano "inquadrate" dalla direttiva (o dalla decisione quadro), che fissa gli obiettivi lasciando agli Stati la scelta dei mezzi per raggiungerli. In altre parole, anche l'esercizio del margine di discrezionalità è attuazione, così come lo è l'esercizio della deroga, e sarebbe illogico pensare che la Carta si applichi nei confronti di quest'ultimo e non anche dell'altro.

Ciò premesso, va ricordato che la Carta stessa (art. 52.1) ammette limitazioni, purché effettuate per legge e proporzionate: è dunque questo il vero limite a quel margine di discrezionalità che molti atti dell'Unione lasciano agli Stati membri per la propria attuazione. È questo, in ultima analisi, il possibile terreno di divergenze fra le due Corti. Ma, come si è visto, la CGUE fa spesso riferimento alla giurisprudenza di Strasburgo per valutare i parametri di cui a tale articolo.

4. Per quel che riguarda il controllo del rispetto della CEDU da parte degli Stati membri dell'Unione, la Corte di Strasburgo, come ho già ricor-

[21] Sentenza dell'11 settembre 2014, causa C-112/13, *A*, punto 44.

dato, deve confrontarsi con il fatto che solo detti Stati – e non l'Unione – sono al momento parti della Convenzione.

È dunque evidente che una parte dell'azione di tali Stati, quella che esce dal campo di applicazione del diritto dell'Unione, e di conseguenza da quello della Carta, rimane soggetta al controllo della Corte di Strasburgo, alla luce della CEDU. Questo vale ad esempio quando un atto dell'Unione disciplina solo determinati aspetti di una materia di competenza non esclusiva: per gli altri rimane ovviamente integra la competenza degli Stati membri e la Carta non può estendere la competenza esercitata.

Quando invece uno gli Stati membri attuano il diritto dell'Unione, in linea di principio la loro azione è soggetta alla Carta. In questi casi, può osservarsi che la Corte di Strasburgo tende a fare ricorso alla presunzione di equivalenza degli stessi (sentenza *Bosphorus*[22]). Si tratta però di una presunzione che ammette eccezioni.

Un terreno ancora aperto di confronto fra le due Corti concerne il rispetto dei diritti fondamentali nei casi in cui gli atti dell'Unione impongano forme di mutuo riconoscimento. In effetti, come si è visto sopra, a seconda del contenuto di tali atti e del margine di discrezionalità che essi lasciano agli Stati membri, possono essere quest' ultimi a dover rispondere del rispetto della CEDU, nella misura in cui è il loro diritto nazionale ad applicarsi, in quanto richiamato dal diritto dell'Unione.

La Corte EDU sembra nutrire dubbi sul mantra della mutua fiducia, che sta alla base del mutuo riconoscimento, e sull'efficacia o idoneità di quest'ultimo, a causa dei suoi automatismi, a garantire effettivamente i diritti degli individui.

Tale atteggiamento si è manifestato, in particolare, in relazione alle procedure di asilo, al mandato d'arresto europeo e alla riconsegna del minore in caso di sottrazione. Su questi temi il confronto è ancora in atto. In sintesi, sul primo tema la CG tende ad allinearsi con la Corte di Strasburgo[23]. Sul secondo tema le divergenze sembrano diminuire. Si vedano, da un lato, la sentenza *Aranyosi*[24] della CGUE, che subordina gli automatismi del mandato d'arresto europeo ad un'analisi più accurata dei diritti fondamentali in gioco, e dall'altro la sentenza *Romeo Castaño*[25], in cui la Corte di Strasburgo ha addirittura riscontrato una violazione della Convenzione per il fatto che uno Stato membro dell'Unione non aveva dato esecuzione ad un mandato d'arresto europeo.

---

[22] Sentenza *Bosphorus Hava*, cit., punti 155, 156 e 165.

[23] Sentenze *NS* e *C. K. e a.*, sopra citate.

[24] Sentenze del 5 aprile 2016, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, *Aranyosi*.

[25] Sentenza della Corte EDU del 9 luglio 2019, n° 8351/17, *Romeo Castaño c. Belgio*; v. anche 13 febbraio 2020, n. 25137/16, *Sanofi Pasteur c. Francia*.

Sul terzo tema invece permangono due diverse impostazioni quanto all'interpretazione della convenzione dell'Aja del 1980, relativa alla sottrazione internazionale dei minori, ed in particolare dell'obbligo di restituire il minore. Mentre la Corte di Lussemburgo mette in primo piano la fiducia reciproca fra Stati membri e dunque interpreta restrittivamente ogni eccezione a detto obbligo, per la Corte di Strasburgo l'esigenza del controllo prevale sul sentimento di mutua fiducia.

Per questa ragione la Corte di Strasburgo ha sviluppato, a partire da *Avotins c. Lettonia*[26], un'obbligazione procedurale particolare, secondo cui l'art. 8 della CEDU obbliga i giudici degli Stati contraenti di verificare che il principio del mutuo riconoscimento non venga applicato in modo automatico e meccanico e che detti giudici debbano esplicitamente pronunciarsi sull'assenza di rischio grave per il minore in caso di restituzione.

La diffidenza della Corte di Strasburgo su queste tipologie di atti dell'Unione potrebbe forse essere in futuro attenuata dal vaglio sistematico e puntuale degli stessi, da parte della CGUE, alla luce della Carta dei diritti fondamentali.

In effetti considerazioni analoghe a quelle sopra effettuate a proposito dell'armonizzazione possono essere formulate anche nel caso di atti dell'Unione che prevedano il mutuo riconoscimento delle legislazioni degli Stati membri. Pur trattandosi di un rinvio alla legislazione di uno Stato, in quanto tale e nella sua interezza, questo rinvio è imposto – ed inquadrato – dall'atto dell'Unione, di cui costituisce l'attuazione.

Se dunque è precluso il ricorso agli standard nazionali dello Stato *a quo*, applicandosi soltanto quelli dello Stato *ad quem*, questi ultimi, saranno comunque subordinati al rispetto della Carta, salva naturalmente la riserva di cui all'art. 52 della stessa.

5. Come emerge dall'analisi svolta, molte sono le occasioni di influenza reciproca fra la Carta e la CEDU, così come intenso è il dialogo fra le due Corti. Si tratta di un dialogo necessario per assicurare il coordinamento, non sempre facile fra due sistemi che, pur con crescenti convergenze, restano diversi, così come diverso rimane l'approccio delle due Corti.

Da un lato la Corte di giustizia, pur mostrando grande apertura all'incorporazione, sotto varie forme, della giurisprudenza di Strasburgo, resta saldamente ancorata all'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione. Tuttavia, non si può negare che, sebbene la Carta dell'Unione contenga delle disposizioni di coordinamento con la CEDU (articoli 52 e 53.2), i meccanismi dello standard minimo e della prevalenza della norma più favorevole (c.d. massimizzazione della tutela) non sempre sono suffi-

[26] Sentenza della Corte EDU del 23 maggio 2016, n° 17502/07, *Avotins c. Lettonia.*

cienti a risolvere i problemi di coordinamento. E, indubitabilmente, i principi del primato del diritto dell'Unione e dell'autonomia del suo ordinamento possono talvolta condizionare l'applicazione dello standard più favorevole.

Dall'altro l'attitudine della Corte di Strasburgo verso la Carta e la giurisprudenza di Lussemburgo si colloca in una dimensione, che definirei di "fiducia prudente", che spazia fra la presunzione di *Bosphorus* e le prescrizioni di *Avotins*, passando per *Michaud*[27] ed altre sentenze che la durata di questo intervento non consente di menzionare. Si può però affermare che la Corte di Strasburgo si mostra consapevole delle peculiarità del diritto dell'Unione e che il confronto fra le due Corti è rispettoso, cauto e mai "muscolare".

In conclusione, il dialogo fra le due Corti europee sta dando i suoi frutti, non solo in termini di non belligeranza, ma anche producendo fertilizzazione incrociata o addirittura convergenza.

Una coesistenza armoniosa, in uno spazio europeo dei diritti fondamentali, non può che rafforzare entrambe le Carte ed entrambe le Corti.

[27] Sentenza della Corte EDU del 6 dicembre 2012, n. 12323/11, *Michaud c. Francia*. In questo caso la Corte europea si è pronunciata sul ricorso, non considerando applicabile al caso di specie la dottrina della «presunzione di protezione equivalente», ovvero il principio di equivalenza affermato nella sentenza *Bosphorus.* Infatti, nel caso in esame, a differenza di quanto avvenuto nel caso *Bosphorus*, la Corte di giustizia non aveva avuto occasione di pronunciarsi sulla questione relativa ai diritti fondamentali sottoposta alla Corte, avendo il Consiglio di Stato rifiutato di effettuare un rinvio pregiudiziale. Pertanto, secondo la Corte di Strasburgo, il meccanismo di tutela del rispetto dei diritti fondamentali, in linea di principio equivalente a quello della Convenzione, non aveva potuto dispiegare tutte le sue potenzialità.

ABSTRACT

RELATIONS BETWEEN THE CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE ECHR IN THE CASE-LAW OF THEIR RESPECTIVE COURTS

The present article deals with the relationship between the EU Charter of Fundamental Rights and the ECHR in the light of that between the CJEU and the ECtHR. To begin with, it sheds light on the mutual influence of the jurisprudence of the two Courts, through the incorporation of their respective values and principles. The article then analyzes the remaining coordination problems between the two systems of protection of fundamental rights, which arise in particular in the event that EU law provides only for a minimum harmonization of national law or is based on the principle of mutual trust. Finally, the article emphasizes that – while respecting the specificities of the respective legal systems and, in particular, the autonomy of EU law – the cautious dialogue between the two Courts is producing an osmotic process of convergence that can ensure harmonious coexistence between the two Charters.

I RAPPORTI FRA LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI E LA CEDU NELLA GIURISPRUDENZA DELLE RISPETTIVE CORTI

Il contributo tratta del rapporto tra Carta dei diritti fondamentali e CEDU alla luce di quello tra Corte di giustizia dell'UE e Corte EDU. Esso mette innanzitutto in luce l'influenza reciproca della giurisprudenza delle due Corti, tramite l'incorporazione dei rispettivi valori e principi. Il contributo analizza, poi, i residui problemi di coordinamento tra i due sistemi di tutela dei diritti, che emergono in particolare nel caso in cui il diritto dell'Unione operi un'armonizzazione minima di quello nazionale o si fondi sul principio della mutua fiducia. Si sottolinea, infine, che – pur nel rispetto delle specificità dei rispettivi ordinamenti e, in particolare, dell'autonomia del diritto dell'UE – il dialogo cauto tra le due Corti stia producendo un processo osmotico di convergenza che può assicurare la coesistenza armoniosa tra le due Carte.

Antonio Tizzano*

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. 20 anni dalla proclamazione. Introduzione al Seminario

Oggetto del nostro incontro odierno è la Carta dei diritti fondamentali, varata nel 2000, in occasione della firma del Trattato di Nizza, ma che è divenuta vincolante solo con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il 1° dicembre 2009.

Noi oggi celebriamo i primi 20 anni di vita della Carta, ma in realtà dovremmo dire che si tratta solo di un po' più di 10 anni, se si considera questo aspetto (il carattere vincolante, per l'appunto), che non è certo marginale.

Se però si segue la tesi, affacciatasi già nei primi anni di vita della Carta, e cioè che essa "dichiara" almeno alcuni principi che sono già presenti nel diritto (o nei principi generali) dell'Unione e nel diritto (o nei principi generali) degli Stati membri, e che quindi da questo punto di vista la Carta aveva già in larga misura una portata vincolante, allora possiamo dire che effettivamente da 20 anni la Carta condiziona la vita della Corte e del diritto dell'UE.

Non so se tutti sono d'accordo su questa ricostruzione. Di certo, essa è confortante per chi la enunciò in seno alla Corte nei primi anni 2000, restando inizialmente isolato in quella sede, ma poi via via sostenuto da un numero crescente di autorevoli osservatori.

Vediamo allora cosa è successo in questi 20 anni. Come si è evoluta l'interpretazione della Carta? Quali conseguenze ha prodotto sul diritto dell'UE e sul sistema giuridico dell'Unione? Come ha influenzato o come è stata influenzata dal corpo del diritto dell'UE?

Sono alcune delle questioni che possiamo porci oggi, esaminando la prassi di questi anni di applicazione della Carta.

Ad esempio, oggi non si pone più il problema che si manifestò nei primi anni di applicazione della Carta sul suo ambito di applicazione, quando molti giudici nazionali pensavano che la Carta fosse di applicazione universale e interrogavano la Corte su questioni estranee al diritto dell'Unione.

Com'è noto, la Corte chiarì con nettezza l'ambito di applicazione della Carta, e una serie di rinvii pregiudiziali venne progressivamente meno.

---

* Professore emerito di Diritto dell'Unione europea presso l'Università "Sapienza" di Roma; già vicepresidente della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Oggi però la Corte ha ampliato la portata della Carta, sul piano sostanziale e quindi pur sempre nei limiti fissati dall'art. 51, ma consentendole di esercitare un ruolo ed un'influenza molto più importante.

Ma quel che mi pare più significativo è il peso che la Carta ha acquisito nell'interpretazione del Trattato e dei suoi principi. Com'era agevolmente prevedibile, infatti, non è il Trattato o il sistema del diritto dell'UE ad influenzare l'interpretazione della Carta, ma al contrario è la Carta che influenza l'interpretazione e la ricostruzione dei principi del diritto dell'Unione.

Basti pensare all'uso che è stato fatto dell'art. 47, sulla pienezza della tutela giurisdizionale e su altri principi fondamentali del processo, che in questi ultimi tempi hanno consentito di risolvere alcune delicate e importanti questioni.

Ci sono quindi molti aspetti da considerare. Quelli attinenti alla portata dei singoli diritti, ma anche quelli più generali del ruolo della Carta nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto UE.

A questi molteplici quesiti – o almeno ad una buona parte di essi - risponderanno i nostri relatori.

Ennio Triggiani*

Il principio di solidarietà nella Carta

È indubbio che la *solidarietà* sia stata concretamente rivitalizzata o rivalutata grazie alla crisi da pandemia. A partire dai robusti interventi della Banca centrale europea abbiamo avuto il SURE e il Next Generation EU con l'introduzione di meccanismi sostanzialmente redistributivi tra gli Stati membri, lo snello MES sanitario (in maniera del tutto incomprensibile, anche sotto il profilo giuridico, da noi sinora rigettato), il progetto di una tassazione comune delle *web companies* e persino un acquirente unico dei vaccini. Nel complesso la ricostruzione che si prospetta non potrà che basarsi su di un processo europeo, con un determinante cambio di direzione dopo il sostanziale fallimento della ridistribuzione dei migranti fra i Paesi membri nonostante la sentenza della Corte di giustizia del 6 settembre 2017.

Certo, la strategia di risposta al Covid-19 si inserisce in una logica emergenziale e le grandi innovazioni adottate presentano carattere eccezionale sotto il profilo temporale; del resto, la portata delle deroghe introdotte produrrà effetti suscettibili di ripercuotersi ben al di là dell'attuale fase. Ed è molto probabile che si giunga ad una necessaria riconsiderazione, non temporanea, del patto di stabilità. È quindi auspicabile che l'Europa non si limiti a risanare i danni derivanti dalla pandemia ma sappia cogliere l'occasione per gettare al contempo le fondamenta del suo futuro.

C'è allora da chiedersi come mai il termine *solidarietà*, al di là della sua qualificazione giuridica, solo a partire dal Trattato di Maastricht sia stato introdotto, per di più genericamente, nel rapporto tra Stati membri, nella PESC e nel Protocollo sulla coesione sociale. E comunque, nel complesso, la sua funzione era stata limitatamente legata al miglior funzionamento del Mercato ad es. attraverso i Fondi strutturali; si faceva peraltro pur sempre riferimento all'art. 3, par. 3, TUE a un'economia "sociale" di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale.

Ad ogni modo, negli anni non erano mancate interessanti sentenze della Corte di giustizia che già qualificavano la solidarietà come valore fondamentale del diritto comunitario. Si pensi ad una sentenza del 1969, per la quale "la solidarietà… sta alla base… del sistema comunitario nel suo

* Professore emerito di Diritto dell'Unione europea - Università degli Studi di Bari *Aldo Moro*.

complesso"[1], e a quella del 1973 in cui si afferma che "Questo venir meno ai doveri di solidarietà accettati dagli Stati membri con la loro adesione alla Comunità scuote dalle fondamenta l'ordinamento giuridico comunitario"[2].

In realtà, la spinta decisiva al pieno riconoscimento formale della solidarietà è avvenuta proprio con la *Carta dei diritti fondamentali* che la qualifica nel *Preambolo* come "valore indivisibile e universale" e per la quale si prevede un intero Titolo, il quarto, con 12 articoli; in essi tale valore viene tradotto in diritti, libertà e principi riferiti a settori importantissimi quali l'ambito sociale, la coesione sociale e territoriale, l'ambiente, la protezione dei consumatori nonché la salute. Quest'ultima è intesa, ai sensi dell'art. 35, come vero e proprio diritto sociale generale con accesso alla prevenzione sanitaria e alle cure mediche inteso quale garanzia di un livello elevato di protezione della salute. Sicuramente, soprattutto nell'attuale pandemia, tale norma ha contribuito a rafforzare portata ed efficacia dell'art. 168 TFUE e, quindi, gli importanti interventi posti dall'Unione a sostegno degli Stati membri.

Tutto ciò avviene in coerenza con l'obiettivo, posto sempre nel *Preambolo*, di "porre la persona al centro della sua azione". Si determina così uno stretto collegamento tra i principi di solidarietà e di *dignità*, perché il sacrificio del primo si convertirebbe immediatamente in violazioni del secondo con cui non a caso si apre, al Titolo I, la stessa Carta. Infatti, proprio nella parte dedicata alla solidarietà compaiono espliciti richiami alla dignità (articoli 31, *condizioni di lavoro dignitose*, e 34, *garantire un'esistenza dignitosa*).

In realtà, con la Carta, una pluralità di tematiche vengono ricondotte all'interno della solidarietà sottraendole così a una impostazione tutta economicistica. Essa è stata estesa in direzioni che vanno al di là del modello classico dello Stato sociale, se solo si pensa alla questione ambientale che evidenzia con chiarezza la logica delle interdipendenze e, perciò, esige cooperazione tra i diversi soggetti interessati. D'altronde, non a caso per la prima volta per l'Unione viene fissato l'obiettivo di promuovere uno *sviluppo sostenibile* (v. Preambolo, terzo periodo) che nel Trattato di Nizza spunta timidamente solo nella Dichiarazione n. 9 ad esso allegata. Ed anche in questo caso proprio grazie all'impulso della Carta esso si trasforma nel principio di politica ambientale all'interno del Trattato di Lisbona.

Del resto, non esiste ambito materiale – politico, economico, sociale – che si sottragga ad una qualificazione da parte della solidarietà, che perciò si articola variamente negli ambiti sui quali si dispone, adeguandosi ai contesti ai quali si applica. Si tratta, quindi, di una caratteristica della Carta

[1] Sentenza del 10 dicembre 1969, cause riunite 6 e 11/69, *Commissione c. Francia*.
[2] Sentenza del 7 febbraio 1973, causa 39/72, *Commissione c. Italia*.

che presenta grande innovatività in quanto consente un'interpretazione sistematica, alla luce di tale valore, dei vari diritti in essa sanciti.

Per quanto attiene, poi, alla portata giuridica della solidarietà, sappiamo che la stessa Carta opera una distinzione, all'art. 51, fra "diritti" e "principi", per cui i diritti soggettivi sono rispettati, mentre i principi sono osservati. Questi non danno tuttavia adito a pretese dirette per azioni positive da parte delle istituzioni dell'Unione o delle autorità degli Stati membri. E ciò appare in linea sia con la giurisprudenza della Corte di giustizia sia con l'approccio ai "principi" negli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, specialmente nella normativa sociale. La Corte ha più volte riconosciuto che esistono diritti e principi primari che non tollerano alcuna restrizione e diritti o principi che sono soggetti a "bilanciamento con altri interessi o principi", come nel caso del settore sociale. La solidarietà si dilata così al di là dei confini nazionali, si colloca in una dimensione dove i principi, e non specifiche e minuziose disposizioni, costituiscono la fonte alla quale attingere per trarne le indicazioni riguardanti i comportamenti individuali e collettivi, privati e pubblici, nazionali e globali.

Nel complesso, è proprio grazie alla Carta che finalmente abbiamo nel Trattato c.d. "costituzionale" di Roma e poi nel trattato di Lisbona un ben più significativo riconoscimento della solidarietà come poco fa ha ricordato il Presidente Tizzano.

Fatta questa premessa, si discute, con Lisbona, se essa sia riconosciuta come valore o principio (o nemmeno quest'ultimo…). In effetti la formulazione dell'art. 2 TUE è ambigua in quanto essa non viene qualificata direttamente come valore ma una volta enunciati "dignità umana, libertà, democrazia, uguaglianza, Stato di diritto e rispetto dei diritti umani" si aggiunge che "questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà (...)". Questa appare quindi qualificata a metà strada fra valori e principi. Tuttavia, la connotazione giuridica appare relativa se si pensa che i valori, in fondo spesso metagiuridici, si devono comunque tradurre in principi giuridicamente rilevanti e divenire base giuridica dei diritti. Nel complesso, va detto che la differenza fra valori e principi non è semplice e spesso appare sfumata.

Probabilmente l'evidente incoerenza con quanto precedentemente previsto dalla Carta si spiega con la scelta politica di evitare di attribuire alla solidarietà rilievo giuridico in ordine alla nota procedura dell'art. 7 TUE e ai criteri di ammissione *ex* art. 49. L'eventuale assenza di solidarietà in uno Stato membro condurrebbe così non ad attivare una procedura di sospensione *ex* art. 7 TUE ma eventualmente a ricorrere alle procedure di infrazione *ex* art. 258 TFUE.

In ogni caso, nonostante le predette incertezze derivanti dalla formulazione dell'art. 2 TUE, è da ritenere che la solidarietà sia anzitutto un valore dell'Unione europea, in considerazione proprio del percorso evolutivo su cui ci si è soffermati in precedenza e tenuto conto dell'espresso riferimento contenuto, come visto, nel Preambolo della Carta.

Ad ogni modo, la solidarietà, sul piano strettamente giuridico, rappresenta senza alcun dubbio una prescrizione obbligatoria nei confronti delle istituzioni dell'Unione e degli Stati membri. D'altronde, l'articolo 2 del TUE ne costituisce principio costituzionale ed esprime l'impronta identitaria dell'Unione, indicando certo i prerequisiti per aderire alla stessa ma, allo stesso tempo, delineando altresì il contratto sociale su cui questa si basa. Impegna quindi sia gli Stati tra di loro, sia gli Stati nei rapporti con l'UE sia le istituzioni dell'UE.

Ciò spiega i significativi riconoscimenti avvenuti oltre che in dottrina, ad es., da parte dell'avv. gen. Mengozzi[3] per il quale "la solidarietà è espressamente riconosciuta nell'articolo 2 TUE come uno dei valori che caratterizzano il modello di società europeo e che, pertanto, enti che perseguono tale valore contribuiscono attivamente alla costruzione di una società europea in linea con lo spirito dei Trattati" nonché dall'avv. gen. Bot[4] per il quale "la solidarietà costituisce al contempo la ragion d'essere e la finalità del progetto europeo"; e così nella causa *Pringle* l'avv. gen. Kokott[5] tale principio è stato menzionato quale "principio strutturale portante dei trattati". E di recente Il Tribunale UE[6] ha affermato che "Lo 'spirito di solidarietà' menzionato all'articolo 194, par. 1, TFUE è l'espressione specifica, in tale settore, del principio generale di solidarietà tra gli Stati membri… Tale principio è alla base di tutto il sistema dell'Unione, conformemente all'impegno stabilito all'articolo 4, par. 3, TUE". La solidarietà opera infatti quale principio trasversale, integrando e rafforzando, appunto, lo stesso principio di *leale cooperazione* come d'altronde evidenziato anche nella sentenza *Achmea*[7].

D'altronde, la solidarietà è altresì richiamata in molte disposizioni del Trattato di Lisbona riguardo ai rapporti *tra le generazioni, tra gli Stati membri* (art. 3, par. 3) *tra i popoli* (par. 5), si applica alle politiche sul *con-*

---

[3] Conclusioni presentate in causa C-574/12, sentenza del 19 giugno 2014, *Centro Hospitalar de Setúbal, EPE Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) c. Eurest Portugal – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda.*

[4] Conclusioni presentate in causa C-643/15, sentenza del 6 settembre 2017, *Slovacchia e Ungheria c. Consiglio UE.*

[5] Conclusioni presentate in causa C-370/12, sentenza del 27 novembre 2012, *Thomas Pringle c. Governement of Ireland e altri.*

[6] Sentenza del Tribunale del 10 settembre 2019, causa T-883/16, *Polonia c. Commissione.*

[7] Sentenza del 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Slowakische Republik c. Achmea BV.*

trollo delle frontiere, l'asilo e l'immigrazione (art. 80), caratterizza la *politica economica* (art. 122 TFUE) anche grazie al rafforzamento dato dalla *clausola di solidarietà* (art. 222 TFUE), si riferisce al *settore energetico* (art. 194 TFUE), alla *protezione civile europea* (art. 196 TFUE e normativa di attuazione) nonché *all'azione esterna dell'Unione* (art. 21 TUE).

Quel che rileva, quindi, è che la solidarietà è presente in maniera diffusa nel Trattato ad evidenziare che essa non intende profilarsi quale valore astratto ma come concreto strumento per qualificare gli interventi normativi in una pluralità di situazioni. Si tratta di un principio "poliedrico" ed è possibile individuarne una pluralità di valenze quali una, *fondante*, che la pone a base del modello sociale europeo, e poi una, *interstatale*, concernente i rapporti tra Stati membri nonché una, *interpersonale*, relativa ai rapporti tra i cittadini europei.

Di certo, comunque, nella gestione dei flussi migratori e nella realizzazione di uno spazio europeo comune di asilo la solidarietà assurge a principio fondamentale e strutturale.

Ma, in fin dei conti, prima che un valore o un principio essa – ed è forse questa la ragione per cui inizialmente non ne era stata espressa formalmente l'esistenza all'interno dell'ordinamento comunitario – costituisce l'essenza stessa del processo di integrazione europea una volta aperto l'orizzonte politico della sua dimensione.

Essa appare pertanto, soprattutto grazie alla Carta, una costruzione sociale dotata di una spiccata attitudine cooperativa attraverso un sensibile intreccio tra solidarietà ed eguaglianza. In realtà, solo quando la solidarietà emerge come ragion d'essere dell'intero processo d'integrazione e "valore o principio federativo", si può immaginare che l'Unione possa avere un futuro più significativo. Ma essa è comunque la base valoriale dell'intera costruzione del sistema comunitario che ha consentito la svolta storica con cui per la prima volta gli Stati membri hanno accettato di mettere in comune il proprio debito. Ed emerge nuovamente, così, una dimensione della *cittadinanza europea* come ambito primario della solidarietà politica in quanto, in forza dell'istanza solidaristica, i trattamenti differenziati tra cittadini, sebbene in apparente contraddizione con l'eguaglianza formale, divengono *ragionevoli* e, dunque, costituzionalmente legittimi dal punto di vista dell'eguaglianza sostanziale. La solidarietà risiede allora nel cuore stesso di ogni forma di vissuto sociale.

Di tutto ciò abbiamo avuto ampia prova, come inizialmente accennato, nell'attuale crisi. L'Unione ha scelto non solo di risanare i danni derivanti dalla pandemia, ma ha saputo cogliere l'occasione per gettare al contempo le fondamenta del suo futuro, prefigurando con gli strumenti attivati la nascita di un'autentica Unione fiscale con la Commissione destinata a diveni-

re il maggiore emettitore sovranazionale di debito in Europa. L'esistenza di un debito comune, da ripagare attraverso nuove forme di fiscalità comuni, è palese espressione di interessi comuni ma fondati su valori condivisi. È stato fondamentale, in tal senso, l'aver ribadito il vincolo tra sostegno economico e rispetto dello Stato di diritto, insuperabile elemento identitario dell'Unione, superando i veti posti da Ungheria e Polonia pur attraverso un compromesso politico che non ha tuttavia alterato gli aspetti essenziali della questione.

Schuman fotografando la realtà dell'epoca aveva detto, nella sua Dichiarazione, che l'Europa "sorgerà da realizzazioni concrete che creino anzitutto una solidarietà di fatto", e si era riferito alla "solidarietà di produzione" carbosiderurgica. In altri termini evidenziava la necessità di costruire una "solidarietà di interessi" sostanzialmente economici nonché politici nei limiti della costruzione della pace e di più allora non poteva certo dire. Ma oggi, dopo 70 anni, la scommessa non può che essere più ambiziosa. E la solidarietà emersa in occasione della crisi, sanitaria ed economica derivante dalla pandemia, potrebbe portare con sé un significato ben più importante ponendosi, come perno della pace e dell'equità, al centro dell'irrinunciabile ricostruzione spiccatamente politica dell'Unione europea, anche solo fra gli Stati disponibili. E l'impulso in tale direzione è certamente rinvenibile nella Carta.