euro 20,00

ISBN 979-12-5976-414-0

2

QUADERNO AISDUE – SERIE SPECIALE

ES

AISDUE
Associazione Italiana Studiosi
di Diritto dell'Unione Europea

2

QUADERNO AISDUE

SERIE SPECIALE

II ed. Incontro fra i giovani studiosi del diritto dell'Unione europea

"La Conferenza sul futuro dell'Europa,
contributo al dibattito sui valori dell'Unione
e sulla protezione della salute e dell'ambiente"

Firenze, 10 maggio 2022
Webinar, 7 e 17 giugno 2022

Editoriale Scientifica

ASSOCIAZIONE ITALIANA DEGLI STUDIOSI DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Organi dell'Associazione

Presidente: Antonio Tizzano
Segretario generale: Patrizia De Pasquale

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

QUADERNO AISDUE
SERIE SPECIALE

Comitato scientifico:

Antonio Tizzano, Patrizia De Pasquale,
Pietro Manzini, Paola Mori, Francesco Rossi Dal Pozzo,
Lorenzo Schiano di Pepe, Fabio Spitaleri

Comitato editoriale Quaderni AISDUE:

Patrizia De Pasquale e Fabio Spitaleri (coordinatori),
Andrea Circolo, Angela Correra, Giulia D'Agnone, Benedetta Minucci

Comitato editoriale BlogDUE:

Patrizia De Pasquale e Fabio Spitaleri (coordinatori),
Mario Barbano, Andrea Circolo, Erika Colombo, Angela Correra,
Giulia D'Agnone, Alessandra Favi, Rosario Federico, Federica Ferrari,
Federico Ferri, Elena Gualco, Sarah Lattanzi, Claudia Massa,
Benedetta Minucci, Emmanuel Pagano, Martina Previatello,
Enrico Tinti, Alessia Voinich, Laura Zoboli

Quaderno AISDUE
serie speciale

II ed. Incontro fra i giovani studiosi del diritto dell'Unione europea

La Conferenza sul futuro dell'Europa,
contributo al dibattito sui valori dell'Unione
e sulla protezione della salute e dell'ambiente

Firenze, 10 maggio 2022
Webinar, 7 e 17 giugno 2022

Editoriale Scientifica
Napoli

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2022 Editoriale Scientifica srl
via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
ISBN 979-12-5976-414-0

INDICE

Presentazione del Volume di Antonio Tizzano 7

Presentazione del Convegno di Adelina Adinolfi 9

La conferenza sul futuro dell'Europa, contributo al dibattito sui valori dell'Unione e sulla protezione della salute e dell'ambiente
Firenze, 10 maggio 2022

BARBIERI S., *Il* dilemma nel dialogo*: indipendenza del giudice del rinvio e crisi dello Stato di diritto fra* coerenza *ed* effettività 13

CINNIRELLA C., *Financial solidarity in EU law: an unruly horse?* 35

COLI M., *Il regolamento condizionalità a protezione del bilancio europeo: quale prezzo per la tutela dello Stato di diritto nell'Unione europea?* 57

DELLA PIA R., *Exploring the European Medicine Agency's new mandate* 81

GIUDICI S., Governance *economia europea e sistemi sanitari nazionali: la tutela della salute nelle raccomandazioni adottate nell'ambito del Semestre europeo* 109

LANOTTE M., *I criteri funzionali al riconoscimento di una* "carenza sistemica o generalizzata" *dei valori fondanti dell'Unione europea* 131

MARTINELLI A., *Le competenze dell'Unione europea in materia sanitaria: strategia e obbligo vaccinale* 151

PEROTTO G., *Il finanziamento del* Green Deal *europeo: fra risorse proprie e la creazione di una capacità fiscale europea* 173

ROSANÒ A., Not another EU report! *Il meccanismo di cooperazione e verifica quale strumento di promozione dello Stato di diritto e i suoi effetti sul processo di allargamento* 189

SPERA F., *Da valutazione "non arrecare un danno significativo" a "principio DNSH": la codificazione di un nuovo principio europeo e l'impatto di una analisi trasversale rivolto al futuro* 211

La tutela dei valori fondamentali dell'Unione: profili interni ed esterni
Webinar, 7 giugno 2022

CIRCOLO A., *Strumenti alternativi di tutela dei valori: il regolamento sulla condizionalità dello Stato di diritto* 231

COLAVECCHIO G., *L'indipendenza dei giudici nel* Rule of Law backsliding *e la cooperazione giudiziaria europea in materia penale* 253

FERRARI M., *L'azione dell'Unione europea sul palco internazionale: le clausole di tutela dei diritti umani negli accordi con gli Stati dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico (ACP)* 279

PORCHIA M., *Lo strumento della condizionalità dei fondi erogabili nei contesti di gestione delle frontiere esterne dell'Unione europea* 301

RUGANI G., *La strategia di promozione a livello internazionale dei valori UE, con particolare riferimento agli standard in materia di lavoro: punti di forza e criticità degli attuali meccanismi* 325

Recenti sviluppi della politica ambientale dell'UE tra lotta ai cambiamenti climatici e accesso alla giustizia
Webinar, 17 giugno 2022

FAVI A., *Riflessioni sull'effettività dell'accesso della società civile alla giustizia in materia ambientale dopo la riforma del regolamento di Aarhus* 349

MINUCCI B., *La direttiva RED II tra novità e conferme* 369

VILLANI S., *La conservazione delle risorse del mare nell'Unione europea: limiti e prospettive in ottica (eco)sistemica* 383

PRESENTAZIONE DEL VOLUME

Il 10 maggio di quest'anno si è svolta a Firenze una giornata di studi sul tema: "La conferenza sul futuro dell'Europa, contributo al dibattito sui valori dell'Unione e sulla protezione della salute e dell'ambiente", insieme con due webinar, rispettivamente su "La tutela dei valori fondamentali dell'Unione: profili interni ed esterni" (7 giugno 2022) e sui "Recenti sviluppi della politica ambientale dell'UE tra lotta ai cambiamenti climatici e accesso alla giustizia" (17 giugno 2022).

Il volume che viene ora pubblicato nella serie dei Quaderni dell'AISDUE (n. 2 della serie speciale) raccoglie le relazioni presentate alla giornata di studi e dei webinar, per un totale di più di 400 pagine, che dà un'idea dello sforzo compiuto per organizzare i lavori della giornata, raccoglierli e pubblicarli.

Ma l'interesse della pubblicazione va al di là di questi aspetti quantitativi, perché la lettura delle relazioni dà il segno dell'impegno dei relatori nell'approfondimento dei temi loro assegnati e della serietà delle loro ricerche.

A tutti vanno il più vivo ringraziamento dell'AISDUE e l'augurio per il felice proseguimento della loro carriera. Per parte sua, l'Associazione è lieta di mettere a disposizione degli studiosi questo nuovo frutto del suo impegno organizzativo e scientifico.

Il Presidente
Antonio Tizzano

PRESENTAZIONE DEL CONVEGNO

La raccolta dei lavori di giovani studiose e studiosi pubblicati in questo volume rafforza la gratitudine nei confronti dell'AISDUE, già espressa nell'incontro del 10 maggio, per aver coinvolto la sede universitaria fiorentina in un'iniziativa scientifica assai apprezzabile per una pluralità di ragioni.

La *call for papers,* in base alla quale sono stati selezionati i contributi, ha reso evidente, anche per il numero elevato di proposte pervenute, l'ampiezza e la diffusione nazionale dell'attività di ricerca in diritto dell'Unione europea svolta da dottorandi e da giovani ricercatori; le presentazioni dei lavori (sia nell'incontro del 10 maggio, sia nei due webinar che vi hanno fatto seguito), nonché i saggi poi elaborati e pubblicati in questo volume, hanno dimostrato l'impegno di ricerca e l'interesse nei confronti di una varietà di aspetti afferenti agli argomenti considerati.

Aver proposto, per la *call for papers*, tre dei temi che sono stati oggetto della Conferenza sul futuro dell'Europa sembra avere utilmente contribuito a far convergere le riflessioni di ricerca verso una prospettiva di natura anche propositiva, valorizzando, secondo uno dei criteri utilizzati ai fini della selezione dei contributi, la capacità di delineare possibili evoluzioni normative e giurisprudenziali, come pure alcune auspicabili riforme dei Trattati dell'Unione.

La collocazione della giornata di studio nell'ambito delle iniziative del "Festival d'Europa", che nel maggio di ogni anno si tiene a Firenze in collegamento con la "Conferenza sullo stato dell'Unione" organizzata dall'Istituto universitario europeo, ha rafforzato la visibilità e diffusione dell'iniziativa, a beneficio anche della circolazione di informazioni sui temi oggetto di ricerca.

Di nuovo grazie, quindi, all'AISDUE – al Presidente, alla Segretaria generale e al Consiglio direttivo – da parte di tutto il gruppo di docenti e ricercatori fiorentini di diritto dell'Unione. Ai giovani che hanno partecipato alla *call for papers* un augurio e un incoraggiamento per il prosieguo della loro attività scientifica.

Adelina Adinolfi
Università di Firenze

La conferenza sul futuro dell'Europa,
contributo al dibattito sui valori dell'Unione
e sulla protezione della salute e dell'ambiente
Firenze, 10 maggio 2022

IL *DILEMMA NEL DIALOGO*: INDIPENDENZA DEL GIUDICE DEL RINVIO E CRISI DELLO STATO DI DIRITTO FRA *COERENZA* ED *EFFETTIVITÀ*

Samuele Barbieri*

SOMMARIO: 1. Introduzione. Il *dilemma* nel dialogo: l'indipendenza del giudice tra art. 267 TFUE, tutela giurisdizionale effettiva e art. 19 TUE. – 2. L'*effettività*: da *Dorsch Consult* a *Torresi*. – 3. La *coerenza*: dalla crisi dello Stato di diritto a *Banco de Santander*. – 4. Le ragioni della coerenza e il prezzo da pagare. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione. Il* dilemma *nel dialogo: l'indipendenza del giudice tra art. 267 TFUE, tutela giurisdizionale effettiva e art. 19 TUE*

Il processo di integrazione europea si caratterizza non solo per essere un percorso di *integration through law*, bensì e soprattutto di *integration through the Rule of law*[1]. E proprio quando è emersa in seno all'Unione quella che è stata definita la *Rule of law backsliding*[2], tra gli strumenti a disposizione per la tutela dello Stato di diritto[3] e per l'indipendenza dei giudici che ne rappresenta una "concretizzazione"[4], un ruolo determinante è stato affidato al rinvio pregiudiziale.

* Dottorando di ricerca in Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Ferrara.

[1] K. LENAERTS, *New Horizons for the Rule of Law Within the EU*, in *German Law Journal*, 2020, p. 29 ss.

[2] L. PECH, K. L. SCHEPPELE, *Illiberalism within: Rule of Law Backsliding in the EU*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2017, p. 3 ss.

[3] Per un esame del quadro normativo UE per fronteggiare la crisi dello Stato di diritto, v. C. HILLION, *Overseeing the Rule of Law in the EU: Legal Mandate and Means*, in C. CLOSA, D. KOCHENOV (eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge, 2016, p. 59 ss.

[4] Sentenza della Corte del 24 giugno 2019, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portigueses*, punto 32.

Oltre a permettere al diritto dell'Unione di mantenere il suo «carattere peculiare»[5], preservandone il primato, l'effettività e l'autonomia[6], la «chiave di volta»[7] del sistema rappresentata dall'art. 267 TFUE si è dimostrata uno strumento in grado di sopperire in parte alle criticità dell'attuale assetto normativo anche in relazione alla crisi dello Stato di diritto. Davanti all'inefficacia strutturale della procedura *ex* art. 7 TUE[8] e ai limiti dell'utilizzo dell'art. 258 TFUE[9], è emerso il dialogo fra e dei giudici[10] come "risposta" dell'Unione alle crisi costituzionali[11] che stanno minando l'indipendenza del potere giudiziario in alcuni Stati membri.

Infatti, nel diritto dell'Unione europea l'indipendenza del giudice è rilevante – come chiarito in *Land Hessen*[12] – almeno sotto tre diversi profili: in primo luogo, rientra nel principio dello *Stato di diritto*, proclamato dall'art. 2 TUE quale valore[13] su cui si fonda l'Unione e "concretizzato" dall'art. 19,

[5] Sentenza della Corte del 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Achmea*, punto 37.

[6] Sull'importanza della competenza pregiudiziale per il processo di integrazione, v. A. ADINOLFI, *I fondamenti del diritto dell'UE nella giurisprudenza della Corte di giustizia: il rinvio pregiudiziale*, in *I Post di AISDUE*, 2019, p. 197 ss.

[7] Parere della Corte del 18 dicembre 2014, 2/13, punto 176; sentenza della Corte del 24 ottobre 2018, causa C-234/17, *XC e a.*, punto 79.

[8] Sull'art. 7 TUE, in generale v. B. NASCIMBENE, *Lo Stato di diritto e la violazione grave degli obblighi posti dal Trattato UE*, in *rivista.eurojus.it*, 24 ottobre 2017; G. DI FEDERICO, *Defending the Rule of Law in the European Union: Taking Stock of the Polish Situation*, *ivi*, 29 gennaio 2016; L. BESSELINK, *The Bite, the Bark, and the Howl. Article 7 TEU and the Rule of Law Iniziatives*, in E. JAKAB, D. KOCHENOV (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values. Ensuring Member States' Compliance*, Oxford, 2017, p. 128 ss.

[9] V. *ex multis* K. L. SCHEPPELE, D. KOCHENOV, B. GRABOWSKA-MOROZ, *EU Values Are Law, after All: Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union*, in *Yearbook of European Law*, 2020, p. 3 ss., P. MORI, *L'uso della procedura d'infrazione a fronte di violazioni dei diritti fondamentali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2017, p. 363 ss.

[10] Cfr. F. MARQUES, *Rule of Law, National Judges and the Court of Justice of the European Union: Let's Keep It Juridical*, in *European Law Journal*, 2021, p. 1 ss., K. LENAERTS, *Upholding the Rule of Law through Judicial Dialogue*, in *Yearbook of European Law*, 2019, p. 3 ss.

[11] Cfr. A. VON BOGDANDY, P. SONNEVEND, *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area. Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, Oxford-Portland, 2015.

[12] Sentenza della Corte del 9 luglio 2020, causa C-272/19, *Land Hessen*, punto 45.

[13] Cfr. P. MORI, *Il primato dei valori comuni dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2021, p. 73 ss.; L. S. ROSSI, *Il valore giuridico dei valori. L'Articolo 2 TUE: relazione*

par. 1, comma 2 TUE[14]; in secondo luogo, essa è componente essenziale del diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva, principio generale del diritto dell'Unione e oggi codificato all'art. 47 CDFUE[15] il quale a sua volta rappresenta, come chiarito dalle Spiegazioni, la traduzione degli artt. 6 e 13 CEDU; in terzo ed ultimo luogo, essa è essenziale al funzionamento del meccanismo di cooperazione giudiziaria di cui all'art. 267 TFUE, rappresentando uno dei cc.dd. requisiti *Vaassen*[16] sulla base dei quali ricostruire la nozione di «organo giurisdizionale»[17], propria ed autonoma di diritto dell'Unione.

con altri disposizioni del diritto primario dell'UE e rimedi giurisdizionali, in *federalismi.it*, 2020, p. iv ss.; S. MANGIAMELI, *Article 2 TEU*, in H. J. BLANKE, S. MANGIAMELI (eds.), *The Treaty on the European Union – A Commentary*, Heidelberg, 2013, p. 115 ss.

[14] V. 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, p. 245 ss.; G. TESAURO, *Commento all'art. 19 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Milano, 2014, p. 195 ss.

[15] Cfr. D. DOMENICUCCI, F. FILPO, *Commento all'art. 47 CDFUE*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, 2017, Milano, p. 863 ss., spec. pp. 878-880; L. PECH, *Article 47 CFREU*, in AA.VV., *The EU Charter of Fundamental Rights*, Portland, 2014, p. 1250 ss.

[16] Sentenza della Corte del 30 giugno 1966, causa 61/65, *Vaassen Gœbbles*.

[17] V. *ex multis*: M. BROBERG, N. FENGER, *Broberg and Fenger on Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford, 2021, p. 43 ss.; V. CAPUANO, *Le condizioni soggettive di ricevibilità del rinvio pregiudiziale*, in F. FERRARO, C. IANNONE, *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2021, p. 33 ss.; N. WAHL, L. PRETE, *The Gatekeepers of Article 267 TFEU: on Jurisdiction and Admissibility of References for Preliminary Rulings*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 511 ss., spec. 516 ss.; T. TRIDIMAS, *Knocking on Heaven's Door: Fragmentation, Efficiency and Defiance in the Preliminary Reference Procedure*, in *ibidem*, 2003, p. 9 ss., spec. p. 27 ss.; C. BARNARD, E. SHARPSTON, *The Changing Face of Article 177 References*, in *ibidem*, 1997, p. 1113 ss., spec. p. 1141 ss.; J. RODRIGUEZ MEDAL, *Concept of a Court or Tribunal under the Reference for a Preliminary Ruling: Who Can Refer Questions to the Court of Justice of the EU*, in *European Journal of Legal Studies*, 2015, p. 104 ss.; C. NAÔME, *Le renvoi préjudiciel en droit européen*, II ed., Bruxelles, 2010, p. 94 ss.; A. BARAV, *Tânnoment préjudiciel: la notion de juridiction en droit communautaire,* in C. BAUDENBACHER, C. GULMANN, K. LENAERTS (eds.) *Liber amicorum en l'honneur de Bo Vesterdorf*, Bruxelles, 2007, p. 79 ss.; L. RAIMONDI, *La nozione di giurisdizione nazionale ex art. 234 TCE alla luce della recente giurisprudenza comunitaria*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2006, p. 369 ss. Inoltre, la questione pregiudiziale posta dal giudice nazionale sulla "propria" indipendenza solleva diverse questioni attinenti al rapporto fra ricevibilità e incompetenza, v. P. IANNUCCELLI, *L'indépendance du juge national et la recevabilité de la question préjudicielle concernant sa propre qualité de «juridiction»*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2021, p. 823 ss.

Relativamente a tale ultimo profilo, la Corte di giustizia ha adottato uno *standard* di indipendenza dell'organo di rinvio meramente formale e flessibile, attirando le critiche di coloro che ne denunciavano il disallineamento rispetto al diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva. A tal proposito, celebre fu l'attacco dell'avvocato generale Colomer in *De Coster*[18], il quale sottolineava come l'atteggiamento della Corte fosse a tal punto incoerente e tenue rispetto all'indipendenza che anche Sancho Panza come governatore dell'isola di Baratteria avrebbe avuto ottime *chances* di veder dichiarata ricevibile una propria domanda pregiudiziale[19]. Un *doppio standard* dell'indipendenza – *formale* nello scrutinio sulla ricevibilità del rinvio pregiudiziale, *sostanziale* ai fini della tutela giurisdizionale effettiva (e oggi in quanto valore fondante dell'Unione) – efficacemente rappresentato dal raffronto fra i casi *Wilson*[20] e *Torresi*[21].

Questo è il dilemma davanti al quale si trova la Corte di giustizia rispetto allo *standard* dell'indipendenza del giudice del rinvio: innalzarlo per renderlo coerente con gli altri profili oppure abbassarlo per inseguire l'effettività del dialogo pregiudiziale e l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione, assumendo il rischio di frammentare il principio in parola sulla base della dimensione normativa considerata.

In questa sede si propone un *cambio di paradigma*: indagare non le potenzialità del rinvio pregiudiziale nella tutela dei valori dell'Unione, bensì chiedersi se con il senno di oggi il *dilemma* che in passato la Corte di giustizia ha evaso può reggere davanti alla *crisi dello Stato di diritto*. In altre parole, il riconoscimento dell'indipendenza del giudice quale principio «che riveste un'importanza cardinale»[22], alla luce degli artt. 19 TUE e 47 CDFUE, per l'intera architettura dell'Unione, può permettere la coesistenza di un doppio *standard*? A tale domanda la Grande Sezione sembra aver dato una risposta in *Banco de Santander*[23] nel senso della prevalenza della *coerenza*

[18] Conclusioni dell'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, del 28 giugno 2001, causa C-17/00, *De Coster*.

[19] *Ibidem*, punto 14.

[20] Sentenza della Corte del 19 settembre 2006, causa C-506/04, *Wilson*.

[21] Sentenza della Corte del 17 luglio 2014, cause riunite C-58/13 e C-59/13, *Torresi*.

[22] Così ripetutamente definito, v. sentenza della Corte del 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte suprema)*, punto 58.

[23] Sentenza della Corte del 21 gennaio 2020, causa C-274/14, *Banco de Santander*.

sull'*effettività*, richiamando l'attenzione sulla necessità di una precisazione alla luce della crisi dello Stato di diritto.

Nella presente relazione, si ricostruiranno i termini del *dilemma* nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Da una parte, si analizzeranno le ragioni dell'*effettività* e le caratteristiche del tenue *standard* dell'indipendenza dell'organo del rinvio (par. 2). Dall'altra parte, si verificherà se e in che misura la giurisprudenza relativa all'indipendenza alla luce degli artt. 19 TUE e 47 CDFUE abbia avuto un impatto sulle condizioni di ricevibilità di cui all'art. 267 TFUE e quali sono le caratteristiche di tale diverso *standard* (par. 3). Infine, si indicheranno le ragioni che giustificano la strada della coerenza imboccata in *Banco de Santander*. Un tale esito non solo va salutato con favore per la coerenza rispetto al *presente*, ma ha anche il pregio di riconsegnare una nozione sostanziale di indipendenza del giudice del rinvio che la Corte di giustizia *in passato*, prima di consegnarsi all'effettività, aveva adottato (par. 4). E tuttavia, le ragioni che sostenevano l'*effettività* rimangono e meritano una risposta: del resto, anche la *coerenza* ha il suo prezzo.

2. *L'*effettività*: da* Dorsch Consult *a* Torresi

Le ragioni dell'*effettività* del dialogo pregiudiziale, sulle quali si basa uno *standard* flessibile di indipendenza, capace di adattarsi alle specificità dei rimedi stragiudiziali o amministrativi nazionali posti fuori dagli ordinamenti giudiziari (e dalle loro garanzie), sono riconducibili a due ordini di questioni: oltre alla necessità di garantire l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione[24], anche la tutela dei diritti dei singoli ha assunto un ruolo determinante[25].

Quest'ultimo argomento va letto alla luce dell'incontro fra il fenomeno di "fuga dalla giurisdizione" e la sovrapproduzione normativa a livello euro-

[24] «[T]he Court is less preoccupied with substantive standards of fairness and independence, and more with a functional criterion, namely to make the preliminary reference procedure available to all judicial bodies responsible for dealing with questions of Community law», così T. TRIDIMAS, *op. cit.*, p. 28.

[25] Cfr. M. BROBERG, *Preliminary References as a Means for Enforcing EU Law*, in E. JAKAB, D. KOCHENOV (eds.), *op. cit.*, p. 99 ss.

peo[26]. Se da una parte gli Stati membri ricorrono con sempre maggiore intensità, per rispondere alla "domanda di giustizia", a rimedi esterni agli ordinamenti giudiziari nonché a forme di sindacato di decisioni dell'amministrazione in autotutela che precedono l'eventuale scrutinio del giudice amministrativo, dall'altra parte il legislatore dell'Unione si dimostra deferente, demandando all'autonomia procedurale degli Stati membri la scelta in ordine ai rimedi per la tutela dei diritti dei singoli, soprattutto e sempre più in aree altamente tecniche e specializzate del diritto.

Tale premessa si salda con quel ruolo dell'art. 267 TFUE nel sistema di tutela giurisdizionale dei trattati che il giudice comunitario ha chiarito negli stessi anni in cui – e non sembra un caso – andava sposando anche lo *standard* più tenue di indipendenza. A fronte delle continue critiche sull'accessibilità ai singoli delle azioni di annullamento avverso atti delle istituzioni di portata generale[27], la Corte rivendicò la coerenza e la completezza del sistema[28]. E un tassello fondamentale dell'ingranaggio della tutela dei singoli veniva affidato al rinvio pregiudiziale di validità[29]. È dunque chiaro

[26] Cfr. A. ADINOLFI, *Rinvio pregiudiziale e metodi alternativi di soluzione delle controversie tra vecchie e nuove questioni*, in AA.VV., *Liber Amicorum in onore di Antonio Tizzano*, Torino, 2018, p. 20 ss.

[27] V. *ex multis* C. AMALFITANO, *La protezione giurisdizionale dei ricorrenti non privilegiati nel Sistema comunitari*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2003, p. 13 ss.; D. WAELBROECK, A. M. VERHEYDEN, *Les conditions de recevabilité des recourse en annulation des particuliers contre les actes normatifs communautaires*, in *Cahiers de droit europeen*, 1995, p. 399 ss.; A. BARAV, *Direct and Individual Concern: An Almost Insurmountable Barrier to the Admissibility of Individual Appeal to the EEC Court*, in *Common Market Law Review*, 1974, p. 191 ss.;

[28] All'art. 263 TFUE si affiancherebbero, qualora i ricorrenti non privilegiati non possano ricorrere direttamente alla Corte, il rinvio pregiudiziale di validità nonché l'eccezione di invalidità (art. 277 TFUE). V. sentenza della Corte del 23 aprile 1986, causa 294/83, *Les Verts c. Parlamento*, punto 23; del 25 luglio 2002, causa C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores* (*UPA*), punti 36-42; del 1° aprile 2004, causa C-263/02 P, *Commissione c. Jégo-Quéré*, punti 29-39. Sul rapporto fra tali rimedi, v. K. LENAERTS, *The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 1625 ss.; C. MARTÍNEZ CAPDEVILA, *The Action for Annulment, the Preliminary Reference on Validity and the Plea of Illegality: Complementary of Alternative Means?*, in *Yearbook of European Law*, 2006, p. 451 ss.

[29] Sentenza della Corte del 22 ottobre 1987, causa C-314/85, *Foto-Frost*. Nonostante il rinvio pregiudiziale di validità sia obbligatorio, il giudice rimane libero di ritenere che l'atto non sollevi alcun dubbio di legittimità, profilo che fa dubitare della sua capacità di "completa-

come, al fine di garantire la tutela giurisdizionale di persone fisiche e giuridiche, la Corte tentava di espandere il dialogo pregiudiziale, ammettendo rinvii da parte di organismi deputati a risolvere controversie aventi ad oggetto i diritti riconosciuti dall'ordinamento comunitario.

A sostegno di una lettura flessibile del requisito dell'indipendenza si dichiarò l'avvocato generale Wahl[30] in *Torresi* dove veniva in causa la qualifica come «organo giurisdizionale» del Consiglio Nazionale Forense (CNF)[31]: «un'applicazione eccessivamente rigorosa dei criteri individuati dalla giurisprudenza della Corte sull'ammissibilità dei rinvii pregiudiziali»[32] priverebbe i singoli del loro «giudice naturale»[33], la Corte di giustizia. Dunque, proprio le ragioni che militerebbero a favore di un allineamento con gli artt. 6 CEDU e 47 CDFUE suggeriscono «un'interpretazione meno rigida della nozione di "organo giurisdizionale"»[34].

Il conflitto fra *standard* di indipendenza emerge anche dalle conclusioni dell'avvocato generale Bobek in *Pula Parking*[35] dove veniva in luce la questione se il notaio croato nel procedimento di esecuzione civile rispondesse alla definizione di "organo giurisdizionale" a norma dell'art. 2, lett. a) del regolamento (UE) n. 1215/2012 relativo al riconoscimento delle decisioni in materia civile e commerciale[36]. Pur non riguardando direttamente l'aspetto dell'indipendenza, l'avvocato generale richiama il diverso *standard* che deve ispirare la Corte nella valutazione della qualità di "organo giurisdizionale"

re" il sistema di tutela giurisdizionale. Sul punto v. le conclusioni dell'avvocato generale Jacobs, del 21 marzo 2002, causa C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores* (*UPA*) e cfr. A. ADINOLFI, *L'accertamento in via pregiudiziale della validità degli atti comunitari*, Milano, 1997.

[30] Conclusioni dell'avvocato generale Wahl, del 10 aprile 2014, cause riunite C-58/13 e C-59/13, *Torresi*.

[31] Già riconosciuto «giurisdizione» nella sentenza della Corte del 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard*, anche sulla base della rapida disamina del profilo della terzietà condotto dall'avvocato generale Léger (conclusioni del 20 giugno 1995, punto 13).

[32] Conclusioni Wahl alla causa *Torresi*, cit., punto 49.

[33] *Ivi*.

[34] *Ibidem*, punto 48.

[35] Conclusioni dell'avvocato generale Bobek, del 27 ottobre 2016, causa C-551/15, *Pula Parking*.

[36] Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

nei diversi contesti: relativamente all'art. 267 TFUE l'approccio verso la verifica dei criteri deve essere «indulgente, incline al riconoscimento della ricevibilità in caso di dubbio»[37]. Un'asserzione ripetuta anche nelle conclusioni in *Getin Noble Bank*: «mentre il principio dell'indipendenza dei giudici nel diritto dell'Unione è sempre lo stesso, cosa esattamente sarà esaminato, nonché il livello di controllo esercitato, dipenderanno da quale disposizione del diritto dell'Unione viene effettivamente applicata»[38].

Sorretta da tali argomenti, la traduzione pratica dell'approccio teso all'effettività del dialogo si riduce ad un «esercizio *qualitativamente* diverso rispetto alla valutazione se siano stati rispettati i requisiti concernenti l'indipendenza dei giudici ai sensi dell'articolo 47 della Carta e dell'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE (enfasi aggiunta)»[39] e i sintomi di tale diversa "qualità" dello *standard* di indipendenza emergono da due aspetti che caratterizzano l'esame della Corte.

In primo luogo, e in particolare, per quanto attiene ad organismi interni alle amministrazioni, la valutazione della Corte si riduce ad uno scrutinio *formale*. Assente qualsiasi valutazione sulla concreta portata delle disposizioni di diritto nazionale che dovrebbero garantire l'indipendenza, interna ed esterna, dei membri dell'organo del rinvio, la Corte ha dimostrato di accontentarsi di disposizioni di principio o del mero rinvio operato dalla normativa rilevante alle guarentigie della magistratura o alle altre garanzie costituzionali, senza che venissero concretamente verificate le condizioni relative al principio di inamovibilità o alla imparzialità di giudizio dei suoi membri[40].

[37] Conclusioni Bobek alla causa *Pula Parking*, cit., punto 104.

[38] Conclusioni dell'avvocato generale Bobek, dell'8 luglio 2021, causa C-132/20, *Getin Noble Bank*, punto 102.

[39] Conclusioni dell'avvocato generale Tanchev, del 27 giugno 2019, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. e a.*, punto 111.

[40] Fra i numerosi casi: sentenza della Corte del 14 novembre 2002, causa C-411/00, *Felix Swoboda*; del 30 marzo 2006, causa C-259/04, *Emmanuel*, punto 24; del 14 novembre 2002, causa C-411/00, *Felix Swoboda*; del 18 giugno 2002, causa C-92/00, *HI*, punto 27; del 29 novembre 2001, causa C-17/00, *De Coster*, punti 17-21; del 6 luglio del 2000, causa C-407/98, *Abrahamsson*, punti 36-37; del 18 novembre 1999, causa C-275/98, *Unitron Scandinavia*; del 2 marzo 1999, causa C-416/96, *El-Yassini*, punto 21; sentenza del 22 ottobre 1998, cause riunite C-9/97 e C-118/97, *Jokela*, punto 20; ordinanza del 25 maggio 1998, causa C-361/97, *Nour*; sentenza della Corte del 16 luglio 1992, causa C-67/91, *Asociación Española de Banca Privada*.

Così in *Dorsch Consult*[41], nonostante i dubbi espressi dall'avvocato generale Tesauro[42], la Commissione di sorveglianza sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, emanazione del *Bundeskartellamt*, veniva ritenuta soddisfare il requisito dell'indipendenza sulla base di una disposizione che prevedeva per i suoi membri l'applicazione analogica delle stesse garanzie di cui godevano i magistrati in relazione all'annullamento della nomina e alla loro rimozione[43]. Un atteggiamento della Corte che l'avvocato generale Tesauro censurò, con amara ironia, sottolineando che «[s]e un organo non è giurisdizione, non lo diventa solo perché il convento non passa di meglio»[44]. Allo stesso modo, in *Köllensperger e Atzwanger*[45] la Corte di giustizia riconosceva la qualità di «giurisdizione» al *Tiroler Landesvergabeamt* (Ufficio per l'aggiudicazione degli appalti) sulla base del fatto che la disciplina dell'organo rinviava genericamente alle cause di astensione invocabili contro i funzionari pubblici previste nella legge sul procedimento amministrativo[46] e della previsione che «ricalcava»[47] il divieto di impartire ordini ai membri degli organi giurisdizionali collegiali previsto all'art. 20 della Costituzione austriaca; un rinvio che tuttavia – come indicava l'avvocato generale Saggio[48] – non veniva tradotto in specifiche cause di astensione o di ricusazione dei membri nonché in precise garanzie contro le ingerenze esterne.

Così, vi sono casi in cui la Corte si è ritenuta soddisfatta non sulla base di un rinvio alle disposizioni nazionali relative alla magistratura, ma in virtù di semplici petizioni di principio, senza alcun esame in ordine alla loro concreta traduzione. In *Gabalfrisa*[49] la Corte accettava di rispondere alle domande pregiudiziali del *Tribunal Económico-Administrativo Regional* sulla base del fatto che il diritto nazionale prevedeva formalmente una separazione

[41] Sentenza della Corte del 17 settembre 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*.

[42] Conclusioni dell'avvocato generale Tesauro, del 15 maggio 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*, punti 27-36.

[43] Sentenza *Dorsch Consult*, cit., punto 36.

[44] Conclusioni Tesauro alla causa *Dorsch Consult*, cit., punto 40.

[45] Sentenza della Corte del 4 febbraio 1999, causa C-103/97, *Köllensperger e Atzwanger*.

[46] *Ibidem*, punto 22.

[47] *Ibidem*, punto 23.

[48] Conclusioni dell'avvocato generale Saggio, del 24 settembre 1998, causa C-103/97, *Köllensperger e Atzwanger*, punti 16 e 27.

[49] Sentenza della Corte del 21 marzo 2000, cause riunite da C-110/98 a C-147/98, *Gabalfrisa e a.*

funzionale fra i membri di tale *Tribunal* e l'ufficio dell'Amministrazione competente per la riscossione dei tributi, sulle cui decisioni poteva essere chiamato a statuire[50]. Eppure l'avvocato generale Saggio[51] aveva segnalato la presenza di un forte legame strutturale fra i *Tribunales* e tale ufficio, essendo la loro nomina e quella del Presidente riservata al Ministro dell'economia il quale godeva anche del potere di revoca senza che vi fosse una disciplina tassativa delle ipotesi di rimozione[52].

Lo scrutinio sulla ricevibilità del rinvio pregiudiziale si basa, dunque, su di una "*presunzione di indipendenza*" in presenza di un discutibile *standard* minimo garantito dal diritto nazionale – spesso ridotto a petizioni di principio o a rinvii alle leggi sull'ordinamento giudiziario o amministrativo – che emerge mirabilmente dal passaggio della sentenza *Köllensperger e Atzwanger* laddove la Corte di giustizia afferma, in merito al già ricordato articolo 20 della Costituzione austriaca, che non le spetta «presumere che tale disposizione possa essere applicata in modo contrario alla Costituzione austriaca e ai *principi dello Stato di diritto* (enfasi aggiunta)»[53].

In secondo luogo – e paradossalmente rispetto all'asserzione per cui la nozione di «organo giurisdizionale» *ex* art. 267 TFUE è propria ed autonoma del diritto dell'Unione – talvolta la Corte dimostra di conferire importanza alla qualifica, giurisdizionale o meno, che di tale organo dà l'ordinamento nazionale. Come emerge chiaramente in *Torresi*[54], uno degli argomenti decisivi per dichiarare ricevibili le domande poste dal CNF è la sua natura di giudice speciale conferita dalla Costituzione. E a nulla è rilevato la circostanza[55] che i suoi componenti fossero chiamati a statuire sul diniego

[50] Sentenza *Gabalfrisa e a.*, cit., punto 39.

[51] Conclusioni dell'avvocato generale Saggio, del 7 ottobre 1999, cause riunite da C-110/98 a C-147/98, *Gabalfrisa e a*, punti 13-20.

[52] Conclusioni Saggio alla causa *Gabalfrisa e a.*, cit., punto 16.

[53] Sentenza *Köllensperger e Atzwanger*, cit., punto 24.

[54] Per una critica dello *standard* di indipendenza adottato dalla Corte in *Torresi*, v. G. DI FEDERICO, *La libera circolazione degli avvocati nell'Unione europea, tra abuso del diritto e identità nazionale. Il caso degli* abogados *dinanzi alla Corte di giustizia*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2014, p. 553 ss.

[55] Il doppio *standard* di indipendenza in *Torresi* e *Wilson* risulta palese alla luce delle conclusioni dell'avvocato generale Stix-Hackl, dell'11 maggio 2006, causa C-506/04, *Wilson*, punto 57, laddove afferma che: «un avvocato europeo […] ha legittimi motivi di temere che, a seconda dei casi, la totalità o la maggior parte dei membri di tali organi abbiano un comune

dell'iscrizione all'ordine circondariale dei cc.dd. "avvocati comunitari", essendo come minimo dubbia la loro terzietà e obiettività a causa dell'appartenenza all'ordine professionale. La scelta della Corte segue le argomentazioni dell'avvocato generale Wahl il quale richiama la "*presunzione Köllensperger e Atzwanger*" per affermare che «ogniqualvolta sia chiaro che a un organo nazionale è formalmente attribuito lo status di organo giurisdizionale nel rispettivo ordinamento giuridico […] non spetta alla Corte presumere che tali disposizioni possano essere applicate in modo contrario ai principi sanciti nell'ordinamento giuridico interno o ai "principi dello Stato di diritto"»[56].

3. *La* coerenza*: dalla crisi dello Stato di diritto a* Banco de Santander

Al contrario, ben diverso è lo *standard* di indipendenza del giudice quando componente del diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva e contenuto dell'obbligo che grava sugli Stati membri a norma dell'art. 19, par. 1, comma 2 TUE.

La Corte di giustizia, ispirandosi alla giurisprudenza del giudice di Strasburgo, ha sottolineato la necessità che le garanzie che presiedono l'indipendenza (sia *esterna* che *interna*) degli organi giudiziari debbano essere tali da non generare alcun legittimo dubbio per il singolo. Così nella sentenza *Wilson* la Corte sottolinea la necessità che l'ordinamento interno preveda regole relative «alla composizione dell'organo e alla nomina, durata delle funzioni, cause di astensione, di ricusazione e di revoca dei suo membri, che consentano di fugare *qualsiasi legittimo dubbio* che i singoli possano nutrire in merito all'impermeabilità del detto organo rispetto a elementi esterni

interesse contrario al suo, ossia quello di confermare una decisione che esclude dal mercato un concorrente nonché di paventare il venir meno dell'equidistanza dagli interessi in causa».

[56] Conclusioni Wahl alla causa *Torresi*, cit., punto 53. Un cortocircuito emerso anche in altre occasioni: v. ordinanza della Corte, del 13 febbraio 2014, causa C-555/13, *Merck Canada*, punto 22 ove l'argomento determinante per la ricevibilità delle questioni poste dal *Tribunal Arbitral necessário* è il suo inserimento nell'elenco degli organi giurisdizionali previsto all'art. 209 della Costituzione portoghese, come sottolineato da A. ADINOLFI, *Rinvio pregiudiziale e metodi alternativi di soluzione delle controversie*, cit., p. 24.

ed alla sua neutralità rispetto agli interessi contrapposti (enfasi aggiunta)»[57]. Allo stesso modo, il concetto viene ribadito dalla Corte anche nella sentenza *A.K. e a.*[58] laddove si sostiene la necessità che un organo giurisdizionale, nel qual caso la Sezione Disciplinare istituita presso la Corte suprema polacca, «*appaia* indipendente…, con la precisazione, a quest'ultimo riguardo, che viene in rilievo la fiducia stessa che ogni giudice deve ispirare ai singoli in una società democratica (enfasi aggiunta)»[59]. Ne deriva uno scrutinio che, lungi dall'essere un esercizio *formale*, assume le caratteristiche di una valutazione *sostanziale* della posizione dell'organo e dei suoi membri rispetto all'indipendenza, sia esterna che interna, alla luce del complesso della normativa nazionale e della prassi stessa con cui quest'ultima viene applicata.

Rispetto alla dimensione esterna dell'indipendenza alla luce degli artt. 19 TUE e 47 CDFUE, i giudici del Kirchberg hanno posto l'accento sull'importanza del *principio della inamovibilità* dei membri di un organo giurisdizionale, funzionale alla sua stabilità e coessenziale al "diritto al giudice precostituito" quale componente irrinunciabile della tutela giurisdizionale effettiva. In particolare, il principio in parola richiede la previsione tassativa delle ipotesi di rimozione dall'incarico dei giudici e di annullamento delle decisioni di nomina. Inoltre, procedimenti e decisioni relativi alla nomina, alla composizione e ad ogni altro aspetto del rapporto di servizio devono essere ispirati al principio di proporzionalità.

In questo senso, sebbene la Corte abbia chiarito nella sentenza dei giudici maltesi[60] che la nomina governativa di per sé non implica l'assoggettamento del giudice alle influenze del potere esecutivo, è precluso allo Stato membro l'introduzione di norme che, minacciando l'indipendenza del potere giudiziario, alterino la separazione dei poteri[61]. Sulla base di tale premessa, la Corte ha ritenuto contrarie al principio di inamovibilità disposi-

[57] Sentenza *Wilson*, cit., punto 53.

[58] Sentenza della Corte del 19 novembre 2019, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. e a.*

[59] *Ibidem*, punto 128. Sulla rilevanza del concetto di "dubbio del singolo", mutuato dalla giurisprudenza della Corte EDU, v. M. KRAJEWSKI, M. ZIÓŁKOWSKI, *EU Judicial Independence Decentralized: A.K.*, in *Common Market Law Review*, 2020, p. 1107 ss., spec. pp. 1123-1125.

[60] Sentenza della Corte del 20 aprile 2021, causa C-896/19, *Repubblika*.

[61] *Ibidem*, punti 54 e 55.

zioni di diritto nazionale aventi per effetto il pensionamento anticipato dei giudici e che affidino al presidente della Repubblica o ad un organo da questo fortemente determinato le decisioni in ordine alla proroga del servizio[62]; l'istituzione di una apposita sezione del supremo giudice dalla dubbia indipendenza a ragione della sua composizione, competente a conoscere dei procedimenti disciplinari avverso i membri degli organi giurisdizionali[63]; infine, una normativa nazionale che non garantisca un procedimento trasparente ed effettivo per quanto attiene l'impugnazione dei provvedimenti aventi ad oggetto le candidature da presentare all'organo esecutivo per la nomina ad un posto di giudice[64].

Data la sua importanza per garantire l'indipendenza esterna dell'organo giurisdizionale, il principio in parola viene valorizzato dal giudice di Lussemburgo anche in relazione al profilo della ricevibilità di un rinvio pregiudiziale, dapprima in *Banco de Santander* e successivamente in *UX*[65].

Nella prima sentenza veniva in luce come non fosse garantita l'inamovibilità dei membri dei *Tribunal Económico-Administrativo Central* (TEAC), alle cui diramazioni periferiche era stata riconosciuta la qualità di "giurisdizioni nazionali" in *Gabalfrisa*. Sulla base delle conclusioni dell'avvocato generale Hogan[66] – il quale, facendo riferimento alla giurisprudenza relativa agli artt. 2, 19 TUE e 47 CDFUE, ammoniva che «[d]a quando è stata pronunciata [la sentenza *Gabalfrisa*] il diritto dell'Unione non è rimasto immobile»[67] – la Corte sottolinea come non siano sufficienti a garantire l'indipendenza dell'organo le regole relative alla rimozione dei suoi membri, essendo questi ultimi sottoposti alla generale normativa sul procedimento amministrativo e allo statuto dei funzionari pubblici[68].

[62] Sentenza *Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte suprema)*, cit.; sentenza della Corte del 5 novembre 2019, causa C-192/18, *Commissione c. Polonia (Indipendenza dei tribunali ordinari)*.

[63] Sentenza della Corte del 15 luglio 2021, causa C-791/19, *Commissione c. Polonia (Regime disciplinare dei giudici)*.

[64] Sentenza della Corte del 2 marzo 2021, causa C-824/18, *A.B. e a.*

[65] Sentenza della Corte del 16 luglio 2020, causa C-658/18, *UX*.

[66] Conclusioni dell'avvocato generale Hogan, del 1° ottobre 2019, causa C-274/14, *Banco de Santander*.

[67] *Ibidem*, punto 4.

[68] Sentenza *Banco de Santander*, cit., punto 66.

Così in *UX* il giudice di pace di Bologna domandava se poteva considerarsi un giudice ai sensi dell'art. 267 TFUE, a ragione della disciplina nazionale relativa al trattamento economico e lavoristico dei magistrati onorari. Dopo aver sottolineato che il principio dell'inamovibilità esige che «i giudici possano continuare a esercitare le proprie funzioni finché non abbiano raggiunto l'età obbligatoria per il collocamento a risposo o fino alla scadenza del loro mandato»[69] e che «può conoscere eccezioni solo a condizione che ciò sia giustificato da motivi legittimi e imperativi, nel rispetto del principio di proporzionalità»[70], la Corte di giustizia, ponendosi in linea con *Banco de Santander*, stabilisce che il richiamato principio non solo comporta la presenza di norme tassative che prevedano i casi di rimozione ma aggiunge anche che tali garanzie devono essere specifiche – la Corte parla di «garanzie ulteriori»[71] – rispetto a quelle generali del diritto amministrativo o del diritto del lavoro. Non più soddisfatta da apodittiche garanzie, la Corte sembra richiedere anche che esse siano previste e regolate in fonti normative nazionali che *di per sé* rappresentino una garanzia, non essendo sufficiente che il rapporto tra i membri dell'organo giurisdizionale e l'amministrazione a cui sono organicamente legati sia regolato dalle generali norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto del lavoro[72]. Ed è proprio all'esito di un esame completo e complesso della normativa italiana rilevante che la Corte dichiarava ricevibili le questioni poste dal giudice di pace.

Riguardo invece alla dimensione interna, davanti alla crisi dello Stato di diritto la terzietà dei membri di un organo giurisdizionale è stata ribadita come una delle componenti centrali dell'indipendenza, imponendosi «il rispetto dell'obiettività e l'assenza di qualsivoglia interesse nella soluzione da dare alla controversia all'infuori della stretta applicazione della norma giuridica»[73].

Sul punto, va notato che già nella giurisprudenza relativa alla ricevibilità *ex* art. 267 TFUE la Corte aveva ritenuto potesse esservi contiguità organica

[69] Sentenza *UX*, cit., punto 48.

[70] *Ivi.*

[71] *Ibidem*, punto 49.

[72] Un profilo già emerso in precedenza nella sentenza della Corte del 24 maggio 2016, causa C-396/14, *MT*, punti 22-30 e del 9 ottobre 2014, causa C-222/13, *TDC*, punti 28-36.

[73] Sentenza del 25 luglio 2018, causa C-216/18 PPU, *LM*, punto 65 e sentenza *Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte suprema)*, cit., punto 73.

fra l'amministrazione e i membri dell'organo in seno ad essa chiamato a statuire sulle sue decisioni, ma con il necessario contro-bilanciamento di una "separazione funzionale"[74], ovverosia di norme che ne garantissero l'obiettività di giudizio e la terzietà. Proprio su tale base il giudice di Lussemburgo ha costantemente escluso – in qualche modo contemperando il tradizionale approccio flessibile relativo all'indipendenza – la ricevibilità di domande pregiudiziali poste da diverse autorità amministrative[75]. In particolare, «the acid test»[76] per ritenere soddisfatta la necessaria separazione funzionale è la possibilità dell'organo stesso di partecipare quale parte nel procedimento giurisdizionale che a seguito della sua decisione può essere iniziato dal singolo. Così in *Torresi*, il fatto che il CNF non potesse partecipare al giudizio dinnanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione a seguito della propria pronuncia era stato uno degli elementi rilevanti che indussero i giudici del Kirchberg ad aprire le proprie porte al giudice speciale italiano[77]. Tuttavia, anche in questo caso la crisi dello Stato di diritto ha aggravato lo *standard* di indipendenza del giudice del rinvio nel senso di non ritenere più determinante *in re ipsa* tale argomento.

In *Banco de Santander* emergeva la presenza di cause di astensione e di ricusazione opponibili contro i membri del *TEAC* nonché la mancata possibilità di quest'ultimo di essere parte nel successivo procedimento giurisdizionale. E tuttavia, a differenza del precedente *Gabalfrisa*, la Corte legge tali garanzie in controluce con la complessiva normativa che interessa il *TEAC*. Emerge, allora, che ai sensi dell'art. 243 della legge spagnola che disciplina il funzionamento del *Tribunal* è prevista la possibilità di un ricorso straordina-

[74] Il concetto di "separazione funzionale" viene avanzato nella sentenza della Corte del 30 maggio 2002, causa C-516/99, *Schmid*, sulla base delle conclusioni dell'avvocato generale Tizzano, del 29 gennaio 2002. Secondo T. TRIDIMAS, *Knocking on Heaven's Door*, cit., pp. 31-32, tale più attento approccio della Corte si spiegherebbe alla luce delle critiche ricevute, fra le quali un ruolo importante è stato assunto dalle conclusioni dell'avvocato generale Colomer in *De Coster*.

[75] Di recente, si noti il caso del notaio polacco, v. ordinanza della Corte, del 1° settembre 2021, causa C-387/20, *OKR*; sentenza della Corte del 16 settembre 2020, *Anesco e a.*; del 16 febbraio 2017, causa C-503/13, *Panicello*; sentenza del 22 dicembre 2010, causa C-517/09, *RTL Belgium*; ordinanza del 14 maggio 2008, causa C-108/07, *Pilato*; sentenza della Corte del 31 maggio 2005, causa C-53/03, *Syfait*.

[76] N. WAHL, L. PRETE, *op. cit.*, p. 527.

[77] Sentenza *Torresi*, cit., punto 23.

rio contro le sue decisioni, proponibile solo dal direttore generale dei tributi del Ministero e deciso da una sezione speciale di cui quest'ultimo è membro di diritto insieme al direttore dell'Amministrazione finanziaria. Ne deriva che il «ricorso straordinario per l'unificazione della giurisprudenza che può essere proposto contro le decisioni del TEAC mett[e] in risalto i vincoli organici e funzionali che esistono tra tale organismo e il Ministero dell'Economia e delle Finanze, e in particolare il direttore generale dei tributi presso tale ministero nonché il direttore generale della direzione da cui promanano le decisioni contestate dinanzi a detto organismo»[78].

4. *Le ragioni della coerenza e il prezzo da pagare*

Non tutti hanno salutato con favore il "cambio di passo" che la Corte di giustizia sembra aver intrapreso rispetto all'indipendenza dell'organo del rinvio, adducendo i classici argomenti dell'effettività del dialogo: l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione e la tutela dei diritti dei singoli[79]. Ma davanti a questi dubbi viene da chiedersi: non è la coerenza stessa un *valore*? L'effettività del dialogo pregiudiziale può giustificare la funzionalista frammentazione di un principio, quale quello dell'indipendenza del giudice, alla base sia della costruzione sovranazionale (art. 2 TUE) ma anche degli stessi ordinamenti nazionali (art. 4, par. 2 TUE), essendo essenziale per il "diritto al giudice naturale", precipitato delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri[80]? Fino a che punto può essere legittimato un cortocircuito tale per cui si risponde ai quesiti pregiudiziali posti da un organo non conforme al principio della tutela giurisdizionale effettiva perché per il suo tramite si offra una tutela ai singoli?

Coerenza che – occorre notare – può tradursi in credibilità della giurisprudenza della Corte con riflessi anche esterni alle sue competenze, se si riflette sul fatto che la Commissione europea, nel parere motivato *ex* art. 7, par. 1 TUE relativo alla Repubblica di Polonia, per giustificare come l'indipendenza dei giudici sia un valore fondante dell'Unione ormai da tem-

[78] Sentenza *Banco de Santander*, cit., punto 76.

[79] Cfr. C. REYNS, *Saving Judicial Independence: A Threat to the Preliminary Ruling Mechanism?*, in *European Constitutional Law Review*, 2021, p. 26 ss.

[80] Sentenza *Wilson*, cit., punto 46.

po consolidato nell'ordinamento sovranazionale, ha fatto ricorso alla giurisprudenza comunitaria relativa all'indipendenza … ai sensi dell'art. 267 TFUE[81].

Non si ignora, in questa sede, la poliedrica natura dell'indipendenza del giudice[82] ricordata in *Land Hessen* laddove si afferma che «il criterio relativo all'indipendenza che l'organo di rinvio deve soddisfare per poter essere considerato "una giurisdizione", ai sensi dell'articolo 267 TFUE, può essere valutato alla luce di questa sola disposizione»[83]: una *spada* che impone un *facere* agli Stati membri, quando contenuto del diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva e/o obbligo di diritto primario *ex* art. 19 TUE; uno *scudo* quando si limita a comportare l'irricevibilità di un rinvio pregiudiziale proveniente da un organo non conforme a requisiti *Vaassen*[84]. E tuttavia nulla impedisce di valutare l'indipendenza del giudice del rinvio con un differente *standard* rispetto al passato, più *sostanziale* che *formale*, dato che non può essere priva di conseguenze l'asserzione per cui «l'indipendenza dei giudici nazionali è essenziale, in particolare, per il buon funzionamento del sistema di cooperazione giudiziaria costituito dal meccanismo del rinvio pregiudiziale»[85].

Una coerenza che va salutata con favore non solo perché rafforza l'indipendenza del giudice come "principio di sistema"[86], essendo lo *Stato di diritto* un valore su cui si fonda l'Unione *ex* art. 2 TUE, ma che permette anche un riallineamento con la sua elaborazione originaria nella giurisprudenza della Corte.

Infatti, nonostante l'indipendenza costituisca «un attributo non accessorio, ma intrinseco, della funzione di giudice»[87] essa ha avuto una lenta incu-

[81] COM (2017) 835final, del 20 dicembre 2017, proposta motivata a norma dell'art. 7, par. 1 TUE, v. la giurisprudenza richiamata in nota a p. 23.

[82] Di "natura poliedrica" in riferimento all'art. 19, par. 1 TUE parla M. E. BARTOLONI, *op. cit.*

[83] Sentenza *Land Hessen*, cit., punto 46.

[84] Usano tali espressioni M. BONELLI, M. CLAES, *Judicial Serendipity: how Portoguese Judges Came to the Rescue of the Polish Judiciary*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, p. 622 ss., spec. p. 633.

[85] Sentenza *Associação Sindical dos Juízes Portigueses*, cit., punto 43.

[86] Cfr. G. BUTLER, *Independence of Non-judicial Bodies and Orders for a Preliminary Reference to the Court of Justice*, in *European Law Review*, 2020, p. 870 ss.

[87] Conclusioni Stix-Hackl alla causa *Wilson*, cit., punto 55.

bazione nella giurisprudenza comunitaria. Dopo un "timido" accenno in *Pretore di Salò*[88], solamente in *Corbiau*[89] la Corte definisce l'indipendenza quale requisito che «per la sua stessa natura»[90] deve essere presente nella nozione di giudice.

La tarda maturazione si deve, del resto, al suo essere tratto "genetico" della nozione di giudice: «[t]ale criterio, forse perché connaturato con l'essenza stessa della funzione giudicante, è stato esplicitato per la prima volta solo nella sentenza *Corbiau*»[91], avvertiva l'avvocato generale Tesauro nelle conclusioni in *Dorsch Consult*. E se innegabilmente la nozione di organo del rinvio, come già dichiarato, è propria ed autonoma di diritto dell'Unione, è parimenti innegabile che il modello a cui pensavano i redattori dell'art. 177 TCEE[92] era quello del "giudice" espressione della funzione giurisdizionale più che ad organismi ibridi e/o appartenenti all'amministrazione: l'indipendenza è «la principale caratteristica che distingue un giudice nazionale da un'autorità amministrativa»[93].

Infatti, la lettura *sostanziale* e non formale del requisito dell'indipendenza emerge chiaramente già in *Corbiau*. Sulla base delle conclusioni dell'avvocato generale Darmon – il quale richiamava le esigenze connesse ad una tutela giurisdizionale effettiva[94]– la Corte di giustizia rifiutava di rispondere alle domande pregiudiziali del direttore delle imposte di Lussemburgo che secondo il supremo giudice amministrativo nazionale aveva tutte le caratteristiche proprie della giurisdizione, compreso il profilo dell'indipendenza. Ma i giudici di Lussemburgo non ritennero allora provata

[88] Sentenza della Corte dell'11 giugno 1987, causa 14/86, *Pretore di Salò*.

[89] Sentenza della Corte del 30 marzo 1993, causa C-24/92, *Corbiau*, punti 15-17; sentenza della Corte del 12 dicembre 1996, cause riunite C-74/95 e C-129/95, *Procedimenti penali a carico di X*, punto 18.

[90] Sentenza *Corbiau*, cit., punto 15.

[91] Conclusioni Tesauro alla causa *Dorsch Consult*, cit., punto 27.

[92] Data la chiara ispirazione al modello di scrutinio incidentale di costituzionalità, per quanto indiretto, v. N. CATALANO, *Manuale di diritto delle Comunità europee*, Milano, 1962, p. 97: «[c]on alcune varianti il sistema dei trattati di Roma è analogo all'art. 2 della legge italiana 11 marzo 1953, n. 87, per quanto concerne l'introduzione dei giudizi avanti la Corte costituzionale».

[93] Conclusioni Stix-Hackl alla causa *Wilson*, cit., punto 45.

[94] Conclusioni dell'avvocato generale Darmon, del 16 febbraio 1993, causa C-24/92, *Corbiau*, punti 10-40.

alcuna "presunzione di indipendenza" discendente dall'appartenenza nominale dell'organo all'ordinamento giudiziario.

Ma qual è il prezzo della *coerenza*? È evidente come l'innalzamento dello *standard* dell'indipendenza dell'organo del rinvio comporti un sacrificio in termini di effettività, come dimostra *Banco de Santander* dove sono state dichiarate irricevibili le domande pregiudiziali poste da un organo (il *TEAC*) che non solo in precedenza poteva interrogare il giudice di Lussemburgo secondo la sentenza *Gabalfrisa*, ma che è chiamato a statuire su rilevanti controversie in materia fiscale all'interno dell'ordinamento spagnolo. E tuttavia possono essere avanzate diverse argomentazioni – relative al rapporto fra ordinamento nazionale e sovranazionale e allo stesso art. 267 TFUE – che inducono a non drammatizzare il nuovo corso.

In primo luogo, va ribadita la giurisprudenza *Fratelli Costanzo*[95] ove la Corte afferma «che [s]arebbe peraltro contraddittorio statuire che i singoli possono invocare dinanzi ai giudici nazionali le disposizioni di una direttiva […] allo scopo di far censurare l'operato dell'amministrazione, e al contempo ritenere che l'amministrazione non sia tenuta ad applicare le disposizioni della direttiva disapplicando le norme nazionali»[96]. Questo significa – come ben noto – che il principio del primato non grava solo sugli organi giurisdizionali bensì su tutte le articolazioni dello Stato membro, compresi gli organi di varia natura appartenenti all'amministrazione a cui la Corte di giustizia in passato ha riconosciuto la qualità di giurisdizione. Doveri discendenti dal diritto dell'Unione che – va ricordato – vengono presidiati anche dal principio della responsabilità dello Stato[97].

In secondo luogo, si deve ricordare che la Corte già in *Heylens*[98] stabiliva che «l'esistenza di un rimedio di natura giurisdizionale contro qualsiasi decisione di un'autorità nazionale […] è essenziale per assicurare al singolo la tutela effettiva del suo diritto […] tale esigenza costituisce un principio generale di diritto comunitario che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e che è stato sancito negli artt. 6 e 13 [CEDU]»[99]. La presenza

[95] Sentenza della Corte del 22 giugno 1989, causa 103/88, *Fratelli Costanzo*.

[96] *Ibidem*, punto 31.

[97] Sentenza della Corte del 23 maggio 1996, causa C-5/94, *Hedley Lomas*; del 4 luglio 2000, causa C-424/97, *Haim*; del 4 ottobre 2018, causa C-571/16, *Kantarev*.

[98] Sentenza della Corte del 15 ottobre 1987, causa 222/86, *Heylens*.

[99] *Ibidem*, punto 14.

di un rimedio giurisdizionale contro ogni decisione dell'amministrazione o di organi interni agli ordini professionali assume particolare importanza non solo a norma del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva ma oggi anche alla luce dell'art. 19 TUE che obbliga gli Stati membri a garantire i rimedi giurisdizionali necessari «nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione». Inoltre, non da oggi è stato denunciato che riconoscere la possibilità ad organi amministrativi di porre alla Corte questioni pregiudiziali genera il rischio di disfunzioni in quanto «il ricorso giurisdizionale successivamente proposto contro la decisione di detto organo può risultare condizionato dalla questione sollevata […] di modo che il vero e proprio organo giurisdizionale si vedrà in gran parte privato della facoltà di ricorrere al rinvio pregiudiziale giacché, pur potendo in teoria proporre una nuova questione, esso imporrebbe alle parti un ulteriore ritardo nello svolgimento della causa principale»[100].

In terzo ed ultimo luogo, non va dimenticato che la Corte di giustizia in *Kühne & Heitz*[101] ha affermato che in virtù del principio di leale collaborazione, qualora all'esito di un procedimento giurisdizionale sia stato stabilito in via definitiva che una decisione dell'amministrazione è basata su di un'interpretazione del diritto dell'Unione in contrasto con quella successivamente fatta propria dalla Corte di giustizia, se il diritto nazionale prevede una tale possibilità, l'amministrazione ha il dovere di rivedere tale decisione.

Volgendo lo sguardo ad un elemento relativo alle condizioni di ricevibilità *ex* art. 267 TFUE, si deve sottolineare che la Corte si è dimostrata di recente più favorevole a rispondere a questioni pregiudiziali poste da organismi stragiudiziali di soluzione delle controversie previsti dalla legge e la cui giurisdizione possa dirsi obbligatoria, come risulta in particolare dai casi *Merck Canada*[102], *Ascendi*[103], *Consorci sanitari del Maresme*[104]. Occorre notare che nei casi menzionati non erano sorti problemi relativi all'indipendenza dei

[100] Conclusioni Colomer alla causa *De Coster*, cit., punto 39. Di recente conclusioni dell'avvocato generale Campos Sánchez-Bordona, del 16 dicembre 2021, causa C-453/20, *CityRail*, punto 56.

[101] Sentenza della Corte del 13 gennaio 2004, causa C-453/00, *Kühne & Heitz*.

[102] Sentenza *Merck Canada*, cit.

[103] Sentenza della Corte del 12 giugno 2014, causa C-377/13, *Ascendi*.

[104] Sentenza della Corte del 6 ottobre 2015, causa C-203/14, *Consorci Sanitari del Maresme*.

membri di tali organi arbitrali i quali, essendo organicamente e funzionalmente separati dall'amministrazione, non subivano commistioni che ne inquinassero la terzietà, oltre a godere di tutte le altre garanzie proprie della giurisdizione.

Come suggerito[105], dovrebbe allora la Corte di giustizia – pur non essendo questa la sede per una disamina delle potenzialità e criticità di tale soluzione – prendere definitivamente atto anche di tale manifestazione della funzione giurisdizionale negli ordinamenti nazionali e decidere non di attenuare tanto il requisito dell'indipendenza dell'organo del rinvio per espandere le maglie del dialogo pregiudiziale, considerato il suo valore cardine per l'ordinamento dell'Unione (artt. 2 e 19 TUE), quanto quello dell'obbligatorietà che porterebbe la Corte a rispondere a quesiti pregiudiziali posti da organismi di varia natura alternativi a quelli offerti dall'ordinamento giudiziario ma che sappiano offrire tutte le garanzie di indipendenza proprie della funzione giurisdizionale.

Tanto premesso, la strada della coerenza è tuttavia solo all'inizio e sembra che la giurisprudenza sia ancora caratterizzata da quell'approccio caso per caso a suo tempo contestato dall'avvocato generale Colomer[106]. Si fa riferimento in particolare alla recente pronuncia *Minister Sprawiedliwości*[107] dove la Corte ha riconosciuto la ricevibilità delle questioni pregiudiziali poste dal Tribunale disciplinare dell'Ordine degli avvocati di Varsavia, chiamato a giudicare sul ricorso del Procuratore generale avverso il provvedimento di archiviazione di un procedimento disciplinare. Per quanto coinvolga il complesso della normativa rilevante e non possa dirsi superficiale, l'esame della Corte conduce ad un esito perlomeno dubbio. In primo luogo, viene ritenuto sufficiente l'assioma contenuto nell'art. 89 della Costituzione polacca per cui i Tribunali disciplinari agiscono in modo indipendente[108]. In secondo luogo, il fatto che l'elezione dei suoi membri sia demandato all'Assemblea dell'ordine, stante la sua natura collegiale, sarebbe incapace di minarne l'indipendenza e l'imparzialità[109]. In terzo luogo, a nulla rileva, sotto il profilo

[105] Cfr. A. ADINOLFI, *Rinvio pregiudiziale e metodi alternativi di soluzione delle controversie*, cit.

[106] V. *supra* nota 18.

[107] Sentenza della Corte del 13 gennaio 2022, causa C-55/20, *Minister Sprawiedliwości*.

[108] *Ibidem*, punto 68.

[109] *Ibidem*, punto 70.

dell'indipendenza, che l'art. 11, par. 4 della legge professionale riconosca il potere assembleare di rimuovere i membri del Tribunale. Infatti – secondo la Corte – la rimozione è affidata non ad un organo esterno ma interno all'ordine professionale[110] – confondendo così l'*autodichia* con l'indipendenza – e la disposizione è di fatto lettera morta dato che non è mai stata utilizzata dall'Assemblea, circostanza che, incredibilmente, legittima la Corte a giustificare l'assenza di una esaustiva definizione delle cause di rimozione[111].

Una sentenza che può dirsi, nonostante l'equilibrismo dei richiami a *Torresi* e a *Banco de Santander*, nonché alla giurisprudenza della Corte relativa agli artt. 19 TUE e 47 CDFUE, rappresentare una (temporanea?) deviazione dal cammino della coerenza intrapreso dalla Corte.

5. *Conclusioni*

Nel dilemma fra coerenza ed effettività, la crisi dello Stato di diritto ha esercitato una spinta sulla «chiave di volta» del sistema: la Corte di giustizia ha scelto di adottare un maggiore *standard* di indipendenza dell'organo di rinvio, adoperando uno scrutinio più attento delle relative normative nazionali, il quale si è tradotto in un restringimento della via per Lussemburgo a sfavore di organi amministrativi non destinatari delle garanzie proprie della giurisdizione, come testimonia *Banco de Santander*.

Se la strada va salutata con favore rispetto ai summenzionati organi, i termini del *dilemma* si complicano rispetto alle giurisdizioni nazionali investite dalla crisi dello Stato di diritto[112], come emerge dalla recente sentenza *Getin Noble Bank*[113], ove la Corte, mediante una tortuosa argomentazione, ha dichiarato ricevibile un rinvio pregiudiziale da parte di una sezione della Corte suprema polacca, della cui indipendenza sia il Mediatore polacco che, in parte, la stessa Commissione dubitavano, a ragione della procedura di nomina di uno dei suoi componenti.

La «chiave di volta» del sistema di tutela giurisdizionale riuscirà a sopportare il peso fra coerenza ed effettività?

[110] *Ibidem*, punti 73-75.

[111] *Ibidem*, punto 76.

[112] Cfr. D. SARMIENTO, *The Polish Dilemma*, in *Despite our Differences*, 17 July 2017.

[113] Sentenza della Corte del 29 marzo 2022, causa C-132/20, *Getin Noble Bank*.

FINANCIAL SOLIDARITY IN EU LAW: AN UNRULY HORSE?

Claudia Cinnirella[*]

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Financial solidarity in EU budget: preliminary remarks. – 2.1. Solidarity within the EU revenue system. – 2.2. Solidarity within the EU expenditure. – 3. Next Generation EU: a new paradigm of financial solidarity? – 3.1. NGEU: innovations on the revenue side. – 3.2. NGEU: innovations on the spending side. – 4. Concluding remarks: solidarity as a driven force for the interpretation and development of EU budgetary law.

1. *Introduction*

Interstate solidarity lies at the very heart of the EU budget, raising questions about the origin of resources and how to allocate them. On the revenue side, solidarity involves expectations on the right size and optimal revenue structure of the Union budget. On the spending side, solidarity challenges the allocation of financial resources across the Union, the setting of expenditure priorities as well as recurrent concerns over "net balance" calculations.

Financial solidarity deals with issues as fiscal transfers and the mutualisation of common debt, which are a long-standing bone of contention between Northern and Southern Member States. For a long time, the taboo of the "Transfer Union" – meaning the fear of long-term, direct and horizontal transfers between European countries, primarily between the EMU countries – has hindered reforms of the EU fiscal capacity – meaning a budgetary capacity at EU level funded by genuine own resources that can be deployed by the EU to support its spending programme and stabilize the economy in case of asymmetric shocks.[1] Confrontations between those countries suppos-

[*] Research Fellow in EU Law at University of Catania, Department of Law. The contribution is part of the research project "ExTemPoRe: Exceptionally Bad Times. Memory, Policy and Regulation of Transnational Crisis" (2020-2022), financed by the University of Catania, Law Department.

[1] D. HOWARTH, J. SCHILD, *Nein to 'Transfer Union': the German brake on the construction of a European Union fiscal capacity*, in *Journal of European Integration*, n. 2, 2021, p. 209

edly benefiting and losing from mutualising the debt have repeatedly called into doubt the need and the legitimacy of stronger forms of financial solidarity within the EU.[2] Net payer States traditionally perceived solidarity as a way to carry other States on their shoulders and rewarding moral hazard rather than as an instrument to redistribute the Union wealth.[3]

Multiple crises hitting the European Union, e.g., the sovereign debt crisis, the migration and refugee crises, the Covid-19 pandemic, pushed the EU toward creative financing solutions in order to better adapt the common action to new challenges. They also served as wake-up calls to reconceive the institutional setting in fiscal and financial matters, emphasizing the relevance of an ever-closer cooperation in budgetary terms. Most recently, the EU budget has been called upon to develop its capacities. *Next Generation EU* (NGEU) has opened the door to a new form of fiscal integration resembling a "Fiscal Union", increasing solidarity and redistribution among the Member States. It has been conceived as "arguably the biggest step forward in terms of solidarity which the European Union has taken in its history".[4]

EU Institutions have repeatedly stressed the need of solidarity in order to face the current economic turmoil. However, at this stage, it is not clear enough if solidarity has been invoked as a simple rhetorical device to pro-

ss.; N. DA COSTA CABRAL, *The European Monetary Union after the Crisis: From a Fiscal Union to a Fiscal Capacity*, London, 2021; F. FABBRINI, *Fiscal capacity* in F. FABBRINI, M. VENTORUZZO (eds.), *Research Handbook on EU Economic Law*, 2019, p. 107 ss.; F. FABBRINI, *A Fiscal Capacity for the Eurozone: Constitutional Perspectives*, 2019, available at www.europarl.europa.eu; P. D'APICE, *Cross-border flows operated through the EU budget: an overview*, Progress office of the European Union, 2015, available at www.ec.europa.eu/economy_finance/publications/; A. HINAREJOS, *Fiscal Federalism in the European Union: Evolution and Future Choices for EMU*, in *Common Market Law Review*, n. 50, 2013, p. 1621 ss.; M. POIARES MADURO, *A New Governance for the European Union and the Euro: democracy and Justice*, in *RSCAS Policy Papers*, n. 11, 2012; N. HEINEN, *A European transfer union-how large, how powerful, how expensive*?, in *Deutsche Bank Research*, 2011, available at www.dbresearch.com, p. 3.

[2] E. EISL, M. TOMAY, *European Debt Mutualisation. Finding a Legitimate Balance between Solidarity and Responsibility Mechanisms*, Jacques Delors Institute, Notre Europe Policy Paper n. 255, July 2020.

[3] M. POIARES MADURO, *op. cit.*, p. 13.

[4] Opinion of AG Campos Sánchez-Bordona delivered on 18 March 2021, case C-848/19 P, *Germany v Poland*, footnote n. 43.

mote a massive reform of the EU budget or it may also deploy a proper normative function within the EU budgetary law. The question seems to be more relevant than ever since the Court of Justice has recently recognised interstate solidarity as a general principle of Union's Law, clarifying its normative value within the EU legal order.[5]

Against this background, the paper aims to explore the constitutional role and legal standings of financial solidarity, searching for fundamental rules guiding its deployment within the EU budgetary system. For this purpose, the work tries to identify elements of interstate solidarity within the EU budgetary system, both on the revenue and on the expenditure sides. It then reflects over the paradigm shift brought by the adoption of NGEU, trying to assess the normative role of solidarity within the renewed EU budgetary order.

2. *Financial solidarity in EU budget: preliminary remarks*

Solidarity pertains to the capacity of the EU budget to perform its functions in the common interest, managing the level of financial interdependence between the Member States and their conflicting interests.[6]

On the revenue side, solidarity concerns the ways the EU raises or receives funds.[7] It is of great importance for the EU and for its independence to ascertain whether the budget is financed by financial contribution from the Member States or whether it lives on its own resources, having its own income.[8]

[5] Judgment of the Court of 15 July 2021, case C-848/19 P, *Germany v Poland*, para 41. See also General Court, 10 September 2019, case T-883/16, *Poland v Commission*.

[6] C. SAUNDERS, *Financial Autonomy vs. Solidarity: A Dialogue between Two Complementary Opposites*, in A. VALDESALICI, F. PALERMO (eds.), *Comparing Fiscal Federalism*, Leiden-Boston, 2018, p. 40 ss.

[7] M. POIARES MADURO, *op. cit.*, p. 13.

[8] On this distinction see A. D'ALFONSO, *Own Resources of the European Union. Reforming the EU's financing system*, European Parliamentary Research Service, 2021, available at www.europarl.europa.eu; M. MONTI, D. DAIANU, C. FUEST, K. GEORGIEVA, I. KALFIN, A. LAMASSOURE, P. MOSCOVICI, I. ŠIMONYTE, F. TIMMERMANS, G. VERHOFSTADT, *Future Financing of the EU. Final report and recommendations of the High Level Group on Own Resources*, Luxembourg, December 2016, p. 22 ss.; A. POTTEAU, *Recherches sur l'autonomie financière de*

National contributions – meaning financial transfers from the Member States due because of their Membership – have the merit to act as a reliable source of financing of the current budgetary system since they cover any shortfalls in revenue.[9] However, the predominance of this resource in the current financing system has fostered the common perception that EU revenues just reflect the Member States capacity to pay, and it has fueled the expectation that the EU should return a "fair share" of its spending to each Member State.

By contrast, genuinely own resources tend to confer autonomy to the EU budget, increasing the room for manoeuvre of EU Institutions in setting expenditure priorities in the common interest and long-term policy goals (e.g., addressing market/government failures, correcting negative externalities and addressing sustainability gaps). These resources are collected by the Member States in the Union's account, paid in full into the Union budget, and their amount is not stipulated in advance.[10]

On the expenditure side, solidarity concerns issues related to redistribution of common resources, to the design of mechanisms for addressing financial challenges at EU level and to the level of risk-sharing across the Union. On this ground, solidarity confronts itself with the dual nature of the EU Budget, as "a vehicle for the Union to invest jointly in European Value Added projects" and as "a legitimate and effective tool for the Member States to rebalance the actual and perceived costs and benefits of EU Membership for each of them".[11]

On the one hand, the EU is still to an important extent a Union of Member States which have quite different motivations for EU Membership. They consider the EU budget as a tool to weigh costs and benefits deriving from their Membership, both real and perceived.[12]

l'Union européenne, Paris, 2004; C. D. EHLERMANN, *The Financing of the Community: The distinction between financial contributions and own resources*, in *Common Market Law Review*, n. 19, 1982, p. 571 ss.

[9] R. CROWE, *An EU Budget of States and Citizens*, in *European Law Journal*, 2021, p. 1 ss.

[10] Judgment of the Court of 18 December 1986, case 93/85, *Commission v United Kingdom.*

[11] S. LEHNER, *The Dual Nature of the EU Multiannual Financial Framework*, in B. LAFFAN, A. DE FEO (eds.), *EU Financing for the Next Decade: Beyond the MFF 2021-2027 and the Next Generation EU,* Fiesole, 2020, p. 21 ss.; A. SAPIR, I. BEGG, J. ERIKSSON, *The purse of the European Union: Setting priorities for the future*, Stockholm, 2008.

[12] S. LEHNER, *op. cit.*

On the one hand, the EU budget is a common budget, and it must be operational to face common challenges that cannot be financed by single Member States because of their scale (i.e., stabilizing the economy in time of crisis or supporting economic convergence within the single market).

The following paragraphs will try to explore the development of financial solidarity within the revenue (2.1) and expenditure (2.2) sides of the Union's budget.

2.1. *Solidarity within the EU revenue system*

On the revenue side, the EU budget has originally been conceived as a transition from a system of financing based on contributions from the national budgets of the Member States to the creation of an autonomous European budget financed from "own resources" accruing directly to the European level.[13] In the founding project, the attainment of a genuine financial autonomy at Community level would have allowed the Communities to identify expenditure priorities based on authentic common interests.[14] However, this system never functioned as initially intended.

The 1957 European Economic Community budget was initially funded on "national contributions" from the Member States, calculated through a contribution key typically used within the pre-existing models of international organizations, such us the United Nations.[15]

[13] C. SCIANCALEPORE, *Le risorse proprie nella finanzia pubblica europea*, Bari, 2021; N. DA COSTA CABRAL, *op. cit.*, p. 180 ss.; G. ROSOLILLO, *The financing of the European Union: a proposal for treaty reform to give the EU true fiscal capacity*, in *The Federalist, A political review*, 2020, p. 135 ss.; R. CROWE, *The European Budgetary Galaxy*, in *European Constitutional Law Review*, n. 13, 2017, p. 428 ss., spec. p. 428; G. ISAAC, *La notion de ressource propre*, in G. ISAAC (sous la direction de), *Les ressources financiers de la Communauté européenne*, Paris, 1986, p. 70 ss.; C. D. EHLERMANN, *The Financing of the Community*, cit.; D. STRASSER, *The Finances of Europe*, Luxembourg, 1981; G. OLMI, *Les ressources propres aux Communautés*, in *Cahier de Droit Européen*, 1971, p. 379 ss.; G. TESAURO, *Il finanziamento delle organizzazioni internazionali*, Napoli, 1969.

[14] See D. COOMBES, I. WIEBECKE, *The Power of the Purse in the European Communities*, London, 1972.

[15] Article 200 TEEC. By contrast, the Coal and Steal Community was completely financed by a truly own resource, a leavy imposed on coal and steel production paid directly by the companies rather than by the Member States' budgets (Artt. 49-50 TECSC). Compare G.

The adoption of the Own Resources Decision (ORD), in 1970, represented a first attempt to establish an autonomous European budgetary order that would have complemented the "new legal order" of the European Economic Communities.[16] The ORD altered the financial basis of the Communities by progressively substituting existing budgetary resources with Community own resources consisting of customs duties collected at the external borders of the customs union, levies collected within the framework of the common agricultural policy, as well as the residual VAT-based own resource, accruing from consumer transactions conducted in the framework of the common market.[17]

Further on in the late 1980s, the enlargement of the EU and the appearance of the cohesion policy called for new resources. The "Delors I" package complemented the own resources system with a new resource calculated by reference to gross national product – later replaced by the gross national income resource ("GNI-based resource") – which would automatically cover any shortfalls in revenue.[18] The progressive overreliance on the GNI-based resource undermined the original project of an autonomous EU budget, marking a regression toward a system *de facto* based on national contributions.

Conflicts over the redistribution of EU-level resources progressively led some of the Member States, first among others the UK, to negotiate a number of "correction mechanisms" allowing a reduction over the amount of revenue they transfer to the EU.[19] During budgetary negotiations, the *juste retour* rule[20] took increasing precedence over the genuine pursue of Union's

ROSSOLILLO, *Applying the ECSC model to give the EU fiscal power*, in *The Federalist, A political review*, 2020, p. 131 ss.; G. TESAURO, *op. cit.*

[16] Council Decision 70/243/ECSC, EEC, Euratom of 21 April 1970, on the replacement of financial contributions from Member States by the Communities' own resources, OJ 1970 L 94/19. See R. CROWE, *op. cit.*, p. 431; G. CLEMENTE, *Commento all'art. 311 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *I Trattati dell'Unione Europea*, Milano, 2014, p. 2390 ss.

[17] See Council Decision 70/243, Art. 2 (a), (b) and Art. 4.

[18] Council Decision 88/376/EEC, Euratom of 24 June 1988, on the system of the Communities' own resources, Art. 2 (1) (d). See also European Commission, *European Union Public Finance*, Office for Official Publications, Luxembourg, 5th edition, 2014.

[19] See A. D'ALFONSO, *The UK 'rebate' on the EU budget: An explanation of the abatement and other correction mechanisms*, in *European Parliamentary Research Service*, 2016.

[20] The concept of *juste retour* is based on the assumption that the part of the revenue

policy objectives and the shared benefits from common European expenditure.[21]

Under the present system, there are three main categories of own resources. Traditional own resources, consisting of custom duties on imports from outside the EU, agricultural levies as well as anti-dumping and countervailing duties, accounting for roughly 11% of the budget (they are closely linked to the Union's powers, are paid in full into the Union budget, and their amount is not stipulated in advance); the Value Added Tax-based resource accounting for 10% of the budget (it is not linked to the exercise of the Union's powers, and in fact Member States pay only a share of their VAT revenue into the EU budget); the GNI-based resource accounting for 70 % of the total revenue (resembling the financing system of International Organizations); other revenues, including tax on EU staff remunerations, interest on late payments and fines on companies for breaching competition law accounting, in 2020, for 8,2%.[22]

Since the EU budget cannot run a deficit, the GNI-based resource plays the budget-balancing role, financing the annual expenditure not covered by the other EU own resources and revenue. The Commission has made repeated attempts to introduce new resources with a view to increase the autonomy of the common budget and to enhance its link to EU policies.[23] Several voic-

paid by each Member State to complement the EU's Own Resources should be proportional – or at least have a strong degree of proportionality – to the amount of benefits received by the same Member State. See M. CITI, *EU Budgetary Politics and the Paradox of Juste retour*, in S. BECKER, M. W. BAUER, A. DE FEO (eds.), *The New Politics of the European Union Budget*, 2017, p. 83 ss.

[21] R. CROWE, *op. cit.*, p. 433; R. KAISER, H. PRANGE-GSTÖHL, *Reforming the own resources: perspectives on the revenue- side of the EU budget,* in *ID*, *The European Union Budget in Times of Crises*, Baden-Baden, 2019, p. 91 ss. See also Joint Declaration of the European Parliament, the Council and the Commission on Own Resources, December 2013, published as Annex I to the report 'Future Financing of the EU: Final Report and Recommendations of the High Level Group on Own Resources', December 2016.

[22] See data updated in 2020 available at www.ec.europa.eu/info/strategy/eu-budget/long-term-eu-budget/2014-2020/spending-and-revenue_en.

[23] See Commission Staff Working Paper "Financing the EU budget: Report on the operation of the own resources system", SEC(2011) 876 final of 29 June 2011; Joint Declaration of the European Parliament, the Council and the Commission on Own Resources, December 2013, published as Annex I to the report 'Future Financing of the EU: Final Report and Rec-

es support the need of a reform and the introduction of new, genuine, own resources linked to EU policies accruing directly and automatically to the EU budget, without passing through the national budgets of the Member States.[24] The need to fill the "Brexit gap" together with the pandemic outburst recently provided some impulses for reform. Council Decision 2020/2053/EU has recently introduced a new contribution based on non-recycled plastic packaging waste that will generate about EUR 7 billion per year. Despite the modest amount it will raise, the introduction of a new own resource represents a significant change into a system remained untouched since 1988.

2.2. *Solidarity within the EU expenditure*

On the spending side, the EU budget performs financial solidarity across several policies instruments. They can be classified in relation to their planned objectives, even if the distinction is not clear-cut: distribution of incomes, allocation of resources and stabilization of the economy.[25]

During the very first years of the European Coal and Steel Community (ECSC) and the European Economic Community (EEC), the budget's almost exclusive function was to provide the necessary resources for the ordinary functioning of the emerging supranational institutions.

Following the adoption of the common agricultural policy (CAP) in

ommendations of the High Level Group on Own Resources', December 2016, p. 8; European Commission, Directorate-General for Communication, Reflection paper on the future of EU finances, Publications Office, 2017; Proposal for a Council Decision on the system of Own Resources of the European Union, 2 May 2018, COM(2028)325; Proposal for a Council Decision on the system of Own Resources of the European Union, COM (2018) 325, 2 May 2018; subsequently amended by the Amended proposal for a Council Decision on the system of Own Resources of the European Union, COM(2020) 445, 28 May 2020.

[24] R. CROWE, *The EU Recovery Plan: New dynamics in the Financing of the EU Budget*, in G. BARRETT, J.-P. RAGEADE, D. WALLIS, H. WEIL (eds.), *The Future of Legal Europe: Will We Trust in It?* Cham, 2021, p. 117 ss., spec. 119; A. D'ALFONSO, *Own resources of the European Union Reforming the EU's financing system*, *European Parliamentary Research Service*, June 2021; M. POIARES MADURO, *op. cit.*

[25] N. HEINEN, *op. cit.*; C. DELON DESMOULIN, *Le destin du budget de l'Union européenne* (2021) *Gestion et organisation administrative*, n. 3, 2021, p. 64 et ss. The tripartition was drawn by R. A. MUSGRAVE, *The Theory of Public Finance: A Study in Public Economy*, New York, 1959.

1962, the EU budget started performing also a *redistributive* function. In this context the EU budget started redistributing among the Member States the accrued welfare at community level in order to compensate those States disadvantaged by allocation. The declaration of Stresa (1958) defined the basic functioning of financial solidarity within the CAP as follow: "[i]n the name of financial solidarity, all the Member countries of the EEC take part in the financing of the burdens of the Community such as guaranteed prices for farmers, the export of surpluses or even the policy of aid and improvement of structures. All the costs engendered by the CAP must be borne in common".

In this policy field, financial solidarity finds its normative reference especially within art. 40(3) TFEU, which is the legal basis of the European Agricultural Guarantee Fund (EAGF), financing market expenses, and the European Agricultural Fund for Rural Development (EAFRD), financing the development of rural areas.[26]

Until the first enlargement, the greatest part of the budget (almost 70%) was devoted to CAP, conceived as a supporting tool for farmers and a stimulus for agricultural production in the newly established common market.[27] Diversification of European expenditure progressively reduced the share for CAP and some of these resources were diverted toward regional and social policies.[28] Within the 2021-2027 MFF, the CAP counts for almost one-third

[26] Regulation (EU) No 1305/2013 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2013 on support for rural development by the European Agricultural Fund for Rural Development (EAFRD) and repealing Council Regulation (EC) No 1698/2005.

[27] A. JURCEWICZ, P. POPARDOWSKI, *Article 40 [Common Organisation of Agricultural Markets]*, in H. J. BLANKE, S. MANGIAMELI (eds.), *Treaty on the Functioning of the European Union – A Commentary*, vol. I, Cham, 2021, p. 879 ss., spec. p. 901 ss., para 60; C. FASONE, N. LUPO, *The Union Budget and the Budgetary Procedures*, in R. SCHÜTZE, T. TRIDIMAS (eds.) *Oxford Principles of European Union Law. Volume I*, Oxford, 2018, p. 809 ss., spec. 817; M. KÖLLING, *How much Solidarity is in the EU Budget?* in *Perspective on Federalism*, n. 7, 2015, p. 78 ss.; N. CHAMBON, *Is the CAP a ground for European disunion? An assessment of the solidarity mechanisms created by the CAP and their relevance after 2013*, Notre Europe, policy paper 45, 2012; A. DE LA FUENTE, R. DOMÉNECH, *The Redistributive Effects of the EU Budget: An Analysis and Proposal for Reforms*, in *Journal of Common Market Studies*, n. 39, 2001, p. 307 ss.; M. *BLANQUE*, *L'Union européenne en tant que système de solidarité: la notion de solidarité européenne*, in M. HACQUAR D. THÉRON (sous la direction de), *Solidarité(s): Perspectives juridiques*, Actes de colloques de l'IFR, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2009, para 101 ss.

[28] N. NUGENT, *The Government and Politics of the European Union*, Oxford, 2006, p. 469.

of the total budget of the EU while financing a sector generating only 1.3 per cent of the EU GDP (in 2020).[29]

The cohesion policy pursues an *allocative* function, aiming to create good general conditions for free competition to take place.[30] The idea at the center of this policy is that economic integration alone is not sufficient to reduce disparities.[31] Convergence between Member States and regions should therefore be achieved by creating appropriate general conditions alongside convergence process within and toward the Economic and Monetary Union.[32]

At present, the five structural and investment funds represent the main spending instruments of the cohesion policy. In this context, financial solidarity finds explicit legal bases within the Treaties (Art. 3 TEU, Arts. 162–164, 170–172, 174–178 TFEU) and has been further developed in an integrated legislative framework.[33] Within the 2021-2027 MFF, cohesion policy accounts for another one-third of the EU budget.[34]

[29] See *www.ec.europa.eu/info/strategy/eu-budget/long-term-eu-budget/2021-2027/spending/headings_en*; *www.ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Performance_of_the_agricultural_sector.*

[30] K. LENAERTS, S. ADAM, *La solidarité, valeur commune aux états membres et principe fédératif de l'Union européenne*, in *Cahier de droit européen*, n. 57, 2021, p. 307 ss., spec. p. 409 ss.; M. BLANQUE, *L'Union européenne en tant que système de solidarité: la notion de solidarité européenne*, *op. cit.*; C. CALLIESS, *Perspektiven des euro zwischen Solidarität und Recht: eine rechtliche Analyse der Griechenlandhilfe und des Rettungsschirms*, in *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 14, 2 2011, p. 213 ss.; C. TOMUSCHAT, *Solidarität in Europa*, in F. CAPOTORTI, C. D. EHLERMANN, J. FROWEIN, F. JACOBS, R. JOLIT, T. KOOPMANS, R. KOVAR (Hrsg), *Du Droit international au droit de l'intégration. Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden Baden, 1987, p. 729 ss.

[31] On this topic see D. ADAMSKI, *Redefining European Economic Integration*, Cambridge, 2018, p. 265 ss.; A. CAPPELEN, J. FAGERBERG, F. CASTELLUCCI, *The Impact of EU Regional Support on Growth and Convergence in the European Union*, in *Journal of Common Market Studies*, n. 41, 2003, p. 640 ss.

[32] N. HEINEN, *op. cit.*, p. 5.

[33] Regulation (EU) No 1303/2013 of the European Parliament and of the Council, of 17 December 2013, laying down common provisions on the European Regional Development Fund, the European Social Fund, the Cohesion Fund, the European Agricultural Fund for Rural Development and the European Maritime and Fisheries Fund and laying down general provisions on the European Regional Development Fund, the European Social Fund, the Cohesion Fund and the European Maritime and Fisheries Fund and repealing Council Regulation (EC) No 1083/2006.

[34] See *www.ec.europa.eu/info/strategy/eu-budget/long-term-eu-budget/2021-2027/spending/headings_en.*

The third task of financial solidarity is to *stabilize* the economic cycle.[35] Countries that have adopted the single currency – thus refraining from using the exchange rate instrument – no longer have the means to stabilize their own economies and they need instruments performing as insurance against cyclical shock.[36] Thus, EU Treaties have progressively been equipped in order to set up financial mechanisms – this is the case of Art. 122(2) TFUE and Art. 143 TFUE – assisting at EU level Member States in financial distress under exceptional and temporary circumstances.

The most recent example of financial solidarity with a stabilization task is the SURE Instrument sets out under article 122 TFUE as a second line of defense to support Member States' expenditure for short-time work schemes and similar measures, including health-related ones, during the pandemic.[37] Precedents could be traced back to the "Community loans" of the 1970s and 1980s, set up in response to the negative effects of the first oil shock on Member States' balance of payments.[38] Furthermore, during the Euro area sovereign debt crisis, the EU performed financial solidarity through the European Financial Stabilization Mechanism (EFSM) – built on Article 122 TFUE – and the Balance of Payments Facility ("BoP Facility") – built on article 143 TFEU –.[39] Under these instruments, the EU uses its triple-A credit

[35] E. RUBIO, *Budget de la Zone Euro: 3 Fonctions, 3 Instruments*, *Notre Europe Policy Paper*, 15 November 2021; R. KAISER, H. PRANGE-GSTÖHL, *The Union in a state of emergency: the financial and economic crisis and its repercussions*, in *ID*, *The European Union Budget in Times of Crises*, Baden-Baden, 2019, p. 43 ss.; R. CISOTTA, *Disciplina Fiscale, stabilità finanziaria e solidarietà nell'Unione europea ai tempi della crisi: alcuni spunti ricostruttivi*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 1, 2015, p. 57 ss. See also European Commission, Reflection Paper on the Deepening of the Economic and Monetary Union, 31 May 2017, COM (2017) 291.

[36] *Ibidem.*

[37] Council Regulation (EU) 2020/672, of 19 May 2020, on the establishment of a European instrument for temporary support to mitigate unemployment risks in an emergency (SURE) following the COVID-19 outbreak.

[38] In this context, the Commission was empowered to issue bonds backed by the Community budget and national guarantees, borrowing funds and lending them on to struggling countries. See D. STRASSER, *The Finances of Europe*, Luxembourg, 1992, p. 100 ss.

[39] Council Regulation (EU) 407/2010, of 11 May 2010, establishing a European financial stabilization mechanism. Council Regulation (EC) 332/2002, of 18 February 2002, establishing a facility providing medium-term financial assistance for Member States' balances of payments. The regulation was amended by Council Regulation (EC) 431/2009, of 18 May 2009, amending Regulation (EC) 332/2002 establishing a facility providing medium-term financial

rating to borrow on the capital markets at favorable rates, but the beneficiary Member State is liable for the repayments to creditors. The EU budget only becomes liable if the beneficiary Member State defaults on its repayments. In such a case, additional GNI-based contributions are called up from all the Member States to cover the costs of the repayments.[40] Rather than pooling any past or future debt, all these mechanisms are built on the tried-and-trusted logic of mutualization of borrowing costs ("borrowing for lending"), providing emergency credit access to struggling economies.[41]

In contrast with national budgets, the EU budget has a reduced capacity to fully perform the three mentioned functions since it accounts only for 1% of the EU Gross Domestic Product (GDP). The EU budget is primarily an investment budget, and its focus mostly falls on resource allocation and redistribution.[42] The Multiannual Financial Framework (MMF) fixes the maximum level of expenditure on a multiannual basis - to counter the growth of European expenditure and indirectly preserve the budgets of the Member States- while the ORD regulates the revenues for the same period.[43] The pre-allocation of most expenditure on a multiannual period confers rigidity to the system and weakens the flexibility for short-term crisis intervention at EU level.[44] This budgetary structure, which is mainly the result of the will of

assistance for Member States' balances of payments. See, among others, A. ANTONIADIS, *Debt Crisis as a Global Emergency: The European Economic Constitution and other Greek Fables*, in A. ANTONIADIS, R. SCHÜTZE, E. SPAVENTA, *The European Union and Global Emergencies: A Law and Policy Analysis*, Oxford, 2011, p. 167 ss.; A. VITERBO, R. CISOTTA, *La Crisi della Grecia, l'attacco speculativo all'euro e le risposte dell'Unione Europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 4, 2010, p. 961 ss.

[40] I. KALFIN, *The Importance of Own Resources in The EU Budget*, in B. LAFFAN, A. DE FEO, *EU Financing for Next Decade*, Fiesole, 2020, p. 61 ss., spec. 62.

[41] E. EISL, M. TOMAY, *European Debt Mutualisation. Finding a Legitimate Balance between Solidarity and Responsibility Mechanisms*, *Notre Europe Policy Paper*, n. 255, July 2020, p. 6.

[42] Future Financing of the EU. Final report and recommendations of the High Level Group on Own Resources December 2016, p. 6; I. KALFIN, *The Importance of Own Resources in the EU Budget*, in B. LAFFAN, A. DE FEO, *EU Financing for Next Decade*, European University Institute, 2020, p. 61 ss.

[43] *Ibidem*, p. 6.

[44] The MFF contains some special instruments outside its ceilings (e.g., the Flexibility Instrument, the Emergency Aid Reserve and the European Union Solidarity Fund) and flexibility provisions, to allow room for manoeuvre in case of unexpected events. The challenge is

the Member States, constrains the EU emergency capacity and prevents the Union budget to perform a real macroeconomic stabilization function.[45]

3. *Next Generation EU: a new paradigm of financial solidarity?*

Over the last two decades, the combined effect of multiple crises and low MFF ceilings has led to the emergence of several EU funds and instruments with variable participation of the Member States. The Covid-19 economic related crisis has recently brought some changes, pushing the EU toward new financing solutions. In order to face the economic consequences produced by the pandemic, EU Institutions have been called to boost the solidarity-based functions of the EU budget with an unprecedented *de facto* increase of the EU budget through borrowing not only for lending operations but also for grants. Under *Next Generation EU* (NGEU), the center piece of the EU responses to Covid-19, the Commission is raising, on behalf of the EU, EUR 750 billion at 2018 prices (EUR 806.9 billion in current prices) on the international capital markets, which will then be redistributed in the form of loans or grants through different funding programs. NGEU will not lead to an immediate budget deficit. The deficit will arise once the EU will start repaying the interest and capital. Only a minimum amount of repayments will start within the MFF 2021-2027 period and it will last until December 2058.[46]

NGEU is a package consisting of three different inter-related instruments.

The European Union Recovery Instrument (EURI), the "control room" of NGEU,[47] formally finances NGEU but substantially it delegates the borrowing of the fund to the ORD. The choice of Art. 122 TFEU as legal basis

to strike the right balance between predictability of investments and the capacity to address the unforeseen events and new priorities that can emerge during a rather long programming period.

[45] See M. MONTI, D. DAIANU, C. FUEST, K. GEORGIEVA, I. KALFIN, A. LAMASSOURE, P. MOSCOVICI, I. ŠIMONYTE, F. TIMMERMANS, G. VERHOFSTADT, *op. cit*.

[46] ORD Article 5 (2) and Article 6 (2).

[47] Council Regulation (EU) 2020/2094, of 14 December 2020, establishing a European Union Recovery Instrument to support the recovery in the aftermath of the COVID-19 crisis.

has provided a justification for the introduction of a new "emergency and temporary" borrowing mechanism within the EU legal framework.

The Recovery and Resilience Facility (RRF), the core of NGEU, is the vehicle through which the greater portion of the funds collected from capital markets (EUR 672.5 billion) are disbursed and managed.[48] Though various spending programs, funds will be used for non-repayable financial support (EUR 312.5 billion) and loans (EUR 360 billion) to Member States.

The RRF is built on Article 175(3) TFEU, a legal basis allowing for action that is necessary to strengthen the economic and social cohesion of the Union outside the structural funds. The Commission justified the choice of this legal basis by emphasizing the RRF's aim "to contribute to enhancing cohesion, through measures that allow the Member States concerned to recover faster and in a more sustainable way from the COVID-19 crisis and become (more) resilient".[49]

This instrument pursues three main functions: it sets out the goals and objectives of the EU funding under NGEU; it defines rules and procedures for the allocation of resources and for ensuring that the Member States respect the related commitments; it includes coordination rules between NGEU and pre-existing mechanisms of economic policy governance.[50]

The ORD, which establishes the revenues of the EU budget, has been amended in order to increase the spending ceilings and enable the EU to borrow and reimburse funds.[51] The amendments also set up an additional rule allowing the Commission to call a basket of new own resources from the Member States.[52]

NGEU is formally outside of the EU budget, since the money raised on the markets will be placed "off budget" and funds to be later distributed as

[48] Regulation (EU) 2021/241 of the European Parliament and of the Council, of 12 February 2021, establishing the Recovery and Resilience Facility.

[49] See draft RRF Regulation, at 4.

[50] See F. FABBRINI, *Next Generation EU. Legal Structure and Constitutional Consequences*, in *Rebuild Working Paper*, n. 3, 2022, p. 5.

[51] Council Decision (EU, Euratom) 2020/2053, of 14 December 2020, on the system of own resources of the European Union and repealing Decision 2014/335/EU, Euratom, Art. 5 (1) a, Art. 6.

[52] See ORD, Art. 2.1, let. c).

grants are treated as "assigned revenue".[53] However, NGEU also is strongly anchored with the EU budget since funds raised will be distributed through the Union budget as well as the reimbursement of borrowed money will happen via its system of own resources. Consequently, its innovations are strongly intertwined with the EU budgetary structure. Overall, two constitutional novelties introduced by NGEU mark a strong solidarity-based twist within the EU budgetary order: the creation of a credit-financed fund and the innovative distributive scheme. They will be analyzed by the next two paragraphs.

3.1. *NGEU: innovations on the revenue side*

On the revenue side, NGEU will be entirely financed from money borrowed by the Commission on behalf of the EU on international capital markets. This choice marks a momentum of the solidaristic paradigm of the EU budgetary policy, moving from the mutualization of borrowing costs ("borrowing for lending", as in case of the EFSM and the BoP facility) to the mutualization of the debt repayment ("borrowing for spending"). On this point, suffice it to say that almost half of the funds collected by NGEU will be spent as non-repayable financial support in favor of the Member States. This means that almost half of the EU's debt (EUR 338 billion out of EUR 723.8 billion) will not be repaid directly by the recipient States (as is the case of loans) but by the EU itself. This choice represents a clear departure from the "juste retour" logic and a strong demonstration of interstate solidarity.

In order to repay the common debt without weighing on national contributions, the EU is calling for new own resources linked to EU policies. As a first step in a broader reform,[54] the ORD has introduced a new plastic own resource linked to environmental objectives.[55] The Commission has also called for a new basket of own resources, by putting forward three new sources respectively based on the Carbon Border Adjustment Mechanism, on the revised EU Emission Trading System (ETS) and a third based on the share of residual profits from multinationals that will be re-allocated to EU

[53] EURI Regulation, Art. 3. See B. DE WITTE, *The European Union's Covid-19 Recovery Plan*, *op. cit.*; A. MATHIS, *Assigned Revenue in the Recovery Plan. The Frog that wishes to be as bis as the ox?*, 15 June 2020, available at *www.europarl.europa.eu.*

[54] Conclusions of the European Council, of 17-21 July 2021, para 146.

[55] ORD, Art. 2 (1).

Member States under the recent OECD/G20 agreement.[56] Furthermore, a proposal for a second basket of new own resources will be presented by the end of 2023, potentially including a Financial Transaction Tax and an own resource linked to the corporate sector.[57]

A basket of new own resources, accounting approximately for 17 billion per year, will increase the EU budgetary autonomy in the refund of the common debt. It will also reduce the share of the GNI-based own resource for the debt repayment, remarking its "balancing" role – i.e., the revenue item whose call rate is adjusted depending on the overall revenue need to cover expenditure after taking account of other revenue – while ensuring a certain degree of burden sharing among the Member States within the strict framework of budgetary discipline.[58]

3.2. *NGEU: innovations on the spending side*

On the spending side, the key innovations of the recovery instrument lie in its disbursement logic.

As "a one-off emergency instrument, put in place for a temporary period and used exclusively for crisis response and recovery measures",[59] NGEU acts as a macroeconomic stabiliser. The use of the emergency clause set up on Article 122 TFEU as a legal basis for the EURI regulation provides for a certain level of continuity with the past.[60]

[56] Proposal for a Council Decision amending Decision (EU, Euratom) 2020/2053 on the system of own resources of the European Union. See European Court of Auditors, Opinion 03/2022 concerning the Commission's proposal for a Council Regulation on the methods and procedure for making available own resources based on the Emissions Trading System, the Carbon Border Adjustment Mechanism and reallocated profits, and on the measures to meet cash requirements [2022/0071(NLE)].

[57] Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, The next generation of own resources for the EU Budget, 22.12.2021 COM (2021) 566final.

[58] See Proposal for a Council Decision on the system of Own Resources of the European Union {SWD (2018) 172final}, p. 5.

[59] Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *The EU budget powering the recovery plan for Europe*, 27 May 2020, COM (2020) 442final, p. 3.

[60] Art. 5 (1) ORD.

In the medium term, NGEU is designed to act as a catalyst for the modernisation of the EU economies, with positive effects on their growth, resilience and convergence. To achieve these objectives, NGEU offers financial support to the EU Member States conditional on the implementation of concrete investment and reform projects over the period 2021-26. In some ways, it may be compared to other spending programs of the cohesion policy.[61] This is suggested by the RRF legal basis - Art. 175 (3) TFEU - as well as from its general objective of "contributing to the upward economic and social convergence, restoring and promoting sustainable growth and the integration of the economies of the Union, fostering high quality employment creation, and contributing to the strategic autonomy of the Union alongside an open economy and generating European added value".[62]

The allocative function of the instrument appears also from the allocation keys of the greater portion of grants that will be disbursed through the RRF, having little relevance with the aim of alleviating the consequences of the pandemic.[63] Under the RRF Regulation, 70 percent of the funds will be allocated according to cohesion criteria (population, the inverse GDP per capita and the relative unemployment rate), while only 30 percent of the funds will be allocated on the basis of impact of the pandemic on national economies (as the aggregated change in real GDP for 2020).[64]

NGEU pursues also a redistribute function that appears from its financing program. Through RRF the EU is disbursing €312.5 billion at 2018 prices in non-repayable subsidies to 27 Member States, over a three-years period.[65] This amount is comparable with the budget assigned to the whole co-

[61] See B. DE WITTE, *op. cit.*, p. 642; P. LEINO-SANDBERG, M. RUFFERT, *Next Generation EU and Its Constitutional Ramifications: A Critical Assessment*, in *Common Market Law Review*, n. 59, 2022, p. 433 ss., spec. p. 446; P. DERMINE, *The EU's Response to the COVID-19 Crisis and the Trajectory of Fiscal Integration in Europe: op. cit.*, p. 346; F. COSTAMAGNA, M. GOLDMANN, *Constitutional Innovation, Democtaric Stagnation?* in *verfassungsblog.de*, 30 May 2020.

[62] Art. 4 (1), RRF Regulation. See B. DE WITTE, *op. cit.*, p. 655.

[63] The maximum contribution per Member State still partly refers to the unemployment in 2015–2019. The July 2020 European Council reduced that reference but did not fully abolish it. Art. 11 241/2021 with Annex II., A16 July, Annex I, COM (2020) 408final.

[64] P. LEINO-SANDBERG, M. RUFFERT, *op. cit.*, p. 450.

[65] RRF Regulation, Art. 6.

hesion policy within the entire 2021-2027 MMF (392 billion).[66] Two-thirds of RRF funding requested (in grants and loans) in the euro area is currently allocated to Italy and Spain.[67] Furthermore, 50 per cent of the maximum grant allocation disbursed through the RRF has been recognized mainly to three countries (Italy 20,45 %, Spain 19,88%, France 10,38 %).[68] Common resources will not equally share among the Member States. Rather they will be addressed to those countries mostly needing structural reforms and changes.

4. *Concluding remarks: solidarity as a driven force for the interpretation and development of EU budgetary law*

The strong relationship between solidarity and the EU budget has been emphasized by EU Institutions multiple times. In the aftermath of the pandemic, the Commission stressed that the EU budget is "designed for cohesion, convergence and solidarity".[69] The Council Legal Service has then suggested to use solidarity as a principle for the interpretation of NGEU legal architecture.[70]

[66] See *www.cohesiondata.ec.europa.eu/stories/s/2021-2027-EU-allocations-available-for-programming/2w8s-ci3y/*.

[67] M. FREIER, C. GRYNBERG, M. O'CONNELL, M. RODRÌGUEZ-VIVES, N. ZORELL, *Next Generation EU: a euro area perspective*, ECB Bullettin, 1/2022, available at *www.ecb.europa.eu*.

[68] See the Annexes to the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a Recovery and Resilience Facility, COM (2020) 408final. Recovery and Resilience Facility: Maximum grant allocations *www.ec.europa.eu/info/sites/default/files/about_the_european_commission/eu_budget/recovery_and_resilience_facility_.pdf.* The State of play on the process of implementation of the RRF is reported by Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation of the Recovery and Resilience Facility, 1st March 2022, COM (2022) 75final.

[69] Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Empty, Europe's moment: Repair and Prepare for the Next Generation, 27 May 2020, {SWD (2020) 98 final}.

[70] Council Legal Service, Opinion on the Proposal on Next Generation EU, 24 June 2020, 9062/20.

The intertwined relationship between the EU budget and the principle of solidarity has more recently been emphasized within the seminal case *Hungary v European Parliament and Council*,[71] where the Court clarified that "the Union budget is one of the principal instruments for giving practical effect, in the Union's policies and activities, to the principle of solidarity, mentioned in Article 2 TEU, which is itself one of the fundamental principles of EU law".[72] Despite this statement has remained isolated and it has not been further articulated within the reasoning of the Court, it seems to express the idea that solidarity is a driving force for the interpretation and development of EU budget.

More specifically, as a general principle of Union law,[73] solidarity catalyzes what the EU budget is used for and choices about how the EU budget is funded. Solidarity links the own resources system to EU key policies and priorities, and it assists their development in terms of ever closer interdependence and mutual sharing among the Member States. It supports the prevalence of common interests and goals over the pursuing of national interests. In the context of NGEU, solidarity finds its expression within the responsibility concerning the EU recovery as a common one, resulting in the issuance of common debt financed at EU level by the establishment of new own resources.

The analysis conducted above shows that financial solidarity may deploy its normative function in two complementary ways.

On the one hand, interstate solidarity may require that, in structuring common actions and policies, the contribution of some Member States exceed the contribution of others, due to the different economic capacities or

[71] Judgment of the Court of 16 February 2022, case C-156/21, *Hungary v European Parliament and Council*.

[72] See judgment of the Court of 16 February 2021, case C-157/21, *Poland v European Parliament and Council*, para 147. Similarly, AG Campos Sánchez-Bordona in his opinion delivered on 2 December 2021 within the case C-156/21, *Hungary v European Parliament and Council of the European Union*, para 96, stated that "The budget is the instrument of EU law which, each year, translates the principle of solidarity into financial terms and it is of constitutional importance".

[73] Judgment of the Court of 15 July 2021, case C-848/19 P, *Germany v Poland*, para 41. See also P. PESCATORE, *International Law and Community Law. A Comparative Analysis* in *Common Market Law Review*, n. 7, 1970, p. 167 ss.

different means available[74]. This is the case of the GNI- based own resource, roughly reflecting a country's economic capacity[75]. On this ground, the complex system of rebates and correction stands in striking contrast with the full implementation of this principle.

On the other hand, the principle of solidarity may address the contribution of some Member States or of the whole Union in favor of other States, or even only one, in order to balance or re-establish the level playing field for pursuing common policies and actions. This dynamic is specifically reflected by the structural and investment funds, agricultural funds and financial assistance mechanisms. More recently, this solidarity-based dynamic has been deployed by the EURI and the RRF regulations, respectively allowing the issue of common debt at EU level (through which the EU to share among the Member States the costs of the crisis) in order to mainly support the recovery of those Member States hit hard by the coronavirus economic-related consequences.

Far from being an "unruly horse", financial solidarity finds a room within the EU budgetary architecture. This principle of law is grounded on specific normative references, and it unfolds its normative functions within the EU budgetary structure following its proper dynamics. The influence of the solidarity on the development of Union budget has become increasingly evident. NGEU has broken the taboo of the "Transfer Union", formally allowing economic transfers among the Member States through the EU budget and has bolstered the discussion over the building of an EU Fiscal capacity.

These considerations do not overlook the temporary and emergency nature of NGEU within the EU budgetary architecture. Nevertheless, NGEU related innovations represent a *momentum* on the development of financial solidarity within the EU budget. They constitute a precedent for future exi-

[74] R. WOLFRUM, *Solidarity among States: An Emerging Structural Principle of International Law*, in *Indiana journal of international law*, 49, 1, 2009, p. 8 ss.

[75] Over the years, Member States introduced several budgetary corrections or rebates in order to compensate some of the prosperous Member States for their financial contributions to the EU budget. See G. BENEDETTO, *How the EU Budget has developed and changed in the last 10 years?*, *Brussel: European Parliament – Policy Department for Budgetary Affairs*, 2017, available at www.europarl.europa.eu/studies; Directorate General for Budget (European Commission), *European Union Public Finance*, Luxembourg: Luxembourg Publication office of the European Union, 2014, spec. p. 134, available at www.op.europa.eu/s/oM4g.

gencies, a new "normalcy" from which departing for facing future challenges and emergencies. Furthermore, some solidarity-based developments brought by NGEU, as changes of the revenue system, will outlive its temporal scope. Overall, the strong use of the solidarity translates the current political choice to strengthen the necessary interdependence between the Member States in budgetary terms and the need to manage consequences of this choice.

IL REGOLAMENTO CONDIZIONALITÀ A PROTEZIONE DEL BILANCIO EUROPEO: QUALE PREZZO PER LA TUTELA DELLO STATO DI DIRITTO NELL'UNIONE EUROPEA?

Martina Coli*

SOMMARIO: 1. Introduzione: perché un nuovo strumento a tutela dei valori europei? – 2. Genesi e vicissitudini del regolamento 2020/2092. – 3. Profili giuridici del regolamento: gli aspetti più controversi e il valore aggiunto. – 4. Uno strumento efficace a tutela dello Stato di diritto? – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione: perché un nuovo strumento a tutela dei valori europei?*

L'introduzione del nuovo regolamento relativo ad un regime di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione (regolamento condizionalità)[1] ha acceso un ampio dibattito a livello sia accademico sia politico. Si tratta infatti di uno degli strumenti chiave e più innovativi nella *toolbox* dell'Unione a tutela della *rule of law* europea, ma la sua "fama" è altresì legata alle tormentate vicissitudini che hanno riguardato prima il suo *iter* legislativo e, successivamente, la sua applicazione.

Come è noto, le istituzioni europee hanno incontrato molte difficoltà nell'*enforcement* dei valori di cui all'art. 2 TUE – in particolare della *rule of law* – a fronte di fenomeni di sgretolamento e abbandono dello Stato di diritto (*rule of law backsliding*[2]) in alcuni Stati membri, tra cui Polonia e Unghe-

* Dottoranda in *European and Trasnational Legal Studies* presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze e la *Faculty of Law* dell'Università di Maastricht. L'autrice desidera ringraziare il Professor Bruno Nascimbene e le Professoresse Paola Mori e Nicole Lazzerini per i preziosi spunti e suggerimenti ricevuti. Ogni errore, imprecisione o omissione è da attribuirsi esclusivamente all'autrice.

[1] Regolamento 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2020, relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione.

[2] La nozione di *rule of law backsliding* è stata elaborata da Pech e Scheppele con riferimento a quelle situazioni di grave deterioramento dello Stato di diritto: "a process

ria[3]. Ciò è dovuto tanto ai limiti strutturali dei principali strumenti a tutela dei valori europei[4] – *in primis* le procedure *ex* art. 7 TUE[5] –, quanto alle strategie sbagliate e alla mancanza di volontà politica da parte delle istituzioni europee e degli Stati membri[6]. Di conseguenza, si è prodotta una vera e pro-

through which elected public authorities deliberately implement governmental blueprints which aim to systematically weaken, annihilate or capture internal checks on power with the view of dismantling the liberal democratic state and entrenching the long-term rule of the dominant party". L. PECH, K. L. SCHEPPELE, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU* in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2017, p. 3 ss.

[3] I punti di riferimento di questa crisi possono essere individuati prima nell'ascesa di "Fidesz", il partito guidato da Viktor Orbán, in Ungheria nel 2010 – e soprattutto nell'emanazione di una nuova "illiberale" costituzione nel 2011 – e, successivamente, nella vittoria elettorale del partito populista "Diritto e Giustizia" in Polonia nel 2015. In merito alla situazione ungherese si v. P. BÁRD, L. PECH, *How to build and consolidate a partly free pseudo democracy by constitutional means in three steps: The 'Hungarian model*, *Reconnect Working Paper*, 2019, p. 1 ss; A. DI GREGORIO, *L'Ungheria e i valori europei. Un matrimonio difficile*, in *DPCE online*, 17 settembre 2018; G. HALMAI, *From a Pariah to a Model? Hungary's Rise as an Illiberal Member State of the EU*, in *European Yearbook on Human Rights*, 2017, p. 1 ss; K. KOVÁCS, G. TÓTH, *Hungary's Constitutional Transformation*, in *European Constitutional Law Review*, 2011, p. 183 ss. Per una ricostruzione della situazione polacca, v. invece W. SADURSKI, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, 2019; L. PECH, P. WACHOWIEC, D. MAZUR, *Poland's Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU's (In)Action*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2021, p. 1 ss.

[4] Per una panoramica generale degli strumenti dell'Unione a tutela dei propri valori si v. M. CARTA, *Unione europea e tutela dello Stato di diritto negli Stati membri*, Bari, 2020 e le opere collettanee A. JAKAB e D. KOCHENOV, *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford, 2017; C. CLOSA, D. KOCHENOV (eds.), *Reinforcing the Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge, 2016.

[5] In merito all'art. 7 TUE si v., *ex plurimis*: D. KOCHENOV, *Article 7 TEU: A Commentary on a Much Talked-about "Dead" Provision*, in *Polish Yearbook of International Law*, 2019, p. 165 ss.; L. BESSELINK, *The Bite, the Bark, and the Howl: Article 7 TEU and the Rule of Law Initiatives*, in A. JAKAB, D. KOCHENOV, *The Enforcement of EU Law and Values*, cit., p. 128 ss; B. NASCIMBENE, *Lo Stato di diritto e la violazione grave degli obblighi posti dal Trattato UE*, in *rivista.eurojus.it*, 2017; W. SADURSKI, *Adding Bite to a Bark: The Story of Article 7, EU Enlargement, and Jörg Haider*, in *Columbia Journal of European Law*, 2010, p. 385 ss.

[6] Per una ricostruzione degli interventi europei in risposta al *rule of law backsliding* ungherese e polacco si rimanda, senza pretesa di esaustività, a L. PECH, P. WACHOWIEC, D. MA-

pria proliferazione di spunti dottrinali[7] e di nuovi strumenti *ad hoc* da parte delle istituzioni europee[8]. Tra questi, l'introduzione di un meccanismo di condizionalità in grado di subordinare l'erogazione dei fondi europei al rispetto dello Stato di diritto è certamente una delle proposte contemporaneamente più apprezzate e dibattute, soprattutto alla luce del fatto che Polonia e Ungheria sono tra i maggiori beneficiari dei fondi europei, in particolare quelli strutturali.

Il presente contributo si propone di valutare il valore aggiunto e la possibile efficacia dello strumento di condizionalità a difesa dei valori europei. *In primis* si proporrà una lettura del regolamento 2020/2092 volta a ricostruire brevemente le vicende relative alla sua approvazione e ad offrirne un

ZUR, *Poland's Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU's (In)Action*, in *Hague Journal on the Rule Law*, 2021, p. 1 ss.; P. MORI, *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi,* in *federalismi.it*, 2020, p. 166 ss.; M. ARANCI, *I recenti interventi della Corte di giustizia a tutela della rule of law in relazione alla crisi polacca*, in *europeanpapers.eu*, 2019, p. 271 ss.; A. CIRCOLO, *Il rispetto dei valori fondanti dell'Unione e l'attivazione della procedura di controllo alla luce delle recenti vicende di Polonia e Ungheria*, in *DPCE online*, 2019, p. 19 ss.

[7] Tra le proposte più interessanti e discusse si v., *ex plurimis*: A. VON BOGDANDY ET AL., *Reverse Solange-Protecting the Essence of Fundamental Rights*, in *Common Market Law Review*, 2012, p. 489 ss.; C. HILLION, *Poland and Hungary are withdrawing from the EU*, in *verfassungsblog.de*, 27 April 2020, www.verfassungsblog.de/poland-and-hungary-are-withdrawing-from-the-eu/; J. COTTER, *To Everything there is a Season: Instrumentalising Article 10 TEU to Exclude Undemocratic Member State Representatives from the European Council and the Council*, in *European Law Review*, 2022, p. 69 ss.

[8] Si v. in particolare le comunicazioni della Commissione: Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto, COM/2014/0158, dell'11 marzo 2014 e Relazione sullo Stato di diritto 2021, COM/2021/700. Sul Nuovo quadro si v.: N. LAZZERINI, *Le recenti iniziative delle istituzioni europee nel contesto della crisi dello Stato di diritto in Polonia: prove di potenziamento degli "anticorpi" dei Trattati?* in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, p. 1 ss.; R. MASTROIANNI, *Stato di diritto o ragion di stato? La difficile rotta verso un controllo europeo del rispetto dei valori dell'Unione negli Stati membri*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 605 ss.; E. CIMIOTTA, *La prima volta per la procedura di controllo sul rispetto dei valori dell'Unione prevista dall'art. 7 TUE? Alcune implicazioni per l'integrazione europea*, in *europeanpapers.eu*, 2016, p. 1253 ss. Sulla relazione sullo Stato di diritto si v. invece: L. PECH, P. BÁRD, *The Commission's Rule of Law Report and the EU Monitoring and Enforcement of Article 2 TEU Values*, in *Studio per le commissioni LIBE e AFCO del Parlamento europeo*, February 2022.

contesto, a dimostrazione che non si tratta di uno strumento né radicale, né estraneo all'ordinamento dell'UE (par. 2). In secondo luogo, ci si concentrerà su due aspetti giuridici particolarmente controversi del regolamento, ossia la base giuridica e il rischio di sovrapposizione con le procedure *ex* art. 7 TUE, nonché il suo valore aggiunto (par. 3). Particolare attenzione verrà data alle sentenze "sorelle" della Corte di giustizia del 16 febbraio 2022 relative ai ricorsi di annullamento contro il regolamento presentati da Ungheria e Polonia[9]. Le due sentenze sono molto simili ma, come già sottolineato in dottrina[10], non possono essere considerate "gemelle" in quanto i due Stati membri hanno presentato motivi di ricorso – nove l'Ungheria e undici la Polonia – formulati in maniera differente. Infine, si discuteranno i problemi di efficacia che sembrano affliggere l'attuale strumento e alcune ipotesi di modifica (par. 4).

2. *Genesi e vicissitudini del regolamento 2020/2092*

Negli ultimi anni, il tema di una condizionalità relativa allo Stato di diritto è stato al centro del dibattito sulla tutela dei valori europei *ex* art. 2 TUE. Una prima proposta in questo senso, risalente al 2013, era contenuta nella lettera inviata dai Ministri degli Affari esteri di Germania, Olanda, Danimarca e Finlandia all'allora Presidente della Commissione Barroso, in cui sottolineava l'esigenza di esplorare nuove opzioni per incentivare il rispetto dello Stato di diritto fra cui, come *extrema ratio* ("last resort"), anche la sospensione dei fondi europei[11]. Per quanto concerne il dibattito accademico, significativa fu la proposta di Scheppele relativa ad una procedura di infrazione cosiddetta "sistemica" al termine della quale si suggeriva la possibilità di so-

[9] Sentenze della Corte del 16 febbraio 2022, cause C-156/21, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, e C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*.

[10] B. NASCIMBENE, *Stato di diritto, bilancio e Corte di giustizia*, in *rivista.eurojus.it*, 2022, p. 114 ss.; J. ALBERTI, *Adelante, presto, con juicio. Prime considerazioni sulle sentenze della Corte di giustizia che sanciscono la legittimità del "Regolamento condizionalità"*, in *rivista.eurojus.it*, 2022, p. 25 ss.

[11] Lettera dei Ministri degli Affari esteri di Germania, Olanda, Danimarca al Presidente Barroso del 6 marzo 2013, www.ia800905.us.archive.org/23/items/DutchGovernmentEU06032013/DutchGovernment%20EU_06-03-2013.pdf.

spendere i fondi europei, sebbene nell'ambito di una procedura *ex* art. 260 TFUE[12].

In realtà non si trattava di proposte particolarmente innovative. La condizionalità – temine a cui si può ricondurre "la pratica di Stati e organizzazioni internazionali di subordinare aiuti e accordi di cooperazione con altri Paesi all'osservanza di una serie di requisiti, quali la stabilità finanziaria, la *good governance*, il rispetto per i diritti umani, la democrazia, la pace e la sicurezza internazionale"[13] – è uno strumento ben noto nell'ordinamento dell'Unione e variegatamente utilizzato[14], seppure con alterne fortune, tanto a livello interno, ad esempio nell'ambito dell'Unione economica e monetaria[15],

[12] K. L. SCHEPPELE, *Enforcing the Basic Principles of EU Law through Systemic Infringement Actions*, in C. CLOSA, D. KOCHENOV, *Reinforcing the Rule of Law Oversight*, cit., p. 105 ss.

[13] C. PINELLI, *"Conditionality"*, in AA.VV., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2013.

[14] Per un approfondimento sull'utilizzo della condizionalità economica nell'UE si v. A. BARAGGIA, *Ordinamenti giuridici a confronto nell'era della crisi: la condizionalità economica in Europa e negli Stati nazionali*, Torino, 2017.

[15] Una ben nota forma di condizionalità europea è certamente quella applicata nel contesto della crisi del debito sovrano. L'assistenza finanziaria nel quadro dell'Unione economica e monetaria è stata subordinata all'adozione di una serie di riforme strutturali dei sistemi fiscale e sociale degli Stati membri, generalmente stabilite in un memorandum di intesa concluso tra la lo Stato beneficiario e la Commissione, o i Paesi prestatori, a seconda della natura intergovernativa o sovranazionale dei vari meccanismi. Si tratta di un sistema di condizionalità particolarmente invasiva nei sistemi interni degli Stati membri: nel contesto di quella che Kilpatrick considera la "euro-crisis law", esso ha impattato fortemente sul sistema sociale degli Stati membri coinvolti, ma ha anche avuto ripercussioni costituzionali per il sistema giuridico dell'Unione. C. KILPATRIK, *Constitutions, Social Rights and Sovereign Debt States in Europe: A Challenging New Area of Constitutional Inquiry*, in T. BEUKERS, B. DE WITTE, C. KILPATRICK, *Constitutional Change Throughout Euro-Crisis Law*, Cambridge, 2017, p. 279 ss. Il tema della crisi del debito sovrano e dei suoi risvolti giuridici è stato oggetto di un'estesa trattazione dottrinale. In questa sede si rimanda, senza pretesa di esaustività a: G. ADINOLFI, M. VELLANO (a cura di), *La crisi del debito sovrano degli stati dell'area euro: profili giuridici*, Torino, 2013; F. MUNARI, *Crisi dell'euro e crisi delle regole: rule of law o ragion politica? Il diritto dell'Unione europea dinanzi a nuove sfide*, in O. PORCHIA (a cura di), *Governance economica europea*, Napoli, 2015, p. 33 ss.; F. DONATI, *Crisi dell'euro, Governance Economica e Democrazia nell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 2, 2013, p. 337 ss.; A. VITERBO, R. CISOTTA, *La crisi del debito sovrano e gli interventi dell'UE: dai primi strumenti finanziari al Fiscal Compact*, in *Il diritto dell'Unione*

quanto nell'azione esterna[16]. Inoltre, forme di condizionalità sono ampiamente impiegate nel settore dei finanziamenti europei[17].

Nemmeno una condizionalità relativa ai valori europei è qualcosa di inedito. Il rispetto dei valori di cui all'art. 2 TUE è da lungo tempo un prerequisito essenziale per l'adesione all'Unione: inizialmente previsto tra i cosiddetti "criteri di Copenaghen" del 1993[18], tale requisito è stato poi costituzionalizzato nell'attuale art. 49 TUE, che regola appunto la procedura di adesione[19]. Inoltre, nell'ambito del Meccanismo di cooperazione e verifica (MCV) previsto dagli accordi di adesione di Romania e la Bulgaria[20], l'Unione ha di fatto condizionato l'ingresso dei due Paesi nello Spazio

europea, 2012, p. 323 ss.; M. RUFFERT, *The European debt crisis and European Union law,* in *Common Market Law Review*, 2011, p. 1777 ss.

[16] La pratica dell'Unione di includere clausole relative al rispetto dei diritti umani e della democrazia negli accordi con i Paesi terzi è particolarmente consolidata. A titolo di esempio si può citare la decisione 2020/701, del 25 maggio 2020, sulla fornitura di assistenza macrofinanziaria ai Paesi partner dell'allargamento e del vicinato nel contesto della pandemia di Covid-19, che all'art. 2 subordina la concessione dell'assistenza finanziaria "alla condizione preliminare del rispetto, da parte del paese partner, di meccanismi democratici effettivi — compresi un sistema parlamentare multipartitico e lo Stato di diritto — e dei diritti umani". Si v. per una discussione in merito alla condizionalità nell'azione esterna dell'Unione: S. POLI, *The Principle of Conditionality in the EU's Relations with its Neighbours: its Evolution and Reconciliation with the Principle of Consistency*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2018, p. 525 ss.; S. ANGIOI, *Il principio di condizionalità e la politica mediterranea dell'Unione europea*, Napoli, 2006; L. BARTELS, *Human Rights Conditionality in the EU's International Agreements*, Oxford, 2005; A. TIZZANO, *L'azione dell'Unione europea per la promozione e la protezione dei diritti umani*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1999, p. 163 ss.

[17] Art. 62 del regolamento 2018/1046 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 luglio 2018, che stabilisce le regole finanziarie applicabili al bilancio generale dell'Unione. Per un'analisi della condizionalità relativa ai fondi europei si v. V. VIȚĂ, *Revisiting the Dominant Discourse on Conditionality in the EU: The Case of EU Spending Conditionality*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2017, p. 116 ss.; R. BIEBER, F. MAIANI, *Enhancing Centralized Enforcement of EU Law: Pandora's Toolbox?,* in *Common Market Law Review*, 2014, p. 1073 ss.

[18] Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Copenaghen, del 21-22 giugno 1993, punto A(iii).

[19] Ai sensi dell'art. 49 TUE "Ogni Stato europeo che rispetti i valori di cui all'articolo 2 e si impegni a promuoverli può domandare di diventare membro dell'Unione".

[20] Si v., per la Romania, la decisione della Commissione 2006/928/CE e, per la Bulgaria, la decisione 2006/929/EC, entrambe adottate il 13 dicembre 2006.

Schengen all'ottemperanza dei paramenti del MCV, fortemente legati al rispetto dello Stato di diritto[21]. Oramai, la condizionalità ha assunto dunque un ruolo di primo piano e trasversale alle varie politiche dell'Unione[22].

Ciononostante, le istituzioni europee si mostrarono inizialmente piuttosto reticenti a dare seguito alle prime proposte relative ad una condizionalità per lo Stato di diritto[23], con la sola eccezione del Parlamento europeo[24]. Fu solo con l'avvicinarsi del nuovo Quadro finanziario pluriennale (QFP) 2021-2027 che il vento in Commissione iniziò a cambiare. Ciò sia perché alcuni Commissari, *in primis* Öttinger and Jourova, allora responsabili delle Direzioni Generali Bilancio e Giustizia, non nascondevano il loro favore verso il meccanismo[25], sia soprattutto a causa del progressivo peggioramento del livello dello Stato di diritto in Polonia attraverso numerosi attacchi all'indipendenza della magistratura. Nel maggio 2018 la Commissione finalmente presentò una proposta di regolamento intitolata "Tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri"[26]. Tale proposta era parte del pacchetto legislativo per il nuovo QFP 2021-2027, sebbene formalmente indipendente rispetto ad esso. Si trattativa di una scelta probabilmente motivata dall'intento di evitare sia che il regolamento fosse sottoposto al (notoriamente problematico) voto

[21] A. SPENDZHAROVA, M. VACHUDOVA, *Catching Up? Consolidating Liberal Democracy in Bulgaria and Romania after EU Accession*, in *West European Politics*, 2012, p. 39 ss.

[22] Per un approfondimento sull'utilizzo estensivo della condizionalità relativa ai valori e sul suo impatto sull'ordinamento giuridico dell'Unione si v. A. BARAGGIA, M. BONELLI, *Linking Money to Values: the new Rule of Law Conditionality Regulation and its constitutional challenges*, in *German Law Journal*, 2021, p. 131 ss.

[23] Addirittura, nel 2017 l'allora Presidente della Commissione Juncker definiva la condizionalità relativa allo Stato di diritto un "veleno per il continente". F. EDER, *Juncker: German Plan to Link Funds and Rules Would Be 'Poison'*, in *politico.eu*, 1st June 2017.

[24] Si v. la risoluzione del 14 marzo 2018 sul prossimo QFP, 2017/2052(INI), in cui il Parlamento europeo "invita la Commissione a proporre un meccanismo secondo cui gli Stati membri che non rispettano i valori sanciti all'articolo 2 del trattato sull'Unione europea (TUE) possono subire conseguenze finanziarie", punto 119.

[25] E. MAURICE, *Commission hints at political conditions for EU funds*, in *EUobserver*, 30 May 2017; E. ZALAN, *Justice commissioner links EU funds to 'rule of law'*, in *EUobserver*, 31 October 2017.

[26] Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri, COM/2018/324final.

unanime del Consiglio[27], sia che venisse meno l'accordo sul nuovo QFP proprio in ragione del meccanismo sulla condizionalità, apertamente osteggiato dagli Stati membri appartenenti al cosiddetto gruppo di Visegrád[28].

Effettivamente, come temuto dalla Commissione, la proposta divise Stati membri e istituzioni europee tra convinti sostenitori e agguerriti oppositori, dilungando i tempi della sua approvazione[29]. Solo il 5 novembre 2020 il colegislatore è riuscito a raggiungere un accordo in sede di trilogo, di fatto rinunciando ad alcuni aspetti non secondari del meccanismo e determinando probabilmente una diluizione della sua efficacia, come verrà discusso nel successivo par. 4. Successivamente, a causa della minaccia di Ungheria e Polonia di non votare il QFP per il periodo 2021-2027 a meno che il regolamento di condizionalità non venisse nuovamente modificato, un ulteriore compromesso è stato concordato in sede di Consiglio europeo nel dicembre 2020, dove i leader europei si sono accordati su un'interpretazione del regolamento condizionalità che fosse in grado di sbloccare l'*impasse* politica[30]. Ciò ha reso possibile l'approvazione definitiva del regolamento e la sua entrata in vigore il 1° gennaio 2021.

[27] Come richiesto dall'art. 312, par. 2, TFUE che disciplina l'approvazione del Quadro finanziario pluriennale.

[28] Il cosiddetto "Gruppo di Visegrád" è un'alleanza formata da Polonia, Repubblica Ceca, Slovacchia e Ungheria costituitasi durante un vertice tra i relativi capi di Stato e di governo che si è tenuto nell'omonima città ungherese il 15 febbraio 1991.

[29] Si v. in merito il critico parere del Servizio giuridico del Consiglio relativo alla proposta della Commissione, 13593/18 e la posizione del Parlamento in prima lettura: risoluzione legislativa del Parlamento europeo, del 4 aprile 2019, sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri, P8_TA-PROV(2019)0349. Quest'ultima dimostrava un generale apprezzamento della proposta, ma presentava una serie di emendamenti volti ad incrementare tanto il ruolo del PE nel meccanismo di condizionalità quanto il coinvolgimento di un panel di esperti indipendenti. Si v. per un'analisi P. MORI, *Gli strumenti di tutela del rispetto dello Stato di diritto: verso una condizionalità politico-finanziaria* in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, p. 187 ss.

[30] Conclusioni del Consiglio europeo, del 10 e 11 dicembre 2020, EUCO 22/20, disponibili all'indirizzo: www.consilium.europa.eu/media/47332/1011-12-20-euco-conclusions-it.pdf.

3. *Profili giuridici del regolamento: gli aspetti più controversi e il valore aggiunto*

Il regolamento 2020/2092 istituisce un meccanismo orizzontale di condizionalità, applicabile in ogni situazione di esecuzione del bilancio europeo[31]. In estrema sintesi, esso consente all'Unione di adottare una serie di misure a protezione del bilancio – quali la sospensione e/o la riduzione dei pagamenti o degli impegni giuridici – nei confronti di uno Stato membro dove sono in corso violazioni del principio dello Stato di diritto. Tali misure devono essere proposte dalla Commissione, dopo aver sentito lo Stato interessato, e successivamente adottate dal Consiglio a maggioranza qualificata[32]. La stessa procedura si applica nel caso di revoca delle misure.

Due sono le condizioni necessarie per l'applicazione del meccanismo: l'esistenza di una violazione dello Stato di diritto[33] – che deve interessare le condotte delle autorità nazionali responsabili del bilancio europeo elencate all'art. 4, par. 2, del regolamento – e l'impatto – attuale o potenziale – sulle finanze dell'Unione. Non si tratta dunque di un meccanismo applicabile ad ogni possibile violazione dello Stato di diritto, ma solamente a quelle "che compromettono o rischiano seriamente di compromettere "*in modo sufficientemente diretto*" la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o la tutela degli interessi finanziari dell'Unione". Così si esprime l'art. 4, par. 1, del regolamento, dove sono anche indicate, in maniera tassativa, le situazioni che possono portare all'adozione di misure[34]. Presupposto del meccanismo è

[31] Pertanto, il meccanismo di condizionalità è applicabile anche ai finanziamenti legati al programma *Next Generation EU* (regolamento 2020/2094), come esplicitato anche al considerando n. 7 del regolamento. Per un'analisi del *Next Generation EU* si rimanda a: L. CALZOLARI, F. COSTAMAGNA, *La riforma del bilancio e la creazione di SURE e Next Generation EU*, in P. MANZINI, M. VELLANO (a cura di), *Unione europea 2020: i dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea*, Padova, 2021, p. 169 ss.; L. LIONELLO, *Next Generation EU: has the Hamiltonian moment come for Europe?*, in *rivista.eurojus.it*, 2020, p. 22 ss.

[32] Art. 6 del regolamento 2092/2020.

[33] L'art. 3 del regolamento fornisce un elenco esemplificativo delle violazioni dello Stato di diritto rilevanti ai fini del regolamento. Vale la pena sottolineare che all'art. 2(a) il regolamento offre altresì una nozione legislativa dello Stato di diritto.

[34] Tuttavia, la clausola di chiusura prevista alla lett. h dell'art. 4, par. 2, fa espressamente riferimento a "altre situazioni o condotta di autorità rilevanti per la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o per la tutela dei suoi interessi finanziari".

quindi un nesso di causalità intercorrente tra le violazioni dello Stato di diritto e un pericolo per le finanze dell'Unione; elemento questo che è stato rafforzato nell'ambito dell'*iter* legislativo che ha interessato il regolamento[35]. Tra l'altro, anche il titolo del regolamento è stato modificato in questo senso, passando dalla "tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri" ad un "regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione"[36]. L'art. 5, par. 3, rinforza ulteriormente l'elemento della causalità, precisando che le misure adottate a norma del regolamento devono essere proporzionate all'impatto delle violazioni dello Stato di diritto sulle finanze europee.

Sebbene criticato da parte della dottrina[37], il nesso di causalità è in realtà un presupposto essenziale per giustificare la scelta della base giuridica del regolamento, ossia l'art. 322, par. 1, lett. a, TFUE, che disciplina l'adozione dei regolamenti finanziari dell'Unione, da adottare con procedura legislativa ordinaria, previa consultazione della Corte dei conti. È innegabile che la Commissione abbia scelto questa base giuridica alla luce di considerazioni squisitamente politiche, *in primis* la possibilità di ricorrere alla procedura di adozione a maggioranza qualificata. Ciononostante, la legittimità dello strumento deve essere valutata tanto alla luce del contenuto quanto della sua

[35] Sull'importanza del rafforzamento del nesso causale nel corso dell'iter legislativo ai fini della legalità del regolamento di condizionalità si v. anche le conclusioni dell'Avvocato generale Sanchez-Bordona relative alla causa C-156/21, *Ungheria c. Parlamento europeo e Consiglio*, punti 165-169.

[36] La proposta originaria della Commissione era più generica e si limitava a prevedere l'adozione delle misure "qualora una carenza generalizzata riguardante lo Stato di diritto in uno Stato membro comprometta o rischi di compromettere i principi di una sana gestione finanziaria o la tutela degli interessi finanziari dell'Unione". Ciò aveva suscitato alcune perplessità circa la compatibilità con i Trattati. V. M. FISICARO, *Rule of Law Conditionality in EU Funds: The Value of Money in the Crisis of European Values*, in *europeanpapers.eu*, 2019, p. 695 ss.; A. CIRCOLO, *È la rule of law a proteggere il bilancio dell'Unione o viceversa? La nuova proposta di regolamento «sulle carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto»*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 395 ss.

[37] S. PLATON, *Bringing a Knife to a Gunfight: The European Parliament, the Rule of Law Conditionality, and the action for failure to act*, in *verfassungsblog.de*, 6 November 2021, www.staging.verfassungsblog.de/bringing-a-knife-to-a-gunfight/; E. CANNIZZARO, *Neither Representation nor Values? Or, "Europe's Moment" – Part II*, in *europeanpapers.eu*, 2020, p. 1101 ss.

coerenza con la relativa base giuridica, la cui scelta deve fondarsi, secondo giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, "su elementi oggettivi, tali da poter formare oggetto di sindacato giurisdizionale, tra cui, in particolare, lo scopo e il contenuto dell'atto"[38]. Orbene, come sottolineato dalla Corte nelle sentenze "sorelle" del febbraio 2022[39], il regolamento sulla condizionalità persegue effettivamente la finalità di proteggere il bilancio dell'Unione, come emerge da "i tipi di misure che possono essere adottate, i criteri relativi alla scelta e alla portata delle stesse e le condizioni per l'adozione e la revoca di dette misure, in quanto si ricollegano tutti a un pregiudizio o a un rischio serio di pregiudizio per la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione"[40]. In particolare, sono proprio il nesso di causalità previsto all'art. 4, par. 1, e le condotte elencate al successivo par. 2 del regolamento a consentire "alle istituzioni dell'Unione di procedere a un esame di situazioni negli Stati membri solo nei limiti in cui esse siano rilevanti per la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o per la tutela dei suoi interessi finanziari" e di adottare "opportune misure"[41]. Pertanto, queste situazioni potranno "rientrare nell'ambito di una regola finanziaria, ai sensi dell'articolo 322, paragrafo 1, lettera a), TFUE, che assume la forma di un meccanismo di condizionalità orizzontale collegato al rispetto da parte di uno Stato membro del valore dello Stato di diritto"[42].

Con queste parole la Corte sembra aver finalmente "messo una pietra sopra" all'annosa questione del fondamento giuridico del regolamento 2020/2092 e dell'importanza di un forte collegamento tra violazioni dello

[38] Causa C-376/98, *Germania c. Parlamento e Consiglio*, punto 59.

[39] In commento alle sentenze si v. E. PAGANO, *Brevi note sulle sentenze relative al regolamento condizionalità*, in *BlogDUE*, 5 aprile 2022; J. ALBERTI, *Il Regolamento condizionalità è pienamente legittimo e, Ucraina permettendo, certamente attivabile. Prime riflessioni sulle sentenze della Corte di giustizia nelle cause C-156/21 e C-157/21*, in *BlogDUE*, 17 marzo 2022; E. PERILLO, *Il rispetto dello "Stato di diritto europeo" alla luce delle sentenze Ungheria e Polonia sulla clausola di condizionalità finanziaria. Quali prospettive?* in *BlogDUE*, 16 marzo 2022.

[40] Sentenza *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 114 e sentenza *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 128.

[41] Sentenza *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 144 e sentenza *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 162.

[42] Sentenza *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 145 e sentenza *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 163.

Stato di diritto e tutela del bilancio europeo: il regolamento istituisce uno strumento finanziario che, pertanto, ha come primaria finalità la tutela gli interessi finanziari dell'Unione, sebbene esso persegua, allo stesso tempo, anche la tutela dello Stato di diritto.

Nelle stesse sentenze la Corte si è pronunciata su un'ulteriore questione particolarmente cara a Polonia e Ungheria, ma altrettanto importante per la "ragion d'essere" del regolamento condizionalità[43], ossia la presunta elusione da parte di quest'ultimo della procedura prevista all'art. 7 TUE. Innanzitutto, la Corte ha respinto l'argomentazione delle ricorrenti secondo cui lo Stato di diritto può essere tutelato dall'Unione solo nell'ambito di una procedura politica *ex* art. 7 TUE e ciò alla luce delle varie disposizioni dei Trattati che "conferiscono alle istituzioni dell'Unione la competenza a esaminare, constatare e, se del caso, sanzionare violazioni dei valori enunciati all'articolo 2 TUE commesse in uno Stato membro"[44].

In secondo luogo, sebbene l'Unione non possa istituire procedure parallele a quelle dell'art. 7 TUE senza violare quest'ultima disposizione, essa è comunque legittimata ad adottare altri strumenti a tutela dei propri valori che "si distinguano sia per il loro scopo sia per il loro oggetto dalla procedura prevista all'articolo 7 TUE"[45]. Nel caso di specie, la Corte ha valutato che il regolamento sulla condizionalità e l'art. 7 TUE perseguono due finalità differenti, in quanto il primo "ha la finalità di garantire, conformemente al principio di sana gestione finanziaria enunciato all'articolo 310, paragrafo 5, e all'articolo 317, primo comma, TFUE, la protezione del bilancio dell'Unione in caso di violazione dei principi dello Stato di diritto in uno Stato membro, e non già di sanzionare, mediante il bilancio dell'Unione, violazioni dei principi dello Stato di diritto"[46]. Gli oggetti delle due procedure

[43] B. NASCIMBENE, *Stato di diritto*, cit.

[44] Sentenza *Ungheria c. Parlamento e Consiglio,* cit., punto 159 e sentenza *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 195. La Corte fa riferimento non solo all'art. 19 TUE, ma anche alle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali che precisano i valori di dignità umana, libertà, uguaglianza, rispetto dei diritti umani, e non discriminazione, nonché agli artt. 8, 10,19, par. 1, 153, par. 1, lett. i) e 157, par. 1, TFUE. V. sentenza *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., punti 193-194.

[45] Sentenza *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 168 e sentenza *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 207.

[46] Sentenza *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 171 e sentenza *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 210.

sono distinti sia alla luce dei diversi ambiti di applicazione – l'insieme dei valori *ex* art. 2 TUE per l'art. 7, solo lo Stato di diritto, ed in relazione ad un'incidenza sul bilancio, per il meccanismo di condizionalità – sia in ragione delle differenti procedure e sanzioni applicabili[47].

Infine, un ultimo passaggio delle sentenze che merita una menzione *a latere* è certamente quello in cui la Corte afferma che i valori *ex* art. 2 TUE "definiscono l'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune",[48] e pertanto invia un "monito" agli Stati a rispettare lo Stato di diritto[49]. Ciò appare ancor più evidente nei punti relativi al rispetto dell'identità nazionale degli Stati membri, dove la Corte specifica che la discrezionalità offerta dall'art. 4, par. 2, TUE agli Stati nel dare attuazione al principio dello Stato di diritto, "non comporta in alcun modo che tale obbligo di risultato possa variare da uno Stato membro all'altro"[50]. E la Corte nel proprio precisa ancora che "pur disponendo di identità nazionali distinte, insite nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, che l'Unione rispetta, gli Stati membri aderiscono a una nozione di «Stato di diritto» che condividono, quale valore comune alle loro proprie tradizioni costituzionali, e che si sono impegnati a rispettare in modo continuativo"[51].

Finalmente superate, grazie alle pronunce della Corte, le questioni giuridiche più complesse e confermata la validità del regolamento, il meccanismo di condizionalità entra finalmente a pieno titolo all'interno della *toolbox* dell'Unione a difesa dei propri valori. L'importanza di tale strumento non deve certamente essere sottovalutata. Innanzitutto, esso svolge la fondamen-

[47] Sentenza *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto, punti 173-178 e sentenza *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., punti 212-218.

[48] Sentenza *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 127 e sentenza *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 145. In merito si v. G. PITRUZZELLA, *L'Unione europea come 'comunità di valori' e la forza costituzionale del valore dello 'stato di diritto'*, in *federalismi.it*, 2021, p. iv ss.

[49] B. NASCIMBENE, *Stato di diritto*, cit.

[50] Sentenza *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 233 e sentenza *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 265. Si v. per un commento P. FARAGUNA, T. DRINÓCZI, *Constitutional Identity in and on EU Terms*, in *verfassungsblog.de*, 21 February 2022, www.verfassungsblog.de/constitutional-identity-in-and-on-eu-terms/.

[51] Sentenza *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 234 e sentenza *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 266. Per un'analisi della relazione tra gli art. 2 e 4 TUE si v. L. S. ROSSI, *Il valore giuridico dei valori. L'Articolo 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del diritto primario dell'UE e rimedi giurisdizionali*, in *federalismi.it*, 2020, p. iv ss.

tale funzione costituzionale di "vigilare" sul rispetto, da parte degli Stati membri, delle cessioni di sovranità alle quali si sono vincolati con l'adesione all'Unione[52]. Alcuni autori hanno persino sostenuto che, data la sua associazione con il *Next Generation EU,* potrebbe trattarsi di un primo passo verso una "trasformazione costituzionale" dell'Unione[53].

In secondo luogo, la creazione di un meccanismo specifico che lega il rispetto dello Stato di diritto all'erogazione dei fondi europei può essere letta come un espresso impegno dell'Unione a farsi carico dei propri valori. Esso ha infatti il merito di integrare i valori *ex* art. 2 TUE nel regno dei finanziamenti europei, notoriamente pervaso da logiche economico-finanziarie. Inoltre, il fatto che il legame tra fondi e rispetto dello Stato di diritto discenda non da un'interpretazione "acrobatica" di poche disposizioni relative alla normativa finanziaria settoriale, ma da un atto legislativo a ciò specificamente dedicato, va ad accrescere la legittimità dell'azione dell'Unione nel settore della tutela dei valori, nonché la sua trasparenza. Ciò non può che rappresentare uno sviluppo positivo, specialmente in un'epoca in cui la legittimità dell'azione dell'Unione in svariati settori è contestata[54].

Tutto ciò contribuisce al rafforzamento dell'Unione come "comunità di valori", ossia quale comunità che prende seriamente il proprio dovere di promozione di tali valori, in linea con il dettato degli artt. 3, par. 1, e 13, par. 1, TUE. Affinché la tutela dello Stato di diritto sia presa sul serio è infatti necessario che l'Unione presti maggiore attenzione ai propri valori tanto nella fase di progettazione quanto in quella di attuazione delle sue varie politiche. In particolare, le regole di bilancio sono un veicolo importante per tradurre l'impegno dell'UE verso i propri valori in azioni concrete. Il modo in cui l'Unione decide di spendere (o non spendere) le proprie risorse è infatti indicativo del tipo di politiche che essa persegue e, in ultima istanza, del tipo di comunità che intende essere.

[52] S. BARTOLE, P. FARAGUNA, *La condizionalità nell'Unione, i carrarmati fuori dell'Unione*, in *Diritti comparati*, 17 marzo 2022, www.diritticomparati.it/la-condizionalita-nellunione-i-carrarmati-fuori-dellunione/.

[53] P. LINDSETH, C. FASONE, *Rule-of-Law Conditionality and Resource Mobilization – the Foundations of a Genuinely 'Constitutional' EU?* in *verfassungsblog.de*, 12 December 2020, www.verfassungsblog.de/rule-of-law-conditionality-and-resource-mobilization-the-foundations-of-a-genuinely-constitutional-eu/.

[54] J. H. H. WEILER, *Europe in Crisis – On 'Political Messianism', 'Legitimacy' and the 'Rule of Law'*, in *Singapore Journal of Legal Studies*, 2012, p. 248 ss.

Inoltre, se correttamente applicato, il regolamento potrebbe positivamente contribuire alla riduzione del cosiddetto "dilemma di Copenhagen"[55], ossia il divario tra l'azione esterna e interna dell'Unione in materia di rispetto dei valori fondamentali. Difatti, il rispetto dei valori rappresenta un impegno imprescindibile della *membership* europea e non un "esame" da superare solamente durante la fase di adesione all'Unione. Come sottolineato dalla stessa Corte di giustizia, "uno Stato membro non può quindi modificare la propria normativa in modo da comportare una regressione della tutela del valore dello Stato di diritto"[56]. Riducendo il divario tra il "pre-" e il "post-" adesione, il regolamento condizionalità contribuisce pertanto a rafforzare la coerenza generale dell'azione dell'Unione tra azione esterna e interna.

4. *Uno strumento efficace a tutela dello Stato di diritto?*

L'effettivo impatto che lo strumento di condizionalità potrà avere nel contrastare i fenomeni di *rule of law backsliding* è al momento incerto poiché ad oggi esso manca di una prassi applicativa significativa. Tuttavia, alcune considerazioni sull'efficacia del meccanismo possono essere svolte alla luce delle sue caratteristiche e limiti strutturali. Innanzitutto, come la stessa Commissione europea sottolinea nelle *guidelines*, il meccanismo di condizionalità ha la potenzialità di essere molto più efficace nel tutelare il bilancio europeo dalle violazioni dello Stato di diritto rispetto al ricorso alla normativa finanziaria settoriale. Difatti, mentre quest'ultima è attivabile solo per i motivi specifici indicati nei vari regolamenti, il regolamento condizionalità ha una portata più ampia, che gli consente di essere più efficacie (almeno sulla carta) in un contesto di violazioni diffuse e ricorrenti dello Stato di diritto[57].

[55] V. REDING, *Safeguarding the Rule of Law and Solving the "Copenhagen dilemma": Toward a New EU-Mechanism*, discorso pronunciato al Consiglio degli Affari Generali del 22 aprile 2013, SPEECH/13/348. V. su questo punto anche F. CASOLARI, *Tutela dello stato di diritto e condizionalità finanziaria: much ado about nothing?*, in *EUblog*, 29 maggio 2021, eublog.eu/articolo/34752/Tutela-dello-stato-di-diritto-e-condizionalità-finanziaria:-much-ado-about-nothing/Casolari

[56] Sentenza della Corte del 20 aprile 2021, causa C-896/19, *Repubblika*, punto 63.

[57] Orientamenti sull'applicazione del regolamento 2020/2092, punti 39-42.

Alla luce di quanto esposto sopra, il limitato ambito di applicazione del meccanismo, relativo solo a quelle violazioni dello Stato di diritto – e non degli altri valori *ex* art. 2 TUE – che impattano sul bilancio dell'Unione, e la presenza del nesso causalità non costituiscono una scelta sbagliata del legislatore nel *drafting* dello strumento quanto una sua caratteristica intrinseca, necessaria per la stessa esistenza del relativo regolamento in quanto fondamentale per giustificare la scelta della base giuridica.

Piuttosto, sono altre le caratteristiche del regolamento, sopraggiunte quali modifiche in fase di approvazione, che ne hanno procrastinato l'attivazione e ne hanno ridotto – sebbene non compromesso – l'efficacia.

I principali elementi di differenza rispetto alla proposta iniziale della Commissione adottati in sede di trilogo nel novembre 2020 riguardano la procedura di approvazione delle misure per sospendere i fondi da parte del Consiglio, che è passata dalla maggioranza qualificata inversa alla maggioranza qualificata semplice, e l'introduzione, al considerando 26, di un cosiddetto "freno di emergenza". Quest'ultimo consente allo Stato membro interessato dalle sanzioni di chiedere il rinvio della questione al Consiglio europeo se ritiene che uno dei principi di obiettività, non discriminazione e parità di trattamento sia stato violato dalla Commissione. In questo caso, il Consiglio si asterrà dall'adottare una decisione fino a quando il Consiglio europeo non avrà discusso la questione, di norma entro tre mesi. La Commissione ha ritenuto di poter accettare questo compromesso in quanto "non dovrebbe rendere inefficace il meccanismo poiché non incide sul potere decisionale del Consiglio e sul ruolo della Commissione"[58]. A parere di chi scrive, questa argomentazione è decisamente poco convincente. Uno Stato membro che ritenesse illegittima la decisione che adotta le misure di sospensione dei fondi nei propri confronti potrebbe contestarla davanti alla Corte di giustizia, secondo il regime generale di impugnazione degli atti *ex* art. 263 TFUE. La stessa Corte è stata particolarmente critica relativamente al freno di emergenza in occasione delle sentenze del 16 febbraio scorso. Poiché questo non è richiamato in nessuna disposizione del regolamento, ma è previsto esclusivamente nel preambolo che, com'è noto, non ha valore vincolante, la Corte

[58] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo riguardante la posizione del Consiglio sull'adozione di un regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione, COM(2020)843final, p. 2.

ha ritenuto che il considerando n. 26 "non può essere invocato per derogare alle disposizioni stesse del regolamento impugnato né per interpretare tali disposizioni in un senso contrario al loro tenore letterale"[59].

Ad ogni modo, l'introduzione del freno di emergenza si traduce in un tentativo di ampliamento degli aspetti intergovernativi – e dunque delle considerazioni politiche – di un meccanismo che dovrebbe essere prevalentemente giuridico. Ed in questo senso va anche la nuova procedura di voto, indubbiamente la più infelice tra le modifiche adottate in sede legislativa. La necessità di una maggioranza qualificata nel Consiglio rischia infatti di indebolire profondamente l'efficacia del meccanismo. Le vicende relative alle procedure *ex* art. 7, par. 1, TUE, attivate nei confronti della Polonia nel dicembre 2017 e dell'Ungheria nel settembre 2018 e ancora pendenti, ben dimostrano le difficoltà – e soprattutto l'assenza di volontà politica – degli Stati membri a "rimproverare" un loro pari per questioni relative al rispetto dello Stato di diritto[60]. In compenso, è stato mantenuto l'obbligo per il Consiglio di pronunciarsi sulla questione al più tardi un mese dopo la decisione della Commissione[61]. Se non altro, gli Stati avranno dunque l'onere di pronunciarsi sulla proposta della Commissione e non potranno adottare la strategia del "decidere di non decidere" che invece hanno scelto in merito alle procedure *ex* art. 7, par. 1, TUE.

In generale, con l'accordo tra i co-legislatori il regolamento è stato modificato per inserire nuove garanzie per lo Stato membro interessato dalle misure (probabilmente per rispondere alle critiche di eccessiva nebulosità e generalità della proposta della Commissione) che tuttavia si traducono in una serie di formule dilatorie[62] che rischiano di posticipare inutilmente il momento effettivo di adozione delle misure di sospensione dei fondi.

[59] Sentenza *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 191.

[60] È significativo sottolineare che il 22 febbraio 2020, nel corso del Consiglio Affari Generali, si è tenuta l'ennesima audizione sullo Stato di diritto in Polonia nel quadro della procedura *ex* art. 7, par. 1, TUE. Tuttavia, ad oggi nessuna decisione sulla possibilità di adottare una costatazione ai sensi di tale disposizione è stata effettivamente presa. Si v. per un'analisi della quesione L. PECH, *Article 7 TEU: From 'Nuclear Option' to 'Sisyphean Procedure'?* in U. BELAVUSAU, A. GLISZCZYNSKA-GRABIAS (eds.) *Constitutionalism under Stress*, Oxford, 2020, p. 157 ss.

[61] Tale termine è prorogabile per altri due mesi.

[62] Si v. ad esempio l'ulteriore possibilità per lo Stato membro interessato di presentare osservazioni prevista all'art. 6, par. 7, del regolamento 2020/2092.

È invece da valutarsi in modo positivo l'introduzione di una serie di garanzie per i beneficiari e i destinatari finali dei fondi europei, che si traduce nel lasciare impregiudicati gli obblighi degli Stati sanzionati nei loro confronti, compreso quello di effettuare i pagamenti[63]. Tale requisito è stato criticato da parte della dottrina per il timore che possa risparmiare sanzioni alle persone appartenenti al sistema clientelare che sostiene i governi illiberali, *in primis* quello ungherese[64]. Tuttavia, si tratta di un rischio da correre in quanto il regolamento sulla condizionalità è uno strumento a portata generale e destinato ad applicarsi in futuro e non uno strumento confezionato su misura per "punire" i regimi ungherese e polacco. La stessa Corte di giustizia nelle sentenze del 16 febbraio sottolinea che la tutela dei terzi beneficiari rappresenta un ulteriore elemento a conferma del carattere non sanzionatorio del regolamento condizionalità[65]. La salvaguardia dei beneficiari dei fondi europei non può dunque non essere presa in considerazione solamente in ragione del collegamento tra alcuni di essi e i governi illiberali di Budapest e Varsavia.

Sfortunatamente, il compromesso politico raggiunto il 10 dicembre dai Capi di Stato e governo europei[66], grazie alla mediazione della presidenza tedesca, ha ulteriormente "ridimensionato" il regolamento, gettando un'altra ombra sulla sua efficacia[67]. Se alcuni punti delle conclusioni del Consiglio si "limitano" a ribadire o esaltare alcune caratteristiche del meccanismo a garanzia degli Stati membri[68], altri hanno invece introdotto elementi che incidono in maniera sostanziale sul suo contenuto. Come sostenuto in dottrina, ciò pare essere in tensione con il dettato dell'art. 15, par. 1, TUE, ai sensi del quale il Consiglio europeo "non esercita funzioni legislative", e dell'art. 278 TFUE, che prevede che i ricorsi proposti alla Corte di giustizia non abbiano

[63] Tale elemento, inserito all'art. 5, par. 2, 4 e 5, del regolamento è soprattutto il frutto delle pressioni del Parlamento europeo.

[64] K. L. SCHEPPELE, L. PECH, S. PLATON, *Compromising the Rule of Law while Compromising on the Rule of Law* in *verfassungsblog.de*, 13 December 2020, verfassungsblog.de/compromising-the-rule-of-law-while-compromising-on-the-rule-of-law/.

[65] Sentenza *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 115 e sentenza *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 129.

[66] Conclusioni del Consiglio europeo, del 10 e 11 dicembre 2020.

[67] B. NASCIMBENE, *Il rispetto della rule of law e lo strumento finanziario. La "condizionalità"*, in *rivista.eurojus.it*, 2021, p. 172 ss.

[68] Si v. in particolare i punti a, b, d, e, i e j delle conclusioni del Consiglio europeo.

effetto sospensivo[69]. Tuttavia, secondo altri autori, la partecipazione della Commissione al compromesso del dicembre 2020 deporrebbe a favore di una lettura delle conclusioni come l'espressione di un compromesso politico non giuridicamente vincolante tra le istituzioni europee[70].

Sicuramente il punto più controverso delle conclusioni è quello relativo alla richiesta alla Commissione di posticipare l'attivazione del meccanismo di condizionalità fino all'adozione di *guidelines* sulle modalità di applicazione del regolamento, da redigere successivamente alle pronunce della Corte di giustizia nei ricorsi di annullamento proposti da Polonia e Ungheria[71]. Tali orientamenti sono stati effettivamente adottati dalla Commissione il 2 marzo 2022, a conferma dell'intenzione di questa di "mantenere fede" a quanto richiesto nelle conclusioni del Consiglio europeo[72]. Nel frattempo, però, l'attivazione del meccanismo è stata ritardata di oltre un anno: un ritardo che ha spinto il Parlamento europeo, nell'ottobre 2021, ad attivare un ricorso in carenza *ex* art. 265 TFUE contro la Commissione[73].

Un altro elemento problematico delle conclusioni del Consiglio europeo è rappresentato dalla necessaria instaurazione di un "dialogo approfondito" tra la Commissione e lo Stato membro interessato – previsto come mera possibilità all'art. 6, par. 2, del regolamento – prima dell'adozione di misure relative sospensione dei fondi[74]. Tale elemento, che appare come una sorta di

[69] Una digressione sulle caratteristiche e dei problemi giuridici sottesi al compromesso in sede del Consiglio europeo esulerebbe dall'obiettivo di questo breve scritto. Per un'ottima analisi di queste problematiche si rimanda: B. NASCIMBENE, *Stato di diritto*, cit.; A. ALEMANNO, M. CHAMON: *To Save the Rule of Law You Must Apparently Break It*, in *verfassungsblog.de*, 11 December 2020, verfassungsblog.de/to-save-the-rule-of-law-you-must-apparently-break-it/; C. FASONE, *Crisi dello stato di diritto: condizionalità a tutela del bilancio dell'Unione e conclusioni del Consiglio europeo*, in *Quaderni Costituzionali*, 2021, p. 214 ss.

[70] A. BARAGGIA, M. BONELLI, *op. cit.*, p. 141.

[71] Punto c delle conclusioni del Consiglio europeo.

[72] Orientamenti sull'applicazione del regolamento 2020/2092 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione, C(2022)1382final.

[73] Causa pendente C-657/21, *Parlamento c. Commissione*. Purtroppo, tale azione è intervenuta tardi, con il rischio che la prossima attivazione del meccanismo faccia venir meno l'oggetto del ricorso in carenza.

[74] Punto g delle conclusioni del Consiglio europeo.

"nuovo quadro" relativo al meccanismo di condizionalità[75], rischia di ritardare ulteriormente il momento di adozione delle misure, a fronte di una procedura già sufficientemente – o meglio eccessivamente – attenta a salvaguardare il diritto degli Stati di essere sentiti.

Ciò detto, adesso che l'*impasse* – che pur era evitabile – relativa alle *guidelines* è stata finalmente superata, il meccanismo sulla condizionalità vedrà presto la sua prima attivazione. Il 19 novembre 2021 la Commissione europea aveva già inviato una lettera a Polonia e Ungheria chiedendo loro di fornire informazioni relative allo Stato di diritto nei rispettivi Paesi[76] – possibilità espressamente prevista dall'art. 6, par. 4, del regolamento. Più di recente, la Commissione ha annunciato di aver ufficialmente attivato il meccanismo di condizionalità per proteggere il bilancio dell'UE dalla corruzione dilagante in Ungheria e di aver inviato, il 27 aprile 2022, la notifica scritta ai sensi dell'art. 6, par. 1, del regolamento alle autorità magiare[77].

La prossima implementazione del regolamento rappresenterà dunque il "banco di prova" per testare la fedeltà delle istituzioni europee al proprio dovere – sancito all'art. 13, par. 1, TUE – di promuovere i valori europei. Nelle già menzionate sentenze la Corte ha precisato che l'art. 4 del regolamento richiede che il nesso sufficientemente diretto ed "effettivo" tra violazioni dello Stato di diritto e pregiudizio per gli interessi finanziari dell'UE sia "sistematicamente dimostrato" e non automaticamente constatato[78]. Sarà dunque necessario che la Commissione effettui un'attenta motivazione delle misure proposte su questo punto. Tuttavia, pendono a favore dell'effettività del regolamento il fatto che il rischio di compromissione degli interessi finanziari europei possa essere tanto attuale quanto potenziale[79], quanto il fat-

[75] Il nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto è stato lanciato dalla Commissione europea nel 2014 quale procedura "pre-articolo 7" allo scopo di prevenire il ricorso ad uno dei meccanismi previsti da suddetta disposizione.

[76] J. SHOTTER, S. FLEMING, M. KHAN, *European Commission presses Poland and Hungary on rule of law*, in *Financial Times*, 20 November 2021.

[77] *First case under the rule of law conditionality mechanism: Commission sends formal letter to Hungary*, in *EU Law Live*, 28 April 2021, www.eulawlive.com/first-case-under-the-rule-of-law-conditionality-mechanism-commission-sends-formal-letter-to-hungary/.

[78] Sentenza *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., punti 180 e 181.

[79] In merito la Corte di giustizia ha respinto l'argomentazione dell'Ungheria, sostenuta dalla Polonia, secondo cui la nozione di "rischio" all'art. 4, par. 1, del regolamento violerebbe il principio di certezza del diritto. La Corte ha infatti precisato che la prevenzione dei pregiu-

to che una violazione dello Stato di diritto riguardi anche settori ulteriori dell'azione dell'Unione non impatta sulla sua rilevanza ai fini del meccanismo di condizionalità.

Inoltre, la relazione fra il rispetto dello Stato di diritto e la tutela delle finanze dell'Unione non è affatto inverosimile e, purtroppo, nemmeno distante dalla realtà. È ben noto come in Ungheria le violazioni dello Stato di diritto riguardanti la diffusa corruzione e la gestione "familiare" degli appalti pubblici vadano a compromettere il corretto funzionamento delle autorità che eseguono il bilancio dell'Unione e provochino un flusso di fondi europei nelle tasche di familiari e amici del Presidente Orban[80]. Sebbene più difficile, un'attivazione del meccanismo di condizionalità nei confronti della Polonia è altrettanto possibile. Come sostenuto da Tridimas, una legge che pregiudica l'indipendenza di una Corte suprema quale quella oggetto della causa *Commissione c. Polonia*[81] potrebbe soddisfare le condizioni del regolamento: il ruolo e la posizione apicale di tale Corte nel sistema giudiziario la rendono suscettibile di incidere l'amministrazione della giustizia in tutti i settori, compresi quelli relativi agli interessi finanziari dell'UE elencati nell'art. 4, par. 2 del regolamento[82]. Il requisito del nesso causale potrebbe poi essere facilmente stabilito sulla base di una controversia pertinente in corso[83]. Inoltre, la Commissione sembra aver già "gettato le basi" per un suo intervento contro la Polonia nelle già menzionate *guidelines*, dove ha specificato che un esempio di rischio serio per il bilancio dell'Unione può sussistere "se determinate azioni delle autorità nazionali che danno esecuzione ai fondi dell'Unione mediante appalti pubblici, riscuotono risorse proprie dell'Unione o sono preposte al controllo, alla sorveglianza e all'audit finanziari dei fondi dell'Unione o indagano su presunti casi di frode, corruzione o

dizi al bilancio è "un'esigenza costante e orizzontale della normativa finanziaria dell'Unione". Si v. sentenza *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 266.

[80] Si v. in merito lo studio commissionato dal gruppo parlamentare dei Verdi/Alleanza Libera Europea e relativo ai possibili scenari per l'attivazione dello strumento di condizionalità nei confronti dell'Ungheria: K. L. SCHEPPELE, R. KELEMEN, J. MORIJIN, *The EU Commission has to cut funding to Hungary: The Legal Case*, 2021, www.greens-efa.eu/it/article/document/the-eu-commission-has-to-cut-funding-to-hungary-the-legal-case.

[81] Sentenza della Corte del 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia.*

[82] T. TRIDIMAS, *Editorial Note: Recovery Plan and Rule of Law Conditionality: A New Era Beckons?*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2020, p. VII ss, p. XVII.

[83] *Ibidem*.

altre violazioni del diritto dell'Unione che riguardano l'esecuzione dei fondi o delle entrate dell'Unione, non possono essere oggetto di un controllo effettivo da parte di tribunali pienamente indipendenti"[84].

Ciò detto, a parere di chi scrive, per il momento non sono necessarie modifiche al regolamento stesso, ma piuttosto una sua rapida prima applicazione. Nell'ambito della Conferenza sul futuro dell'Europa, il panel di cittadini "Democrazia europea/Valori e diritti, Stato di diritto, sicurezza" ha raccomandato di modificare il regolamento in modo che sia applicabile a tutte le violazioni dello Stato di diritto e non solo a quelle che incidono sul bilancio dell'Unione[85]. Tale proposta è poi confluita anche nella relazione sul risultato finale della conferenza[86]. Tuttavia, per le considerazioni fatte sopra, una tale soluzione non solo non è auspicabile, ma probamente nemmeno possibile, in quanto rischierebbe di snaturare lo strumento e di mettere in discussione la base giuridica scelta. Altrettanta cautela andrebbe esercitata in merito alla possibilità di includere il meccanismo di condizionalità nel prossimo regolamento finanziario[87], la cui revisione pare imminente[88]. Difatti, il rischio è quello che il meccanismo venga ridiscusso, modificato e ulteriormente ridimensionato, ogniqualvolta si pone il problema di una nuova revisione del regolamento finanziario.

[84] Orientamenti sull'applicazione del regolamento 2020/2092, punto 31, corsivo aggiunto.

[85] Raccomandazioni del Panel europeo di cittadini 2 "Democrazia europea / Valori e diritti, Stato di diritto, sicurezza", 2021, www.futureu.europa.eu/assemblies/citizens-panels/f/299/posts?assembly_slug=citizens-panels&component_id=299&locale=it.

[86] Relazione sul risultato finale della Conferenza sul futuro dell'Europa, 2022, p. 68.

[87] Per una proposta relativa all'inclusione del meccanismo di condizionalità si v. la Dichiarazione comune del Parlamento, del Consiglio e della Commissione allegata alla risoluzione legislativa del Parlamento europeo, del 16 dicembre 2020, relativa alla posizione del Consiglio in prima lettura in vista dell'adozione del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un regime generale di condizionalità per la tutela del bilancio dell'Unione, P9TA(2020)0356.

[88] Il 19 marzo 2021 la Commissione ha annunciato una revisione mirata del regolamento finanziario per allinearlo al nuovo QFP e ha avviato una consultazione pubblica. Una proposta della Commissione in merito è prevista nel 2022. L'iniziativa è disponibile al seguente indirizzo: www.ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12942-Revisione-mirata-delle-regole-finanziarie-applicabili-al-bilancio-generale-dellUE-il-regolamento-finanziario-_it.

5. *Conclusioni*

Il regolamento 2020/2092 rappresenta una novità importante nella *toolbox* dell'Unione a tutela dello Stato di diritto. Non solo la condizionalità è uno strumento il cui uso è consolidato in varie aree dell'azione dell'Unione, ma il regolamento stesso è stato giustamente inquadrato nel proprio settore, quello finanziario, senza per questo rinunciare all'elemento assiologico. Esso ha il merito di contribuire all'incorporazione dello Stato di diritto all'interno delle diverse politiche dell'UE, rafforzando dunque l'importanza del suo rispetto per la salvaguardia dell'ordinamento giuridico dell'Unione. Dopotutto, come ci ha ricordato la stessa Corte di giustizia nelle due sentenze "sorelle" sopra richiamate, i valori *ex* art. 2 TUE, tra i quali figura lo Stato di diritto, sono parte dell'identità costituzionale dell'Unione.

Si tratta, tuttavia, di uno strumento dal limitato ambito di applicazione. Certamente, esso non può andare a sostituire le procedure all'art. 7 TUE – tanto dal punto di vista giuridico, quanto da quello pratico – né le altre procedure per la salvaguardia dei valori europei, tra cui le azioni di infrazione. Il regolamento istituisce uno strumento *ad hoc* che, da solo, non potrà certamente portare ad una rapida soluzione della crisi dello Stato di diritto europea. Tuttavia, se correttamente e speditamente applicato, esso potrebbe diventare un valido alleato nel proteggere l'ordinamento giuridico dell'Unione e la sua identità costituzionale, ricordando agli Stati membri quali valori hanno dichiarato di professare al momento dell'adesione, e, allo stesso tempo, rafforzando l'Unione quale "comunità di valori".

Adesso l'attenzione deve spostarsi sul piano dell'implementazione del regolamento, per la quale "non ci sono più scuse"[89]. La Commissione deve cercare di applicarlo speditamente, senza farsi frenare dalle sue numerose formule dilatorie. A quel punto, spetterà ai rappresentati dei governi del Stati membri prendere una decisione. Certamente, l'ombra del voto a maggioranza qualificata si allunga sull'effettiva implementazione del meccanismo: ancora una volta, il vero e proprio *leitmotiv* dell'insufficiente *enforcement* dei valori europei rischia di essere l'assenza di volontà politica negli Stati membri. Tuttavia, poiché – a differenza delle procedure *ex* art. 7 TUE – il rego-

[89] L. PECH, *No More Excuses: The Court of Justice greenlights the rule of law conditionality mechanism*, in *verfassungsblog.de*, 16 February 2022, verfassungsblog.de/no-more-excuses/.

lamento condizionalità prevede l'obbligo per il Consiglio di prendere una decisione in merito alla proposta della Commissione, questa volta gli Stati membri saranno almeno chiamati a "metterci la faccia" e dimostrare ciò che sono disposti a fare per la salvaguardia della *rule of law* europea.

EXPLORING THE EUROPEAN MEDICINE AGENCY'S NEW MANDATE

Ruben Della Pia[*]

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The European Medicine Agency. – 2.1. The EMA and the COVID-19 pandemic. – 2.2. European Agencies: an uneasy solution. – 3. The EMA's extended mandate. – 3.1. The task of monitoring and mitigating shortages of medicinal products: the mandate of the MSSG. – 3.1.1. The structure of the MSSG. – 3.1.2. The MSSG and the SPOC network. – 3.1.3. The MSSG reports and recommendations. – 3.2. The European Shortages Monitoring Platform. – 3.3. The task of facilitating the research and development of medicinal products. – 4. Final thoughts.

1. *Introduction*

The COVID-19 pandemic has been devastating to economies, societies, and lives worldwide. The Member States were caught off guard by the sheer dimension and the speed at which the virus initially spread. Each country started stockpiling whatever was needed to address the outbreak, from personal protective equipment (PPE) to medical ventilators.[1] The logic of being part of a Union was quickly set aside, limits to cross-border movements were reintroduced, and ignoring years of market globalization policies, EU countries adopted autarchic and inward-looking measures. When reality caught up with State policies, self-centered measures were seen to be inefficient: shortages of PPE across the continent were a standard feature. Despite having closed borders, the virus had spread everywhere.

The outbreak outstripped Member States' capabilities and has shown EU countries' deficiencies in health crisis management and the EU's lack of

[*] PhD student in European Union Law, University of Pisa. The author acknowledges valuable comments from Prof. Giacomo Di Federico, Prof. Ellen Vos, Dr. Merijn Chamon. The author alone is responsible for any shortcomings.

[1] M. GATTI, *La risposta europea all'emergenza da COVID-19,* in P. MANZINI, M. VELLANO (eds.), *Unione Europea 2020: I dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea*, Milano, 2021, pp. 40-41.

competencies on the subject.[2] The mechanisms at the disposal of the EU have not been able to ignite a timely common EU-level response or guarantee initial solidarity among the Member States,[3] giving them the way to adopt unilateral measures. The absence of a rationalized system in the collection and evaluation of data concerning public health crises, and deficiencies in the crisis management systems, have undermined Member States' ability to adopt well thought political decisions in regard to an EU-wide response and further strained national healthcare systems, already deprived of proper funding due to the last financial crisis.[4]

These shortcomings could be considered endemic to the EU and strictly linked to Member States' wish to limit Union's competencies in health-related matters. To the surprise of many citizens the EU has limited competencies within the realm of health, having a supporting, coordinating, or supplementing competence on health policies.[5] The Member States remain the leading actor, also having exclusive competence in healthcare.[6] This

[2] E. MAZZONI, *Towards a European Health Union: Lessons learned, future challenges*, 2021, p. 6, www.i-com.it/wp-content/uploads/2021/05/Policy-brief_-Towards-a-European-Health-Union.pdf.

[3] G. DI FEDERICO, *L'assistenza sanitaria transfrontaliera alla prova della pandemia*, in P. MANZINI, M. VELLANO (eds.), *op. cit.*, p. 73.

[4] G. DI FEDERICO, *Stuck in the Middle With You...Wondering What it is I should Do. Some Considerations on EU's Response to COVID-19*, in *rivista.eurojus.it*, vol. 3, 2020, p. 61. On the constraints put on national healthcare systems see M. E. FOLDES, *Health policy and health systems: a growing relevance for the EU in the context of the economic crisis*, in *Journal of European Integration*, vol. 38, n. 3, 2016, pp. 295-309.

[5] Art. 6, l. (a) TFEU. See also P. DE PASQUALE, *Le competenze dell'Unione europea in materia di sanità pubblica e la pandemia di Covid-19*, in *DPCE online*, vol. 43, n. 2, 2020, pp. 2295-2308; E. BROOKS, R. GEYERB, *The development of EU health policy and the Covid-19 pandemic: trends and implications*, in *Journal of European Integration*, vol. 42, n. 8, 2020, pp. 1057-1076.

[6] Art. 168 TFEU. It has to be mentioned that the Union had a considerable impact on health law nonetheless (D. S. MARTINSEN, R. SCHRAMA, *Networked Health Care Governance in the European Union*, in *Journal of Health Politics, Policy and Law*, vol. 46, n. 1, 2021, pp. 93-116; S. L. GREER ET AL., *Everything you always wanted to know about European Union health policies but were afraid to ask*, II ed., London, European Observatory on Health Systems and Policies, 2019, pp. 63-93, 119-125, 132-135; A. DE RUIJTER, *EU Health Law & Policy: The Expansion of EU Power in Public Health and Health Care*, Oxford, 2019, pp. 1-15, primarily through internal market development. In the wake of the

competence allocation, indeed, had seen the Member States adopt their policies, often mismatched with those of their neighbours, which ultimately generated an inadequate response that undermined European citizens' wellbeing.[7]

EU countries' inability to coordinate COVID-19 policies sparked a renewed debate between policymakers, academics, and commentators about health competencies allocation between the Member States and the EU. It has been argued that the EU should reform its legal framework while staying inside the boundaries of Art. 168 TFEU.[8] Others have been calling for a bolder approach, emphasizing the necessity of reforming the EU health competencies.[9]

In this state of affairs, EU citizens asked for greater involvement from the Union in managing health crises, with sixty-eight per cent of citizens wishing the EU had more competencies than those it currently has.[10] This meant European involvement in health policies had to be rethought. This

financial crisis, European health policies even extended to the MSs healthcare systems, imposing financial constraints on healthcare national budgets, leading to the adoption of fiscal governance mechanisms able to control budgetary decisions of MSs and supervise their structural reforms (see M. E. FOLDES, *op. cit.*; M. HENSHER ET AL., *Health care and the future of economic growth: exploring alternative perspectives*, in *Health Economics, Policy and Law,* vol. 15, n. 4, 2020, pp. 419-439).

[7] A. ALEMANNO, *Towards a European Health Union: Time to Level Up*, in *European Journal of Risk Regulation*, vol. 11, 2020, pp. 722-723.

[8] Art. 168. See also S. GREER, A. DE RUIJTER, *EU health law and policy in and after the COVID-19 crisis*, in *European Journal of Public Health,* vol. 30, n. 4, 2020, pp. 623-624, same position by A. DE RUIJTER, R. BEETSMA, B. BURGOON, F. NICOLI, F. VANDENBROUCKE, *EU solidarity in fighting COVID-19: state of play, obstacles, citizens' attitudes and ways forward*, 2020, www.voxeu.org/article/eu-solidarity-fighting-covid-19. See also M. GUY, *Beyond COVID-19: Towards a European Health Union*, in *European Journal of Risk Regulation*, vol. 11, n. 4, 2020, pp. 757-765.

[9] V. DELHOMME, *Emancipating Health from the Internal Market: For a Stronger EU (Legislative) Competence in Public Health*, in *European Journal of Risk Regulation*, vol. 11, n. 4, 2020, p. 748. See also G. BAZZAN, *Exploring Integration Trajectories for a European Health Union*, in *European Journal of Risk Regulation*, vol. 11, n. 4, 2020, pp. 736-746; O. BARTLETT, *COVID-19, the European Health Union and the CJEU: Lessons from the Case Law on the Banking Union*, in *European Journal of Risk Regulation*, vol. 11, n. 4, 2020, pp. 781-789.

[10] European Parliament, *Public Opinion in Times Of Covid-19. A Public Opinion Survey Commissioned by the European Parliament First Results*, www.europarl.europa.eu/at-your-service/files/be-heard/eurobarometer/2020/public_opinion_in_the_eu_in_time_of_coronavirus_crisis_2/en-covid19-survey2-key-findings.pdf.

buildup pushed the European Commission (EC) to propose on 11 November 2020 the European Health Union (EHU).[11]

The EHU aims to change how the EU and the Member States deal with health crisis management, enhancing their coordination on health issues, with the ultimate aim of preventing future chaotic scenes like the ones we witnessed at the beginning of the pandemic. A fundamental part of this structure is the mandate extensions of the European Centre for Disease Prevention and Control (ECDC) and the European Medicine Agency (EMA), as well as the establishment of one commission service, the newly established Health Emergency Preparedness and Response Authority (HERA). Each one of these is capable of addressing health crises from a different angle, hopefully offering a comprehensive crisis management system when combined.

The paper will exclusively focus on the EMA, of which the extended mandate has just come into force.[12] As regards the extended mandate of the ECDC, the European Parliament and Council reached a provisional agreement in November 2021. Today, both legislators endorsed the text; however, a plenary vote is scheduled for later in 2022.[13] The HERA, meanwhile, has come into being;[14] nonetheless, as Directorate-General does not raise the

[11] Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Building a European Health Union: Reinforcing the EU's resilience for cross-border health threats*, COM (2020) 724 of 11 November 2020; European Commission, *European Health Union: Protecting the health of Europeans and collectively responding to cross-border health crises*, www.ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/european-health-union_en.

[12] Regulation (EU) 2022/123 of the European Parliament and of the Council, of 25 January 2022, on a reinforced role for the European Medicines Agency in crisis preparedness and management for medicinal products and medical devices entered into force on 1 February 2022 and is applicable from 1st March 2022. However, besides Art. 30, Chapter 4 on medical devices will apply as of 2nd February 2023.

[13] European Parliament, *Legislative train schedule - Extension of the mandate of the European Centre for Disease Prevention and Control (ECDC)*, 20 April 2022, www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-promoting-our-european-way-of-life/file-ecdc-mandate-extension.

[14] Introducing HERA, the European Health Emergency preparedness and Response Authority, the next step towards completing the European Health Union, Brussels, COM (2021) 576, of 16 September 2021; Commission decision, of 16 November 2021, establishing the Health Emergency Preparedness and Response Authority, C (2021) 6712, of 16 November 2021.

same questions associated with European agencies. Therefore, for the purpose of this paper, the planned extension of the mandate of ECDC and the new position of the HERA will not be further developed.

The paper draws on insights from European institutional law to examine the new mandate of the European Medicine Agency in this contested competence area. More specifically, the paper is situated within the existing literature on the agencification of the EU executive.[15] It will explore whether the concept of EU agencies as in-betweeners could be helpful in making sense of the EMA's extended mandate.[16] Moreover, it will show that by aiming at solving topical issues brought about by the pandemic, the EHU showcased old questions concerning EU agencies and the competence allocation on health.

2. *The European Medicine Agency*

The European Medicine Agency was established in 1993,[17] and it has been considered the "culmination of thirty years of pharmaceutical legislation"[18] that can be traced back to the Thalidomide tragedy of the 1960s.[19] The latter pushed the Community to adopt the first piece of pharmaceutical

[15] See D. CURTIN, *Holding (quasi-) Autonomous EU Administrative Actors to Public Account*, in *European Law Journal*, vol. 13, n. 4, 2007, pp. 523-541; M. CHAMON, *EU Agencies: Legal and Political Limits to the Transformation of the EU Administration*, Oxford, 2016; C. TOVO, *Le agenzie decentrate dell'Unione Europea*, Napoli, 2016; J. ALBERTI, *Le agenzie dell'Unione Europea*, Milano, 2018. On accountability issues see M. BUSUIOC, *European Agencies: Law and Practice of Accountability*, Oxford, 2013. Meanwhile, on "The definition of accountability" see M. BOVENS, *New Forms of Accountability and EU-Governance*, in *Comparative European Politics*, vol. 5, n. 1, 2007, pp. 104-120.

[16] See M. EVERSON, C. MONDA, E. VOS (eds.), *European Agencies in between institutions and Member States,* Alphen aan den Rijn, 2014.

[17] Regulation (EEC) 2309/93, of 22 July 1993, laying down Community procedures for the authorization and supervision of medicinal products for human and veterinary use and establishing a European Agency for the Evaluation of Medicinal Products, Art. 1.

[18] M. GROENLEER, *The Autonomy of European Union Agencies – A Comparative Study of Institutional Developments*, Delft, 2009, p. 143. On the establishment of the Agency see regulation (EEC) 2309/93, Art. 1.

[19] On the Thalidomide tragedy see W. MCBRIDE, *Thalidomide and Congenital Abnormalities*, in *Lancet*, vol. 278, n. 7216, 1961.

legislation, Council Directive 65/65/EEC,[20] which set in motion a fruitful cycle of reforms within the pharmaceutical sector that ultimately led to the establishment of the EMA.[21]

Since beginning operations in 1995, the EMA has been slowly but constantly acquiring more competencies. Today, the Agency is competent for the marketing authorization, supervision and pharmacovigilance of medicinal products for human and veterinary use. Moreover, it facilitates the development and access to medicines while providing scientific advice and protocol assistance for rare medical diseases,[22] traditional herbal medicines,[23] medicines for children's therapeutic needs,[24] and advanced therapy medicinal products.[25]

[20] Directive 65/65/EEC established that medicinal product had to be authorized before being placed on the market (Art. 3). Such authorization had to require specific criteria assessing the safety and efficacy of the pharmaceuticals (Art. 4). By defining market entry conditions for medicines, Council Directive 65/65/EEC harmonized marketing authorization requirements across MSs (E. VOS, *Institutional Frameworks of Community Health and Safety Regulation – Committess, Agencies and Private Bodies,* Oxford, Hart Publishing, 1999, p. 207).

[21] The criteria set out by Council Directive 65/65/EEC were further developed by Council Directive 75/318/EEC, which harmonized particulars and documents (Art. 3(4) accompanying applications for marketing authorization. Meanwhile, Council Directive 75/319/EEC introduced at Art. 4 (and following) the community procedure and established at Art. 8 the Committee on Proprietary Medicinal Products. In 1981, Council Directive 81/851/EEC adopted similar requirements and procedures in regard to veterinary medicinal products. At Art. 16 it also established the Committee on Veterinary Medicinal Products. The limitations of the community procedure were addressed by Council Directive 83/570/EEC, which introduced the multi-state procedure and reduced the threshold of contemporaneous marketing authorization from five to two. In 1986, Directive 87/22/EEC introduced the concentration procedure, meanwhile Directive 87/21/EEC defined clear rules for copies of branded medicines, also known as "generics". Lastly, in 1989, Directives 65/65/EEC and 75/319/EEC were extended to medicinal products based on blood constituents (Directive 89/381/EEC) as well as to homeopathic medicinal products (Directive 92/73/EEC). First guidelines on good manufacturing practices were published, and harmonized rules were adopted for labelling, advertising, prescriptions and distribution of medicinal products (Directive 92 /27/EEC).

[22] Regulation (EC) 141/2000 of the European Parliament and of the Council, of 16 December 1999, on orphan medicinal products, Art. 1.

[23] Directive 2004/24/EC of the European Parliament and of the Council, of 31 March 2004.

[24] Regulation (EC) 1901/2006 of the European Parliament and of the Council, of 12 December 2006, on medicinal products for paediatric use, Art. 3.

[25] Regulation (EC) 1394/2007 of the European Parliament and of the Council, of 13 November 2007, on advanced therapy medicinal products, Art. 1.

As a decentralized European agency, it has its legal personality, has been set up for an indefinite period, and is distinct from the EU institutions. Furthermore, like most European Agencies, it operates on a network-based structure. It relies on a network composed of National competent authorities (NCAs), within which all Agencies are equal. However, when it comes to the EMA, it has to be highlighted that the Agency has increased its stature over time, to the point that it can be seen *de facto* above NCAs; hence the nickname *primus inter pares*.[26]

2.1. *The EMA and the COVID-19 pandemic*

Amid the pandemic, the European Medicine Agency played a vital role in the EU's response to the pandemic. The Agency has helped the Commission carry out its strategy for COVID-19 vaccines.[27] Indeed, it resorted to the Conditional Marketing Authorisation (CMA),[28] which greatly benefitted the Member States' manoeuvre by cutting vaccine authorization times and enabled them to respond promptly to the pandemic.[29]

[26] It does not only apply to the EMA. Other European Agencies can today be seen as *primus inter pares*, such as EFSA (E. VOS, *European agencies and the composite EU executive*, in M. EVERSON, C. MONDA, E. VOS (eds.), *op. cit.*, p. 23).

[27] European Commission, *EU Vaccines Strategy*, www.ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/public-health/eu-vaccinesstrategy. On the topic of vaccines procurements see P. MANZINI, *Brevi note sulla controversia relativa alla fornitura del vaccino AstraZeneca*, in *I Post di AISDUE*, *Coronavirus e diritto dell'Unione*, n. 1, 2021. Moreover, for further insights on the role of the European Commission amid the pandemic see European Commission, *Recovery plan for Europe*, www.ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_en; European Council, *COVID-19: the EU's response to the economic fallout*, consilium.europa.eu/en/policies/coronavirus/covid-19-economy/; Communication from the Commission: Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak, COM (2020) 1863 of 19 March 2020, p. 5 ss.; C. PESCE, *Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP): contenuti, finalità e basi giuridiche dell'azione monetaria UE*, in *I Post di AISDUE*, *Coronavirus e diritto dell'Unione*, n. 5, 2020; A. PITRONE, *Covid-19. Uno strumento di diritto dell'Unione europea per l'occupazione (SURE)*, in *I Post di AISDUE*, *Coronavirus e diritto dell'Unione*, n. 8, 2020.

[28] Commission Regulation (EC) 507/2006, of 29 March 2006, on the conditional marketing authorisation for medicinal products for human use falling within the scope of Regulation (EC) 726/2004 of the European Parliament and of the Council; European Medicine Agency, *Conditional marketing authorisation*, www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/marketing-authorisation/conditional-marketing-authorisation.

[29] Indeed, under normal circumstances, any vaccine developer that wishes to put a

The CMA had sped up the procedure for approval of vaccines while thoroughly ensuring that all requirements were fully assessed in terms of efficacy, quality, and safety. A key element in speeding up the assessment was *rolling reviews*:[30] a simultaneous process enabling the Agency to assess data for promising drugs or vaccines as soon as they become available instead of waiting until all trials had been concluded.[31] Furthermore, being tasked with pharmacovigilance, the EMA better understood the disease and swiftly adjusted its recommendations to protect public health.[32] Moreover, by being an authoritative and influential body detached from politics, EMA's work helped national governments combat vaccine hesitancy.[33]

However, it has to be highlighted that the Agency did not have the competencies to survey national readiness and initiate a common response in times of emergency, undermining the possibility of an effective joint response from the Member States.[34] Furthermore, according to the EC, the COVID-19 pandemic has displayed EMA's lack of a solid system to monitor and mitigate shortages of medical products and devices and a solid frame-

vaccine on the EU market has to complete its clinical trials and submit a marketing authorization to the EMA (regulation (EC) 726/2004 of the European Parliament and of the Council, of 31 March 2004, laying down Community procedures for the authorisation and supervision of medicinal products for human and veterinary use and establishing a European Medicines, Articles 1, 3).

[30] European Medicine Agency, *COVID-19 vaccines: development, evaluation, approval and monitoring*, www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/overview/public-health-threats/coronavirus-disease-covid-19/treatments-vaccines/vaccines-covid-19/covid-19-vaccines-development-evaluation-approval-monitoring#accelerated-evaluation.

[31] See approved treatments at European Medicine Agency, *EMA's response to Covid-19 pandemic in 2021*, www.ema.europa.eu/en/documents/other/one-year-first-covid-19-vaccine-approval-eu_en.pdf.

[32] For example, EMA's contraindication for Vaxzevria (commonly known as AstraZeneca vaccine) in "people who have had thrombosis with thrombocytopenia syndrome after previously receiving this vaccine" (European Medicine Agency, *Annual Report 2020*, *op. cit.*, p. 13. On the Vaxzevria issue see European Medicine Agency, *Vaxzevria: further advice on blood clots and low blood platelets*, www.ema.europa.eu/en/news/vaxzevria-further-advice-blood-clots-low.

[33] J. SIVELÄ, panel *Vaccine hesitancy and uptake: From research and practices to implementation*, EU Health Policy Platform, [webinar on Vaccine hesitancy and uptake in the EU Joint Action on Vaccination], EUHPP, 14 February 2022.

[34] ECDC, *Strategic and performance analysis of ECDC response to the COVID-19 pandemic*, *op. cit.,* p. 20.

work for crisis response. A lack of medicinal products may lead to adverse effects on a patient's health, resulting in severe reactions if unsuitable medicinal products have been used as a substitute for unavailable pharmaceuticals. Moreover, a lack of medical devices may exacerbate already dire situations, and the unavailability of PPE may put healthcare workers at risk while doing their job. Hence, the EMA's extended mandate aims to resolve those issues.

2.2. *European Agencies: an uneasy solution*

The EMA's extended mandate can be seen as part of a trend which saw the establishment or reinforcement of European Agencies as the answer to a European crisis.[35] Indeed, exogenous shocks have functioned as the trigger for deeper integration. While exposing endogenous deficiencies in the EU's integrated policy regimes,[36] these crises eventually intertwined with social and cultural environments, shaped political debates, and induced European integration within the crisis-affected area. This cause-and-effect situation has even led academics to refer to it as European integration through one crisis at a time.[37]

This pattern, followed in the wake of the pandemic, has been seen across various EU policy fields, promoting agencification and European integration.[38] Today, greater integration within the pharmaceutical and infec-

[35] See M. EVERSON, E. VOS, *EU Agencies and the Politicized Administration*, in J. POLLAK, P. SLOMINSKI (eds.), *The Role of EU Agencies in the Eurozone and Migration Crisis*, Cham, 2021; E. HEIMS, *Building EU Regulatory Capacity: The Work of Under-Resourced Agencies in the European Union*, Cham, 2019, Chapter 4; E. VOS, *EU Food Safety Regulation in the Aftermath of the BSE Crisis*, in *Journal of Consumer Policy*, vol. 23, 2000, pp. 233-234.

[36] V. J. D'ERMAN, A. VERDUN, *Introduction: Integration Through Crises*, in *Review of European and Russian Affairs*, vol. 12, n. 1, 2018, pp. 3-4.

[37] H. DEGNER, *Public Attention, Governmental Bargaining, and Supranational Activism: Explaining European Integration in Response to Crises*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 57, n. 2, 2019, pp. 242-259.

[38] The Bovine spongiform encephalopathy crisis of 1996, which sparked renewed calls for a clear-cut division between politics and science (E. VOS, *EU Food Safety* Regulation, cit., pp. 233-234), led to the establishment of the European Food Safety Authority, tasked with providing scientific advice on food safety (K. VINCENT, *'Mad Cows' and Eurocrats – Community Responses to the BSE Crisis*, in *European Law Journal*, vol. 10, n. 5, 2004, pp. 499-517). In 1999, the Erika disaster led to the establishment of a common maritime security structure,

tious diseases sectors has been considered essential to address future transboundary health crises. Hence, the new mandates proposed for the EMA and the ECDC.

However, it has to be mentioned that relying on European agencies is shown to be complicated. Those bodies lack an institutional place within the treaties, a legal deficit that keeps affecting their existence and functioning. Indeed, European agencies exist and operate on the basis of their founding regulation but lack a legal basis within the treaties, which led to questioning their establishment and institutional place within the Union. For example, political science sees European Agencies as part of a direct administration, in which EU policies are implemented at the EU level.[39] Nevertheless, agencies may also be seen as in-betweeners, "beholden both to EU institutions and the Member States", assisting the EC while being part of networks of national counterparts.[40] Indeed, their hybrid structure, which sees representatives of the EU and the MS composing the steering body of European Agencies, further validates the viewpoint of Agencies as in-betweeners.[41]

Moreover, lacking a place within the treaties has also affected European Agencies' capacity to operate within the EU. Their action, in fact, had been circumscribed by the *Meroni* ruling, in which the European Court of Justice (ECJ) adopted a restrictive approach to the delegation of powers to European Agencies, allowing only clearly defined executive powers and excluding

hence the European Maritime Safety Agency (E. HEIMS, *Building EU Regulatory Capacity: The Work of Under-Resourced Agencies in the European Union*, Cham, Palgrave Macmillan, 2019, pp. 85-86). Moreover, the unfolding of the SARS-CoV-1 outbreak (2003) pushed the EU and European countries to address health threats from infectious diseases, establishing the ECDC (E. BROOKS, R. GEYERB, *op. cit.*, pp. 1057-1076). Furthermore, in the aftermath of the financial crisis of 2007 the European Supervisory Authorities (EBA, EIOPA, and ESMA) were established (M. EVERSON, E. VOS, *op. cit.*, p. 23). In 2015, amid the migration crisis, FRONTEX saw an expansion of its competencies (V. MEISSNER, *The European Border and Coast Guard Agency Frontex After the Migration Crisis: Towards a 'Superagency'?*, in J. POLLAK, P. SLOMINSKI (eds.), *op. cit.*).

[39] M. EGENBERG, J. TRONDAL, *Researching European Union Agencies: What Have We Learnt (and Where Do We Go from Here)?*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 55, n. 4, 2017, pp. 681-684.

[40] M. EVERSON, E. VOS, *op. cit.*, p. 27. See also M. EVERSON, C. MONDA, E. VOS (eds.), *op. cit.*

[41] *Ibidem*, p. 24.

all cases in which discretionary powers were involved.[42] According to the ECJ, conferring delegated powers to bodies not foreseen by the Treaty of Rome would have undermined the balance of powers between EU institutions.

Furthermore, when it comes to European health agencies, such as the EMA, further issues come into play. Their operations must abide by the competence allocation set by the treaties. A situation that raises more questions considering that EMA has acquired *de facto* decision-making powers. Also, as an in-betweener, the Agency may serve both the EU and the Member States; therefore, unclarities remain regarding whom EMA's accountability lies when implementing EU health law. In pursuing its competencies, questions arise on whom the EMA is or should be accountable.

3. *The EMA's extended mandate*

The EMA's extended mandate addresses, first and foremost, the need for a coordinated Union approach in crisis management while aiming at preventing shortages of medicinal products and medical devices during a public

[42] According to the Court, a delegation of discretionary powers would have produced an actual transfer of locus responsibility from EU institutions to European agencies, and thus incompatible with the principle of conferral and the Treaty (judgment of the Court of 13 June 1958, case C-9/56, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche SpA v High Authority of the European Coal and Steel Community*). On the topic see M. CHAMON, *EU Agencies: between Meroni and Romano or the devil and the deep blue sea*, in *Common Market Law Review*, vol. 48, n. 4, 2011, pp. 1055-1075. The *Meroni doctrine* has been "updated" via the *ESMA-short selling case* (judgment of the Court of 22 January 2014, case C-270/12, *United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v European Parliament and Council of the European Union*, para 83 ff.). The ruling acknowledges the possibility of EU institutions delegating powers to European Agencies, in accordance with *Meroni*, as long as the conferral of powers does not involve discretionary powers and control systems are in place to check the delegation. See E. VOS, *EU agencies on the move: challenges ahead*, in *Swedish Institute for European Policy Studies*, vol. 1, 2018, pp. 27-33; G. LO SCHIAVO, *Judicial Re-Thinking on the Delegation of Powers to European Agencies under EU Law? Comment on Case C-270/12 UK v. Council*, in *German Law Journal*, vol. 16, n. 2, 2015, pp. 315-336; M. SCHOLTEN, M. VAN RIJSBERGEN, *'Parliament' and The ESMA-Short Selling Case Erecting a New Delegation Doctrine in the EU upon the Meroni-Romano Remnants'*, in *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 41, n. 4, 2014, pp. 389-406.

health emergency.[43] Indeed, mismatched supply and demand could trigger trade restrictions among the Member States and impact the functioning of the internal market, therefore escalating the consequences for public health. To prevent those outcomes, regulation (EU) 2022/123 awards a more decisive role to the EMA in managing public health crises and aims to formalize the *ad-hoc* mechanisms put in place during the COVID-19 pandemic.[44] As such, the EMA will establish within its structure the Executive Steering Group on Shortages and Safety of Medicinal Products (the *Medicine Shortages Steering Group* – MSSG)[45] and the Executive Steering Group on Shortages of Medical Devices (the *Medical Device Shortages Steering Group* – MDSSG).[46] These internal bodies will monitor and mitigate shortages of medicinal products and medical devices. These new competencies are quite a step forward, given that before, the Agency had only been tasked with monitoring the safety of medicines.

Moreover, to enhance EMA's surveillance, the Agency will develop an information technology platform, the European shortages monitoring platform (ESMP), to monitor and report on shortages attaining critical medicinal products.[47] By 2025, the platform should be the only portal for collecting data and information from companies and the Member States on critical medicines shortages, supply, and demand.[48]

[43] Regulation (EU) 2022/123, Art. 1 l. (a) (b).

[44] For example, the EMA's new structure will broaden the scope of the COVID-19 EMA pandemic Task Force (COVID-ETF). Instead of being limited to coordinating regulatory action on the development, authorization, and safety monitoring of COVID-19 treatments and vaccines, the Agency will monitor and mitigate all medicinal products. It will also set up an Emergency Task Force to develop medical countermeasures to diseases that pose a threat to public health, shifting away from its current core on the COVID-19 pandemic (for more on COVID-ETF see EUROPEAN MEDICINE AGENCY, *EMA's governance during COVID-19 pandemic*, www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/overview/public-health-threats/coronavirus-disease-covid-19/emas-governance-during-covid-19).

[45] Regulation (EU) 2022/123, Articles 3-14.

[46] *Ibidem*, Articles 21-30. The MDSSG in monitoring the supply and demand for medical devices will cooperate with the Medical Devices Coordination Group (regulation (EU) 2017/745, Art. 103), and the HSC or any other relevant advisory committee (Art. 23 (1). Also, in respect to the MDSSG, the EMA will set up the secretariat for the "expert panels" on medical devices (as designated by regulation (EU) 2017/745, Art. 106 (1), entitled to present their scientific opinions, views, and advice on the matter (Art. 30).

[47] Regulation (EU) 2022/123, Art. 1 l. (c), Art. 13.

[48] *Ibidem*, Art. 13 (5) l. (h).

Lastly, to develop medical countermeasures capable of addressing the dangers postured to public health at an early stage and in a harmonized way, the new regulation assigns the Agency the task of facilitating the research and development of medicinal products which have the potential to treat, prevent or diagnose diseases that cause public health emergencies, in line with the objectives of the EHU. To ensure those results, and therefore high-quality, safe, and productive medicinal products, within EMA's structure will be expressly set up an Emergency Task Force (ETF) capable of providing advice on such medicinal products.[49] Thereby, Agency's competencies moved from evaluating the safety of medicines to offering advice on medicines and coordinating studies to monitor vaccine effectiveness and safety.

Before moving on, it should be clarified that the MSSG and the MDSSG have been established following the same blueprint. As such, besides the different subjects of monitorization and mitigation, what will be said on MSSG's composition and tasks, can be mainly considered valid, *mutatis mutandis*, to the MDSSG.

3.1. *The task of monitoring and mitigating shortages of medicinal products: the mandate of the MSSG*

Increased demand for medicinal products, exacerbated by the COVID-19 pandemic, has led to further shortages, undermining healthcare systems. Aiming to address these issues amid a crisis, the MSSG has been set up to monitor and mitigate shortages of critical medicinal products and manage major events.

To be prepared for a health emergency and therefore be capable of tackling shortages and safety of medicinal products, EMA will, in collaboration with the Member States, monitor any event that is likely to lead to a public health emergency or major event. If required by the circumstances, the EMA has to cooperate with the ECDC and other relevant European Agencies.[50]

Whenever the EMA considers that "an actual or imminent major event needs to be addressed", it will raise the issue with the MSSG,[51] which will

[49] *Ibidem*, Art. 1 l. (d), Articles 15-20.

[50] *Ibidem*, Art. 4 (1).

[51] *Ibidem*, Art. 4 (3).

closely follow shortages and safety concerns of medicinal products.[52] In carrying out these tasks, the internal body will establish a list of main critical medicinal products highly need it in a public health emergency or major event (updated annually or whenever required).[53] The list will be adapted to each critical situation affecting the EU.[54] Moreover, the work of the MSSG will be assisted by the ESMP. Also, if needed, the Agency is entitled to request at Member States information concerning medicinal products not yet available on the ESMP.[55] European countries will have to comply with the demands of the EMA by the deadline set out by the Agency itself.[56] Similar powers can be carried out with respect to marketing authorisation holders.[57]

In the event of a positive evaluation from the MSSG, the EC may recognise the existence of a major event or a public health emergency.[58] If the Commission recognises one of these situations, the MSSG must evaluate the need for "urgent and coordinated action with regard to the quality, safety, and efficacy of the medicinal products concerned".[59] Moreover, it will issue recommendations to the EC and the Member States on any response it considers helpful, which should be taken at the European level on the medicinal products under scrutiny.[60] Consequently, the Agency will publish on its web portal the information concerning the shortages affecting critical medicinal products needed to address the crisis.[61]

3.1.1. The structure of the MSSG

As indicated above, the MSSG will be an organ of EMA. It will be composed of one representative from the Agency, one from the EC, and one from each Member State.[62] The MSSG will meet regularly, whenever re-

[52] *Ibidem*, Art. 4 (1).
[53] *Ibidem*, Art. 6 (1).
[54] *Ibidem*, Art. 6 (2).
[55] *Ibidem*, Art. 11.
[56] *Ibidem*, Art. 11.
[57] *Ibidem*, Art. 10.
[58] *Ibidem*, Art. 4 (3).
[59] *Ibidem*, Art. 5 (1).
[60] *Ibidem*, Art. 5 (2).
[61] *Ibidem*, Art. 6 (6).
[62] *Ibidem*, Art. 3 (2).

quired by the circumstances, and when the EMA has raised an issue of concern with the MSSG or when the Commission has recognised a major event in accordance with Article 4(3).[63] The working of the MSSG, moreover, will be supported by national competent authorities representatives for medicinal products, who will be the single point of contact (SPOC) between the national and European levels in relation to shortages of medicinal products.[64]

Interestingly, the MSSG and the MDSSG have been established as coordination bodies between the EC, the Member States, and the EMA. Nonetheless, they have been placed under the administration of the EMA, something that has never happened before. For example, a similar coordination body – the Coordination Group for Mutual Recognition and Decentralized Procedures – has been established outside the EMA's structure.[65] Moreover, the EMA has been granted the ability to put forward its representative within these internal bodies. This is a novelty when compared with previous experiences. For example, neither the Committees nor the working groups have one representative of the EMA.[66] At best, in one of those committees,

[63] Regulation (EU) 2022/123, Art. 3 (1).

[64] *Ibidem*, Art. 3 (6).

[65] European Medicine Agency, Coordination Group for Mutual Recognition and Decentralised Procedures-Human (CMDh), www.ema.europa.eu/en/committees/working-parties-other-groups/coordination-group-mutual-recognition-decentralised-procedures-human-cmdh.

[66] The Pharmacovigilance Risk Assessment Committee (PRAC) has one representative from each MS plus one from EEA-EFTA countries, and eight from the EC (Pharmacovigilance Risk Assessment Committee, EMA/PRAC/567515/2012 rev. 3 of 11 October 2021). The members of the Committee for Orphan Medicinal Products are nominated by MS, EEA-EFTA countries, and the EC (Committee for Orphan Medicinal Products (COMP), EMA/COMP/8212/00 rev. 6 of 11 October 2021). In some cases, besides the members nominated by the MSs and EEA-EFTA countries, the Committee itself may appoint five experts drawn up by a list of candidates redacted by the MSs or the Agency. This is the case with the Committee for Medicinal Products for Human Use (Committee for Medicinal Products for Human Use, EMA/366005/2021 of 11 October 2021), the Committee for Medicinal Products for Veterinary Use (Committee for Veterinary Medicinal Products, EMA/CVMP/422/04 - rev 4 of 07 January 2022), and the Committee on Herbal Medicinal Products (HMPC Rules of procedure, EMA/HMPC/139800/2004 rev. 5 of 11 October 2021). Meanwhile, the Committee for Advanced Therapies (Committee for Advanced Therapies (CAT), EMA/CAT/454446/2008 rev. 4 of 11 October 2021) and the Paediatric Committee (Rules of procedure of the Paediatric Committee (PDCO), EMA/348440/2008 rev. 3 of 11 October 2021) have members are appointed by the Committee for Medicinal Products for Human

the EC could choose some members based on a recommendation from the EMA (this is the case of the Committee for Orphan Medicinal Products). As such, their odd construction puts them apart from similar entities. This peculiarity raises further questions about who will be the representative. And what does it mean to have a representative of the Agency within those bodies? Indeed, by having a steering body composed of a representative of the EMA and the Member States, the MSSG and the MDSSG appear to replicate the hybrid organizational structure that characterized European agencies, further sustaining the viewpoint of European Agencies as in-betweeners.

What this development means in practice remains to be seen. It shows the stature EMA has acquired through time and the greater relevance that has been given to health in the aftermath of the COVID-19 pandemic.

3.1.2. The MSSG and the SPOC network

The SPOC network was established as a pilot program in 2019.[67] Set up within the framework of the HMA/EMA Task Force on the availability of au-

Use, the MS, and the EC. Both the Coordination Group for Mutual Recognition and Decentralised Procedures Human and the Coordination group for mutual recognition and decentralised procedures for veterinary medicinal products do not have one (EUROPEAN MEDICINE AGENCY, *Coordination Group for Mutual Recognition and Decentralised Procedures - Human (CMDh)*, www.ema.europa.eu/en/committees/working-parties-other-groups/coordination-group-mutual-recognition-decentralised-procedures-human-cmdh; European Medicine Agency, *Coordination group for mutual recognition and decentralised procedures for veterinary medicinal products (CMDv)*, www.ema.europa.eu/en/committees/working-parties-other-groups/coordination-group-mutual-recognition-decentralised-procedures-veterinary-medicinal-products-cmdv. The same can be said for Patients' and Consumers' Working Party (PCWP) (Mandate, objectives and composition of the Patients and Consumers Working Party (PCWP), EMA/563123/2018 rev. 4 of 10 May 2019, p. 3), the Healthcare Professionals' Working Party (HCPWP) (Mandate, objectives and composition of the Healthcare Professionals Working Party (HCPWP), EMA/109592/2018, rev. 2 of 10 May 2019, p. 3), and the Scientific Advice Working Party (Mandate, objectives and rules of procedure of the Scientific Advice Working Party (SAWP), EMEA/CHMP/SAWP/69686/04 rev. 16 of 12 November 2021, p. 7).

[67] European Medicine Agency, *Availability of medicines*, www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/post-authorisation/availability-medicines#eu-level-coordination-on-medicines-availability-section.

thorized medicines for human and veterinary use (TF AAM),[68] the network aims at improving information sharing between Member States, EMA, and the EC on shortages of medicinal products for human and veterinary use, as well as at coordinating actions on preventing and managing foreseeable shortages.[69]

Therefore, the EMA's extended mandate has updated the SPOC network, which will now support the MSSG within and outside crisis situations. Those modifications, however, seem to have changed the relationship between the EMA and the HMA. In the pre-reform period, the SPOC worked under the umbrella of a cooperation framework, the HMA/EMA TF AAM. Both Member States and the EU, as such, oversaw the network and shared political accountability over it.

Today, due to the changed mandate, the SPOC network seems to be *de facto* shifting under the sole umbrella of the EMA. As framed in Regulation (EU) 2022/123, the SPOC network is tasked to support the MSSG in its operations. In this situation, possible diminished Member States' accountability is troublesome due to the competence at issue, that is, health-related matters. Despite boundaries in the Treaties limiting the EU's involvement, those have not stopped the Union's intervention in health. The same can be said for the EMA, which has even *de facto* acquired "risk management responsabilities".[70] European health agencies have been operating within an undefined matter: EU health law.[71] Which, until lately, saw questioned its mere existence.[72] As such, it has been difficult to grasp to what extent the EMA has

[68] EMA and the Heads of Medicines Agencies (HMA) established an HMA/EMA Task Force on the Availability of Authorised Medicines for Human and Veterinary Use in December 2016 to "provide strategic support, advice for coordination and concerted approach to the Network on the availability of the medicinal products authorised in the EU" (HEADS OF MEDICINE AGENCIES, *HMA/EMA Task Force on Availability of Authorised Medicines for Human and Veterinary use (TF AAM),* www.hma.eu/about-hma/working-groups/hma/ema-joint-task-force-on-availability-of-authorised-medicines-for-human-and-veterinary-use-tf-aam.html.

[69] European Medicine Agency, *Availability of medicines*, *op. cit.*

[70] M. BUSUIOC, *op. cit.*, p. 216.

[71] T. K. HERVEY, J. V. MCHALE, *European Union Health Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 10-29.

[72] The existence of EU health law as a separate discipline has been questioned many times. For some, in particular, these social policies were subservient to the EU internal market law, thus strictly dependent on it (F. W. SCHARPF, *Economic integration, democracy and the welfare state*, in *Journal of European Public Policy,* vol. 4, n. 1, 1997, pp. 18-36).

acted within or without the EU-Member States competence allocation. Or whether it acted in respect or defiance of the *Meroni* doctrine.

The question of respect for these boundaries appears to re-propose itself in the context of EMA's extended mandate. Indeed, about the competence allocation, we see that at the centre of a monitoring network, under the EMA, there is a steering group (the MSSG) around which seems to gravitate those SPOCs, that in turn, appear to be less entrenched with the Member States. And while greater involvement at European and national levels falls perfectly in line with the viewpoint of European Agencies as in-betweeners, which furthers the hybrid character of agencies as part of the composite EU executive, this should not come at the expense of proper accountability systems. As long as there is no competence reallocation on health-related matters, Member States' political accountability might be required or preserved. Meanwhile, concerning the delegation of powers, the MSSG (and the MDSSG) can issue recommendations that appear to go beyond risk analysis that move into risk management, which implies a certain degree of discretionary powers and thus blurs away the division between science and politics.[73] However, this issue calls for further research into European agencies in light of the changes the ESMA short-selling case brought.

3.1.3. The MSSG reports and recommendations

The EMA, by design, has risk analysis functions, while it does not have decision-making power. It issues recommendations to the EC on pharmaceutical matters, based on which the Commission takes its decisions (binding on third parties). However, the EC's practice of *rubber-stamping* the Agency's opinion within its decisions has, *de facto,* endowed the Agency with risk management functions.[74] Therefore, it has vested EMA's recommendation with the ability to be binding on third parties and implicitly induced the EC to restrain from overseeing EMA's work.[75]

In *Artegodan v Commission*, the ECJ has found a way to examine EMA's recommendations whenever these have been passively received by the EC

[73] See section 3.1.3.

[74] M. BUSUIOC, *op. cit.*, pp. 202-220.

[75] *Ibidem.*

and produced effects on third parties.[76] The Court, indeed, has refrained from second-guessing scientific opinions, but it started evaluating the reasoning process of the scientific committee.[77] Nonetheless, it has acknowledged its limits, not having the capabilities to fully assess EMA's opinions, which the EC should have overseen.

Similar accountability issues appear to present themselves in the context of the extended mandate, precisely when looking at the MSSG's task of reporting on shortages of medicinal products.[78] Indeed, if those entitled to oversee MSSG's activities refrain from doing so, non-binding acts may go unchecked.

By Article 8, as long as a public health emergency, or a major event as referred to in Article 4(3), keeps on going, the MSSG has to regularly report the results of the monitoring to the Commission and the single points of contact. It should also signal any actual or potential shortages of medicinal products. Moreover, whenever requested by the EC or one or more SPOC, the MSSG should provide further data and forecasts backing its findings and conclusions.[79] This arrangement could raise the question of lack of accountability in the event of misleading or fallacious reports on which those entitled to request further information do not ask them. And, on these reports, the MSSG produces its recommendations.

For example, according to Art. 8(3), the MSSG should provide recommendations on measures "to prevent or mitigate actual or potential shortages of medicinal products".[80] Those are based on the reports mentioned above. As such, because the MSSG appear not required to publish the data backing

[76] Judgment of the Court of 26 November 2002, joined cases T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-84/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00, T-141/00, *Artegodan GmbH and Others v Commission*.

[77] M. BUSUIOC, *op. cit.*, pp. 213-220.

[78] Regulation (EU) 2022/123, Art. 8.

[79] *Ibidem*, Art. 8 (2). It is worth noting that the raw data can be made accessible to other actors within the supply chain for medicinal products. However, to be that the case, the availability needs to be appropriate, in accordance with competition law, and aim to prevent or mitigate shortages of medicinal products.

[80] It should also provide recommendations on measures "to ensure preparedness for dealing with actual or potential shortages of medicinal products caused by public health emergencies or major events" (Art. 8, para 4); "to prevent or mitigate actual or potential shortages of medicinal products in the context of a public health emergency or major event" (Art. 8, para 5).

their conclusions, and the data is available only for those entitled to ask for it, recommendations could be proposed by the MSSG without any oversight. This could mean that the MSSG could be (accidentally) overcounting or undercounting the shortages of a certain medicinal product (in the case of the MDSSG of a specific medical device). The MSSG would consequently publish its recommendation highlighting which measures the Commission, Member States, marketing authorization holders, and other entities should take to address the shortages of a particular product.[81] It has, therefore, the potential to influence the position of a product within the EU market. Indeed, oversimplifying it, if a medicinal product is deemed critical to the ongoing health crisis and its stock is considered insufficient, a recommendation on the need to replenish it, based on fallacious or misleading reports, would boost the sale of it across the Member States, with positive gains for those undertakings able to supply it, and ripple effects across the market.

Also, it should be noted that the MSSG could issue these recommendations on its initiative or at the request of the EC or the Member States.[82] Moreover, when requested by the Commission, the MSSG may also coordinate measures taken by NCAs and further stakeholders in a push to address actual or potential shortages.[83] Therefore, the MSSG may coordinate third-party measures to prevent or mitigate the needs of medicinal products based on its recommendations, which might have escaped any oversight.

Article 14 does not seem to address this lack of oversight. Indeed, according to the latter, the Agency should provide information regarding the work of the MSSG. However, it does not specify what needs to be made available. Moreover, according to Art. 14(2), recommendations referred to in Article 8(3)(4) should be documented and made available to the public. Nonetheless, this does not refer to the data or the forecast backing these provisions. Furthermore, while the EMA has adopted an overall transparency policy on its working, enabling third parties to access its documents, clinical trials, minutes of meetings and workshops,[84] this remedy shows itself as

[81] Especially the EC, according to Art. 12 (1), should move in accordance with information from and recommendations of the MSSG.

[82] Regulation (EU) 2022/123, Art. 8 (4).

[83] *Ibidem*, Art. 8 (5).

[84] European Medicines Agency policy on access to documents, EMA/729522/2016, 04 November 2018.

an *ex post* control, not avoiding the issuing of the recommendation, which could have a direct effect on the internal market.

The issue under scrutiny appears to be less problematic in the case of the MDSSG. According to Art. 24(2), those entitled to request data and forecasts of the MDSSG's reports are the EC, the Member States, and the SPOC, which, in this case, are "manufacturers of medical devices, or their authorised representatives, importers and notified bodies, for the medical devices included on the public health emergency critical devices list".[85] Therefore, the plethora of those entitled to hold accountable the EMA is more comprehensive, spanning from institutional figures to undertakings in the supply chain. The risk of unchecked reports still exists, but the probability of that happening should be lower. Those differences in the SPOC network could be traced back to the primary competence the EMA had until now: pharmacovigilance. Indeed, having only recently acquired – via Regulation (EU) 2022/123 – a mandate considering medical devices, this development seems to transpire in the role assigned to undertakings in the SPOC network.

The new mandate has just come into effect. As such, it has to be seen the extent to which these reports will be scrutinized by those entitled to, or how dutifully they will be followed by stakeholders, such as marketing authorization holders and representatives of healthcare professionals and patients. However, it has to be reported that the Commission has already shown a poor track record in overseeing EMA' opinions. A behaviour that enabled the EMA, formally without the capability of issuing binding acts, to *de facto* acquire decision-making power and therefore be able to have a legal effect on third parties.

3.2. *The European Shortages Monitoring Platform*

In a push to increase EMA's surveillance of medicinal products, as already stated, the Agency has been tasked to establish the European Shortages Monitoring Platform. The latter will be used to "facilitate the collection of information on shortages of, supply of, and demand for medicinal prod-

[85] Regulation (EU) 2022/123, Art. 25 (2), l. (a).

ucts".[86] By 2025, the ESMP should become the sole portal for the collected data. Nevertheless, part of the HERA's mission seems to overlap with the ESMP.

Indeed, according to Art. 2(2) l. (a) of Commission Decision C(2021) 6712:

> "2. HERA shall be responsible for the following tasks:
> (a) assessment of health threats and intelligence gathering relevant to medical countermeasures […]".

Decision C(2021) 6712 does not set out a definition for what "medical countermeasures" comprise, and the Proposal for a Council Regulation on a framework of measures for ensuring the supply of crisis-relevant medical countermeasures in the event of a public health emergency at Union level is still in the making.[87] However, the definition commonly assigned to "medical countermeasures" easily comprises medicinal products. Therefore, the overlapping of EMA's and HERA's competencies raises a few questions: by operating within a niche sector, should the ESMP have been conducted to the broader mandate of the HERA? Especially given the fact that the latter has been specifically set up to improve Member States' preparedness and response to serious cross-border health threats, and in which a shortages monitoring platform sounds appropriate.

Also, the HERA board should deliver opinions on particular issues, such as:

> "(i) threat assessment, modeling, and forecasts of medical countermeasures;
> (ii) monitoring the supply and demand of medical countermeasures;
> (iii) procuring and deploying medical countermeasures […]"[88].

Therefore, given that the MSSG will issue its recommendations on possible shortages of medicinal products, what happens if a contradiction arises

[86] *Ibidem*, Art. 13 (1).

[87] Proposal for a Council Regulation on a framework of measures for ensuring the supply of crisis-relevant medical countermeasures in the event of a public health emergency at Union level, COM (2021) 577final of 16 September 2021.

[88] Commission Decision, of 16 September 2021, establishing the Health Emergency Preparedness and Response Authority, C (2021) 6712 of 16 February 2021, Art. 6 (5).

between these opinions? It must be mentioned that both ECDC's and EMA's representatives may participate at HERA's board meetings, however, only as observers, as the board will be composed exclusively of Member States representatives.[89]

This issue, moreover, opens up further questions regarding the division between science and politics. Indeed, European Agencies – such as the EMA – have been set up to have reliable and independent opinions on scientific matters. This meant excluding the political factor from the equation. However, by endowing these tasks to HERA, which is part of the Commission as Director-General, the separation between science and politics seems to blur away. In other words, it could be asked if, by awarding these wide-ranging competencies to HERA, the EC has been circumscribing the division between science and politics, thereby centralising competencies otherwise assigned to an independent body (such as EMA). Another point of view may see an *escamotage* by the EC to indirectly exert some form of control on EMA's operations regarding this specific task.

3.3. *The task of facilitating the research and development of medicinal products*

Besides monitoring and mitigating shortages and safety of medicinal products as well as medical devices, the extended mandate assigns a new task to the EMA, which is the task of facilitating the research and development of medicinal products. The Agency will establish the Emergency Task Force (ETF) to manage it.[90]

The ETF will be composed of stakeholders of the EMA and national competent authorities for medicinal products. In particular, the former will be represented by individuals from scientific committees and working parties (such as the PCWP and HCPWP)[91] of the Agency. Further members will be

[89] *Ibidem*, Art. 6 (1) (3).

[90] Regulation (EU) 2022/123, Art. 15.

[91] The Patients and Consumers Working Party (PCWP) "provides recommendations to the EMA and its Human Scientific Committees on matters of direct or indirect interest to patients in relation to medicines for human use and monitor the overall interactions between EMA and patients and consumers" (Mandate, objectives and composition of the Patients and Consumers Working Party (PCWP), *op. cit.*, p. 1). Meanwhile, the Healthcare Professionals

brought in by the coordination group established per Article 27 of Directive 2001/83/EC, and by the Clinical Trials Coordination and Advisory Group established following Article 85 of Regulation (E) no. 536/2014. External experts could be appointed to the ETF depending on the circumstances.[92] The ETF will be chaired by a representative of the Agency and co-chaired by the Committee for Medicinal Products for Human Use (CHPM) chair. [93]

During a public health emergency, the ETF will – in connection with the scientific committees, working parties, and scientific advisory groups of the Agency – provide scientific advice and review "the available scientific data on medicinal products that have the potential to address the health crisis".[94] These reviews will be constantly updated throughout the health crisis.[95] Moreover, in the pursuit of these reviews, as in the case of the MSSG and the MDSSG, the ETF has been empowered to request additional information and data from marketing authorization holders.[96] Based on the information at hand, the EFT, whenever asked by one or more Member States, or the EC, will provide recommendations to the CHPM on the use of medicinal products and the use and distribution of an unauthorized medicinal product. On these recommendations, the CHPM will adopt its opinion on the conditions to be imposed on the medicinal product concerned.[97]

Furthermore, the ETF will hand over advice on clinical trials for medicinal products with the capacity to treat, prevent or diagnose the disease causing the health crisis.[98] In particular, the ETF should advice developers' clinical trial applications who have engaged in an accelerated scientific advice process.[99] Given the relevance to the ongoing public health emergency,

Working Party (HCPWP) "provides recommendations to EMA and its Human Scientific Committees on matters of direct or indirect interest to healthcare professionals in relation to medicines for human use and monitor the overall interactions between EMA and healthcare professionals" (Mandate, objectives and composition of the Healthcare Professionals Working Party (HCPWP), *op. cit.*, p. 1).

[92] Regulation (EU) 2022/123, Art. 15 (3).

[93] *Ivi.*

[94] *Ibidem*, Art. 15 (2).

[95] *Ibidem*, Art. 18.

[96] *Ibidem*, Art. 18 (1) (2).

[97] *Ibidem*, Art. 18 (3) (4).

[98] *Ibidem*, Art. 15 (2).

[99] *Ibidem*, Art. 16.

whenever one of those successfully receives a marketing authorisation, the Agency must publish clinical data supporting the application.[100]

Lastly, concerning the ETF, special attention has to be reserved for Article 20, Regulation (EU) 2022/123. The Article calls for the setting up of an IT platform to support the work of the ETF during a public health emergency. The system should be helpful in the collection of "information and health data generated outside of clinical studies, that facilitate interoperability with other existing IT tools and with IT tools under development, and provide adequate support to national competent authorities".[101] The IT platform should be able to "coordinate monitoring studies on the use, effectiveness, and safety of medicinal products intended to treat, prevent or diagnose diseases related to a public health emergency".[102] Moreover, it should facilitate data sharing across public stakeholders, such as Member States and Union bodies. Those aims quite resemble the Data Analysis and Real World Interrogation Network (DARWIN EU), set up within the context of the HMA - EMA Joint Big Data task force.[103] Indeed, DARWIN EU aims at setting up a "coordination centre to provide timely and reliable evidence on the use, safety and effectiveness of medicines for human use, including vaccines, from real world healthcare databases across the European Union".[104] The system should allow EMA and NCAs to access and use the data whenever needed.

As in the case of the ESMP and HERA's mission, both IT platforms appear to overlap. The ETF IT platform works within the stricter boundaries of medicinal products used within the ongoing public health emergency. Meanwhile, DARWIN EU lays down the foundations of an EU system on health data, which could be comprised of the niche sector of the ETF IT platform. Even though Art. 20 explicitly assess the need for the ETF IT platform to be interoperable with existing IT tools or those under development; this specification could have been avoided by reconducting under one sys-

[100] *Ibidem*, Art. 17.

[101] *Ibidem*, Art. 20.

[102] *Ibidem*.

[103] HMA-EMA Joint Big Data Taskforce - Phase II report: "Evolving Data-Driven Regulation", EMA/584203/2019, 20 January 2020, pp. 27-29.

[104] European Medicine Agency, *Data Analysis and Real World Interrogation Network (DARWIN EU)*, www.ema.europa.eu/en/about-us/how-we-work/big-data/data-analysis-real-world-interrogation-network-darwin-eu.

tem multiple IT platforms. In a push to quickly set up parts of the EHU, it appears efficiency and economics have lost out against the desire to capitalize on the political will of greater integration on health matters.

4. *Final thoughts*

Like those that preceded it, the current health crisis has been a driver of European integration. The dimension of it, and the impact it had and still has on the Member States, pushed the Union to enhance its involvement in health significantly. Therefore, wishing to assess part of the EHU put forward in the wake of the pandemic, the present study was designed to determine the changes introduced by Regulation (EU) 2022/123 and what can be deduced from the new tasks assigned to the European Medicine Agency.

The paper has shown that by placing under the EMA's administration the MSSG and the MDSSG, this odd construction appears to further validate EMA as *primus inter pares*. Their composition, which sees representatives from all parties involved in the monitorization and mitigation of shortages, seems to enhance the EMA's role within the EU's shared administration. Meanwhile, looking at European agencies as in-betweeners, the paper has shown that the hybrid structure that characterized Agencies' management boards seems to be replicated elsewhere, namely in the MSSG and the MDSSG, which raises further questions on Agencies' institutional place within the EU structure, and which role should Member States have when it comes to bodies operating within health matters.

It was also shown that the practice of *copy-pasting* EMA's opinion by the European Commission, and therefore the abdication of overseeing EMA's opinions if replied within the context of the MSSG, appears to re-propose accountability issues regarding EMA's *de facto* decision-making power. The same problems seem to be drawing less attention in the case of the MDSSG, given the broader spectrum of parties able to oversee its work.

Lastly, the paper has found possible overlapping situations between the ESMP system and HERA's tasks and between EMA's latest IT systems, the EFT IT platform, and DARWIN EU (established in coordination with HMA). These situations could raise questions about a possible conflict between systems and the soundness of their establishment.

In general, the evidence from this paper highlights what greater EU involvement could hold in the future. Entrusting the EMA with more significant competencies in monitoring and mitigating shortages of medicinal products and medical devices and a new task in clinical trials appears to strengthen and rationalize European crisis management capabilities. The extended mandate gives the Agency – in collaboration with the Member States – the ability to monitor any event that may lead to a public emergency. However, it does not address shortages of medicines and medical devices as structural ones, which the pandemic has strained. Indeed, the system has been envisioned as an ongoing crisis scheme that will not run daily. As such, it will not enable the EMA to practically address shortages linked to non-crisis situations. This choice could be considered a consequence of the competence allocation on health and the desire of Member States to keep their prerogatives on health-related matters outside health crises.

The current findings add to a growing body of literature on European Agencies, highlighting the ever-greater role that has been assigned to those entities, which still lack a formal institutional place within the EU framework.

Moreover, with regard to European involvement in health, the paper has shown that as we advance, given the complicated competence allocation on the matter, serious discussions should be held on the future development of European involvement in health and which role bestowed upon European Agencies. On this, Mario Draghi's speech at the European Parliament on 3 May 2022 should be recalled. The Italian Prime Minister has emphasized the need to rethink current European Institutions, which cannot serve today's European citizens. According to him, the EU should move towards a "pragmatic federalism that embraces [...] all spheres hit by the transformations taking place".[105] On this, positive signals come from the European Parliament, which on the 9 June 2022 adopted a resolution asking EU leaders to establish a constitutional convention to reopen the EU treaties.[106]

In envisioning EU's future involvement in health, a role has been played

[105] Italian Government-Presidency of the Council of Ministers, *Prime Minister Mario Draghi's address to the European Parliament*, 03 May 2022, www.governo.it/en/articolo/prime-minister-mario-draghi-s-address-european-parliament/19748.

[106] M. DE LA BAUME, *European Parliament presses EU leaders to convene treaty change convention*, 09 June 2022, www.politico.eu/article/meps-adopt-proposal-for-treaty-changeeuropean-convention.

by the Conference on the Future of Europe, which closed its workings on 9 May 2022. In regard to health, European citizens have been vocal about what they wish from the EU. According to the latest documents, four main proposals have come forward: establishing a new framework pushing for healthy food and a healthy lifestyle; a reinforced healthcare system; a broader understanding of health; and equal access to health for all.[107] How those proposals will be addressed by those entitled to, possible changes to the treaties might be unavoidable. This is especially true for healthcare, where any increased role of the EU beyond supporting, coordinating, or supplementing State policies could require a change in the Treaties.

[107] Conference on the Future of Europe, *Conference on the Future of Europe – Report of the final outcome*, 09 May 2022, pp. 49-52.

GOVERNANCE ECONOMICA EUROPEA E SISTEMI SANITARI NAZIONALI: LA TUTELA DELLA SALUTE NELLE RACCOMANDAZIONI ADOTTATE NELL'AMBITO DEL SEMESTRE EUROPEO

Silvia Giudici*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'Unione europea e la tutela della salute. – 3. Il coordinamento delle politiche economiche attraverso il Semestre europeo. – 4. Le raccomandazioni specifiche per paese e i sistemi sanitari nazionali. – 5. La socializzazione del Semestre europeo e il *Next Generation EU*. – 6. Conclusione.

1. *Introduzione*

Le competenze dell'Unione in materia di tutela della salute sono limitate, tuttavia una serie di interventi legislativi e azioni estranei a questo settore sono suscettibili di avere ripercussioni anche in ambito sanitario. Se in un primo tempo molti degli interventi in materia di politica sanitaria dell'Unione si sono sviluppati attraverso misure volte a regolare il funzionamento del mercato interno, i dispositivi di *governance* economica introdotti a partire dal 2011, e in particolare il Semestre europeo, costituiscono un ulteriore strumento capace di incidere sia sul finanziamento dei sistemi sanitari nazionali degli Stati membri, il quale costituisce una voce rilevante della spesa pubblica, che sul loro modello organizzativo[1]. Questo processo di *governance* economica aumenta le possibilità delle istituzioni dell'Unione di intervenire in maniera incisiva nelle scelte di politica sociale degli Stati membri e permette loro di proporre una propria visione di *welfare state* da implemen-

* Dottoranda in Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Torino. L'autrice desidera ringraziare il Prof. F. Costamagna, per il supporto dato alla stesura della versione preliminare e il Prof. G. Di Federico, per i preziosi spunti forniti in sede di revisione. Ogni eventuale errore e/o omissione è imputabile all'autrice sola.

[1] S. L. GREER, *The Three Faces of European Union Health Policy: Policy, Markets, and Austerity*, in *Policy and Society*, 2014, p. 13.

tare a livello nazionale[2]. Già in precedenza, la dottrina ha esaminato l'integrazione delle politiche sociali nella *governance* economica europea[3]. In particolare, gli studi che hanno analizzato la maniera in cui tali processi hanno tentato di influenzare la gestione dei sistemi sanitari nazionali negli anni successivi alla crisi finanziaria del 2008 sostengono che le istituzioni dell'Unione abbiano valorizzato principalmente il contenimento della spesa pubblica, piuttosto che la promozione dello sviluppo dei sistemi di *welfare* nazionali e, specificatamente, la tutela della salute o altri valori e obiettivi quali universalità e accessibilità delle cure[4]. Parziali cambiamenti si sono invece registrati più recentemente, sebbene l'attenzione alla sostenibilità finanziaria rimanga predominante[5].

Emerge quindi un primo problema di divergenza tra gli interventi e gli obiettivi dell'Unione. Da un lato, vi è l'esigenza di garantire un elevato livello di tutela della salute anche attraverso il buon funzionamento dei sistemi sanitari nazionali. In questo senso, ogni Stato membro ha facoltà di definire l'organizzazione del proprio servizio sanitario, soprattutto in riferimento alle modalità di finanziamento[6], seppur essi concordino nel rispetto di una serie di valori comuni, quali l'accessibilità, l'universalità, l'equità e la solidarietà

[2] F. COSTAMAGNA, *Il coordinamento delle politiche economiche nell'ambito del Semestre europeo*, in O. PORCHIA (a cura di), *Governance economica europea. Strumenti dell'Unione, rapporto con l'ordinamento internazionale e ricadute nell'ordinamento interno*, Napoli, 2015, p. 136.

[3] Ad esempio, P. COPELAND, M. DALY, *The European Semester and EU Social Policy*, in *Journal of Common Market Studies*, 2018, p. 1001 ss.; J. ZEITLIN, B. VANHERCKE, *Socializing the European Semester: EU Social and Economic Policy Co-ordination in Crisis and Beyond*, in *Journal of European Public Policy*, 2017, p. 149 ss.; F. COSTAMAGNA, *Il coordinamento delle politiche economiche*, cit., p. 127 ss.

[4] S. L. GREER, H. JARMAN, R. BAETEN, *The New Political Economy of Health Care in the European Union: The Impact of Fiscal Governance*, in *International Journal of Health Services*, 2016, p. 263; N. AZZOPARDI-MUSCAT, T. CLEMENS, D. STONER, H. BRAND, *EU Country Specific Recommendations for Health Systems in the European Semester Process: Trends, Discourse and Predictors*, in *Health Policy*, 2015, p. 375 ss.

[5] T. CLEMENS, N. AZZOPARDI-MUSCAT, *The European Semester 2015-2018: Themes and Progress of Country Specific Recommendations on Health*, in *European Journal of Public Health*, 2019; S. L. GREER ET AL., *Everything you always wanted to know about European Union health policy but were afraid to ask*, Copenhagen, 2022, p. 199 ss.

[6] In questo senso, i sistemi sanitari nazionali possono essere divisi in due principali modelli, quello "Beveridge" finanziato attraverso la tassazione e quello "Bismarck" fondato su un sistema di assicurazione obbligatoria della popolazione.

nell'accesso alle cure[7]. Dall'altro lato, risulta necessario perseguire un certo grado di stabilità finanziaria nell'ambito dell'Unione economica e monetaria. In particolare, a cominciare dalla base giuridica su cui si fonda il Semestre europeo, è evidente che questo strumento sia fortemente improntato a perseguire esigenze di stabilità macroeconomica. Tuttavia, le azioni delle istituzioni dell'Unione intraprese nel quadro di questo strumento devono conformarsi all'obbligo di tutela della salute di cui agli artt. 9 e 168, par. 1, TFUE. Il secondo tema attiene alla questione del riparto delle competenze, in quanto attraverso il Semestre europeo l'Unione interviene, seppur in maniera indiretta e non vincolante, nel settore della sanità che rimane di responsabilità degli Stati membri.

Lo scopo del presente contributo è quello di analizzare in che modo i diversi obiettivi sopra menzionati, ossia la stabilità finanziaria e la tutela della salute, siano stati riconciliati nel contesto del Semestre europeo e se tale bilanciamento abbia subito cambiamenti durante gli anni. Si tenterà altresì di indagare se sia possibile identificare un modello di gestione dei servizi sanitari indicato dalle istituzioni dell'Unione e, in caso affermativo, quali siano le sue caratteristiche principali. Come precedentemente discusso, la dottrina ha già considerato in che modo le raccomandazioni specifiche per paese si proponevano di indirizzare l'azione degli Stati membri in ambito sanitario, tuttavia un aggiornamento dei risultati è necessario. Infatti, non è ancora presente in dottrina un'analisi sistematica delle raccomandazioni in tema di salute, che affronti la questione dalla prospettiva giuridica proposta in questo contributo e che consideri le interazioni tra Semestre europeo e Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza, parte del *Next Generation EU*.

Dal punto di vista metodologico, il presente contributo prende le mosse dall'analisi delle raccomandazioni specifiche per Paese elaborate dalla Commissione e approvate dal Consiglio nell'ambito del Semestre europeo. Queste vengono prese in considerazione al fine di determinare l'evoluzione dell'approccio delle istituzioni dell'Unione. Queste costituiscono lo strumento più adatto per compiere una simile analisi per due ordini di motivi. In primo luogo, le raccomandazioni specifiche per paese si rivolgono in maniera puntuale e dettagliata agli Stati membri e permettono quindi di identificare

[7] Conclusioni del Consiglio sui valori e principi comuni dei sistemi sanitari dell'Unione europea, del 22 giugno 2006 (2006/C 146/01).

con chiarezza le specifiche azioni che le istituzioni dell'Unione suggeriscono di intraprendere ai governi nazionali. In secondo luogo, consentono di apprezzare i compromessi e i bilanciamenti tra diversi interessi derivanti da un processo che include sia interazioni tra Stati membri e istituzioni, sia obiettivi di natura differente. Alla luce della natura non vincolante delle raccomandazioni in parola e della complessità nel valutare l'impatto effettivo di queste indicazioni nei singoli Stati membri, non si esaminerà in che modo questo strumento abbia effettivamente influenzato le politiche nazionali. Similmente, poiché la ricerca si concentra sugli obiettivi dell'Unione nello sviluppo delle raccomandazioni, ulteriori obblighi costituzionali o derivanti dal diritto internazionale degli Stati membri rilevanti in fase di implementazione del Semestre[8], ed eventualmente coincidenti con le raccomandazioni formulate, non saranno considerati.

Verrà quindi sostenuta la tesi secondo cui le tematiche sanitarie siano state affrontate nel Semestre europeo abbandonando il focus esclusivo sulla sostenibilità economica dei sistemi sanitari e la *governance* economica sia diventata un meccanismo usato dall'Unione per indirizzare più generalmente le politiche sanitarie nazionali. In questo processo sono stati tenuti sempre più in considerazione valori di carattere sociale enunciati ad esempio nel piano d'azione del Pilastro europeo dei diritti sociali[9]. Tale approccio appare essere maggiormente compatibile con il requisito della tutela della salute che dovrebbe essere rispettato dall'Unione in ogni ambito del suo agire.

Questo contributo procede quindi con una breve illustrazione del quadro giuridico di riferimento, affrontando la questione della tutela della salute nel diritto dell'Unione e, le competenze dell'Unione nel coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, con particolare riferimento al Semestre europeo. In seguito, verranno esaminate le raccomandazioni specifiche per paese con lo scopo di identificare la maniera in cui obiettivi economici e sociali sono stati bilanciati. Un'analisi delle prerogative sociali all'interno del Semestre europeo, e una discussione delle interazioni con il più recente *Next Generation EU* permetteranno di contestualizzare l'analisi condotta e poter elaborare ipotesi per il futuro.

[8] Tra gli altri rilevano l'art. 12 del Patto Internazionale sui Diritti Economici Sociali e Culturali, l'art. 1 della Costituzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità e l'art. 11 della Carta sociale europea.

[9] COM (2017) 251final, del 26 aprile 2017, proposta di comunicazione interistituzionale.

2. *L'Unione europea e la tutela della salute*

Come accennato in apertura, l'Unione europea ha limitate competenze in materia di salute. Le disposizioni che meritano una breve analisi ai fini della presente trattazione sono quelle concernenti l'obiettivo trasversale di tutela della salute e quelle riguardanti la ripartizione delle competenze nel settore sanitario.

All'art. 168, par. 1, TFUE si afferma che "nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana". La stessa formulazione è stata ripresa nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel secondo paragrafo dell'art. 35 dedicato alla protezione della salute. La cosiddetta clausola sociale orizzontale all'art. 9 TFUE, introdotta per la prima volta nel Trattato di Lisbona, ribadisce inoltre che "nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di […] un elevato livello di […] tutela della salute umana", oltre che di una serie di altri obiettivi di carattere prettamente sociale. Similmente, seppur non strettamente rilevante nel contesto del Semestre europeo, l'art. 114, par. 3, TFUE, richiede che le istituzioni dell'Unione mirino ad un elevato livello di tutela nell'esercizio delle loro competenze di armonizzazione legislativa anche nel settore della salute.

L'inserimento di queste disposizioni, aventi rango primario, costituisce il fondamento giuridico per rendere l'obiettivo di tutelare la salute un obbligo trasversale a tutte le politiche e azioni dell'Unione, secondo l'approccio denominato "Health in all policies". Questa strategia presuppone che la salute della popolazione non sia determinata solamente dalle politiche sanitarie in senso stretto ma derivi anche da misure adottate in altri settori, rendendo quindi necessario tenere in considerazione la tutela della salute in ogni tipo di politica[10]. Nonostante il testo degli artt. 9 e 168, par. 1, TFUE risulti piuttosto vago, l'indicazione che ne deriva implica l'adozione di un approccio al *policy-making* volto a trovare innanzitutto una soluzione di equilibrio tra gli interessi sanitari e quelli di altra natura e che miri inoltre a sfruttare le possibilità presenti in diversi ambiti per contribuire al fine di tutelare la salute[11].

[10] Per approfondimenti, T. STAAHL, M. WISMAR, E. OLLILA, E. LAHTINEN, K. LEPPO (a cura di), *Health in All Policies: Prospects and Potentials*, Helsinki, 2006, p. 4 ss.

[11] O. BARTLETT, A. NAUMANN, *Reinterpreting the Health in All Policies Obligation in Ar-*

Anche l'ambito applicativo delle disposizioni in parola è ampio, dal momento che non si riferisce alle sole competenze legislative dell'Unione, ma include anche le sue "politiche" e "azioni". Ciò dimostra, quindi, che l'obiettivo della tutela della salute non è circoscritto al solo intervento legislativo dell'Unione nelle materie nelle quali essa ha competenze, ma ha una portata più ampia. Pertanto, anche la formulazione delle raccomandazioni specifiche per paese elaborate nel quadro del Semestre europeo parrebbe costituire un'azione che richiede il rispetto dell'obbligo derivante dagli artt. 9 e 168, par. 1, TFUE. È stato infatti sottolineato che anche le raccomandazioni specifiche per paese debbano essere indirizzate a migliorare il funzionamento dei sistemi sanitari nazionali, in quanto condizione necessaria ad assicurare lo stato di salute generale dei cittadini dell'Unione[12].

In aggiunta, l'art. 168, par. 2, TFUE pone le basi per un coordinamento tra Stati membri nell'ambito sanitario, supportato ove necessario dall'Unione. Sebbene la maniera in cui è descritto tale coordinamento paia fare riferimento al metodo aperto di coordinamento, non sembrano precluse altre modalità di intervento dell'Unione che favoriscano la cooperazione tra i governi nazionali. In tal senso, il Semestre europeo pare essere un meccanismo che gli Stati sono disposti ad impiegare per favorire il coordinamento delle proprie politiche sanitarie, oltre che di quelle economiche.

Al contempo, nei Trattati è stato inserito un limite all'azione dell'Unione, poiché sulla base dell'art. 168, par. 7, TFUE essa "rispetta le responsabilità degli Stati membri per la definizione della loro politica sanitaria e per l'organizzazione e la fornitura di servizi sanitari e di assistenza medica. Le responsabilità degli Stati membri includono la gestione dei servizi sanitari e dell'assistenza medica e l'assegnazione delle risorse loro destinate […]"[13]. La disposizione appena menzionata è stata definita una "clausola di garanzia" a favore degli Stati membri, volta a ribadire la loro contrarietà all'intervento dell'Unione in questo ambito[14]. Tuttavia, occorre ricordare che

ticle 168 TFEU: the First Step towards Making Enforcement a Realistic Prospect, in *Health Economics, Policy and Law*, 2021, p. 8.

[12] N. AZZOPARDI-MUSCAT, ET AL., *EU Country Specific Recommendations,* cit., p. 381.

[13] Con l'adozione del Trattato di Lisbona è stata preferita una formulazione meno incisiva della precedente, la quale menzionava che l'azione dell'Unione "rispetta appieno le competenze degli Stati membri".

[14] F. BESTAGNO, *La tutela della salute tra competenze dell'Unione europea e degli Stati*

vari elementi costitutivi dei sistemi sanitari nazionali rimangono soggetti alle disposizioni che regolano il mercato interno[15]. Inoltre, anche nell'esercizio delle proprie competenze esclusive, gli Stati membri sono vincolati al rispetto del diritto dell'Unione[16].

Ne consegue quindi che sia l'azione degli Stati membri sia quella dell'Unione devono rispettare ed essere esercitate secondo alcune limitazioni. Gli Stati membri mantengono quindi la propria responsabilità nella gestione dei servizi sanitari nazionali, ciò nonostante, devono esercitare le proprie competenze nel rispetto del diritto dell'Unione, in coordinamento con gli altri Stati membri e, dall'introduzione del Semestre europeo, tenendo in considerazione le raccomandazioni specifiche per paese. Di converso, nella formulazione delle raccomandazioni specifiche per paese le istituzioni dell'Unione sono tenute a valorizzare l'obiettivo trasversale della tutela della salute.

3. *Il coordinamento delle politiche economiche attraverso il Semestre europeo*

I Trattati prevedono altresì disposizioni circa il coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri. Secondo l'art. 119 TFUE, essi devono infatti coordinare le proprie politiche economiche tenendo in considerazione una serie di principi tra cui quello di assicurare "finanze pubbliche e condizioni monetarie sane nonché bilancia dei pagamenti sostenibile". L'art. 120 TFUE impone invece che gli Stati membri seguano gli indirizzi di massima

membri, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, p. 319. Tra le ragioni che rendono difficoltoso l'intervento dell'Unione in questo ambito spiccano la differenza organizzativa, culturale e qualitativa dei diversi sistemi sanitari nazionali e l'ingente quantitativo della spesa pubblica nazionale richiesto dal settore sanitario, stanziata sulla base di principi di solidarietà fiscale e redistribuzione del reddito, propri della sfera domestica. Si veda, A. DE RUIJTER, *EU Health Law & Policy: The Expansion of EU Power in Public Health and Health Care*, Oxford, 2019, p. 5 ss e p. 91.

[15] E. MOSSIALOS, G. PERMANAND, R. BAETEN, T. K. HERVEY, *Health Systems Governance in Europe: the Role of European Union Law and Policy*, in E. MOSSIALOS, G. PERMANAND, R. BAETEN, T. K. HERVEY (eds.), *Health Systems Governance in Europe: The Role of European Union Law and Policy*, Cambridge, 2010, p. 13 ss.

[16] T. K. HERVEY, J. V. MCHALE, *European Union Health Law: Themes and Implications*, Cambridge, 2015, p. 290.

forniti dalle istituzioni dell'Unione. L'art. 121 TFUE definisce infine le procedure con cui implementare tale coordinamento e la sorveglianza circa il loro rispetto.

Sulla base di tali disposizioni, a seguito della crisi finanziaria del 2008, è stato istituito il Semestre europeo, ossia il ciclo di coordinamento delle politiche economiche, sociali e di bilancio degli Stati membri. Le cause della crisi erano state rinvenute nel mancato rispetto del Patto di Stabilità e Crescita[17] e nelle falle dei meccanismi di sorveglianza e di coordinamento tra economie nazionali, le quali si erano rivelate essere strettamente interdipendenti, e avevano così messo in evidenza la necessità di rafforzare la sorveglianza preventiva delle politiche economiche e di bilancio degli Stati membri con l'intento di prevenire ingenti squilibri macroeconomici[18]. Il meccanismo del Semestre europeo è quindi stato adottato tramite il cosiddetto *Six Pack*[19], volto a rafforzare il Patto di Stabilità e Crescita, anche attraverso la creazione della procedura per i disavanzi eccessivi. Successivamente, per gli stessi fini, è stato introdotto anche il cosiddetto *Two Pack*[20], applicabile agli Stati dell'area

[17] Il Patto di Stabilità e Crescita è costituito dal 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 il 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. I regolamenti sono stati emendati con l'introduzione del *Six Pack*.

[18] COM (2010) 250final, del 12 maggio 2010, comunicazione della Commissione, p. 2 e p. 8 ss.

[19] Regolamento (UE) 1173/2011 del Parlamento e del Consiglio, del 16 novembre 2011, sull'effettiva applicazione della sorveglianza di bilancio nell'area dell'euro; regolamento (UE) 1174/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, sulle misure esecutive per la correzione degli squilibri macroeconomici eccessivi nella zona euro; regolamento (UE) 1175/2011 del Parlamento e del Consiglio, del 16 novembre 2011; regolamento (UE) 1176/2011 del Parlamento e del Consiglio, del 16 novembre 2011, sulla prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici; regolamento (UE) 1177/2011 del Parlamento e del Consiglio, del 16 novembre 2011; direttiva 2011/85/UE del Consiglio, dell'8 novembre 2011, relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri.

[20] Regolamento (UE) 472/2013 del Parlamento e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sul rafforzamento della sorveglianza economica e di bilancio degli Stati membri nella zona euro che si trovano o rischiano di trovarsi in gravi difficoltà per quanto riguarda la loro stabilità finanziaria e regolamento (UE) 473/2013 del Parlamento 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.

euro. La base giuridica di entrambi i pacchetti di misure è costituita dall'art. 121, par. 6, TFUE sulla procedura per l'adozione di disposizioni per il coordinamento e il controllo preventivo delle politiche economiche degli Stati membri. Questo articolo è considerato in combinato disposto con l'art. 126 TFUE sui disavanzi pubblici eccessivi nel caso del *Six Pack* e con l'art. 136 TFUE sul coordinamento e la sorveglianza delle politiche di bilancio degli Stati dell'area euro, per quanto riguarda il *Two Pack*. Le due basi giuridiche denotano quindi chiaramente l'obiettivo primario di carattere macroeconomico del Semestre europeo. Infine, è stata inquadrata all'interno del Semestre anche la Strategia Europa 2020, con la quale la Commissione si prefiggeva di raggiungere entro tale data "una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva" attraverso il raggiungimento di una serie di obiettivi afferenti alla sfera delle politiche sociali[21].

Per ciò che concerne il funzionamento del Semestre, durante il cosiddetto "pacchetto d'autunno" la Commissione presenta l'analisi annuale della crescita, in cui vengono stabilite le priorità per l'anno successivo e redige una relazione sul meccanismo di allerta della procedura per gli squilibri macroeconomici. Entro aprile, gli Stati membri sono tenuti a presentare due tipologie di documenti: i programmi nazionali di riforma, richiesti dalla Strategia Europa 2020 nei quali si illustrano le riforme previste, e i programmi di stabilità per gli Stati dell'area euro oppure i programmi di convergenza, che riguardano invece le strategie di bilancio dello Stato. Sulla base dell'analisi di questi ultimi, in presenza di squilibri economici, la Commissione può formulare raccomandazioni o, nei casi più gravi, attivare la procedura per gli squilibri eccessivi.

Il "pacchetto di primavera", invece, costituisce il momento nel quale vengono redatte le raccomandazioni specifiche per paese, elaborate dalla Commissione e validate dal Consiglio europeo, che forniscono ai singoli Stati membri indicazioni da implementare nei mesi successivi. In aggiunta, per effetto dell'adozione del cosiddetto *Two Pack*, gli Stati dell'area euro devono presentare anche una bozza dei bilanci nazionali nel mese di ottobre, sulla base dei quali la Commissione emetterà un proprio parere. Seppur le raccomandazioni costituiscano uno strumento non giuridicamente vincolante, esse sono accompagnate da una serie di meccanismi sanzionatori applicabili agli

[21] COM (2010) 2020final, del 3 marzo 2010, comunicazione della Commissione.

Stati dell'area euro qualora non venga data loro attuazione[22]. In questo senso, l'azione persuasiva dell'Unione è suscettibile di incidere maggiormente su quegli Stati la cui sostenibilità finanziaria sia più critica. In particolare, è stato registrato che l'influenza delle raccomandazioni sulle scelte politiche operate dai governi nazionali aumenti nel caso in cui le indicazioni siano maggiormente dettagliate e, soprattutto, qualora lo Stato si trovi soggetto a una procedura per i disavanzi eccessivi[23].

Una breve riflessione alla luce della base giuridica delle raccomandazioni specifiche per paese permette di meglio comprendere le implicazioni derivanti dall'inclusione di indicazioni in materia sanitaria in queste ultime. La base giuridica è infatti da rintracciare negli artt. 121, par. 2, e 148 TFUE, i quali si riferiscono all'elaborazione di indirizzi di massima volti a coordinare rispettivamente le politiche economiche e quelle in materia di occupazione degli Stati membri. Come illustrato nei paragrafi successivi, il contenuto delle indicazioni presenta due criticità se considerato in relazione a questa base giuridica. Innanzitutto, in vari casi, le raccomandazioni specifiche per paese prescrivono agli Stati membri azioni da intraprendere con un grado di precisione e dettaglio che mal si coniuga con la definizione di "indirizzi di massima" prevista dal Trattato[24]. Inoltre, le disposizioni pocanzi menzionate che fungono da base giuridica si riferiscono solamente al coordinamento di politiche economiche e dell'occupazione. Tuttavia, sulla base di questi articoli vengono adottate una serie di raccomandazioni che, di fatto, permettono di coordinare e monitorare indirettamente altri tipi di politiche sociali, come è il caso di quelle sanitarie.

Dal momento che il Semestre prevede anche meccanismi sanzionatori, la possibilità di multare gli Stati membri per non aver seguito specifiche raccomandazioni, ad esempio sulla gestione dei propri sistemi sanitari, risulta particolarmente problematica. Le questioni qui esaminate costituiscono una chiara illustrazione del fatto che il sistema di *governance* economica

[22] Per una discussione dell'interazione tra meccanismi *soft* e *hard* nel contesto del Semestre europeo, si veda, F. COSTAMAGNA, *Il coordinamento delle politiche economiche*, cit., p. 130 ss.

[23] R. BAETEN, B. VANHERCKE, *Inside the black box: The EU's economic surveillance of national healthcare systems*, in *Comparative European Polities*, 2016, p. 491 ss.

[24] F. COSTAMAGNA, *National Social Spaces as Adjustment Variables in the EMU: A Critical Legal Appraisal*, in *European Law Journal*, 2018, p. 175.

dell'Unione permetta di includere tematiche sanitarie in una struttura non creata con l'intento di promuovere la salute, bensì avente come obiettivo il raggiungimento della stabilità economica, anche attraverso l'attuazione di politiche di austerità[25].

4. *Le raccomandazioni specifiche per paese e i sistemi sanitari nazionali*

Al fine di validare l'ipotesi proposta in partenza, secondo cui le raccomandazioni riguardanti l'ambito sanitario non abbiano più come obiettivo unico la stabilità finanziaria, ma considerino anche esigenze di protezione della salute, l'esame delle disposizioni legislative rilevanti deve essere completato con un'analisi del contenuto delle raccomandazioni specifiche per paese. La presente ricerca ha preso in considerazione tutte le raccomandazioni elaborate dalla Commissione e validate dal Consiglio dal 2011 al 2020[26] per ogni Stato membro. Dal punto di vista metodologico, in una prima fase del lavoro sono state selezionate le raccomandazioni nelle quali venivano affrontati temi legati alla sanità[27]. La seconda parte del lavoro ha riguardato invece la catalogazione delle raccomandazioni raccolte. Questa sezione mira dunque a fornire una breve sistematizzazione e analisi delle indicazioni rivolte agli Stati membri.

Le raccomandazioni specifiche per Paese riguardanti la salute sono una costante da quando il Semestre europeo è entrato in vigore, dal momento che già nel 2011 tre Stati membri avevano ricevuto indicazioni a proposito dei propri sistemi sanitari. Dal punto di vista numerico, negli anni successivi sono sempre di più gli Stati nei confronti dei quali sono state elaborate raccomandazioni di questo tipo, raggiungendo l'apice nel 2020, anno in cui tutti gli Stati membri hanno ricevuto raccomandazioni sulle politiche sanitarie da

[25] S. L. GREER, *The Three Faces of European Union Health Policy*, cit., p. 17.

[26] Le raccomandazioni specifiche per Paese facenti riferimento il 2021 non sono state elaborate in quanto la Commissione non le ha ritenute compatibili con "la natura politica complessiva e orientata al futuro dei piani per la ripresa nazionale". Si veda, COM (2020) 575final, cit., p. 13. Le raccomandazioni riguardanti il 2022 sono state rese disponibili il 23 maggio 2022 e considerate solo marginalmente nelle conclusioni.

[27] Sono stati esclusi da questa operazione i riferimenti all'ambito sanitario presenti nei considerando delle raccomandazioni.

intraprendere. Inoltre, va sottolineato che alla maggior parte degli Stati membri sono state indirizzate, anno dopo anno, raccomandazioni molto simili tra loro[28]. Ciò nonostante, nel caso di cinque Stati membri, le indicazioni fornite loro hanno richiesto, in un primo tempo, di limitare la spesa sanitaria o di incrementare l'ottimizzazione nel suo utilizzo, mentre nelle raccomandazioni per il 2020 è stato suggerito di procedere con maggiori investimenti o di accumulare materiale sanitario[29].

In termini di contenuti, sono state selezionate nella presente ricerca tre macro categorie tematiche, cercando di raggruppare in maniera sistematica le azioni suggerite agli Stati membri nelle raccomandazioni. Il primo gruppo riguarda i temi della gestione finanziaria dei sistemi sanitari nazionali. Nella maggior parte delle raccomandazioni, viene fatto riferimento all'efficacia rispetto ai costi delle politiche sanitarie[30], a questioni di sostenibilità finanziaria[31], alla necessità di distribuire i finanziamenti sulla base dei risultati ottenuti dalle strutture ospedaliere[32] e, in alcuni casi, è stato raccomandato agli Stati membri di ridurre o controllare maggiormente queste spese[33].

Taluni Stati membri hanno anche ricevuto indicazioni piuttosto specifiche in merito alle modalità più appropriate per ottimizzare la spesa pubblica in materia sanitaria, ad esempio alla Slovacchia nel 2015 era stato richiesto di migliorare la gestione degli ospedali, oppure al governo sloveno nel 2017 di centralizzare le procedure per gli appalti sanitari o, ancora, di ridurre la spesa per i farmaci, come segnalato, tra gli altri, all'Irlanda nel 2014. Questa

[28] Rilevato anche da T. CLEMENS ET AL., *The European Semester 2015-2018*, cit.

[29] A questo proposito, rileva anche l'istituzione dell'Autorità per la preparazione e la risposta alle emergenze sanitarie, volta a migliorare la produzione e distribuzione di medicinali e apparecchiature critiche in situazioni emergenziali.

[30] *Ex multis*, raccomandazione del Consiglio, dell'8 luglio 2014, sul programma nazionale di riforma 2014 della Repubblica Ceca e che formula un parere del Consiglio sul programma di convergenza 2014 della Repubblica Ceca.

[31] *Ex multis*, raccomandazione del Consiglio, dell'8 luglio 2011, sul programma nazionale di riforma 2011 di Cipro e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità aggiornato di Cipro.

[32] Raccomandazione del Consiglio, del 9 luglio 2013, sul programma nazionale di riforma 2013 della Bulgaria e che formula un parere del Consiglio sul programma di convergenza della Bulgaria.

[33] Raccomandazione del Consiglio, dell'8 luglio 2014, sul programma nazionale di riforma 2014 del Portogallo e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità del Portogallo.

prima tipologia di raccomandazioni riguardanti la necessità di contenere e ottimizzare i finanziamenti destinati ai servizi sanitari nazionali è stata predominante tra il 2011 e il 2019, al contrario sono sparite le occasioni nelle quali in questo lasso di tempo è stato suggerito agli Stati di incrementare la spesa pubblica destinata alla salute. Invece, nel 2020, nessuna raccomandazione ha suggerito una riduzione della spesa sanitaria, mentre ne è stato esplicitamente incoraggiato l'aumento a quattro Stati membri. Similmente sono stati incentivati gli interventi, che saranno descritti di seguito, i quali paiono sottendere la necessità di un investimento da parte dello Stato.

La seconda categoria raggruppa indicazioni volte a garantire una maggiore apertura e accessibilità dei sistemi sanitari. In queste raccomandazioni traspare con più vigore l'obiettivo della tutela della salute e dei valori propri dei sistemi sanitari degli Stati membri. In particolare, il contenuto di queste raccomandazioni riguarda la necessità di garantire l'universalità delle cure sanitarie e di migliorarne l'accesso, la qualità e l'efficienza. Inoltre, a Polonia e Grecia nel 2019, è stato richiesto che gli investimenti nell'ambito sanitario tenessero in considerazione anche esigenze di inclusione sociale e limitazione delle disparità tra territori. Questo tipo di indicazioni sono aumentate nel tempo e compaiono talvolta insieme alle raccomandazioni riguardanti la sostenibilità finanziaria menzionate precedentemente. È altresì possibile inserire in questo gruppo raccomandazioni dettagliate che hanno richiesto alla Romania nel 2016 e 2017 di ridurre i pagamenti informali oppure, alla Lettonia nel 2017 e alla Bulgaria dal 2017 al 2019, di limitare quelli anticipati dai pazienti. Queste criticità sono infatti state considerate essere fattori passibili di limitare l'accesso alle cure. Il tema della copertura sanitaria nazionale costituisce un'altra questione ricorrente in alcune raccomandazioni indirizzate ad esempio a Cipro e alla Bulgaria in anni diversi. In ultimo, l'elemento comune a tutte le raccomandazioni elaborate a seguito della pandemia di Covid-19, ossia la richiesta agli Stati membri di migliorare o rafforzare la resilienza dei propri sistemi sanitari, può essere interpretata come avente la medesima finalità.

Il terzo gruppo di raccomandazioni, invece, riguarda questioni più puntuali relative alla gestione dei sistemi sanitari nazionali. Nello specifico, le raccomandazioni inserite in questa categoria si riferiscono all'organizzazione del personale sanitario, al tipo di cura da prediligere e, nel 2020, anche alle forniture di medicinali e apparecchiature e alla telemedicina. Per quanto ri-

guarda la gestione del personale sanitario, nelle raccomandazioni del 2015, alla Francia era stato richiesto di rimuovere le restrizioni all'accesso e all'esercizio delle professioni sanitarie, mentre l'anno successivo era stato suggerito al governo italiano di migliorare la concorrenza nel settore delle professioni regolamentate, tra cui quelle afferenti all'ambito della sanità. Inoltre, nel caso della Bulgaria, per tre anni consecutivi a partire dal 2017, era stato richiesto di affrontare il problema della carenza di personale sanitario. Se quest'ultima criticità era stata toccata nelle raccomandazioni in maniera sporadica, a seguito della pandemia di Covid-19, venti Stati membri hanno ricevuto indicazioni in questo senso. In particolare, a Bulgaria, Croazia e Francia, è stato suggerito di migliorare la distribuzione del personale e, a Cipro, le condizioni lavorative. Con riferimento invece al tema delle cure da prediligere, diverse raccomandazioni hanno richiesto agli Stati membri di sviluppare sistemi di cure ambulatoriali o, seppur meno frequentemente, l'assistenza sanitaria di base. Tale tendenza si registra costante anche nelle raccomandazioni del 2020. In aggiunta, alla Germania nel 2013, è stato suggerito di migliorare l'integrazione delle prestazioni sanitarie dando più risalto ad interventi di prevenzione e alla riabilitazione o, al Portogallo nel 2018, di ridurre gli arretrati nelle strutture ospedaliere.

Le ultime raccomandazioni elaborate nel 2020 rivelano invece due importanti novità in termini di contenuti, che si aggiungono a quelli già presenti nelle raccomandazioni degli anni passati: gli Stati membri sono stati invitati a far fronte alla carenza di prodotti ed infrastrutture mediche e, ad alcuni, è stato suggerito di accelerare l'utilizzo di sistemi di telemedicina. Rispetto a questo ultimo punto, preme segnalare che il tema della cosiddetta *e-health* è stato citato espressamente nelle raccomandazioni del Semestre europeo per la prima volta solo nel 2020. Come si vedrà nel prossimo paragrafo, questo cambiamento può essere spiegato, mettendolo in relazione con la più generale transizione digitale avviata a seguito della crisi pandemica.

Alla luce di questa descrizione generale delle raccomandazioni, è possibile profilare alcune considerazioni. In primo luogo, l'attenzione dell'Unione si è rivolta in modo particolare, e con una certa continuità, alle questioni riguardanti la gestione finanziaria dei sistemi sanitari. Questo non dovrebbe stupire dal momento che le raccomandazioni specifiche per Paese sono inserite in un quadro strutturato, almeno in origine, per coordinare le politiche economiche degli Stati membri. Pertanto, per come è stato sviluppato origi-

nariamente il sistema del Semestre europeo, gli indirizzi riguardanti la gestione della spesa sanitaria dovrebbero risultare funzionali *in primis* a limitare un aumento eccessivo e problematico della spesa pubblica più generale e non a contribuire al miglioramento della tutela della salute negli Stati membri. Ciò nonostante, nel complesso, si è anche registrato un progressivo, ma comunque limitato, interessamento per obiettivi e valori di carattere sociale, come la qualità, l'accessibilità e l'universalità dei servizi sanitari, che sono condivisi dagli Stati membri dell'Unione e possono essere elementi determinanti nella tutela della salute della popolazione. Emblematico in proposito è l'esempio delle raccomandazioni riguardanti i professionisti del settore sanitario: in un primo tempo la Commissione ha affrontato questo aspetto in riferimento ad esigenze proprie del mercato interno, ossia la concorrenza nella libera prestazione di servizi, mentre successivamente la presenza di un adeguato contingente di personale sanitario si è rivelato necessario nel perseguire il fine più generale di assicurare l'adeguato funzionamento dei sistemi sanitari nazionali e, pertanto, di tutelare la salute pubblica.

In secondo luogo, l'effetto più rilevante della pandemia di Covid-19 sulle raccomandazioni specifiche per paese è stato affrontare alcune delle principali problematiche insite dei sistemi sanitari nazionali, riconoscendo quindi indirettamente l'importanza che essi rivestono nel tutelare la salute pubblica dei cittadini.

In terzo luogo, da un'analisi complessiva delle raccomandazioni esaminate in questa ricerca è possibile identificare alcune caratteristiche del servizio sanitario verso cui tendono le raccomandazioni elaborate. Capacità principale di tale servizio sanitario è quella di essere in grado di operare un bilanciamento tra investimento pubblico, che deve essere sostenibile nel tempo e non minare la più generale stabilità finanziaria degli Stati membri, il mantenimento di valori propri dei sistemi sanitari europei e del loro buon funzionamento. In particolare, si evince che le istituzioni dell'Unione tengano soprattutto in considerazione il valore dell'universalità nell'accesso ai trattamenti sanitari, da intendersi sia come accessibilità in termini economici sia in senso di presenza fisica sul territorio di adeguate strutture di cura. Inoltre, le raccomandazioni del 2020 lasciano trasparire l'obiettivo di rendere i sistemi sanitari nazionali maggiormente resilienti e pronti ad affrontare eventuali emergenze future attraverso un'adeguata predisposizione di scorte di medicinali e attrezzature e l'impiego di un quantitativo sufficiente di personale

sanitario. Ciò nonostante, le raccomandazioni paiono rispettare il modello organizzativo presente in ogni Stato membro, essendo formulate in maniera tale da adattarsi alle diverse tipologie esistenti.

Alla luce di quanto emerge dalle raccomandazioni esaminate, si potrebbe concludere che le istituzioni dell'Unione, al fine di coniugare le esigenze di contenimento della spesa pubblica con quelle di tutela della salute, indirizzino gli Stati membri verso un sistema sanitario nel quale si permetta ai pazienti di fare un limitato ricorso alle strutture ospedaliere, rafforzando al contempo meccanismi di prevenzione, l'assistenza sanitaria di base e le cure fornite al di fuori degli ospedali, sulle quali è suscettibile di avere un impatto positivo anche l'utilizzo di dispositivi di telemedicina. È infatti già dai primi anni duemila che la Commissione ha riconosciuto che il rafforzamento delle cure di base e ambulatoriali fosse un appropriato compromesso per garantire, da un lato, l'efficienza e l'uguaglianza nell'accesso alle cure e, dall'altro lato, per contenere la spesa pubblica[34].

5. *La socializzazione del Semestre europeo e il* Next Generation EU

Per apprezzare appieno l'evoluzione dei contenuti delle raccomandazioni descritta nel paragrafo precedente è necessario ricollegarle ad alcuni interventi strettamente connessi al Semestre europeo. Infatti, se nei primi anni di funzionamento di questo strumento i principali obiettivi da perseguire sono stati la stabilità finanziaria e il contenimento del debito pubblico, si è assistito successivamente a una progressiva "socializzazione", da intendersi in termini sia di contenuto degli atti prodotti dalle istituzioni dell'Unione, sia di attori coinvolti nel processo[35].

Dal punto di vista formale, la prima tappa del processo di socializzazione è stata la proclamazione nel 2017, sotto la guida dell'allora presidente della Commissione Junker, del Pilastro dei Diritti Sociali[36], il quale "mira a fun-

[34] Commissione europea, Comitato di politica economica (a cura di), *Joint Report on Health Systems*, Bruxelles 2010, p. 78.

[35] Per approfondimenti, si veda J. ZEITLIN, B. VANHERCKE, *op. cit.*

[36] COM (2017) 251final. Per approfondimenti, si veda P. VESAN, F. CORTI, *Il Pilastro europeo dei diritti sociali e la strategia sociale di Juncker: un'agenda per la ricerca*, in *Politiche Sociali*, 2018, p. 125 ss.

gere da guida per realizzare risultati sociali e occupazionali efficaci in risposta alle sfide attuali e future […]"[37]. La funzione dei principi sanciti nel Pilastro era quella di fornire orientamenti sociali da integrare nel Semestre europeo, in particolare nell'elaborazione delle analisi e delle raccomandazioni[38]. Tra gli obiettivi menzionati, vi sono anche quello di tutelare la salute dei lavoratori[39] e garantire ad ogni individuo "il diritto di accedere tempestivamente a un'assistenza sanitaria preventiva e terapeutica di buona qualità e a costi accessibili"[40]. Il testo di questo pilastro riprende quanto espresso dalla prima parte dell'art. 35 della Carta, ma ne approfondisce la portata specificando il livello qualitativo elevato delle cure erogate e la loro accessibilità dal punto di vista economico e temporale.

Nel 2019, nell'ambito della proposta per un *Green Deal* europeo, la Commissione ha annunciato di voler includere nel processo di *governance* economica anche gli obiettivi di sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite[41], tra i quali compare quello di "assicurare la salute e il benessere per tutti e per tutte le età"[42]. In ultimo, la volontà di aderire a questi principi è stata ribadita di recente nella Dichiarazione di Porto[43] e nel piano d'azione elaborato dalla Commissione von der Leyen, nella quale vengono dettagliati gli interventi suggeriti per contribuire ad affrontare le criticità dei sistemi sanitari nazionali e renderli maggiormente pronti per le sfide future. Nello specifico, le azioni menzionate riguardano la necessità di affrontare le questioni legate ai lunghi tempi di attesa, alla mancanza di personale, alle disuguaglianze nell'accesso alle cure, al rafforzamento delle cure di base e quelle dedicate alla salute mentale e alla digitalizzazione dei sistemi sanitari nazionali[44]. A tal proposito, preme segnalare anche l'introduzione del nuovo regolamento (UE)

[37] Considerando n. 12.

[38] COM (2017) 250final, del 26 aprile 2017, comunicazione della Commissione, p. 9.

[39] Principio 10(a).

[40] Principio 16.

[41] COM (2019) 640final, dell'11 dicembre 2019, comunicazione della Commissione, p. 3.

[42] Obiettivo n. 3 della risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, del 25 settembre 2015, A/RES/70/1.

[43] Consiglio europeo, *Dichiarazione di Porto*, 8 maggio 2021, www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2021/05/08/the-porto-declaration/ (ultimo accesso 25 marzo 2022).

[44] COM (2021) 102final, del 4 marzo 2021, comunicazione della Commissione, p. 24.

2021/2282[45], il quale ha tra i propri obiettivi quello di rendere maggiormente accessibili le tecnologie sanitarie.

Un'ulteriore spinta verso un nuovo e diverso bilanciamento tra obiettivi economici e sociali è stata data dalle misure intraprese dall'Unione a seguito della crisi scaturita dalla pandemia di Covid-19. Innanzitutto, nel mese di marzo del 2020, per la prima volta dalla sua adozione è stata attivata la clausola di salvaguardia generale del Patto di Stabilità e Crescita, la quale consente di non considerare la spesa pubblica incorsa dagli Stati membri per far fronte a situazioni emergenziali nella valutazione della compatibilità delle politiche fiscali nazionali con i requisiti del Patto[46]. Questo rinnovato approccio dell'Unione in termini di gestione del debito pubblico accumulato dagli Stati membri, in antitesi rispetto alle politiche di rigore fiscale e austerità adottate dopo la crisi del 2008, può contribuire a spiegare il motivo per cui siano state tralasciate nel 2020 le considerazioni di stampo economico tipiche degli anni precedenti.

Un ultimo strumento rilevante è il cosiddetto *Next Generation EU*, istituito per affrontare le conseguenze economiche e sociali della crisi pandemica. Questo costituisce un piano di finanziamenti, da erogare sia sotto forma di prestiti che di sovvenzioni, del valore di oltre 800 miliardi di euro, presi in prestito dall'Unione sui mercati finanziari[47]. Il nucleo centrale del sistema è costituito dal Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza, approvato con il regolamento (UE) 2021/241[48]. Attraverso questo meccanismo verranno erogati la maggior parte dei fondi. Rileva in maniera particolare sottolineare che, data la diversa finalità del Semestre europeo e del Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza questi strumenti si fondano su una base giuridica differente. Quella usata per l'adozione del Semestre costituita dall'art. 121, par. 6, TFUE in combinato disposto con l'art. 126 TFUE, riguardava il coordina-

[45] Del 15 dicembre 2021, relativo alla valutazione delle tecnologie sanitarie.

[46] Per approfondimenti, si veda P. DERMINE, *The EU's Response to the COVID-19 Crisis and the Trajectory of Fiscal Integration in Europe: Between Continuity and Rupture*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2020, p. 338 ss. La Commissione ha autorizzato un'ulteriore estensione dell'applicazione della clausola almeno per tutto il 2022. Si veda, COM (2021) 105final, del 3 marzo 2021, comunicazione della Commissione, p. 8.

[47] Commissione europea, *Recovery plan for Europe*. www.ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_it#elementi-principali-del-nuovo-accordo (ultimo accesso 25 marzo 2022).

[48] Del 12 febbraio 2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza.

mento e la sorveglianza delle scelte di politica economica degli Stati membri, mentre l'art. 175, par. 3, TFUE, che giustifica l'adozione del Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza, è parte del titolo del Trattato sulla coesione economica, sociale e territoriale. Questa scelta dimostra un importante cambio di rotta nell'approccio dell'Unione ed evidenzia la necessità di perseguire altri obiettivi di carattere sociale oltre al raggiungimento della sola stabilità finanziaria[49].

La procedura definita nel Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza prevede che ogni Stato membro debba, *in primis*, sottoporre alla Commissione un piano nazionale in cui vengono dettagliate le misure che si intendono implementare. In caso di valutazione positiva, seguono l'approvazione dei piani ad opera del Consiglio e l'esborso della prima *tranche* di finanziamenti. I successivi pagamenti dovranno essere poi richiesti da ogni Stato membro al raggiungimento degli obiettivi intermedi prefissati, previa approvazione da parte della Commissione. È stato argomentato che questo processo di verifica preventivo al versamento dei fondi permette alla Commissione di acquisire maggior controllo sui piani di riforma nazionali[50].

In quest'ottica di dialogo e coordinamento tra il livello nazionale e l'Unione è previsto che il Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza interagisca con il Semestre europeo sotto diversi aspetti[51]. In primo luogo, la Commissione ha richiesto che i piani elaborati a livello nazionale fossero atti ad affrontare le criticità segnalate nelle raccomandazioni specifiche per Paese degli ultimi anni[52]. Conseguentemente, queste ultime hanno fornito la cornice per valutare i piani per la ripresa e la resilienza presentati[53]. In proposito, le raccomandazioni elaborate negli ultimi cicli, in cui è stato particolarmente valorizzato l'obiettivo della tutela della salute, sono suscettibili di avere un peso importante nella definizione delle politiche degli Stati membri nel breve

[49] F. COSTAMAGNA, *Il Next Generation EU e la costruzione di una politica economica europea: quale ruolo per democrazia e solidarietà?*, in *I Post di AISDUE*, 2021, p. 41 s.

[50] D. BOKHORST, *The Influence of the European Semester: Case Study Analysis and Lessons for its Post-Pandemic Transformation*, in *Journal of Common Market Studies*, 2021, p. 101 ss.

[51] Per un commento, si veda V. D'ERMAN, A. VERDUN, *An Introduction: "Macroeconomic Policy Coordination and Domestic Politics: Policy Coordination in the EU from the European Semester to the Covid-19 Crisis"*, in *Journal of Common Market Studies*, 2021, p. 7 ss.

[52] COM (2020) 575final, del 17 settembre 2020, comunicazione della Commissione, p. 5.

[53] COM (2020) 575final, cit., p. 13.

e medio periodo. In secondo luogo, si è tentato di ottimizzare il coordinamento tra i due meccanismi. Nel 2021 è stato permesso agli Stati membri di unificare in un unico documento il loro programma di riforma, già previsto nel contesto del Semestre, con il piano di ripresa e resilienza[54]. Similmente, nel ciclo del 2022, i programmi di riforma nazionali avranno anche valenza di rapporti semestrali previsti dalle disposizioni del Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza[55]. In terzo luogo, il pacchetto di primavera 2022 prevede una prima elaborazione di relazioni per Paese basate sulla valutazione dei piani di ripresa e resilienza, sul raggiungimento degli obiettivi del pilastro europeo dei diritti sociali ed eventualmente sui risultati dell'esame degli squilibri macroeconomici. Le criticità individuate nelle relazioni costituiscono il fondamento per la definizione delle raccomandazioni specifiche per Paese proposte[56].

In ultimo, è necessario mettere in luce la rilevanza attribuita alla salute nel Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza soprattutto sotto due profili: la salute è stata inclusa nell'ambito di applicazione dello strumento[57] e il preambolo ribadisce l'importanza di investimenti in materia sanitaria e di assicurare che i servizi sanitari siano in grado di far fronte a possibili crisi[58]. Da queste generali considerazioni emergono quindi un marcato cambiamento nelle condizioni sociali, politiche ed economiche attuali rispetto al contesto nel quale il Semestre europeo era stato introdotto e una progressiva inclusione degli obiettivi legati alla tutela della salute negli interventi dell'Unione, i quali interagiscono strettamente con questo tipo di coordinamento.

6. *Conclusione*

Il presente studio ha posto in evidenza le interazioni tra obiettivi di tutela della salute e solidità finanziaria nel contesto della *governance* economica, con un particolare riferimento ai cambiamenti che si sono verificati a seguito della pandemia di Covid-19. In linea con quanto precedentemente sostenuto

[54] COM (2020) 575final, cit., p. 13.

[55] COM (2021) 740final, del 24 novembre 2021, comunicazione della Commissione, p. 18.

[56] COM (2021) 740final, cit., p. 16 ss.

[57] Art. 3 del regolamento 2021/24, cit.

[58] Considerando n. 6 e n. 15 del regolamento 2021/24, cit.

in dottrina in tema di "socializzazione" del Semestre, anche questa analisi ha permesso di giungere alla conclusione che, nonostante il suo fulcro principale sia rimasto per quasi un decennio la sostenibilità economica, è stata data progressivamente maggiore attenzione all'obiettivo della tutela della salute. Tale processo ha preso le mosse da una situazione nella quale il tema della salute rientrava nelle raccomandazioni specifiche per paese solo in quanto suscettibile di incidere sulla questione del debito pubblico. In una seconda fase di bilanciamento le istituzioni dell'Unione hanno cercato di accomodare esigenze sanitarie e contenimento della spesa pubblica, permettendo agli obiettivi sociali di assumere sempre maggiore risalto. Infine, nelle ultime raccomandazioni è stata data prevalenza alle necessità di tutela della salute, con un interesse quasi esclusivo delle istituzioni dell'Unione nei confronti della capacità dei sistemi sanitari nazionali di reagire alla crisi. L'evoluzione dell'approccio dell'Unione risulta essere maggiormente rispettoso dell'obbligo di garantire un elevato livello di tutela della salute secondo quanto sancito dagli artt. 9 e 168, par. 1, TFUE. Pertanto, la salute non è più considerata nel Semestre europeo solamente in quanto spesa che gli Stati membri devono ridurre o ottimizzare, ma acquisisce una propria autonomia in quanto obiettivo indipendente. In altri termini, per i governi nazionali, tenere in considerazioni le raccomandazioni riguardanti la salute non significa unicamente evitare che un'eccessiva spesa sanitaria pregiudichi il raggiungimento di obiettivi di stabilità macroeconomica. Al contrario, queste fungono anche da linee guida per assicurare maggiore qualità ed equità nelle cure mediche a livello nazionale.

Anche i recenti sviluppi tangenti il Semestre lasciano ben sperare. È infatti ipotizzabile che in questo contesto esigenze di preservare l'accessibilità e l'universalità dei sistemi sanitari nazionali e di garantire la loro preparazione ad affrontare sfide future assumano maggiore risalto rispetto alla necessità di assicurarne la stabilità finanziaria, dati i diversi punti di contatto tra questo meccanismo e il Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza. In questo senso, è auspicabile che anche le prossime raccomandazioni continuino ad adottare un'impostazione più favorevole nei confronti degli obiettivi di tutela della salute, nonostante il progressivo venir meno della situazione emergenziale. Quanto affermato trova riscontro nelle raccomandazioni del 2022, nelle quali, in linea generale, la Commissione dimostra rinnovato interesse per esigenza di accessibilità dei servizi sanitari nazionali.

In ultimo, dal punto di vista del riparto delle competenze, da un lato, considerato il grado di approfondimento di alcune raccomandazioni, è evidente che le istituzioni dell'Unione tentino di influenzare con maggiore vigore le politiche sanitarie nazionali attraverso il Semestre europeo. Questo strumento si rivela infatti dotato di grande flessibilità e capacità di adattamento al mutare delle circostanze. Dall'altro lato, i contenuti delle raccomandazioni si sono progressivamente allineati all'obiettivo di garantire i valori fondanti dei servizi sanitari nazionali condivisi dagli Stati membri e il Semestre si rivela pertanto funzionale a valorizzare l'esigenza di tutela della salute. Ciò nonostante, un'ulteriore analisi che consideri il processo di elaborazione delle raccomandazioni, nonché della loro implementazione a livello nazionale, sarebbe necessaria. Tale ricerca permetterebbe di comprendere in che misura le raccomandazioni derivino dalle proposte di riforma presentate dagli Stati membri e in che modo vengano recepite a livello domestico.

I CRITERI FUNZIONALI AL RICONOSCIMENTO DI UNA "*CARENZA SISTEMICA O GENERALIZZATA*" DEI VALORI FONDANTI DELL'UNIONE EUROPEA

Miriana Lanotte*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'enucleazione della nozione di "carenza sistemica e generalizzata". – 3. I criteri funzionali al riconoscimento della violazione sistemica. – 4. Conclusioni: la portata innovativa dell'accertamento delle violazioni strutturali?

1. *Introduzione*

Se *prima facie* l'utilizzo da parte della Corte di giustizia della nozione di "carenza sistemica e generalizzata" sembra costituire un elemento di novità, e sicuramente lo è, occorre sottolineare che siffatto concetto, prima che nell'ordinamento dell'Unione europea, trova un suo preciso antecedente nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. In particolare, in virtù delle esigenze di economia processuale e di effettività di tutela dei diritti fondamentali, il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ha adottato una risoluzione e una raccomandazione[1] – la prima diretta alla Corte e la seconda agli Stati membri – volte a limitare la mole di ricorsi ripetitivi originati da una medesima situazione sistemica in uno Stato e a identificare l'eventuale problema strutturale sottostante alle violazioni della Convenzione[2]. Così, la

* Dottoranda in Diritto europeo presso l'Università di Bologna.

[1] Risoluzione 2004(3) del Comitato dei ministri, adottata il 12 maggio 2004, sulle carenze che rivelino un sottostante problema sistemico e raccomandazione 2004(6) del Comitato dei ministri sul miglioramento dei rimedi interni.

[2] F. M. PALOMBINO, *La "procedura della sentenza pilota" nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 44, 2008, p. 91 ss.; P. LEACH, H. HARDMAN, S. STEPHENSON, B. K. BLITZ, *Responding to Systemic Human Rights Violations – An Analysis of Pilot Judgments of the European Court of Human Rights and their Impact at National Level*, 2010; A. SACUCCI, *La responsabilità internazionale dello Stato per violazione strutturale dei diritti umani*, Napoli, 2018, in particolare p. 17 ss.; A. CANNONE, *Violazioni di carattere sistemico e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Bari, 2018, pp. 8-9.

Corte EDU, sollecitata dal singolo individuo che lamenta la violazione di un diritto fondamentale nascente da una carenza sistemica e strutturale dell'ordinamento nazionale compie, attraverso la procedura della "sentenza pilota", un sindacato sulla stessa legislazione degli Stati aderenti ed impone una conformazione alle sue stesse statuizioni anche mediante una modifica del diritto interno per consentire la piena riparazione delle conseguenze della violazione[3].

Anche la Corte di giustizia ha fatto uso, senza però definirne il contenuto, dell'espressione "carenza sistemica e generalizzata", sebbene non abbia, come la Corte di Strasburgo, la precipua finalità di tutelare i singoli da possibili violazioni dei diritti fondamentali, ma si occupi di questi ultimi, in virtù dell'art. 51, par. 1, CDFUE, nella misura in cui questi siano funzionali ad esercitare le competenze dell'Unione[4] e, in virtù dell'art. 2 TUE in combinato disposto con altre disposizioni dei trattati, quando la violazione di un valore fondante e fondativo – si pensi all'indipendenza della magistratura[5] – comprometta al tempo stesso un diritto fondamentale del singolo[6].

Non vi è dubbio che vi siano molteplici differenze tra la violazione di un diritto garantito dalla Carta e quella di un valore di cui all'art. 2 TUE[7]. In

[3] Corte EDU (GC) 22 giugno 2004, *Broniowsi c. Polonia*, ric. n. 31443/96, *Broniowski c. Polonia*, punti 35-37. Si veda V. ZAGRELBESKY, *Violazioni "strutturali" e Convenzione europea dei diritti umani: interrogativi a proposito di Broniowski,* in *Diritti umani e Diritto internazionale*, n. 1, 2008, p. 5 ss.

[4] A. ADINOLFI, *La rilevanza esterna della Carta dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, Napoli, 2014, p. 28.

[5] Sentenza della Corte del 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *ASJP*. Per un commento si veda, L. PECH, S. PLATON, *Judicial independence under threat: The Court of Justice to the rescue in the ASJP case*, in *Common Market Law Review*, vol. 55, 2018, p. 1827 ss.; A. MIGLIO, *Indipendenza del giudice, crisi dello Stato di diritto e tutela giurisdizionale effettiva negli Stati membri dell'Unione europea*, in *Diritti umani e Diritti fondamentali*, 2018, p. 421 ss.; M. BONELLI, M. CLAES, *Judicial serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary,* in *European Constitutional Law Review*, vol. 14, 2018, p. 622 ss.; M. PARODI, *Il controllo della Corte di giustizia sul rispetto del principio dello Stato di diritto da parte degli Stati membri: alcune riflessioni in margine alla sentenza Associação Sindical dos Juízes Portugueses,* in *europeanpapers.eu*, vol. 3, 2018, p. 985 ss.

[6] L. S. ROSSI, *Il valore giuridico dei valori. L'art. 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del primato dell'UE e rimedi giurisdizionali*, in *federalismi.it*, 17 giugno 2020, p. 1 ss.; P. MORI, *Il primato dei valori dell'Unione europea,* in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 1, 2021, p. 73 ss.

[7] L. PECH, *The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union*, Jean Monnet Working Paper No. 04/09 (NYU School), 2009.

primo luogo, quest'ultimo conosce come strumento rimediale *anche* l'art. 7 TUE[8], la cui applicazione a sua volta comporta, tanto per la materia dell'asilo – nel Protocollo n. 24 – quanto in quella del mandato d'arresto europeo (d'ora in avanti MAE) – come prevede il considerando n. 10 della decisione quadro 2002/584/GAI – ulteriori conseguenze giuridiche[9].

In secondo luogo, utilizzare l'art. 2 TUE in combinato disposto con altre disposizioni dei trattati, facendone discendere degli obblighi per gli Stati, significa rendere le violazioni di tali obblighi "giustiziabili" e tutelare il singolo valore non in relazione al limitato campo di applicazione dei settori disciplinati dal diritto dell'Unione, ma anche nei settori riguardanti l'azione autonoma degli Stati membri[10].

Da ultimo, non per importanza, il rispetto dell'art. 2 TUE, costituendo uno dei requisiti per l'adesione di uno Stato all'Unione ai sensi dell'art. 49

[8] L'avverbio "*anche*" viene utilizzato perché si fa riferimento a quella parte della dottrina che ritiene che l'art. 7 TUE non sia la sola risposta rimediale alle violazioni dello Stato di diritto. Si legga, *ex multis*, C. CLOSA, D. KOCHENOV, J. H. H. WEILER, *Reinforcing the Rule of Law Oversight in the European Union*, 2014, *EUI RSCAS Research Paper*, n. 25, 2014; A. VON BOGDANDY, *Principles of systemic deficiencies doctrine: how to protect checks and balances in the member States,* in *Common Market Law Review*, vol. 57, 2020, p. 720; v. anche conclusioni dell'AG Campos Sanchez-Bordona, presentate il 2 dicembre 2021, nella causa C-156/21, punti 208-216.

[9] U. VILLANI, *Sul controllo dello Stato di diritto nell'Unione europea*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 1, 2020, p. 15. Come noto, in primo luogo, si fa riferimento al fatto che in materia di asilo, il Protocollo n. 24 dispone che la domanda di asilo presentata da un cittadino di uno Stato membro – che non potrebbe essere presa in esame in un altro Stato membro posto che si presume tutti gli Stati membri siano Paesi d'origine sicuri per quanto concerne la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali – può essere presa in considerazione da un altro Stato membro se è stata avviata la procedura di cui all'art. 7, par. 1, TUE, nei confronti dello Stato membro del quale il richiedente è cittadino, o se il Consiglio ha adottato la conseguente decisione, o se il Consiglio europeo ha adottato una decisione in base all'art. 7, par. 2, TUE nei riguardi di tale Stato. In secondo luogo, con riferimento al MAE, si deve ricordare che, in virtù del considerando n. 10 della decisione quadro, l'autorità di esecuzione del MAE può sospenderne l'attuazione in caso di grave e persistente violazione dei valori sanciti all'art. 2 TUE da parte dello Stato membro richiedente. Tale violazione deve essere constatata dal Consiglio europeo in applicazione dell'art. 7, par. 2, TUE.

[10] P. MENGOZZI, *La Corte di Giustizia come giudice del sistema costituzionale europeo e dei valori ad essi riconosciuti?*, in AA.VV., *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 613 ss.

TUE, rappresenta il presupposto fondamentale della reciproca fiducia[11]. Ne consegue che la violazione di tali valori da parte di uno Stato mette in discussione, per un verso, la stessa volontà di quest'ultimo di fare parte del "sistema Europa" in quanto sistema valoriale comune e, per altro verso, la presunzione legale della fiducia tra gli Stati. Tanto è vero che la Corte per rispondere alla crisi dei valori europei – da alcuni autori definita crisi costituzionale[12] – ha enunciato recentemente il principio di non regressione[13], in virtù del quale uno Stato membro non può, dopo essere entrato a far parte dell'Unione, modificare la propria normativa in modo da comportare una regressione della tutela del valore dello Stato di diritto[14].

È proprio la messa in discussione dei valori fondanti dell'Unione e di conseguenza della reciproca fiducia come presunzione assoluta[15], da un lato, e il malfunzionamento della procedura di cui all'art. 7 TUE[16], dall'altro, che

[11] Parere della Corte del 18 dicembre 2014, 2/13, punto 191.

[12] D. KOCHENOV, *The EU in its most serious crisis ever (and that's not the Euro crisis)*, in *verfassungsblog.de*, 13 June 2013.

[13] Sentenza della Corte del 2 marzo 2021, causa C-896/19, *Repubblika*, punti 63-65. Si veda D. KOCHENOV, A. DIMITROVS, *Solving the Copenhagen Dilemma: The Repubblika Decision of the European Court of Justice,* in *verfassungsblog.de*, 28 April 2021; A. FESTA, *Indipendenza della magistratura e non-regressione nella garanzia dei valori comuni europei. Dal caso Repubblika alla sentenza K 3/21 del Tribunale costituzionale polacco*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 3, p. 73 ss.

[14] Sentenza della Corte del 15 luglio 2021, causa C-791/19, *Commissione c. Polonia*, punto 51.

[15] Comunicazione della Commissione, *Riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale*, COM(2000)495 def. In dottrina, si v. G. ANAGNOSTARAS, *Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant: Aranyosi* and *Caldararu*, in *Common Market Law Review*, vol. 53, 2016, p. 1675 ss.; K. LENAERTS, *La vie a près l'avis: Exploring the principle of mutual(yet not blind) trust*, in *Common Market Law Review*, vol. 54, 2017, p. 805 ss.; P. MENGOZZI, *L'applicazione del principio di mutua fiducia e il suo bilanciamento con il rispetto dei diritti fondamentali in relazione allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 2, 2017, p. 1 ss.; E. PISTOIA, *Lo status del principio di mutua fiducia nell'ordinamento dell'Unione secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia. Qual è l'intruso?,* in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 2, 2017, p. 26 ss.; L. S. ROSSI, *Fiducia reciproca e mandato d'arresto europeo. Il "salto nel buio" e la rete di protezione,* in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 1, 2021, p. 1 ss.

[16] Sulle debolezze dello strumento politico si veda in dottrina, S. GREER, A. WILLIAMS, *Human Rights and the Council of Europe and the EU. Towards 'individual', 'constitutional' or*

hanno fatto sorgere la necessità di importare dal sistema CEDU – attribuendone un significato autonomo – la nozione di "carenza sistemica e generalizzata". Non a caso siffatta espressione ha trovato "terreno fertile" nell'ambito di cause relative allo Spazio di libertà sicurezza e giustizia, in cui, come noto, i principi cardine che governano la materia sono i principi di fiducia e riconoscimento reciproci[17].

Ci si deve chiedere, allora, se, alla luce delle differenze summenzionate tra violazione di un diritto fondamentale e di un valore costituzionale dell'Unione, anche l'espressione di carenza sistemica e generalizzata assuma un diverso significato a seconda che si riferisca all'una piuttosto che all'altra.

Il presente scritto, nei paragrafi che seguono, si prefigge, *in primis*, l'obiettivo di analizzare la giurisprudenza in cui i giudici del Kirchberg hanno utilizzato l'espressione "carenza sistemica e generalizzata" (v. *infra*, par. II); in secondo luogo, di chiarire cosa si intenda per "carenza sistemica e generalizzata" e quali possono essere gli indici sintomatici del *deficit* strutturale (v. *infra*, par. III), per poi comprendere quale sia la conseguenza pratica della introduzione del concetto di violazione strutturale (v. *infra* , par. IV).

2. *L'enucleazione della nozione di "carenza sistemica e generalizzata"*

L'uso della nozione di carenza sistemica e generalizzata ha di fatto permesso alla Corte di Giustizia di circoscrivere i casi "eccezionali"[18] in cui il principio della mutua fiducia cede il passo alla necessità di tutelare diritti e valori fondamentali. In altri termini, la Corte non mette in discussione il dogma della fiducia reciproca[19], pena la crisi del sistema di cooperazione in-

'institutional' justice?, in *European Law Journal*, 2009, p. 462 ss.; V. M. DAWSON, E. MUIR, *Individual, Institutional and Collective Vigilance in Protecting Fundamental Rights in the EU: Lessons from Roma*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 751 ss.; G. DI FEDERICO, *Defending the rule of law in the European Union: taking stock of the Polish situation*, in *rivista.eurojus.it*, 29 gennaio 2016; P. MORI, *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi*, in *federalismi.it*, n. 8, 2020, p. 166 ss.

[17] V. FAGGIANI, *Le crisi sistemiche dello stato di diritto e i loro effetti sulla cooperazione giudiziaria nell'Ue*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 2, 2019, p. 195 ss.

[18] Parere della Corte 2/13, cit., punto 191.

[19] Sentenza della Corte del 16 febbraio 2017, causa C-578/16 PPU, *C.K. e altri*, punti 94 e 95.

terstatuale automatica[20], ma, attraverso un approccio caso per caso, prevede delle eccezioni che riconfermerebbero siffatto principio[21].

Ecco che allora la carenza sistemica e generalizzata diventa, nel caso in cui questa abbia l'effetto di violare un diritto fondamentale sancito dalla Carta, un valore soglia, la misura – decisamente elevata, ma funzionale a garantire che la cooperazione funzioni – oltre la quale la presunzione di conformità degli ordinamenti ai diritti fondamentali tra gli Stati non può, o *rectius* non potrebbe, operare. Dunque, la carenza strutturale esprimerebbe un limite al principio della reciproca fiducia e del reciproco riconoscimento.

In questo senso si deve leggere il caso *N.S. e altri*[22], in cui la Corte, investita di un rinvio pregiudiziale circa l'interpretazione dell'art. 3, n. 2 del regolamento *Dublino II*[23], ha risposto, in particolare, a due quesiti, ovverosia se lo Stato membro che deve effettuare il trasferimento del richiedente asilo verso lo Stato competente debba verificare il rispetto, da parte di quest'ultimo Stato, dei diritti fondamentali e se tale obbligo osti all'applicazione di una presunzione assoluta secondo la quale lo Stato competente rispetti i diritti fondamentali [24].

I giudici di Lussemburgo, partendo dalla premessa che è proprio in ra-

[20] In senso contrario, V. MITSILEGAS, *The Limits of Mutual Trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice: From Automatic-Inter-State Cooperation to the Slow Emergence of the Individual,* in *Yearbook of European Law*, vol. 21, 2012, p. 358. L'autore afferma: "N.S. constitutes a turning point in the evolution of inter-state cooperation in the Area of Freedom, Security and Justice. The rejection by the Court of the conclusive presumption of fundamental rights compliance by EU Member States signifies the end of automaticity in inter-state cooperation not only as regards the Dublin Regulation, but also as regards cooperative systems in the fields of criminal law and civil law".

[21] E. XANTHOPOULOU, *Mutual trust and rights in EU criminal and asylum law: Three phases of evolution and the uncharted territory beyond blind trust*, in *Common Market Law Review*, vol. 55, 2018, p. 489 ss.

[22] Sentenza della Corte del 21 dicembre 2011, cause riunite C-411/10 e C-493/10, *N.S.* Si vedano, nello stesso senso, sentenza *C.K e altri*, cit., punti 75-95; sentenza della Corte del 19 marzo 2019, causa C-163/17, *Jawo*, punto 90.

[23] Regolamento CE (343/2003) del Consiglio, del 18 febbraio 2013.

[24] Si veda in dottrina, G. MORGESE, *Regolamento di Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra gli Stati membri: la pronunzia della Corte nel caso «NS e altri»*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. VII, 2012, p. 147 ss.; C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 3, 2015, p. 701 ss.; (in particolare p. 708-714).

gione del principio di reciproca fiducia che l'Unione ha adottato il regolamento *Dublino II* al fine di razionalizzare il sistema comune di asilo e rendere più celere il trattamento delle domande dei richiedenti asilo[25], hanno affermato che non si può escludere che il sistema possa incontrare nella pratica delle gravi difficoltà e che un singolo richiedente possa subire un trattamento incompatibile ai suoi diritti fondamentali[26]. Ne consegue che gli Stati membri sono tenuti a non trasferire il richiedente asilo verso lo Stato competente non per qualsiasi "violazione minima" di un diritto fondamentale, ovvero di una disposizione di una direttiva del CEAS, ma qualora sussistano "carenze sistemiche" nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti nello Stato membro[27] competente che costituiscono motivi seri e comprovati che questi ultimi corrano il rischio di subire un trattamento inumano e degradante, ai sensi dell'art. 4 della Carta[28].

L'accertamento di una carenza sistemica e generalizzata rileva, secondo la Corte di giustizia nella sentenza *Aranyosi e Caldararu*[29], anche nell'ambito del MAE allorquando nell'esecuzione di quest'ultimo vi sia la possibilità che il soggetto passivo della procedura possa subire trattamenti inumani e degradanti (nel caso di specie derivanti in particolare dalla situazione delle carceri).

Non essendo presente un motivo generale di diniego del riconoscimento o di esecuzione in caso di violazione dei diritti fondamentali[30], la Corte di

[25] Sentenza *N.S.*, cit., punto 79.

[26] *Ibidem*, punto 81.

[27] Tale espressione, a seguito della sentenza *NS*, è stata codificata all'art. 3, par. 2 del regolamento (UE) 604/2013 del Parlamento e del Consiglio, del 26 giugno 2013 (*Dublino III*), quale motivo che potrebbe rendere impossibile il trasferimento del richiedente.

[28] Sentenza *NS*, cit., punti 86 e 94. Nello stesso senso sentenza della Corte del 14 novembre 2013, causa C-4/11, *Puid*, punti 30 e 36.

[29] Sentenze della Corte del 5 aprile 2016, cause C-404/15 e C-659/15 PPU, *Aranyosi e Caldararu*. Tra i commenti si veda, N. LAZZERINI, *Gli obblighi in materia di protezione dei diritti fondamentali come limite all'esecuzione del mandato di arresto europeo: la sentenza Aranyosi e Căldăraru*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2016, p. 445; M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari "virtuosi" della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 26 aprile 2017.

[30] Sul tema segnalano, *ex multis*, C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali. Note a margine delle sentenze Radu e Melloni della Corte di Giustizia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4 luglio 2013, p. 1 ss.; A. ROSANÒ, *Dopo Ara-*

giustizia, nel caso *Aranyosi e Caldararu*, ha chiarito che, qualora l'autorità di esecuzione del MAE disponga di elementi che attestano un rischio concreto di trattamento inumano e degradante nello Stato membro emittente, essa è tenuta a valutare la sussistenza di tale rischio quando decide in ordine alla consegna del soggetto.

In questo caso i giudici di Lussemburgo hanno elaborato un doppio test. Una prima valutazione riguarda la sussistenza o meno di *"carenze vuoi sistemiche o generalizzate, vuoi che colpiscono gruppi di persone, vuoi ancora che colpiscano determinati centri di detenzione"*. Siffatta verifica deve fondarsi su elementi oggettivi, attendibili, precisi e opportunamente aggiornati. Un valido esempio è costituito dalle decisioni giudiziarie internazionali. La seconda valutazione, posto che la mera sussistenza di indici che attestano carenze sistemiche non può automaticamente condurre al rifiuto del MAE, si sostanzia in un giudizio in concreto: l'autorità giudiziaria di esecuzione deve rispondere alla domanda se via siano motivi gravi e comprovati di ritenere che quel preciso soggetto, a fronte di una carenza sistemica nello Stato membro in cui deve essere consegnato, corra il rischio di essere sottoposto a un trattamento inumano e degradante[31].

Se ne deduce che l'accertamento di una carenza sistemica non basta a limitare il principio del reciproco riconoscimento, ma serve un giudizio più specifico, non generale e astratto, ma concreto. La domanda che il giudice nazionale deve porsi è se quel soggetto *hic et nunc* possa correre il rischio di subire violazioni del suo diritto sancito dall'art. 4 Carta. Al valore soglia, che è appunto la carenza sistemica, si deve aggiungere un *quid pluris*, ovverosia il rischio concreto di una violazione del diritto del singolo.

Il *deficit* strutturale, dunque, diviene un presupposto del duplice test, una della due condizioni – quella generale e astratta – in presenza della quale si può negare l'esecuzione del MAE.

nyosi e Caldararu: la prassi della Corte di cassazione italiana in materia di diritti fondamentali, in Sistema penale, 7 ottobre 2020, p. 51 ss.; S. MONTALDO, L. GROSSIO, *La riforma della disciplina di recepimento del mandato di arresto europeo: il nuovo assetto dei limiti all'esecuzione della richiesta di consegna*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 3, 2021, p. 95 ss.; C. AMALFITANO, M. ARANCI, *Mandato di arresto europeo e due nuove occasioni tra Corte Costituzionale e Corte di giustizia. Note a Corte cost., ordd. 18 novembre 2021, nn. 216 e 217, Pres. Coraggio, Red. Viganò*, in *Sistema penale*, n. 1, 2022, p. 5 ss.

[31] Sentenza *Aranyosi e Caldararu*, cit., punti 88-94.

Sennonché, a fronte delle numerose riforme relative all'amministrazione della giustizia approvate in Polonia[32] – che hanno minato il principio dell'indipendenza della magistratura – è stato chiesto alla Corte di giustizia, nel caso *LM*[33], se l'accertamento da parte di un giudice nazionale di prove concludenti attestanti l'incompatibilità delle condizioni nello Stato membro emittente con il diritto fondamentale a un equo processo imponga all'autorità giudiziaria dell'esecuzione di compiere ulteriori valutazioni in merito all'esposizione del singolo interessato al rischio di un processo iniquo. In particolare, la domanda pregiudiziale del giudice irlandese si fonda sulla considerazione, tutt'altro che peregrina, che la gravità della situazione polacca, attestata tanto dalla Commissione nella proposta motivata *ex* art. 7, par. 1, TUE[34], quanto dai pareri e le raccomandazioni – non recepite dallo Stato – della Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa[35], sarebbe di per sé sufficiente per rifiutare il MAE, senza, dunque, la necessità di condurre un giudizio in concreto sul singolo soggetto.

[32] Documento di lavoro dei servizi della Commissione, *Relazione sullo Stato di diritto 2020, Capitolo sulla situazione dello Stato della Polonia*, SDW (2020) 320 final.

[33] Sentenza della Corte del 25 luglio 2018, causa C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality (Carenze del sistema giudiziario). Ex multis*, si veda L. PECH, D. KOCHENOV, *Respect for the Rule of Law in the Case Law of the European Court of Justice: A Casebook Overview of Key Judgments since the Portuguese Judges Case*, SIESP Report, 2021, p. 170; P. BÁRD, W. VAN BALLEGOOIJ, *Judicial independence as a precondition for mutual trust? The CJEU in Minister for Justice and Equality v. LM*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2018, p. 353; T. KONSTADINIDES, *Judicial independence and the Rule of Law in the context of non-execution of a European Arrest Warrant: LM*, in *Common Market Law Review*, vol. 56, 2019, p. 743; D. SARMIENTO, *A comment on the CJEU's judgment in LM*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, p. 385.

[34] Proposta motivata, del 20 dicembre 2017, in conformità con l'articolo 7, paragrafo 1, del TUE per quanto riguarda la legge in Polonia, COM(2017) 835 def.

[35] Consiglio d'Europa: Commissione di Venezia (2016), Polonia - parere in merito alla legge sul Tribunale costituzionale, CDL AD(2016)026-e; Consiglio d'Europa: Commissione di Venezia (2017), parametri del rapporto tra la maggioranza parlamentare e l'opposizione in democrazia: lista di controllo, CDL-AD(2017)031; Consiglio d'Europa: Commissione di Venezia (2017), parere in merito alla legge sulla Procura, versione modificata, CDL-AD(2017)028; Consiglio d'Europa: Commissione di Venezia (2019), lista di controllo del 24 giugno 2019, CDL-AD (2019)015; Consiglio d'Europa: Commissione di Venezia (2020), Polonia - parere congiunto urgente della commissione di Venezia e della direzione generale per i diritti umani e lo Stato di diritto (DGI) del Consiglio d'Europa sulle modifiche alla legge sui tribunali ordinari, alla legge sulla Corte suprema e ad alcune altre leggi, CDL-AD(2020)017.

Tale approccio è stato rifiutato dalla Corte di giustizia, la quale ha ritenuto, nonostante la piena consapevolezza del fallimento della tanto temuta "opzione nucleare" – che, per come strutturata, può essere paralizzata dal possibile sostegno da parte di alcuni Stati allo Stato membro autore della violazione dello Stato di diritto – che una sospensione generale del meccanismo del MAE sia possibile, come previsto dal considerando n. 10, solo se viene presa una decisione dal Consiglio europeo e dal Consiglio ai sensi degli artt. 7, parr. 2 e 3 TUE[36].

Fino ad allora, i tribunali nazionali che eseguono i MAE devono applicare il duplice test. *Ergo,* l'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve astenersi dall'eseguire il MAE solo se viene identificato un rischio reale specifico di violazione del diritto ad un equo processo previsto dagli artt. 6 CEDU e 47 CDFUE[37].

I giudici di Lussemburgo sono giunti alle medesime conclusioni anche nella sentenza relativa ai casi *L e P*[38], in cui il Tribunale di Amsterdam aggiungeva, rispetto al caso *LM*, ulteriori e significativi eventi che potevano essere tali da non consentire a nessun indagato/imputato di vedersi garantito il diritto ad un giudice indipendente[39].

[36] Sentenza *LM*, cit., punti 70 e 71.

[37] *Ibidem*, punti 72 e 79.

[38] Sentenza della Corte del 17 dicembre 2020, cause riunite C-354/20 PPU e C- 412/20 PPU*, L e P.* V. A. FRACKOWIAK-ADAMSKA, *Trust until it is too late! Mutual recognition of judgments and limitations of judicial independence in a Member State: L and P,* in *Common Market Law Review,* vol. 59, 2022, p. 113 ss.

[39] Nello specifico, gli eventi a cui si fa riferimento sono: *i)* le sentenze della Corte del 19 novembre 2019, *A.K., e a.*, (cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18), del 26 marzo 2020, *Miasto Lowicz e Prokurator Generalny*, (cause riunite C-558/18 e C- 563/18) e del 5 novembre 2019, *Sąd Najwyższy*, ha dichiarato che il Consiglio nazionale della magistratura, Polonia non era, nella sua attuale composizione, un organo imparziale e indipendente dai poteri legislativo ed esecutivo; *ii)* il ricorso per inadempimento proposto dalla Commissione europea nei confronti della Repubblica di Polonia (causa C-791/19) e l'ordinanza della Corte dell'8 aprile 2020, *Commissione c. Polonia* (C-791/19 R); *iii)* l'adozione, il 20 dicembre 2019, da parte della Repubblica di Polonia, di una nuova legge relativa al sistema giudiziario, entrata in vigore il 14 febbraio 2020, che ha indotto la Commissione ad avviare, il 29 aprile 2020, una procedura di infrazione inviando a tale Stato membro una lettera di diffida riguardante detta nuova legge; *iv)* lo svolgimento di un'udienza, il 9 giugno 2020, dinanzi al Sąd Najwyższy (Izba Dyscyplinarna) (Corte suprema, sezione disciplinare), riguardante la revoca dell'immunità penale di un giudice polacco e la pronuncia di una sentenza nella stessa data.

La Corte, anche in questo caso, riconferma il test *Aranyosi e Caldararu*, nulla aggiunge circa gli indici sintomatici che il giudice deve valutare per comprendere se vi sia un *deficit* strutturale, ma offre nuovi elementi per operare la valutazione in concreto, che, come detto, è imprescindibile[40]. Mantenendo una linea interpretativa restrittiva, i giudici del Lussemburgo hanno ribadito che l'esistenza di carenze sistemiche o generalizzate riguardanti l'indipendenza del potere giudiziario non necessariamente incide su qualsiasi decisione che gli organi giurisdizionali di detto Stato possono adottare. Una diversa lettura equivarrebbe ad estendere le limitazioni che possono essere apportate ai principi della fiducia e del riconoscimento reciproci al di là delle circostanze eccezionali, dando luogo ad una esclusione generalizzata dell'applicazione di tali principi nell'ambito dei MAE emessi dagli organi giurisdizionali dello Stato membro interessato da dette carenze[41].

Come viene sostenuto nella recentissima sentenza *X e Y*[42], l'esecuzione del MAE non può essere rifiutata senza prima aver svolto il doppio test, in quanto il diniego automatico condurrebbe nei fatti ad una sospensione del meccanismo del MAE nei confronti dello Stato interessato, in violazione della competenza del Consiglio e del Consiglio europeo sancita *ex* art. 7 TUE[43]. Ne consegue che nella prima fase l'autorità dell'esecuzione deve verificare l'esistenza di una carenza sistemica o generalizzata attraverso una valutazione complessiva, fondata su ogni elemento oggettivo, affidabile, preciso e debitamente aggiornato relativo al funzionamento del sistema giurisdizionale dello Stato membro, segnatamente il contesto generale di nomina dei giudici del medesimo Stato membro[44]; nel giudizio in concreto, invece, l'autorità di esecuzione deve valutare gli elementi concreti – che spetta alla persona oggetto del MAE fornire[45] – che dimostrino che la carenza strutturale possa concre-

[40] In particolare, il giudice nazionale nella seconda verifica deve tenere conto della situazione individuale di detta persona, della natura del reato di cui trattasi e del contesto fattuale nel quale si inserisce detta emissione, ivi comprese le dichiarazioni o gli atti di autorità pubbliche che possano interferire nel trattamento da riservare a un caso individuale. Sentenza *L e P*, cit., punto 69.

[41] Sentenza *L e P,* cit., punto 43.

[42] Sentenza della Corte del 22 febbraio 2022, cause riunite C- 562/21 PPU e C-563/21 PPU, *X e Y.*

[43] Sentenza *X e Y*, cit., punto 63.

[44] *Ibidem*, punto 77.

[45] *Ibidem*, punto 88. Occorrerebbe che la persona interessata fornisse, per quanto ri-

tizzarsi, in caso di consegna, in un rischio reale di violazione del suo diritto fondamentale[46].

Ciò che emerge è che la Corte di giustizia enuclea la nozione di carenza sistemica e generalizzata prima nell'ambito della materia dell'asilo, ma si rende immediatamente conto che se applicata nell'ambito del MAE diviene una nozione pericolosa perché rischia di paralizzare la cooperazione giudiziaria penale. Allora, sceglie di elaborare un test più sofisticato, più impegnativo per il giudice nazionale, in cui l'accertamento della carenza sistemica e generalizzata non è sufficiente a rifiutare il MAE. Essa degrada a mero presupposto, di modo che il possibile diniego del MAE sia eccezionale, sia *extrema ratio*.

In altre parole, la Corte di giustizia per salvare la reciproca fiducia e il funzionamento degli strumenti di cooperazione giudiziaria penale porta avanti una logica volutamente miope e contradditoria: miope perché è noto che il considerando n. 10 della decisione quadro, che consente la sospensione automatica del MAE solo qualora vi sia la votazione del Consiglio ai sensi dell'art. 7, par. 2, TUE, è ormai – o per ora – lettera morta[47]; contraddittoria sia nella misura in cui accertare una carenza sistemica e generalizzata significa di per sé ammettere che vi sia già un rischio reale di violazione dei relativi diritti fondamentali della persona interessata[48], sia perché se in nessun caso

guarda la formazione del collegio giudicante che ha conosciuto della sua causa penale, elementi relativi, segnatamente, alla procedura di nomina del giudice o dei giudici interessati e all'eventuale distacco di questi ultimi.

[46] *Ibidem*, punti 83-85. Qualora i dati forniti dalla persona interessata siano rilevanti ma non sufficienti, l'autorità di esecuzione, in virtù dell'art. 15 par. 2, della decisione quadro MAE, dovrà chiedere all'autorità emittente informazioni complementari In particolare è interessante il passaggio in cui la Corte dà rilevanza al principio di leale cooperazione in questa seconda fase e afferma che "poiché l'autorità giudiziaria emittente è tenuta a fornire tali informazioni all'autorità giudiziaria dell'esecuzione, qualsiasi comportamento che attesti l'assenza di leale cooperazione da parte dell'autorità giudiziaria emittente può essere considerato dall'autorità giudiziaria dell'esecuzione come un elemento pertinente al fine di valutare se la persona di cui è richiesta la consegna corra, in caso di consegna, un rischio reale di violazione del suo diritto fondamentale ad un equo processo dinanzi a un giudice precostituito per legge, sancito all'articolo 47, secondo comma, della Carta".

[47] S. GREER, A. WILLIAMS, *Human Rights and the Council of Europe and the EU*, cit., p. 474.

[48] L. PECH, P. WACHOWIEC, D. MAZUR, *Poland's Rule of Law Breakdown: A Five-Year*

tale rischio concreto è stato comprovato, ciò dimostrerebbe, ragionando *a contrario*, che le accuse sullo Stato di diritto polacco sono politiche e giuridicamente infondate. Non è un caso che un tribunale distrettuale in Norvegia abbia rifiutato la consegna alla Polonia a causa del "significativo maggior pericolo e probabilità" che un tribunale polacco non sia un giudice legittimo e abbia invitato la Corte suprema norvegese e la Corte di giustizia a cambiare la loro giurisprudenza sulla consegna alla Polonia[49].

Occorre ricordare – prendendo in prestito proprio le parole della Corte – che il sistema di cooperazione giudiziaria penale funziona se tutti gli Stati membri rispettano i valori *ex* art. 2 TUE, perché è questo il presupposto della fiducia reciproca[50]. Se così non è – come sembrerebbe evincersi dalla giurisprudenza della Corte di giustizia[51] – viene meno il fondamento che regge questo sistema che, dunque, non può essere salvato scaricando a valle, sul singolo soggetto, il peso del malfunzionamento, a monte, dell'art. 7 TUE.

3. *I criteri funzionali al riconoscimento della violazione sistemica*

Dalle sentenze sinora citate si evince che l'utilizzo della nozione di carenza sistemica o generalizzata risponde alla necessità di bilanciare – in maniera squilibrata – da una parte, i principi, di reciproco riconoscimento e reciproca fiducia, e, dall'altra, il rispetto dei diritti fondamentali, in particolare

Assessment of EU's (In)Action, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2021 p. 36. Il *test* concreto, invero, non è funzionale a comprendere se vi sia un rischio ma a provare – una *probatio* diabolica – che vi sarà una violazione del diritto fondamentale della persona. Solo in questo caso sarà possibile il rifiuto del MAE.

[49] Sul punto, E. HOLMØYVIK, *No Surrender to Poland: A Norwegian court suggests surrender to Poland under the EAW should be suspended in general,* in *verfassungsblog.de*, 2 November 2021.

[50] Sentenza della Corte del 6 marzo 2018, causa 284/18, *Achmea,* punto 36. V. D. KOCHENOV, N. LAVRANOV, *Achmea versus the Rule of law: CJEU's dogmatic dismissal of investors'rights in backsliding member states of the European Union*, in *Haugue Journal of the Rule of Law*, n. 13, 2021.

[51] Sentenza *A.K.*, cit.; sentenza *Miasto Łowicz*, cit.; sentenza della Corte del 2 marzo 2021, causa C-824/18, *A.B.*; sentenza della Corte del 6 ottobre 2021, causa C-487/19, *W.Z.*; sentenza della Corte del 18 maggio 2021, cause riunite C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19, *Asociaţia Forumul Judecătorilor din România*.

quello dell'indipendenza del giudice che, come la Corte ha ben espresso nella sentenza *Land Hessen*[52], *in primis*, costituisce un diritto del singolo, *ex* art. 47 CDFUE[53], un elemento essenziale del buon funzionamento dell'art. 267 TFUE e, anche, la concretizzazione dello Stato di diritto e un obbligo degli Stati membri ai sensi degli artt. 2 e 19 TUE. Sembra, allora, che le suddette disposizioni siano usate solo per valutare gli obblighi dello Stato membro nelle relazioni verticali (UE - Stato) ma non nel contesto del riconoscimento reciproco e delle relazioni orizzontali (Stato-Stato), perché in questo secondo caso sarebbe opportuno rivedere e ridelineare meglio i principi di fiducia e riconoscimento reciproci[54].

Da ciò consegue che, se da un lato, nell'ambito delle relazioni orizzontali l'accertamento del *deficit* strutturale diviene necessario ma non sufficiente, nel caso delle relazioni verticali la carenza sistemica riveste, invece, primaria importanza perché consente alla Corte, nell'ambito delle procedure di infrazione[55] e aventi ad oggetto molteplici profili di incompatibilità, di scrutinare la legislazione interna e accertare formalmente le violazioni contestate dalla Commissione[56].

[52] Sentenza della Corte del 9 luglio 2020, causa C-272/19, *Land Hessen*, punto 45.

[53] N. LAZZERINI, *La determinazione dello standard di tutela giurisdizionale effettiva tra diritto interno e sovranazionale: l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali come "grimaldello" e come "ponte",* in *Quaderni AISDUE*, n. 4, 2022, p. 28 ss.

[54] A. FRACKOWIAK-ADAMSKA, *Trust until it is too late!*, cit., p. 148.

[55] M. CARTA, *La recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in merito all'inadempimento agli obblighi previsti dagli articoli 2 e 19 TUE: evolutionary or revolutionary road per la tutela dello Stato di diritto nell'Unione europea?*, in *rivista.eurojus.it*, n. 1, 2020, p. 1 ss.

[56]Sentenza della Corte del 5 novembre 2019, causa C-192/18, *Commissione c. Polonia*; sentenza della Corte del 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia.* Sull'uso della procedura di infrazione come strumento rimediale per le violazioni dei valori fondanti, si veda, *ex multis*, K. L. SCHEPPELE, D. KOCHENOV, B. GRABOWSKA-MOROZ, *EU Values Are Law, after ALL: Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member Staters of the European Union*, in *Yearbook of European Law*, vol. 39, 2020, p. 3 ss.; M. ARANCI, *La procedura d'infrazione come strumento di tutela dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Note a margine della sentenza della corte di giustizia nella causa Commissione c. Polonia*, in *rivista.eurojus.it*, n. 3, 2019, p. 49 ss.; M. SCHMIDT, P. BOGDANOWICZ, *The infringement procedure in the rule of law crisis: How to make effective use of Article 258 TFEU,* in *Common Market Law Review*, vol. 55, p. 1061 ss.; 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.

Questo è quanto è avvenuto nella causa *Commissione c. Polonia* in cui giudici di Lussemburgo, conducendo una analisi approfondita circa le modifiche legislative apportate all'organizzazione della magistratura polacca – con particolare riferimento al regime disciplinare dei giudici – ha riconosciuto per la prima volta un attacco sistemico al valore dell'indipendenza e la violazione del principio di non regressione[57].

Siffatta pronuncia rappresenta, dunque, l'occasione per astrarre in via generale alcuni degli indici sintomatici di una carenza sistemica e generalizzata.

Partendo dalla nozione di carenza generalizzata, autorevole dottrina ha considerato il *deficit* sistemico come un concetto che si contrappone ad una violazione isolata, episodica, "normale", laddove per normale si intende quella violazione che può essere trattata come una questione di *routine* e che non mette in discussione i fondamenti di un ordine giuridico[58]. Dunque, la carenza sistemica, strutturale o generalizzata indica un *vulnus*, o meglio, una crisi delle fondamenta dell'ordinamento ovvero dei valori condivisi, che deriva da un mutamento costituzionale[59]. La carenza generalizzata è tale se produce uno scollamento significativo tra l'ordinamento e i valori di cui all'art. 2 TUE, e in particolar modo, i valori ricompresi nella nozione di Stato di diritto. Se ne deduce che la presenza di una carenza sistemica, dunque, minaccia l'ordinamento politico, istituzionale e/o giuridico di uno Stato membro in quanto tale, la sua struttura costituzionale, la separazione dei poteri, l'indipendenza o l'imparzialità della magistratura, ovvero il suo sistema di controllo giurisdizionale compresa, ove prevista, la giustizia costituzionale[60]. In altri termini, la carenza strutturale rappresenta una riduzione signifi-

[57] Sentenza *Commissione c. Polonia*, cit., punto 30. Tra i primi commenti, L. PECH, *Protecting Polish Judges from Political Control: A brief analysis of the ECJ's infringement ruling in Case C-791/19 (disciplinary regime for judges) and order in Case C-204/21 R (muzzle law),* in *verfassungsblog.de*, 20 July 2021.

[58] A. VON BOGDANDY, *Principles of systemic deficiencies doctrine: how to protect checks and balances in the Member States*, in *Common Market Law Review*, vol. 57, 2020, p. 718. A. VON BOGDANDY, M. IOANNIDIS, *Systemic deficiency in the rule of law: What it is, what has been done, what can be done,* in *Common Market Law Review*, vol. 51, 2014, p. 59.

[59] Sul concetto di mutamento costituzionale si veda A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali VIII, p. 263 ss. (in particolare p. 268).

[60] Comunicazione della Commissione, 11 marzo 2014, *Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, COM(2014)158final, p. 7.

cativa, nello Stato interessato, degli elementi essenziali, dei valori fondanti e fondativi, tale da inficiare il funzionamento dell'intero sistema e da creare ripercussioni sullo stato di salute della democrazia europea.

Il *deficit s*istemico corrisponde, pertanto, ad una situazione patologica[61] che non è limitata e circoscritta, ma diffusa ed estesa. Essa può avere ad oggetto determinate strutture o apparati (o poteri) di un sistema e proprio per la sua portata può condurre ad un irreversibile deterioramento della identità costituzionale dell'Unione europea[62].

A questo punto, prima di delineare i criteri che la Corte di giustizia potrebbe utilizzare per comprendere se sussista una carenza generalizzata si deve identificare la fonte da cui può provenire il difetto sistemico. Esso potrebbe avere un carattere legislativo e discendere tanto dall'introduzione di una o più leggi interne, quanto, anche, dalla abrogazione di una o più leggi nazionali che consentono la riviviscenza di un regime incompatibile con i trattati; o potrebbe anche avere un carattere amministrativo, e quindi derivare da prassi o anche da omissioni degli apparati amministrativi statali[63].

Ciò detto, al fine di riconoscere una carenza come sistemica o generalizzata si potrebbero prendere in considerazione indici sintomatici che, ai fini della presente analisi, chiameremo intrinseci, nel senso che attengono alle caratteristiche interne del *deficit* individuato, ed estrinseci, ovverosia indicatori che derivano da fonti esterne.

In relazione a questi ultimi, visto lo stretto collegamento tra gli artt. 2 e 49 TUE e l'enunciazione da parte della Corte del principio di non regressione, si potrebbe considerare come indice sintomatico di una carenza sistemica il fatto che l'incompatibilità con i valori della legislazione o della prassi nazionale sia insorta successivamente rispetto al momento dell'adesione dello

[61] K. L. SCHEPPELE, *What Can the European Commission Do When Member States Violate Basic Principles of the European Union? The Case for Systemic Infringement Actions*, November 2013, p. 4.

[62] F. CASOLARI, *Il rispetto della rule of law nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea: un dramma in due atti*, in *DPCE online*, n. 4, 2016, p. 150.

[63] Tale primo criterio funzionale al riconoscimento sarebbe coerente con la definizione che era stata prevista nell'art. 2 della proposta di regolamento sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri, COM (2018) 324final. La definizione di carenza generalizzata riguardante lo Stato di diritto era la seguente: "prassi od omissione diffusa o ricorrente, oppure misura adottata dalle autorità pubbliche che compromette lo Stato di diritto".

Stato all'Unione. Più nello specifico, si dovrà valutare se rispetto allo *screening* positivo posto in essere dalla Commissione al momento in cui il Paese ha fatto il suo ingresso, detto Stato abbia approvato modifiche legislative o avvallato prassi amministrative incompatibili con i valori fondanti e fondativi dell'Unione e di segno contrario rispetto a quelle che erano prima in vigore[64].

Difatti, la Corte, nella sentenza *Commissione c. Polonia*, ha affermato che la combinazione e l'introduzione contemporanea in Polonia di diverse riforme legislative ha comportato una "discontinuità strutturale" che non consente più di salvaguardare l'indipendenza e l'imparzialità della giustizia. Tale discontinuità sarebbe il risultato di diversi fattori, tra cui il fatto che la Sezione disciplinare sarebbe stata creata *ex novo*, che le sarebbe stato conferito un alto grado di autonomia organizzativa e finanziaria (di cui non godono le altre sezioni di tale organo giurisdizionale), e infine, che i giudici di tale nuova sezione possano essere unicamente quelli nominati dal Presidente della Repubblica, su proposta della KRS, e non anche quelli trasferiti e già in servizio presso altre sezioni della Corte suprema[65].

Un ulteriore indizio che la violazione di cui si tratta rappresenti proprio una carenza sistemica potrebbe venire dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, posto che la clausola di equivalenza di cui all'art. 52, par. 3, CDFUE, letta alla luce della sua spiegazione, impone di considerare l'interpretazione fornita dalla Corte EDU, nonché dai pareri della Commissione di Venezia, quale organo consultivo del Consiglio d'Europa sulle questioni costituzionali, denominata Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto[66]. Non a caso, i giudici di Lussemburgo, nel valutare la procedura di nomina dei nuovi giudici della Sezione disciplinare polacca, hanno tenuto conto delle considerazioni della Commissione di Venezia[67], la quale ha rilevato/denunciato una "politicizzazione" del KRS e, di conseguenza, un aumento dell'influenza di dette autorità sul processo di nomina dei giudici della Sezione disciplinare[68].

[64] Nel caso della Romania e Bulgaria le carenze possono essere affrontate tramite il meccanismo di cooperazione e verifica (MCV), basato su due decisioni della Commissione europea, a loro volta fondate su previsioni contenute agli artt. 37 e 38 dell'Atto di adesione.

[65] Sentenza *Commissione c. Polonia*, cit., punti 64 e 65.

[66] Comunicazione della Commissione, *Un nuovo quadro dell'UE*, cit., p. 9.

[67] Sentenza *Commissione c. Polonia*, cit., punto 67.

[68] Parere della Commissione di Venezia dell'11 dicembre 2017, 904/2017, CDL(2017)03.

Per quanto concerne, invece, i criteri intrinseci ovverosia gli elementi interni della carenza sistemica, questi possono essere individuati nella generalità di applicazione della legge o della prassi nazionale, nel contesto illiberale in cui essa si colloca e nella gravità degli effetti causati.

Con riferimento alla generalità di applicazione, si intende il fatto che l'intervento di riforma nazionale che va a colpire un apparato, o un potere dello Stato, come ad esempio quello giudiziario, ha ad oggetto, in generale, uno o più aspetti del funzionamento del potere o una o più garanzie delle persone fisiche che rappresentano quel potere. Si pensi, ad esempio, alla procedura di nomina dei giudici, alle regole relative alla composizione degli organi collegiali, alla durata delle funzioni, alle cause di astensione, di ricusazione e di revoca, al trattamento economico dei giudici o ancora al regime disciplinare a cui sono sottoposti. Ne consegue che seppure una singola legge nazionale non abbia un impatto universale su tutti i giudici, ma su alcuni di essi, ciò non esclude il carattere della generalità dell'applicazione della legge[69].

Un indizio della presenza di un *deficit* strutturale deriva anche dall'analisi del contesto in cui la singola legge o prassi nazionale si colloca. È evidente che laddove l'intervento nazionale si inserisca in un contesto di progressivo smantellamento di un valore di cui all'art. 2 TUE, testimoniato da modifiche repentine, diluite nel tempo, ma atte, se considerate nella loro unicità, a sovvertire i principi costituzionali e a raggiungere un determinato obiettivo contrario all'ordine democratico europeo, questo potrà essere considerato un indice serio della presenza di un *deficit* strutturale.

Da ultimo, al fine di riconoscere una carenza sistemica si deve tenere conto degli effetti che l'introduzione della legge o della prassi nazionale comporta. Sarà, dunque, sintomatica di un problema strutturale la presenza di alterazioni negative proteiformi ma strettamente connesse tra loro. Ciò si verifica quando la legge o prassi nazionali contrastano con uno dei valori di cui all'art. 2 TUE, impediscono in concreto allo Stato l'osservanza degli obblighi primari previsti dai trattati, compromettono o rischiano di compromettere l'interrelazione e la cooperazione tra gli Stati membri e producono o rischiano di produrre un *vulnus* ai diritti fondamentali dei singoli sanciti dal-

[69] P. CRAIG, N. ADAM, N. DIAZ ABAD, L. SALAZAR, *Rule of Law perspectives from practitioners and academics*, Bruxelles, 2019, p. 9.

la Carta. Gli effetti prodotti dal *deficit* sistemico sono, dunque, molteplici, notevolmente diversi, ma connessi tra di loro perché generati dalla stessa causa.

4. *Conclusioni: la portata innovativa dell'accertamento delle violazioni strutturali?*

Dalla descrizione dei criteri funzionali a riconoscere una carenza strutturale si comprende che l'uso di siffatta nozione implica un giudizio complesso. È tautologico che se il *deficit* è sistemico, la comprensione di tale fenomeno non può che richiedere un'analisi, appunto, "a tutto tondo".

Come si desume dalla giurisprudenza della Corte, la carenza sistemica generalizzata rappresenta, nell'ambito delle relazioni orizzontali, un presupposto del duplice test *Aranyosi e Calderaru*, o meglio una delle condizioni, quella generale e astratta, in presenza della quale si può eccezionalmente derogare ai principi della fiducia e riconoscimento reciproci; diversamente, nel caso delle relazioni verticali tale concetto consente alla Corte di accertare formalmente le violazioni dei valori di cui all'art. 2 TUE.

Il dubbio che potrebbe sorgere è se, attraverso l'utilizzo dell'espressione carenza sistemica, la Corte abbia coniato un nuovo strumento per accertare le violazioni dei valori di cui all'art. 2 TUE, o ancora si sia attribuita una competenza che non le spetta, posto che, invero, tali violazioni dovrebbero essere accertate, in virtù dell'art. 7 TUE, dal Consiglio e dal Consiglio europeo.

A ben guardare, tale nozione non può essere considerata come l'introduzione di un nuovo strumento, ma come un nuovo modo di riconoscere e sindacare le violazioni dei valori di cui all'art. 2 TUE nell'ambito di strumenti già esistenti quali la procedura di infrazione e il rinvio pregiudiziale.

D'altronde se la Corte avesse inteso sostituirsi al Consiglio e al Consiglio europeo non avrebbe esplicitamente affermato, nella causa *X e Y*, che il rifiuto automatico del MAE, se non in presenza di una costatazione (del rischio) della violazione grave e persistente di cui all'art. 7, par. 2 e 3 TUE, condurrebbe nei fatti ad una sospensione del meccanismo del MAE nei confronti dello Stato interessato, in violazione della competenza del Consiglio e del Consiglio europeo sancita *ex* art. 7 TUE[70].

[70] Sentenza *X e Y*, cit., punto 63.

A sostegno della correttezza di questa linea interpretativa – nonostante le criticità sopra evidenziate – si potrebbe dire che mentre le violazioni dello Stato di diritto non conoscono come unica risposta rimediale solo la procedura politica di cui all'art. 7 TUE, con riferimento agli strumenti di cooperazione penale, in particolare al MAE, le violazioni dei valori che rischiano di violare diritti del singolo non possono condurre al rifiuto del MAE se non, in virtù del considerando 10, a seguito della votazione *ex* art. 7, par. 2, TUE.

È chiaro, come sostiene autorevole dottrina, che il fondamento del concetto di *deficit sistemico* si rinviene nell'art. 7 TUE[71] – che ha ad oggetto la violazione (o evidente rischio di violazione) grave e persistente dei valori – ma ciò non vuol dire che l'accertamento della carenza strutturale sostituisca o supplisca la procedura politica, posto che tanto la profondità del giudizio, quanto gli effetti dell'accertamento della violazione mediante la procedura di infrazione e mediante l'attivazione dell'art. 7 TUE sono completamente diversi. Nel primo caso, si avrà una sentenza di accertamento della violazione e della incompatibilità della legislazione nazionale con i valori di cui all'art. 2 TUE, nel secondo caso, si avrà, invece, un giudizio politico – che potrebbe essere influenzato o meno da amicizie e inimicizie con lo Stato interessato – che potrebbe comportare l'adozione di sanzioni sospensive affinché lo Stato receda dalla sua condotta e torni ad allinearsi sui valori dell'art. 2 TUE.

Altro discorso, che, però, meriterebbe una più ampia riflessione, è se il ricorso alla tutela cautelare nell'ambito della procedura di infrazione, da un lato, e l'attivazione del nuovo regolamento sulla condizionalità democratica, dall'altro, utilizzati congiuntamente, possano costituire una risposta alle violazioni sistemiche davvero efficace tanto da riuscire a supplire all'inefficacia dell'art. 7 TUE.

[71] A.VON BOGDANDY, M. IOANNADIS, *Systemic Deficiency in the Rule of Law: What It Is, What Has Been Done, What Can Be Done*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 59 ss.

LE COMPETENZE DELL'UNIONE EUROPEA IN MATERIA SANITARIA: STRATEGIA E OBBLIGO VACCINALE

Alessia Martinelli*

SOMMARIO: 1. Premessa: il quadro normativo. – 2. La strategia europea sui vaccini. – 3. Obbligo vaccinale e profili di diritto dell'Unione europea.

1. *Premessa: il quadro normativo*

Non è infrequente che, in situazioni generalizzate di difficoltà sociale o economica che riguardino gli Stati membri, l'Unione europea venga accusata di non aver provveduto tempestivamente, o in maniera adeguata, e sia sollecitata a porvi rimedio. La crisi determinata dalla diffusione dell'epidemia di Covid-19 non è stata esente da questo genere di critiche, almeno nella narrativa mediatica.

Nondimeno, una valutazione più analitica delle competenze che gli Stati membri hanno inteso attribuire all'Unione in materia di sanità conduce a conclusioni diverse: la *realpolitik* fotografa cioè un "campo" abbastanza ristretto in cui le istituzioni possono muoversi autonomamente.

Infatti, per quanto sia cosa nota, bisogna ricordare che sono i Trattati a designare gli obiettivi e le azioni che l'Unione può intraprendere, in particolare, è il principio delle competenze di attribuzione a disciplinare con rigore i rapporti tra le responsabilità dell'Unione e quelle degli Stati membri[1].

Principio che, però, con riguardo alla politica sanitaria disegna un riparto di competenze tra i due livelli tanto articolato da risultare poco chiaro, in

* Dottoranda di ricerca in Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

[1] In forza di tale principio, di cui all'art. 5, comma 2, TUE: "l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei Trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei Trattati appartiene agli Stati membri". In buona sostanza, le competenze dell'Unione europea possono in concreto riguardare un intero settore o solo alcuni profili di questo; possono essere esclusive dell'Unione oppure essere condivise con gli Stati membri o, ancora, solo accompagnarsi a quelle nazionali. Inoltre, possono sostanziarsi in poteri normativi, decisionali, di armonizzazione o ravvicinamento oppure di coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative degli Stati membri.

quanto le ragioni di certezza e precisione si sono scontrate, con le forti resistenze degli Stati a cedere sovranità in tale settore[2], soprattutto quando il progressivo aumento di importanza della tutela della salute umana nelle varie attività dell'Unione europea ha inciso sulla sanità pubblica, tradizionalmente oggetto delle politiche sociali nazionali.

A ben vedere, a fronte della cresciuta attenzione alla tutela della salute – anche per il susseguirsi delle pandemie[3] –, le competenze risultano attribuite solo in relazione ad alcuni e limitati profili a titolo di competenza concorrente, mentre in termini più ampi si configura una mera competenza complementare con i limiti d'azione che ne derivano.

Difatti, partendo dall'analisi delle norme del trattato, l'art. 4, par. 2, lett. *k*), TFUE elenca tra le materie concorrenti i "problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica, per quanto riguarda gli aspetti definiti nel presente trattato", ad eccezione di essi la competenza dell'Unione può qualificarsi come meramente complementare e, dunque, l'azione è integrativa e di sostegno, seppure non trascurabile.

A livello di diritto primario viene poi in rilievo l'art. 168, par. 4, TFUE, espressamente dedicato alla "sanità pubblica", secondo cui – per quanto qui interessa – la definizione dei livelli di qualità e sicurezza dei medicinali ad uso umano rientra tra le competenze concorrenti.

Invero, in questo settore v'è stata un'intensa attività normativa da parte del legislatore (comunitario, prima, e dell'Unione, poi), che ha adottato numerosi regolamenti e direttive[4].

[2] Per una puntuale disamina sulle competenze dell'Unione in materia sanitaria, v. C. PESCE, *Sanità*, in P. DE PASQUALE, F. FERRARO (a cura di), *Manuale di diritto dell'Unione europea*, vol. II, Napoli, 2021; P. DE PASQUALE, *Le competenze dell'Unione europea in materia di sanità pubblica e la pandemia di Covid-19*, in *DPCE online*, 2020; G. DI FEDERICO, *Unione europea e salute. Principi, azioni, diritti e sicurezza*, *Competenze e valori*, Milano, 2019; F. BESTAGNO, *La tutela della salute tra competenze dell'Unione europea e degli Stati membri,* in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, p. 317 ss.; M. MARLETTA, *Commento all'art. 168 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *I Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 1518 ss.

[3] In particolare, si fa riferimento alle pandemie di SARS nel 2003; Suina 2009; Sars - Covid-19 nel 2020.

[4] Cfr., tra gli atti più recenti e rilevanti: regolamento (UE) 2022/123 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 gennaio 2022, relativo a un ruolo rafforzato dell'Agenzia europea per i medicinali nella preparazione alle crisi e nella loro gestione in relazione ai medicinali e ai dispositivi medici; regolamento (UE) 2021/522 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 marzo

Al di fuori di questi aspetti, l'Unione può unicamente svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri. È possibile che le istituzioni siano chiamate ad adottare misure legislative in tema di sorveglianza, allarme e contrasto alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero (art. 168, par. 5, TFUE), così come in tema di prevenzione e protezione rispetto ai disastri di origine umana o naturale (art. 196 TFUE), ma – in entrambi in casi – senza poter procedere ad alcuna armonizzazione delle normative nazionali.

2021, che istituisce un programma d'azione dell'Unione in materia di salute per il periodo 2021-2027 ("programma UE per la salute") (*EU4Health*) e che abroga il regolamento (UE) n. 282/2014 regolamento (CE) n. 1394/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2007, sui medicinali per terapie avanzate recante modifica della direttiva 2001/83/CE e del regolamento (CE) n. 726/2004; direttiva 2010/53/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 luglio 2010, relativa alle norme di qualità e sicurezza degli organi umani destinati ai trapianti; direttiva 2010/84/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 dicembre 2010, che modifica, per quanto concerne la farmacovigilanza, la direttiva 2001/83/CE recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano; direttiva 2011/62/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell' 8 giugno 2011, che modifica la direttiva 2001/83/CE, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, al fine di impedire l'ingresso di medicinali falsificati nella catena di fornitura legale; direttiva di esecuzione 2012/25/UE della Commissione, del 9 ottobre 2012, che stabilisce le procedure informative per lo scambio tra Stati membri di organi umani destinati ai trapianti; direttiva (UE) 2015/565 della Commissione, dell'8 aprile 2015, che modifica la direttiva 2006/86/CE per quanto riguarda determinate prescrizioni tecniche relative alla codifica di tessuti e cellule umani; direttiva (UE) 2015/566 della Commissione, dell'8 aprile 2015, che attua la direttiva 2004/23/CE per quanto riguarda le procedure volte a verificare il rispetto delle norme di qualità e di sicurezza equivalenti dei tessuti e delle cellule importati; direttiva (UE) 2016/1214 della Commissione, del 25 luglio 2016, recante modifica della direttiva 2005/62/CE per quanto riguarda le norme e le specifiche del sistema di qualità per i servizi trasfusionali; regolamento di esecuzione (UE) n. 198/2013 della Commissione, del 7 marzo 2013, relativo alla selezione di un simbolo che identifichi i medicinali per uso umano sottoposti a monitoraggio supplementare; regolamento (UE) n. 536/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano e che abroga la direttiva 2001/20/CE; regolamento di esecuzione (UE) n. 699/2014 della Commissione, del 24 giugno 2014, relativo al disegno del logo comune per individuare le persone che mettono in vendita medicinali al pubblico a distanza e ai requisiti tecnici, elettronici e crittografici per la verifica della sua autenticità; regolamento delegato (UE) 2016/161 della Commissione, del 2 ottobre 2015, che integra la direttiva 2001/83/CE del Parlamento europeo e del Consiglio stabilendo norme dettagliate sulle caratteristiche di sicurezza che figurano sull'imballaggio dei medicinali per uso umano; regolamento (UE) 2017/746 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2017, relativo ai dispositivi medico-diagnostici in vitro e che abroga la direttiva 98/79/CE e la decisione 2010/227/UE della Commissione.

È importante rilevare che la materia in esame è connotata dal carattere della trasversalità, ai sensi degli art. 9 e 168 par 1 TFUE che espressamente stabiliscono "*Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana*"[5]. Vale a dire che la protezione della salute umana costituisce una clausola di applicazione orizzontale e, quindi, nella definizione e nell'attuazione di tutte le azioni e le politiche, le istituzioni devono valutare e perseguire la scelta che garantisce un livello elevato di tutela[6].

Tra le disposizioni "settoriali" si segnalano quelle in materia di: libera circolazione delle merci (i farmaci e le attrezzature mediche sono ''merci'')[7]; libera circolazione delle persone (i medici possono essere lavoratori dipendenti o autonomi e rileva per essi la disciplina del riconoscimento delle qualifiche professionali)[8]; libera prestazione dei servizi (le prestazioni sanitarie erogate dietro corrispettivo sono "servizi")[9].

Pure numerose sono le disposizioni che fanno riferimento alla necessità

[5] Cfr. anche la seconda parte dell'art. 35 CDFUE.

[6] Cfr. F. ROLANDO, *La tutela della salute nel diritto dell'Unione europea e la risposta dell'UE all'emergenza Covid-19*, in *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, numero speciale, in *rivista.eurojus.it*, 2020, p. 1.

[7] Cfr. A. MARTINELLI, *Mercato interno e libera circolazione delle merci alla prova dell'emergenza Covid*, in C. SCHEPISI (a cura di), *Le risposte del diritto in situazioni di emergenza tra ordinamento italiano e dell'Unione europea*, Torino, 2021, p. 46; v. altresì F. SPITALERI, *Le restrizioni all'esportazione adottate dall'Unione nel corso della pandemia*, in I. ANRÒ, G. BOGGERO (a cura di), *La strategia di vaccinazione anti COVID-19 nell'Unione europea. Profili istituzionali e riflessi sulla libertà di circolazione*, numero speciale, in *rivista.eurojus.it*, 2020, p. 36.

[8] Cfr. G. CAGGIANO, *COVID-19. Competenze dell'Unione, libertà di circolazione e diritti umani in materia di controlli delle frontiere, misure restrittive della mobilità e protezione internazionale*, in *I Post di AISDUE*, *Coronavirus e diritto dell'Unione*, n. 7, 2020; A. ARENA, *Covid-19 e libera circolazione: le misure restrittive degli Stati membri e le libertà fondamentali del mercato interno*, in *rivista.eurojus.it*, 2020.

[9] Cfr. sentenza della Corte del 28 aprile 1998, causa C-158/96, *Kohll*, punto 29; del 12 luglio 2001, causa C-157/99, *Smits et Peerbooms*, punti 53-59; del 13 maggio 2003, causa C-385/99, *V.G. Mu¨ller-Faure´e van Riet*, punti 39 e 40; del 15 giugno 2010, causa C-211/08, *Commissione c. Regno di Spagna*, punto 50; del 5 ottobre 2010, causa C-173/09, *Elchinov*, punto 36; del 5 ottobre 2010, causa C-512/08, *Commissione c. Francia*, punto 30, e, da ultimo, 27 gennaio 2011, causa C-490/09, *Commissione c. Lussemburgo*, punto 34; del 12 luglio 2001, causa C-368/98, *Vanbraekel e a.*, punto 41; del 16 maggio 2006, causa C-372/04, *Watts*, punto 86; del 19 aprile 2007, causa C-444/05, *Stamatelaki*, punto 19.

di tenere in giusta considerazione la tutela della salute; ad esempio, la politica sociale (nelle cui disposizioni, in specie artt. 153 e 156 TFUE, più volte e sotto diversi profili, si invoca la tutela della salute dei lavoratori); la protezione dei consumatori (art. 169 TFUE) e l'ambiente (art. 191 TFUE).

Il rilievo che il Trattato, sin dall'origine, ha conferito alla protezione della salute e della vita umana trova riscontro anche nella formulazione delle deroghe ai principi del mercato interno. Tale protezione è infatti invocata come eccezione tanto all'art. 36 TFUE (circolazione delle merci), quanto all'art. 45 TFUE (circolazione delle persone) e agli artt. 52 e 62 TFUE (stabilimento e servizi).

Nell'ultimo decennio il tema si è altresì affacciato con insistenza con riguardo all'applicabilità ai servizi sanitari delle norme sulla concorrenza, in relazione alla graduale formazione di un "mercato delle prestazioni sanitarie", conseguente al fenomeno della c.d. "esternalizzazione" dei compiti del settore pubblico verso il settore privato. Tale tematica si intreccia con quella della qualificazione dei servizi sanitari nazionali alla luce del diritto UE come "servizi di interesse economico generale" (analogamente a poste, trasporti, telecomunicazioni, energia), soggetti, *mutatis mutandis*, alle regole *antitrust*, oppure come "servizi di interesse generale" (similmente a istruzione e previdenza sociale). Questi ultimi, come noto, non sono sottoponibili al regime dell'Unione europea della concorrenza, in considerazione della loro spiccata connotazione "sociale"[10].

Collegamenti sussistono anche tra sanità pubblica e ravvicinamento delle legislazioni nazionali (art. 114, par. 3, TFUE). La Corte ha precisato, in proposito, che il divieto di misure con effetti armonizzanti, posto come limite all'esercizio della competenza dell'Unione in materia sanitaria, potrebbe essere indirettamente scalfito dall'esercizio dei poteri, di cui al citato art. 114, par. 3, TFUE, se questi ultimi vengono legittimamente utilizzati e sono volti a favorire un alto livello della protezione della salute[11].

[10] V. da ultimo, la comunicazione della Commissione, 20 novembre 2007, che accompagna la comunicazione "Un mercato unico per l'Europa del XXI secolo", I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo COM (2007) 725def. e, soprattutto, il considerando n. 3 della 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. Cfr., altresì, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Servizi sanitari mercato e «modello sociale europeo»*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2009, p. 179 ss.; F. COSTAMAGNA, *I servizi sociosanitari nel Mercato interno europeo*, Napoli, 2011.

[11] V. le sentenze della Corte sulla pubblicità del tabacco: sentenza della Corte del 5 otto-

Infine, il diritto alla salute trova espressa collocazione, quale diritto fondamentale, nell'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che ribadisce il diritto di ogni persona ad accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali e reitera quanto previsto al par. 1 dell'art. 168 TFUE (garanzia di un livello elevato di protezione della salute umana in tutte le politiche ed attività dell'Unione).

Va tuttavia precisato che l'art. 35 della Carta non può essere inteso come indiretto strumento di ampliamento delle competenze dell'Unione nel settore in esame e ciò, non solo per l'esplicita riserva di competenza di cui al par. 7 dell'art. 168 TFUE, sopra citato, ma soprattutto per i limiti di funzionamento della Carta stessa, determinati dal suo art. 51.

2. *La strategia europea sui vaccini*

Come noto, sulla base all'articolo 168, par. 7, TFUE "l'azione dell'Unione rispetta le responsabilità degli Stati membri per la definizione della loro politica sanitaria e per l'organizzazione e la fornitura di servizi sanitari e di assistenza medica".

Ne consegue che la politica vaccinale rimane saldamente nelle mani degli Stati membri e, pur considerando i benefici di un'azione comune più efficiente ed efficace (si pensi in particolare alla raccolta e alla condivisione dei dati e, più in generale alla gestione del rischio), l'intervento sovranazionale è confinato ad una mera attività di assistenza e coordinamento rispetto all'azione degli Stati membri.

Ciononostante – come ben rilevato in dottrina – il divieto di armonizzare non ha impedito una convergenza, a volte spontanea, a volte intelligentemente pilotata, ma che spesso si è dimostrata molto efficace[12].

È quanto accaduto in occasione dell'elaborazione della strategia europea per i vaccini. Infatti, la pandemia da Covid 19 ha reso evidente che i sistemi na-

bre 2000, causa C-376/98, *Germania c. Parlamento e Consiglio*, punti 76-89; del 10 dicembre 2002, causa C-491/01, *The Queen c. Secretary of State for Health ex parte British American Tobacco (Investments) LTD e Imperial Tobacco Ltd*, punto 62; del 12 dicembre 2006, causa C-380/03, *Germania c. Parlamento e Consiglio*, punto 92; sentenza *Watts*, cit., punto 91.

[12] Cfr. G. DI FEDERICO, *La strategia dell'Unione europea per i vaccini tra principio di attribuzione e leale collaborazione*, in G. CONTALDI, A. CALIGIURI (a cura di), *Accesso ai vaccini: diritto internazionale ed europeo*, numero speciale, in *rivista.eurojus.it*, 2020, p. 8.

zionali non sono equipaggiati per rispondere ad una crisi sanitaria ed economica di grandi dimensioni, in particolare che gli Stati membri non potessero garantire investimenti nello sviluppo e nella produzione di un numero sufficiente di vaccini. E per far fronte a tali problemi, l'Unione ha dovuto sviluppare una puntuale e immediata strategia, fondata su due pilastri: produzione e disponibilità, così come sancito dalla comunicazione del 17 giugno 2020 sulla Strategia dell'UE in materia di vaccini[13], alla quale si sono poi aggiunte la comunicazione del 15 ottobre 2020 sulla Preparazione alle strategie di vaccinazione anti Covid-19 e la distribuzione dei vaccini, nonché la comunicazione del 19 gennaio 2021[14].

In particolare, la strategia designata dalla Commissione deve il suo successo alla capacità di reperire adeguate risorse finanziarie, alla disponibilità di dati attendibili, completi e comparabili, nonché alla capacità produttiva e distributiva e ad un meccanismo di autorizzazione veloce, ma sicuro[15].

Invero, l'intervento finanziario è stato reso possibile grazie allo Strumento per il sostegno di emergenza[16], essenziale per la conclusione degli accordi preliminari di acquisto (APA) e alle garanzie fornite dalla Commissione alla Banca europea per gli investimenti (BEI), nell'ambito dei suoi strumenti finanziari, *Horizon 2020* e Fondo europeo per gli investimenti strategici, programma *InvestEU*[17].

Altrettanto centrale – in conformità a quanto previsto dalla comunicazione (2020) 245 – è stata l'attività di studio e monitoraggio condotta dal comitato per la sicurezza sanitaria previsto dalla decisione 1082/2013 sulle minacce transfrontaliere alla salute, dal Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie (ECDC) e dall'OMS, sia per quanto riguarda la propagazione del virus, sia per quel che concerne la campagna vaccinale[18].

[13] COM (2020) 245final, comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, *al Consiglio europeo, al Consiglio e alla Banca europea per gli investimenti: "Strategia dell'Unione europea per i vaccini contro il Covid-19"*.

[14] Cfr. COM (2020) 680final e COM (2021) 32final.

[15] G. DI FEDERICO, *La strategia dell'Unione europea per i vaccini tra principio di attribuzione e leale collaborazione*, cit.

[16] Regolamento (UE) 2016/369 del Consiglio, del 15 marzo 2016, sulla fornitura di sostegno di emergenza all'interno dell'Unione, modificato dal regolamento (UE) 2020/521 del Consiglio, del 14 aprile 2020, che attiva il sostegno di emergenza a norma del regolamento (UE) 2016/369 e che ne modifica le disposizioni in considerazione dell'epidemia di COVID-19.

[17] Si fa riferimento al finanziamento di 80 milioni di euro per la ricerca collegata allo sviluppo di un vaccino da parte di *Curevac.*

[18] COM (2020) 245final, p. 2.

Così come il lavoro dell'apposita *task force* di EMA, che – in stretta collaborazione con le autorità di regolamentazione dei paesi terzi e l'OMS – interagisce con gli sviluppatori di vaccini e offre sostegno scientifico[19].

Ma, soprattutto, la pietra angolare dell'intervento dell'Unione è rinvenibile nella procedura centralizzata d'appalto gestita dalla Commissione europea, disciplinata dall'art. 5 della ricordata decisione 1082/2013, e a cui si è fatto ricorso per il materiale protettivo personale e per il *Remdesivir*, farmaco utilizzato nella cura del trattamento del Covid.

Tale procedura presenta numerosi vantaggi in termini di costi e tempi di aggiudicazione, nonché di allocazione dei vaccini, secondo un criterio di ripartizione basato sulla popolazione[20].

La flessibilità che caratterizza il sistema è testimoniata dalle deroghe previste in relazione ai dati necessari richiesti per presentare domanda di autorizzazione, sia pure con l'obbligo per i titolari di completarli in seguito, ovvero al periodo di consultazione con gli Stati membri e ai tempi di traduzione dei documenti (dopo l'autorizzazione), per ridurre la durata delle procedure di autorizzazione della Commissione da nove a una settimana[21].

A livello strategico, il ruolo complementare e di sostegno dell'Unione rispetto agli Stati membri si può apprezzare nell'individuazione dei criteri che possono utilizzarsi per decidere se e quanto finanziare[22], ovverosia la solidità

[19] COM (2020) 245final, p. 7.

[20] Cfr. COM (2020) 245final, pp. 3 e 4, "La Commissione propone una procedura centralizzata d'appalto che apporta una serie di vantaggi importanti. In particolare, tutti gli Stati membri dell'UE potranno beneficiare dell'opzione di acquistare vaccini attraverso un'unica gara d'appalto. Questa procedura offre inoltre ai produttori di vaccini un processo negoziale notevolmente semplificato con un punto di contatto unico, riducendo così i costi per tutti. Una procedura d'appalto per il vaccino centralizzata a livello dell'UE ha il vantaggio di essere più rapida ed efficiente rispetto a 27 procedure distinte […] Quando sarà provata la validità di uno dei vaccini che beneficiano del sostegno, gli Stati membri potranno acquistarlo direttamente dal produttore alle condizioni stabilite nell'accordo preliminare di acquisto. Agli Stati membri sarà dato accesso a una quantità di dosi di vaccino secondo a una chiave di ripartizione basata sulla popolazione".

[21] Cfr. COM (2020) 245final, p. 7 punto 3.1. Vedi altresì, V. SALVATORE, *La valutazione dei vaccini nell'Unione europea*, in G. CONTALDI, A. CALIGIURI (a cura di), *op. cit*.

[22] Cfr. COM (2020) 245final, pp. 3 e 4: "Un approccio comune dell'UE rispetterà sempre il principio di sussidiarietà e la competenza degli Stati membri in materia di politica sanitaria: le politiche di vaccinazione restano nelle mani degli Stati membri […] La Commissione sarà responsabile delle procedure di appalto e dei contratti conclusi in base agli accordi preliminari di acquisto, mentre gli Stati membri resteranno responsabili della messa a disposizio-

dell'approccio scientifico e della tecnologia utilizzata, la capacità di approvvigionamento, la velocità di consegna, il costo e le condizioni di pagamento; ma altresì nella determinazione degli elementi da attenzionare per garantire una politica di distribuzione efficiente ed efficace e più precisamente, la capacità di somministrazione a livello nazionale, anche in termini di forza lavoro qualificata e di dispositivi medici e di protezione. Sono poi gli Stati membri che devono garantire un accesso agevole ai vaccini, in termini economici e di prossimità fisica[23].

Neppure va dimenticato il ruolo dell'*Emergency Support Instrument*[24], attivato con regolamento esecutivo del 14 aprile 2020, con la previsione di utilizzarne il sostegno fino al 31 gennaio del 2022.

Difatti, a fronte della necessità di trovare risposte rapide all'impellente fabbisogno di soluzioni terapeutiche, la Commissione ha assunto, in nome e per conto degli Stati membri, precipue iniziative. E avvalendosi di tale strumento, ha negoziato i contratti preliminari di acquisto, cd. *advanced purchase agreements* (APA)[25], con talune aziende farmaceutiche, che stavano sperimentando soluzioni terapeutiche[26].

ne e dell'uso del vaccino, compresi eventuali indennizzi specifici necessari per un dato accordo preliminare di acquisto. Per questo motivo, l'assistenza del comitato direttivo sarà fondamentale per qualsiasi questione in materia di responsabilità".

[23] Cfr. G. DI FEDERICO, *La strategia dell'Unione europea per i vaccini tra principio di attribuzione e leale collaborazione*, cit.

[24] Istituito con regolamento n. 369/2016, del 15 marzo 2016, questo strumento attribuisce alla Commissione poteri straordinari, quando viene attivato per fronteggiare crisi di dimensioni internazionali, non necessariamente di carattere sanitario, ma che possono anche essere connesse a contesti di calamità naturali.

[25] Invero, occorre evidenziale che la base giuridica APA è l'art. 4, par. 5, lett. b) del regolamento (UE) 2016/369 del Consiglio, del 15 marzo 2016, sulla fornitura di sostegno di emergenza all'interno dell'Unione, come emendato dal regolamento (UE) 2020/521 del Consiglio, del 14 aprile 2020, che attiva il sostegno di emergenza a norma del regolamento (UE) 2016/369 e che ne modifica disposizioni in considerazione dell'epidemia di COVID-19. Sul punto, si veda S. DE LA ROSA, *Que sait-on des contrats d'achats de vaccins conclus entre la Commission européenne et les laboratoires pharmaceutiques? L'exemple de l'accord concernant Astra Zeneca*, in *Le Club des juristes, Que sait-on des contrats d'achats de vaccins conclus entre la Commission européenne et les laboratoires pharmaceutiques? L'exemple de l'accord concernant Astra Zeneca.*

[26] Si vedano i vari "*Advance Purchase Agreements*" conclusi dalla Commissione e le case farmaceutiche che stavano sperimentando soluzioni terapeutiche, reperibili online, in forza della comunicazione della Commissione sulla Strategia dell'Unione per i vaccini contro il COVID-19, COM(2020) 245def. Sugli aspetti di merito dei contenziosi relativi a tali accordi si

Tale *modus negotiandi* ha evitato che, nella campagna di acquisto dei vaccini, potessero innestarsi pericolosi fenomeni concorrenziali tra gli Stati membri, ipotesi configurabile qualora quest'ultimi avessero gestito unilateralmente i negoziati, con un potere contrattuale indubbiamente diverso e con il rischio che alcune aziende produttrici favorissero un rapporto privilegiato con gli Stati che ospitavano gli insediamenti produttivi[27].

D'altro canto, l'intervento della Commissione ha garantito che la distribuzione dei vaccini nei Paesi UE avvenisse nel rispetto del principio di equità ed evitando ogni forma di discriminazione, sulla base di piani vaccinali elaborati da ciascuno di essi a livello nazionale.

Non solo, attraverso il meccanismo di accordi preliminari di acquisto, la Commissione ha, di fatto, finanziato la ricerca e lo sviluppo dei vaccini, anticipando una quota che sarebbe stata poi imputata in conto prezzo, quale corrispettivo per il diritto di opzione maturato[28].

Pertanto, dopo la corsa agli approvvigionamenti dei dispositivi di protezione nelle prime fasi della pandemia – quando gli Stati membri dell'UE hanno adottato soluzioni individuali, talvolta istituendo addirittura divieti di esportazione nazionali, nel tentativo di superarsi a vicenda nei mercati globali[29] – la Commissione europea ha spinto con forza per l'adozione di un approccio collettivo[30].

E, sebbene sia innegabile che qualche errore nella gestione delle trattati-

veda P. MANZINI, *Brevi note sulla controversia relativa alla fopornitura del vaccino AstraZeneca*, in *I Post di AISDUE*, *Coronavirus e diritto dell'Unione*, n. 1, 2021.

[27] Cfr. COM (2020) 245final, p. 3, punto 2.2. Accordi preliminari di acquisto mediante lo strumento per il sostegno di emergenza. Sulle misure economiche a supporto della Strategia, A. CORRERA, *L'Unione europea alla prova del Covid-19: dalle misure a sostegno dell'economia alla strategia sui vaccini*, in C. SCHEPISI (a cura di), *op. cit.*, p. 65 ss.

[28] Cfr. COM (2020) 245final, p. 3, punto 2.1.

[29] Cfr. A. MARTINELLI, *Mercato interno e libera circolazione delle merci alla prova dell'emergenza Covid*, cit.

[30] COM (2020) 245final, p. 3, punto 2.1. Un approccio dell'UE in materia di efficienza e solidarietà: "Un'azione congiunta a livello dell'UE è il modo più rapido e più efficace per conseguire tale obiettivo. Nessuno Stato membro ha da solo la capacità di garantire investimenti nello sviluppo e nella produzione di un numero sufficiente di vaccini. Una strategia comune consente di attenuare e condividere meglio i rischi e di mettere in comune gli investimenti per accrescerne la portata e la rapidità e ottenere economie di scala".

ve sia stato commesso[31], non può tacersi che il potere negoziale delle parti non era evidentemente equilibrato: da un lato, le aziende produttrici erano in grado di promettere di soddisfare un fabbisogno imminente, dall'altro lato, sull'Unione gravava l'onere di garantire risposte affidabili in una situazione di estrema emergenza e con una incognita legata al successo del prodotto, che stava finanziando ed opzionando, rispetto ad una procedura di valutazione da parte degli enti regolatori, *in primis* dell'Agenzia europea per i medicinali (EMA), il cui esito era tutt'altro che certo.

Purtuttavia, se i negoziati fossero stati lasciati all'iniziativa dei singoli Paesi, le aziende farmaceutiche avrebbero vantato un potere negoziale evidentemente più forte nei confronti dei singoli Stati membri; i vaccini sarebbero stati più costosi e la fornitura più incerta, in particolare per gli Stati membri più piccoli e più poveri[32]. In proposito, non bisogna sottovalutare le ricadute politiche che un ulteriore attacco di "nazionalismo sanitario" avrebbe potuto o potrebbe sortire, minando la solidarietà che è al centro del progetto europeo[33].

La Commissione ha invece raggiunto accordi con diverse aziende farmaceutiche per l'acquisto di vaccini contro il Covid-19, autorizzati per l'uso a seguito di raccomandazioni scientifiche positive da parte dell'EMA, così vincolando queste aziende a privilegiare la fornitura a favore dell'Unione e, dunque, di tutti gli Stati membri.

Sul profilo della valutazione della qualità, della efficacia e della sicurezza dei vaccini, non sembrano poi essere fondate le accuse mosse all'Unione di aver accumulato ritardi inaccettabili[34]. Occorre, infatti, considerare che i tempi per valutare un farmaco, nell'ambito della procedura di *assesment* vigente, non rispondono all'esigenza di trovare soluzioni terapeutiche immediate al coronavirus[35].

Difatti, la procedura ordinaria di valutazione dei farmaci è particolar-

[31] Cfr. P. MANZINI, *Brevi note sulla controversia relativa alla fornitura del vaccino AstraZeneca*, cit., p. 6.

[32] Cfr. COM (2020) 245final, p. 4: "Scopo dei negoziati è concludere accordi preliminari di acquisto con singole imprese alle migliori condizioni possibili".

[33] Cfr. A. CORRERA, *op. cit.*

[34] Cfr. V. SALVATORE, *Ma l'Europa non è in ritardo sui vaccini*, in *ilSole24ore*, 18 dicembre 2020.

[35] Cfr. V. SALVATORE, *La valutazione dei vaccini*, cit., p. 20.

mente complessa ed articolata e dura in media 277 giorni; in dettaglio, occorrono 210 giorni per la valutazione da parte dell'Agenzia europea per i medicinali, a cui si aggiungono 67 giorni, durante i quali la Commissione può adottare l'autorizzazione all'immissione in commercio[36].

Esistono altresì procedure accelerate, destinate a trovare applicazione in ipotesi eccezionali, per le quali sono previsti 150 giorni per la valutazione dei rischi/benefici del farmaco e un numero inferiore di giorni, assegnati alla Commissione, per adottare il provvedimento di immissione in commercio sulla base del parere dell'agenzia europea per i medicinali[37].

Coerentemente alla disciplina appena ricordata, in occasione dell'ultima epidemia, l'EMA si è mossa in maniera molto efficace, perché ha istituito da subito una *task force* per facilitare la valutazione dei dati che normalmente vengono forniti a corredo del dossier che accompagna la richiesta di autorizzazione all'immissione in commercio di un farmaco[38]. E, per accelerare i tempi di valutazione, l'agenzia ha impiegato un meccanismo preliminare di "*rolling review*", cioè di "revisione continua", in forza del quale le aziende farmaceutiche trasmettono i dati clinici via via disponibili, quantunque oggetto di nuova valutazione in sede di esame della domanda di rilascio dell'autorizzazione all'immissione in commercio, rendendo disponibili alcuni vaccini in pochissime settimane.

Dal canto suo, anche la Commissione ha agito in maniera tempestiva, atteso che, in più di un caso, ha autorizzato l'immissione in commercio del farmaco il giorno stesso in cui l'agenzia europea per i medicinali formulava il parere, raccomandandone il rilascio.

Da più parti si è, però, contestato all'EMA di essere più lenta rispetto ad altre autorità nazionali, come l'agenzia del farmaco britannica (*MHRA – Medicines and Healthcare products Regulatory Agency*) o l'autorità statunitense (*FDA – Food and Drug Administration*), che hanno consentito la somministrazione dei primi vaccini anti-Covid in tempi più brevi.

[36] Cfr. S. MARINO, *L'autorizzazione all'immissione in commercio dei vaccini anti-COVID 19*, in I. ANRÒ, G. BOGGERO (a cura di), *op. cit.*, p. 6.

[37] V. SALVATORE, *La valutazione dei vaccini nell'Unione europea*, cit.

[38] Cfr. COM (2020) 245final, p. 7, punto 3.2: "*Procedura accelerata di autorizzazione*". Sul punto si veda, altresì, V. SALVATORE, *La ricerca di soluzioni diagnostiche e terapeutiche per far fronte all'emergenza pandemica da Covid-19. Il ruolo propulsivo dell'Agenzia europea per i medicinali: profili giuridici e regolatori*, in *DPCE Online*, n. 2, 2020.

Per il vero, quelle autorità, a differenza di EMA, hanno proceduto, ricorrendo ad autorizzazioni emergenziali (c.d. *emergency use authorisation*); cioè autorizzazioni che, in considerazione della indifferibilità ed urgenza, vengono rilasciate sulla base di un *set* limitato di dati clinici a disposizione[39] sul rapporto rischi/benefici dei medicinali. Possibilità allo stato preclusa all'EMA, ma che spetta esclusivamente agli Stati membri che, peraltro, non l'hanno utilizzata, ad eccezione del Regno Unito, poche settimane prima che il suo recesso dall'Unione si perfezionasse.

Per quanto attiene ai rapporti di tipo contrattuale instauratisi specificamente tra la Commissione e alcune aziende farmaceutiche che si trovano attualmente coinvolte nell'attività di produzione e distribuzione di vaccini contro il virus Covid-19, occorre rilevare come la Commissione non abbia fornito una chiara indicazione di quale sia stata la base giuridica prescelta, perché le fosse riconosciuta competenza a negoziare e stipulare tali contratti[40].

Anche con riferimento all'aspetto procedurale appena richiamato, va ribadito che i contratti in tema di distribuzione vaccinale conclusi dalla Commissione fanno capo a una serie di decisioni prese dall'Unione[41] e tutte incentrate sull'obiettivo di fronteggiare la crisi pandemica attraverso una gamma di strumenti di diversa natura, ma prevalentemente con contenuto finanziario e facenti capo al cosiddetto Strumento di Sostegno all'emergenza (*Emergency Support Instrument*).

Come detto, si tratta di una misura a contenuto eminentemente finanziario e basata sia su una modifica del progetto di bilancio rettificativo (PBR)[42]

[39] Cfr. V. SALVATORE, *Ma l'Europa non è in ritardo sui vaccini*, cit.

[40] Cfr. A. RIZZO, *La crisi pandemica e la nuova centralità delle politiche sanitarie europee alla luce della disciplina "EU4Health"*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2021, p. 107 ss.

[41] In particolare, la già citata decisione 1082/2013.

[42] COM(2020) 145def., progetto di bilancio rettificativo n. 1 al bilancio generale 2020: Aiuti alla Grecia di fronte all'aumento della pressione migratoria – Misure immediate nel contesto della pandemia COVID-19 – Sostegno alla ricostruzione dopo il terremoto in Albania – Altri aggiustamenti, con il quale *inter alia* la Commissione richiedeva stanziamenti per il sostegno di emergenza all'interno dell'Unione per aiutare gli Stati membri ad affrontare le conseguenze della pandemia di COVID-19 e per rafforzare ulteriormente il c.d. "meccanismo unionale di protezione civile" in modo da agevolare la costituzione di scorte più ampie e il coordinamento della distribuzione delle risorse essenziali in tutta l'Europa. Si veda anche COM(2020)171 def. volta a modificare la decisione (UE) 2020/265 per quanto riguarda gli adeguamenti degli importi mobilitati a titolo dello strumento di flessibilità per il 2020 da uti-

sia su un regolamento del 2016[43], la cui base giuridica risiede nell'art. 122 TFUE, norma rientrante nell'ambito oggettivo della politica economica dell'Unione e che autorizza la Commissione a proporre, e il Consiglio dell'Unione a decidere, misure volte a fronteggiare situazioni di crisi in seno all'Unione dettate da "*gravi difficoltà nell'approvvigionamento di determinati prodotti*"[44].

Infatti, gli interventi finora adottati dall'Unione e attuati dalla Commissione, nel quadro del succitato art. 122 TFUE, sono stati finalizzati a far fronte alla crisi economica che ha attraversato l'ultimo decennio della vita europea[45].

In generale, occorre ritenere che il linguaggio usato dalla disposizione del Trattato (art. 122 TFUE) non vale a fondare tesi particolarmente restrittive riguardo ai presupposti fattuali che possono concernere uno stato di grave difficoltà legata all'assenza di alcuni specifici prodotti come, nel caso di specie, cure preventive (vaccinali) o farmacologiche la cui necessità si sia resa particolarmente forte in un contesto pandemico.

Suscita semmai una serie di riflessioni il fatto che gli interventi così pre-

lizzare per far fronte alla migrazione, all'afflusso di rifugiati e alle minacce alla sicurezza, per l'adozione di misure immediate nel contesto della pandemia di COVID-19 e per il rafforzamento della Procura europea.

[43] Regolamento 2016/369 del Consiglio, del 15 marzo 2016, sulla fornitura di sostegno di emergenza all'interno dell'Unione.

[44] Per quanto attiene al meccanismo unionale di protezione civile (c.d. "*rescEU*") indicato nella citata comunicazione COM (2020) 145, si veda il Meccanismo di protezione civile dell'Unione, decisione n. 1313/2013, del 17 dicembre 2013; cfr. anche la proposta di modifica della decisione 1313/2013, COM (2020) 202def. Si ricorda che la competenza dell'Unione in tale ambito (protezione civile) resta di tipo complementare rispetto a quella dei Paesi membri, cfr. art. 196 TFUE e art. 2, par. 5, TFUE, dove si precisa che tale genere di competenze (di sostegno, coordinamento e completamento delle azioni assunte a livello nazionale), non consente comunque all'Unione di sostituirsi ai propri Stati membri.

[45] Cfr. V. CAPUANO, *Covid-19 e libera circolazione dei servizi sanitari: un esempio di solidarietà europea?*, in *I Post di AISDUE*, *Coronavirus e diritto dell'Unione*, n. 3, 2020; G. MORGESE, *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, Bari, 2018; P. MENGOZZI, *Note sul principio di solidarietà*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2020, p. 99 ss.; e, per ulteriori richiami bibliografici, A. RIZZO, *Diritti fondamentali e criticità dell'Unione europea tra Unione economica e monetaria ed "European Social Union"*, a margine della sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 5 maggio 2020, in *fsjeurostudies.eu*, 2020, p. 100 ss.

disposti non facciano alcun riferimento alle citate basi giuridiche dei Trattati specificamente inerenti alla configurazione di una politica sanitaria afferente all'Unione[46].

Va tuttavia notato che il ricorso alla base dell'art. 122 TFUE, nel caso richiamato degli interventi da parte dell'Unione per affrontare la crisi sanitaria generata dalla attuale pandemia (il riferimento è ancora una volta all'*Emergency Support Instrument*) dimostra la scarsa propensione, persino a livello istituzionale, a tentare di superare i vari ostacoli formali esistenti nei Trattati, ai fini della definizione di una vera e propria politica sanitaria[47].

3. *Obbligo vaccinale e profili di diritto dell'Unione europea*

La discussione sui vaccini anti-Covid19 coinvolge l'Unione europea anche sotto un altro profilo, si fa riferimento – più segnatamente – alla presunta portata discriminatoria nonché sproporzionata dell'obbligo vaccinale, introdotto in Italia con il l d. l. n. 44 del 2021, convertito in legge n. 76 del 2021.

Invero, il dubbio sulla compatibilità di siffatta normativa si è posto in riferimento al regolamento UE 953/2021[48], che al fine di agevolare il diritto fondamentale alla libera circolazione ammette restrizioni, per motivi di sanità pubblica, a condizione che siano applicate conformemente al diritto dell'Unione, segnatamente al principio di proporzionalità e non discriminazione[49].

In particolare, il regolamento 953/2021 al considerando n. 36 stabilisce che: "È necessario evitare la discriminazione *diretta o indiretta* di persone che non sono vaccinate, per esempio per motivi medici, perché non rientrano nel gruppo di destinatari per cui il vaccino anti Covid-19 è attualmente

[46] Cfr. P. MANZINI, *Brevi note sulla controversia relativa alla fornitura del vaccino AstraZeneca*, cit., p. 2: "Nonostante qualche sfasatura relativa alla base giuridica le misure prese sembrano concettualmente difendibili".

[47] Cfr. A. RIZZO, *La crisi pandemica e la nuova centralità delle politiche sanitarie europee alla luce della disciplina "EU4Health"*, cit.

[48] Regolamento (UE) 2021/953 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2021, su un quadro per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificati interoperabili di vaccinazione, di test e di guarigione in relazione al COVID19 (certificato COVID digitale dell'UE) per agevolare la libera circolazione delle persone durante la pandemia di COVID-19.

[49] Cfr. considerando n. 6 del regolamento (UE) 2021/953, cit.

somministrato o consentito, come i bambini, o perché non hanno ancora avuto l'opportunità di essere vaccinate *o hanno scelto di non essere vaccinate*".

Va subito evidenziato che l'espressione "*o hanno scelto di non essere vaccinate*" era stata inizialmente omessa nella traduzione italiana, pubblicata sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea. Rilevato l'errore e ritenuto che l'enunciato abbia un'importanza fondamentale, in quanto modifica in modo sostanziale il senso complessivo dell'atto in questione, sottolineando l'impossibilità di attuare discriminazioni verso coloro che "liberamente" hanno scelto di non vaccinarsi, l'Unione ha immediatamente provveduto a rettificare il testo del regolamento nella sua versione in lingua italiana per ripristinarne il senso originale.

Lo stesso considerando sottolinea che il possesso di un certificato di vaccinazione, o di un certificato che attesti l'uso di uno specifico vaccino anti Covid-19, non deve costituire "*una condizione preliminare per l'esercizio del diritto di libera circolazione*"; inoltre, precisa che il regolamento "non può essere interpretato nel senso che istituisce un diritto o un obbligo a essere vaccinati". Tale ultimo inciso è diretto a chiarire che la *ratio* del regolamento sia limitata ad agevolare la libera circolazione delle persone nel territorio dell'Unione, ma non a limitare i diritti dei cittadini sulla base del possesso del certificato verde, al fine di introdurre un surrettizio obbligo indiretto di vaccinazione.

Nulla autorizza, però, a dedurre che il divieto di discriminazione sia limitato al diritto di circolazione[50]. Se, infatti, viene previsto un divieto di discriminazione perfino per l'esercizio del diritto di circolazione, a maggior ragione non si può ritenere che la discriminazione possa essere consentita nell'esercizio di altri diritti (connessi) ed altrettanto fondamentali, quali quello al lavoro. Tanto più che la Carta dei diritti fondamentali, all'art. 21, vieta ogni forma di discriminazione tra i cittadini. Ed è lo stesso regolamento 953/2021, al considerando n. 62, a farne espresso richiamo. Anche il considerando n. 14 afferma che il regolamento 953/2021 "è inteso a facilitare l'applicazione dei principi di proporzionalità e di non discriminazione per quanto riguarda le restrizioni alla libera circolazione durante la pandemia di Covid 19, perseguendo nel contempo un livello elevato di protezione della salute pubblica".

[50] Vedi *infra* (ordinanza di rinvio pregiudiziale del 7 dicembre 2021).

Pertanto, il regolamento 953/2021 non deve essere inteso "come un'agevolazione o un incentivo all'adozione di restrizioni alla libera circolazione o di restrizioni ad altri diritti fondamentali in risposta alla pandemia Covid-19, visti i loro effetti negativi sui cittadini e le imprese dell'Unione".

Invero, l'espresso richiamo che il regolamento fa al principio di non discriminazione, applicabile anche all'ipotesi del cittadino che non intenda sottoporsi a vaccinazione, pur in assenza di specifiche condizioni di salute che ne escludano in radice la praticabilità, ha alimentato il dubbio sulla compatibilità della normativa italiana con quella europea, laddove il legislatore nazionale ha previsto che il sanitario che non "possa" vaccinarsi abbia un trattamento diverso (di favore) rispetto al cittadino che non "voglia" farlo.

Per tal via, è stato dedotto dal giudice nazionale investito della questione (v. *infra*) che la disciplina di uno Stato membro che imponga obbligatoriamente il vaccino anti-Covid a tutto il personale sanitario, sebbene proveniente da un altro Stato membro, sembrerebbe limitare l'esercizio della libera prestazione dei servizi e della libertà di stabilimento, ma soprattutto qualifica il possesso del certificato verde nazionale come condizione essenziale ai fini dell'esercizio dei medesimi diritti[51]. Difatti, ai sensi dell'art. 4 comma 1 del d.l. 44/2021, la vaccinazione costituisce un requisito indispensabile per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative dei soggetti obbligati[52].

L'unica esenzione dell'obbligo vaccinale, con differimento, o addirittura omissione del trattamento sanitario in prevenzione, è prevista, nel comma 2 dell'art. 4, per il solo caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale. In tutti gli altri casi l'inadempimento dell'obbligo di immunizzazione comporta conseguenze sanzionatorie che incidono intensamente sul rapporto di lavoro.

In sostanza, il trattamento differenziato contemplato dalla disposizione ha posto dubbi sulla discriminazione tra la posizione di chi non può sotto-

[51] *Ivi.*

[52] Cfr. art. 4 comma 11, d.l. 44/2021 "al fine di contenere il rischio di contagio, nell'esercizio dell'attività libero-professionale, i soggetti di cui al comma 2 adottano le misure di prevenzione igienico-sanitarie indicate dallo specifico protocollo di sicurezza adottato con decreto del Ministro della salute, di concerto con i Ministri della giustizia e del lavoro e delle politiche sociali, entro venti giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto".

porsi al vaccino e chi, invece, per sua espressa volontà decida di non sottoporsi alla somministrazione.

Purtuttavia, se si accogliesse una siffatta tesi accadrebbe, paradossalmente, che per effetto del regolamento volto a facilitare la libera circolazione dei cittadini (art. 21 TFUE) verrebbe meno la deroga alla libera circolazione di lavoratori autonomi e dipendenti, basata sulla tutela della salute pubblica, stabilita dal diritto primario.

In un primo momento, la questione è stata oggetto di un'interrogazione parlamentare[53] a cui è seguita una risposta piuttosto stringata della Commissione[54], che si è limitata a chiarire che, ai sensi del regolamento UE 953/2021, la vaccinazione non costituisce una *conditio sine qua non* per l'esercizio del diritto alla libera circolazione e che resta fuori dall'ambito di applicazione del regolamento l'uso nazionale dei certificati Covid-19 per scopi diversi dall'agevolazione della libera circolazione.

Inoltre, la Commissione ha richiesto che i certificati Covid-19 rilasciati da uno Stato membro a fini interni non inficino la validità del certificato Covid digitale. In questo modo, i viaggiatori che si recano in un altro Stato membro non devono ricevere un certificato nazionale "*supplementare*" per avere accesso, ad esempio, a bar o ristoranti.

Più di recente, il Tribunale del lavoro di Padova ha sollevato un articolato rinvio pregiudiziale[55], nutrendo dubbi sulla compatibilità della normativa emergenziale italiana con il regolamento 953/2021 e i principi di proporzionalità e di non discriminazione.

È verosimile che la Corte dichiarerà irricevibile il quesito – peraltro formulato d'ufficio dal giudice nazionale – vertente sui profili relativi alla parità

[53] Cfr. interrogazione con richiesta di risposta scritta E-004261/2021 alla Commissione, consultabile su www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2021-004261_IT.pdf.

[54] Cfr. nota di risposta, a firma della commissaria *Didier Reynders*, consultabile in europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2021-003780-ASW_IT.pdf.

[55] Cfr. ordinanza del Tribunale del lavoro di Padova, del 7 dicembre 2021. Inoltre, il giudice nazionale ha chiesto alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla validità dell'autorizzazione c.d. condizionata dei vaccini anti-Covid alla luce della possibilità di nuove cure alternative. Il dubbio sulla validità verte sul fatto che tale autorizzazione condizionata fosse giustificata proprio dall'assenza di cure alternative. In altri termini, si dubita dell'attualità della valutazione espressa in termini di costi/benefici dei vaccini anti covid alla stregua delle sopravvenute evidenze scientifiche.

di trattamento e proporzionalità della misura[56], anche perché, nel procedimento principale la questione, dal punto di vista del diritto dell'Unione, rileva solo "in astratto".

D'altronde, se discriminare significa trattare in maniera diversa situazioni analoghe, non sembra però che i sanitari che "non possano" vaccinarsi e quelli che "non vogliano" per propria libera scelta, si trovino nella stessa situazione di partenza. Nel caso di specie, non solo non si configura alcuna discriminazione, ma va sottolineato che il trattamento differenziato non appare ingiustificato sulla base del diritto primario[57], in quanto la questione può pacificamente qualificarsi come "meramente interna". In altri termini, il diritto dell'Unione non rileva ai fini della decisione della causa pendente dinnanzi al giudice che ha effettuato il rinvio, dal momento che si tratta di una lavoratrice italiana che svolge la sua attività lavorativa in Italia.

In effetti, da un'attenta lettura dell'ordinanza, si evince che il giudice nazionale ha formulato il quesito solo "*in via ipotetica*", più segnatamente, ha chiesto alla Corte di giustizia se "*la misura del vaccino obbligatorio, nel caso lo Stato membro ospite intendesse imporlo anche all'operatore sanitario di altro Stato membro dell'Unione presente in Italia per motivi professionali, possa considerarsi una misura compatibile con i principi di proporzionalità e non discriminazione richiamati dal regolamento 953/2021 o piuttosto integri una ingiustificata limitazione del diritto alla libera prestazione dei servizi nonché di stabilimento*".

Nelle more della decisione della Corte, lo stesso giudice investito della questione in via cautelare – ritenuto di aver adempiuto all'obbligo di rinvio nel procedimento principale[58] – ha poi deciso, con ordinanza del 28 aprile 2022, di reintegrare la lavoratrice sospesa con attribuzione delle retribuzioni maturate durante il periodo di sospensione.

Orbene, ritenuto che "*è riscontrabile nell'esperienza quotidiana che una persona seppur vaccinata contragga il virus e possa contagiare altre persone*", il

[56] Diverso è per i quesiti relativi alla validità dell'autorizzazione c.d. condizionata dei vaccini anti-Covid. Invero, trattandosi di atti dell'Unione (più segnatamente viene in rilievo il regolamento UE 506/2006) è chiaro che spetta alla Corte di giustizia esprimersi sulla questione.

[57] Cfr. in particolare, le deroghe, previste dal Trattato, alla libera circolazione giustificate da ragioni di salute pubblica.

[58] Cfr. Tribunale del Lavoro di Padova, ordinanza del 28 aprile 2022, p. 9.

giudice nazionale ha sostenuto che "*la misura dell'obbligo vaccinale per i sanitari non risponda all'esigenza di tutelare la salute pubblica*"[59].

Per il vero, per quanto possa considerarsi legittima la preoccupazione del legislatore italiano di tutelare la salute pubblica, in particolare delle persone "fragili" (in gergo "ospiti" della struttura sanitaria) e, quindi, di adottare le cautele necessarie ad evitare il contagio da parte di coloro che lavorano in dette strutture, l'obbligo vaccinale imposto ai lavoratori in questione, non sempre è idoneo a raggiungere lo scopo prefissato, nella misura in cui – come risulta dalla realtà fattuale – non evita il contagio nell'ambiente di lavoro e quindi non tutela la salute dei terzi ossia la "salute pubblica".

Di qui, come detto, il dubbio del giudice italiano sulla proporzionalità della misura che sembra porsi come un'imposizione non idonea "*al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza*"[60]. Dubbio che almeno in astratto appare fondato.

Per comprendere la motivazione di tale affermazione, bisogna ricordare che, secondo giurisprudenza costante della Corte di giustizia[61], il rispetto del principio di proporzionalità presuppone l'adempimento di tre condizioni cumulative: attitudine, necessità e proporzionalità in senso stretto. Per attitudine, si intende l'idoneità della misura a perseguire la finalità prefissata. La condizione di necessità esige che la misura presa costituisca l'opzione arrecante il minor pregiudizio possibile agli interessi in causa. Infine, il sacrificio imposto dalla stessa deve poter essere ragionevolmente esigibile.

Alla luce di tali criteri, la disciplina italiana, sospendendo drasticamente dal lavoro e dall'intera retribuzione il lavoratore che non intende vaccinarsi, senza prevedere alcuna soluzione alternativa o intermedia, sembra violare il principio in questione, sia perché non è necessaria a raggiungere lo scopo di evitare il contagio, sia perché impone al lavoratore un sacrificio all'evidenza completamente insostenibile[62].

[59] *Ibidem*, pp. 9 e 10.

[60] *Ibidem*, p. 6 ss.

[61] Cfr. sentenza della Corte dell'8 marzo 2022, causa C-205/20; sentenza della Corte del 21 luglio 2011, causa C-2/10; nonché del 16 gennaio 2003, cause riunite C-12/00 e C-14/00.

[62] V. anche quesito n. 4 della domanda di pronunzia pregiudiziale di cui all'ordinanza, del 7 dicembre 2021, pronunziata nel proc. n. 1953/2021: "Dica la Corte di giustizia se, nel caso del vaccino autorizzato dalla Commissione in forma condizionata, l'eventuale non assog-

Al contrario, la previsione di una gradualità di misure sanzionatorie sarebbe stata più in linea con il principio generale di proporzionalità.

La normativa italiana pone un ulteriore dubbio in relazione al profilo della disparità di trattamento, dal momento che l'art. 4, comma 7, decreto-legge 44/2021, prevede che il datore di lavoro sia tenuto ad adibire a mansioni diverse senza decurtazione della retribuzione, solo ed esclusivamente i lavoratori del comparto sanitario "esentati" dalla vaccinazione. Mentre l'art. 4, *ter* 2, terzo comma, prevede che "*L'atto di accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale, per qualsiasi ragione, impone al dirigente scolastico di utilizzare il docente inadempiente in attività di supporto alla istituzione scolastica*".

A parità di condizione (uguaglianza del pericolo di contagio), non si comprende per quale motivo il legislatore italiano ha previsto che l'obbligo di *repêchage* debba sussistere solo a favore degli operatori sanitari esentati.

Neppure si comprende per quale motivo l'obbligo di *repêchage* sussista sempre per il personale docente e educativo della scuola "a prescindere dalla ragione dell'inadempimento" e non anche per il personale sanitario che non voglia vaccinarsi.

A ben vedere, la normativa italiana esclude *tout court* il *repêchage* solo per i lavoratori del comparto sanitario che, in assenza di un accertato pericolo per la propria salute, scelgono di non adempiere all'obbligo vaccinale.

Cosicché, il comma 7 del decreto, nella parte in cui non prevede che l'obbligo di *repêchage* sussista anche per i sanitari che scelgono di non vaccinarsi, sembra porsi in contrasto con il principio di non discriminazione, nonché con il principio di proporzionalità.

Per altro verso, non può tacersi che il problema – che non viene analizzato adeguatamente dal giudice nazionale – è soprattutto quello dell'impatto della misura sul funzionamento del sistema sanitario che è un elemento imprescindibile da tenere presente al fine di determinarne la proporzionalità.

L'altro aspetto fondamentale che non viene considerato è l'impatto del contagio.

Invero, i soggetti vulnerabili sono quelli esentati e le probabilità (e le

gettamento al medesimo da parte del personale medico sanitario nei cui confronti la legge dello Stato impone obbligatoriamente il vaccino, possa comportare automaticamente la sospensione dal posto di lavoro senza retribuzione o se si debba prevedere una gradualità delle misure sanzionatorie in ossequio al principio fondamentale di proporzionalità".

conseguenze) sono diverse. In entrambi i casi, c'è un rischio maggiore di ricovero, in un caso per impossibilità; nell'altro, per mancanza di volontà e di adesione al regime ideato per proteggere la vita delle persone, al di là dell'emergenza Covid-19.

In conclusione, per quanto sia doveroso evidenziare, sotto alcuni profili, l'incoerenza delle scelte del legislatore italiano, che è criterio utilizzato dalla Corte di giustizia per valutare la proporzionalità delle misure restrittive nazionali, si ritiene ragionevole supporre che il quesito pregiudiziale – alla stregua delle considerazioni svolte – non abbia alcuna possibilità di essere accolto.

IL FINANZIAMENTO DEL *GREEN DEAL* EUROPEO: FRA RISORSE PROPRIE E LA CREAZIONE DI UNA CAPACITÀ FISCALE EUROPEA

Gabriella Perotto[*]

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il *Green Deal* e le nuove prospettive di spesa nel bilancio dell'Unione europea. – 3. Le nuove risorse proprie dell'Unione europea: fra *Green Deal* e *Next Generation EU*. – 4. Il rapporto fra autonomia fiscale dell'Unione europea e obiettivi ambientali. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La politica ambientale dell'Unione europea è ambiziosa e punta ad un obiettivo sfidante: essere il primo continente al mondo a raggiungere l'agognata neutralità climatica[1]. In particolare, per *Green Deal* si intende una serie di iniziative promosse dalla Commissione europea che hanno lo scopo di azzerare l'impatto climatico dell'Unione europea entro il 2050. Il primo tassello di questo importante piano di azione può essere individuato nella comunicazione della Commissione del dicembre 2019 rubricata proprio "Il *Green Deal* europeo" (COM (2019) 640final), dove viene evidenziato come tale strategia di crescita sia finalizzata a coniugare l'affermazione di un'economia europea competitiva con l'attenzione al clima e all'ambiente. Lo scopo è, dunque, quello di rendere l'economia europea efficiente sotto il profilo delle risorse, aspirando all'azzeramento delle emissioni nette di gas a effetto serra entro il 2050 e ponendosi come obiettivo intermedio la riduzione delle emissioni nette di almeno il 55% rispetto ai livelli del 1990 entro il 2030. Le priorità individuate nel *Green Deal* sono state trasposte nella "Normativa europea sul clima" (regolamento 2021/1119) che stabilisce l'obiettivo vincolante della neutralità climatica. Inoltre, nel luglio 2021 la

[*] Dottoressa di ricerca in diritto dell'Unione europea e docente a contratto presso l'Università degli studi di Torino, gabriella.perotto@unito.it.

[1] Al riguardo, si veda: www.ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal/delivering-european-green-deal_it.

Commissione ha lanciato il programma "Fit For 55%" - "Pronti per il 55%" (comunicazione COM (2021) 550final), un pacchetto di misure composto da proposte interconnesse che coprono diversi settori strategici ed economici e che mira ad allineare il quadro delle politiche dell'UE in materia di clima ed energia al suo nuovo obiettivo climatico.

Alla luce del quadro delineato, il presente contributo intende analizzare come gli obiettivi del *Green Deal* siano declinati all'interno del bilancio dell'Unione, sia sotto il profilo della spesa che sotto quello delle entrate. Per quanto riguarda il finanziamento, particolare attenzione verrà dedicata alle nuove risorse proprie che verranno introdotte nell'ordinamento e ai meccanismi che sono sottesi a questo sistema, oltre che ai relativi risvolti in termini di autonomia fiscale dell'Unione. Infatti, è proprio con riferimento a quest'ultimo profilo che nell'analisi si considererà se l'introduzione di una effettiva capacità fiscale europea potrebbe favorire il perseguimento degli obiettivi posti dal *Green Deal* o se, dall'altro lato, sia invece sufficiente un aumento delle contribuzioni nazionali o una diligente attuazione da parte degli Stati membri di norme europee stringenti.

In questo contesto, in primo luogo si tenterà di dare maggiore concretezza agli ampi obiettivi posti dal *Green Deal* europeo, indicando come questi si rispecchino nelle spese prospettate nel Quadro finanziario pluriennale. Successivamente, l'analisi si concentrerà sul sistema delle risorse proprie che rappresentano la principale fonte di entrata del bilancio dell'Unione europea e che, oltre a finanziare le politiche dell'Unione, sono sempre più tese in sé al perseguimento di obiettivi climatici e ambientali. Infine, verranno evidenziati i principali profili critici relativi al finanziamento delle azioni volte al raggiungimento degli scopi prefissati dal *Green Deal*, valutando con particolare attenzione il rapporto fra questi ultimi e il raggiungimento di una effettiva autonomia fiscale dell'Unione europea.

2. *Il* Green Deal *e le nuove prospettive di spesa nel bilancio dell'Unione europea*

Il bilancio dell'Unione europea si compone di tre elementi: il Quadro finanziario pluriennale (QFP), il bilancio annuale e la decisione sulle risorse proprie. Come previsto dall'art. 310 TFUE, nel bilancio dell'Unione entrate

e spese devono risultare in pareggio e, come verrà evidenziato in seguito, sotto entrambi i profili è ormai evidente la chiara scelta di campo fatta dall'Unione europea rispetto alle proprie priorità in quanto la tutela dell'ambiente risulta essere un obiettivo che informa l'intero sistema. Gli strumenti mediante i quali vengono individuate le finalità e la modalità con cui verranno impiegate le risorse dell'Unione sono il QFP e il bilancio annuale che rappresentano, dunque, il fronte della spesa. Il QFP ha la funzione di individuare le priorità dell'Unione sul lungo periodo, garantire stabilità e fissare dei limiti di spesa che dovranno poi essere rispettati dai bilanci annuali. Copre un periodo di almeno cinque anni e "mira ad assicurare l'ordinato andamento delle spese dell'Unione entro i limiti delle sue risorse proprie" (art. 312 TFUE).

Le scelte relative alla spesa, intesa come parte del bilancio dell'Unione europea, sono il precipitato degli obiettivi individuati dal *Green Deal* in quanto queste sono ampiamente orientate alla lotta al cambiamento climatico. Rappresentando il 30% del QFP 2021-2027 e del *Next Generation EU* si tratta, come rileva la Commissione, della "highest share ever, from the largest EU budget ever"[2], in linea con l'impegno dell'Unione di attuare l'accordo di Parigi e gli obiettivi di sviluppo sostenibile dell'ONU. Inoltre, nel 2026 e nel 2027, il 10% della spesa annuale all'interno del QFP verrà allocato per fermare e invertire il declino della biodiversità con l'obiettivo di contribuire al raggiungimento degli obiettivi europei relativi al cambiamento climatico. Tuttavia, secondo le stime della Commissione (comunicazione COM (2020) 21final), per conseguire gli obiettivi in materia di clima ed energia stabiliti per il 2030 saranno necessari investimenti supplementari per 260 miliardi di euro l'anno.

La decisione circa la modalità di allocazione delle risorse finanziarie non può prescindere dalla contingente necessità di predisporre un piano di ripresa dell'economia per far fronte ai danni economici e sociali causati dalla pandemia di COVID-19. D'altra parte, gli impegni politici previsti nel *Green Deal* si sono di fatto concretizzati grazie alla cornice giuridica fornita dal *Next Generation EU.* Al riguardo, è necessario ricordare che in occasione del Consiglio europeo del 23 aprile 2020, gli Stati membri hanno convenuto sul-

[2] Commissione europea, Direzione generale del Bilancio, "The EU's 2021-2027 long-term budget and NextGenerationEU: facts and figures" (2021) <www.data.europa.eu/doi/10.2761/91357> 11.

la necessità di creare un fondo per la ripresa destinato a far fronte alla crisi generata dalla diffusione della pandemia e incaricando la Commissione di elaborare una proposta in merito. Il piano per la ripresa è stato presentato il 27 maggio 2020 (comunicazione COM (2020) 456final) e il 21 luglio 2020 il Consiglio europeo ha adottato le proprie conclusioni sul piano per la ripresa *Next Generation EU* e sul QFP per il periodo 2021-2027 (EUCO 10/20). Come espressamente enunciato nelle conclusioni del Consiglio europeo, entrambi "contribuiranno a trasformare l'Unione europea attraverso le sue principali politiche, in particolare il *Green Deal* europeo, la rivoluzione digitale e la resilienza".

Il pacchetto ammonta a 2018 miliardi di euro a prezzi correnti (1800 miliardi di euro a prezzi del 2018), di cui 1211 miliardi di euro a prezzi correnti (1074 miliardi di euro a prezzi del 2018) per il QFP per il periodo 2021-2027 e 806,9 miliardi di euro a prezzi correnti (750 miliardi di euro a prezzi del 2018) per il *Next Generation EU.* Ai fini dell'attuazione di quest'ultimo, la Commissione è stata autorizzata a contrarre prestiti sui mercati dei capitali, garantiti dal bilancio dell'Unione, fino al 2026 mentre la restituzione dovrà avvenire entro il 2058 (decisione 2020/2053, art. 5). Di conseguenza, è stato necessario un incremento del bilancio dell'Unione, sia mediante l'aumento del massimale delle risorse proprie che attraverso l'introduzione di nuove entrate. In particolare, la decisione sulle risorse proprie del 14 dicembre 2020 ha previsto un aumento "straordinario e temporaneo" di 0,6 punti percentuali dei massimali delle risorse proprie e ha inserito la nuova risorsa relativa ai rifiuti di imballaggio di plastica non riciclati (decisione 2020/2053, artt. 2, 3 e 6).

Nello specifico, con riferimento al *Next Generation EU*, le risorse sono destinate a sette programmi distinti, fra cui si evidenziano il Dispositivo per la ripresa e la resilienza (723,8 miliardi di euro), il Fondo per una transizione giusta (10,9 miliardi di euro) e InvestEU (6,1 miliardi di euro). Il Dispositivo per la ripresa e la resilienza, istituito con il regolamento 2021/241, è uno strumento che consente l'erogazione di sovvenzioni (338 miliardi di euro) e prestiti (385,8 miliardi di euro) agli Stati membri a fronte della presentazione da parte di questi ultimi di un Piano per la ripresa e la resilienza (PNRR). Tali piani devono includere spese per investimenti e riforme che per almeno il 37% perseguano obiettivi climatici (regolamento 2021/241, art. 16, par. 2, lett. b e art. 18, par. 4, lett. e) e tutte le misure ivi previste devono essere ideate nel rispetto del principio di "non arrecare un danno significativo" all'ambiente, come definito

dall'art. 17 del regolamento 2020/852 (regolamento 2021/241, art. 5, par. 2). D'altra parte, la transizione verde rientra fra le aree di intervento indicate nell'art. 3 del regolamento istitutivo del Dispositivo per la ripresa e la resilienza, finalità che si concretizza nel "raggiungimento degli obiettivi climatici dell'Unione per il 2030 stabiliti nell'articolo 2, punto 11, del regolamento (UE) 2018/1999, nonché [nel] raggiungimento dell'obiettivo della neutralità climatica dell'UE entro il 2050" (regolamento 2021/241, art. 4, par. 1).

Il Fondo per una transizione giusta invece è uno strumento parte del Meccanismo per una transizione giusta che mira a dare attuazione al principio del "non lasciare indietro nessuno". Infatti, si inserisce nel quadro del *Green Deal* europeo con lo scopo di sostenere gli investimenti richiesti da tale strategia da parte delle regioni e nei settori con minore capacità di finanziamento e maggiormente esposti alle ripercussioni della transizione verde in ragione della loro dipendenza di combustibili fossili o da processi industriali. Il Fondo per la transizione giusta si affianca a InvestEU che ha la finalità di stimolare gli investimenti erogando finanziamenti a lungo termine, il 30% dei quali deve essere orientato al conseguimento di obiettivi climatici. In entrambi i casi, si tratta di programmi già esistenti che sono stati potenziati dal *Next Generation EU.*

Infine, sempre sul fronte della spesa, è importante ricordare la proposta della Commissione per la creazione del Fondo sociale per il clima (COM (2021) 568final) che ha lo scopo di contribuire al finanziamento di misure e investimenti statali previsti nei "piani sociali per il clima" elaborati da ciascun Stato membro. Per "piani sociali per il clima" si intendono i piani nazionali contenenti "una serie coerente di misure e investimenti per far fronte all'impatto della fissazione del prezzo del carbonio sulle famiglie vulnerabili, sulle microimprese vulnerabili e sugli utenti vulnerabili dei trasporti, ai fini dell'accessibilità economica del riscaldamento, del raffrescamento e della mobilità, accompagnando e accelerando nel contempo le misure necessarie per conseguire gli obiettivi climatici dell'Unione" (art. 3, par. 1).

3. *Le nuove risorse proprie dell'Unione europea: fra* Green Deal *e* Next Generation EU

La politica europea in materia ambientale, ambito nel quale rientra il piano di azione previsto dal *Green Deal*, richiede l'utilizzo di risorse adegua-

te al finanziamento di tali strategie. Pertanto, dopo aver analizzato quali sono le priorità a livello di spesa, è fondamentale considerare le modalità con le quali l'Unione europea si dota delle risorse necessarie per finanziare le proprie politiche. Quest'ultima non dispone di un bilancio assimilabile a quello di uno Stato federale in quanto, da un lato, la sua capacità è molto limitata e, dall'altro, non sono individuabili le funzioni che solitamente vengono attribuite a quest'ultimo (funzione allocativa, redistributiva e di stabilizzazione dell'economia). D'altra parte, se si guarda indietro alla storia del processo di integrazione europeo e, in particolare, al bilancio delle allora Comunità europee, questo era stato concepito con una funzione prettamente amministrativa e, come tipicamente accade nelle organizzazioni internazionali, era basato esclusivamente sulle contribuzioni nazionali. Successivamente, il regime finanziario ha dovuto necessariamente adattarsi alle peculiarità dell'Unione europea, in quanto organizzazione internazionale *sui generis* (causa 26/62, *Van Gend & Loos*), all'affermazione del principio della sua autonomia finanziaria e al progressivo aumento di spese legate allo sviluppo delle politiche comunitarie ed europee, fino a giungere al sistema ad oggi in vigore. Tuttavia, come efficacemente osservato da Giulia Rossolillo, le componenti che formano il bilancio europeo non hanno ancora assunto caratteristiche tali da poter rendere l'Unione europea un'entità dotata di una effettiva capacità fiscale autonoma[3].

Le politiche dell'Unione sono dunque finanziate mediante entrante che provengono da fonti di diverso tipo, tra le quali spiccano le risorse proprie. Questa fonte si compone di diverse voci: le risorse proprie tradizionali (prin-

[3] G. ROSSOLILLO, *Il finanziamento dell'Unione europea. Proposte per una riforma dei Trattati per istituire una competenza fiscale dell'Unione europea,* in *Quaderni federalisti*, 2021, p. 7, dove l'autrice afferma che "Gli elementi essenziali perché si possa dire che un ente abbia capacità fiscale, e che dunque possa finanziarsi autonomamente, sono pertanto: 1) che abbia il potere di decidere su entrate e spese indipendentemente dagli enti territoriali che lo compongono (Stati membri o regioni); 2) che tale potere di tassazione sia esercitato direttamente su persone fisiche e giuridiche senza passare per gli Stati membri. Se questo non avviene, e se dunque non si spezza il legame tra Stati membri e risorse proprie, non si può dire che tale ente abbia autonomia e dunque sovranità fiscale". Inoltre, si veda L. LIONELLO, G. ROSSOLILLO, *Cosa significa creare una capacità fiscale europea e perché è così importante per il processo di integrazione?*, in *Il Federalista*, 2019, p. 185; 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.

cipalmente dazi doganali e altri dazi previsti nell'ambito dell'organizzazione comune dei mercati nel settore dello zucchero), i contributi degli Stati membri basati sull'imposta sul valore aggiunto (IVA) e i contributi degli Stati membri basati sul reddito nazionale lordo (RNL) e sulla quantità di rifiuti di imballaggi in plastica non riciclati, adattati al fine di ottenere un pareggio tra entrate e spese. In particolare, il contributo relativo ai rifiuti di imballaggio di plastica non riciclati è stato introdotto come nuova risorsa propria a partire dal 1° gennaio 2021, come previsto dalla decisione 2020/2053 del Consiglio del 14 dicembre 2020. Tale risorsa, oltre ad essere una nuova fonte di entrata, ben rappresenta le priorità politiche che l'Unione si è data per i prossimi anni in quanto, secondo le aspettative della Commissione (comunicazione COM (2018) 28final), dovrebbe incentivare gli Stati membri a ridurre questo tipo di rifiuti, stimolando la transizione verso un'economia circolare che attui la strategia europea sulla plastica. Tali contributi vengono calcolati sulla base dei dati forniti dagli Stati membri sulla produzione e riciclaggio di rifiuti di imballaggio di plastica e l'aliquota uniforme di prelievo applicata è pari a 0,80 euro per chilogrammo. Per quanto riguarda le altre fonti di finanziamento elencate, i dazi doganali e i prelievi agricoli sono quelle che possono più correttamente dirsi "risorse proprie" in quanto strettamente collegate a competenze dell'Unione, sono versate nella loro totalità nel bilancio della stessa e il loro ammontare non è prefissato, considerazioni che non possono dirsi valide per le risorse basata sui contributi statali e sull'IVA.

In questo senso è importante ricordare che il sistema delle risorse proprie poggia su meccanismi e logiche di natura prettamente intergovernativa. Infatti, l'art. 311 par. 3 TFUE stabilisce che "Il Consiglio, deliberando secondo una procedura legislativa speciale, all'unanimità e previa consultazione del Parlamento europeo, adotta una decisione che stabilisce le disposizioni relative al sistema delle risorse proprie dell'Unione. In tale contesto è possibile istituire nuove categorie di risorse proprie o sopprimere una categoria esistente. Tale decisione entra in vigore solo previa approvazione degli Stati membri conformemente alle rispettive norme costituzionali". Come si evince dalla lettera della norma, il tetto massimo delle entrate – dunque anche delle spese, alla luce del fatto che il bilancio dell'Unione deve essere in pareggio – e le tipologie di risorse dipendono dal consenso unanime da parte degli Stati che deve essere espresso sia in sede sovranazionale (deliberazione all'unanimità in seno al Consiglio) che in sede nazionale (approvazione di

ciascuno Stato membro secondo le proprie norme costituzionali). Mentre sul fronte della spesa c'è un maggiore coinvolgimento del Parlamento europeo nel processo decisionale, in questo contesto esso ha un ruolo marginale in quanto ricopre una funzione meramente consultiva, salva la necessità di una previa approvazione da parte di quest'ultimo nel caso di delibere da parte del Consiglio aventi ad oggetto le misure di esecuzione del sistema delle risorse proprie dell'Unione (art. 311, par. 4, TFUE).

La necessità di finanziare il *Green Deal* europeo ha portato il dibattito politico a concentrarsi sulla possibilità di creare nuove risorse proprie da inserire nel bilancio dell'Unione e, elemento non di secondaria importanza, di perseguire anche mediante la leva fiscale gli obiettivi di politica ambientale dell'Unione. Infatti, come ricordato dalla Commissione, "the Green Deal acknowledges the crucial role of taxation in the transition towards a greener and more sustainable European growth and the need to better align our taxation systems with EU climate objectives. Well-designed tax reforms can indeed boost economic growth, help reduce greenhouse gas emissions by ensuring an effective carbon pricing and contribute to a fair transition"[4]. In particolare, si tratta dell'istituzione di un meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere (*Carbon Border Adjustment Mechanism* - CBAM) e una quota basata sul sistema di scambio delle quote di emissioni dell'UE (*Emission Trading System* - ETS). L'introduzione di nuove risorse proprie non è di per sé indispensabile per il perseguimento di tali obiettivi di politica ambientale. Infatti, questi sarebbero ipoteticamente raggiungibili (e finanziabili) anche attraverso un aumento delle risorse esistenti. Tuttavia, anche per detto incremento sarebbe ovviamente necessario l'accordo unanime degli Stati membri, i quali dovrebbero quindi accettare ulteriori esborsi. Inoltre, le nuove risorse proprie che verranno introdotte sono concepite in modo da contribuire al perseguimento degli obiettivi ambientali non solamente mediante il finanziamento delle politiche dell'Unione ma attraverso l'uso della leva fiscale come incentivo all'adozione di comportamenti virtuosi. Come si vedrà, si tratta di meccanismi il cui funzionamento è su base nazionale ma le entrate che ne derivano confluiscono in parte nel bilancio dell'Unione europea.

[4] Commissione europea, "European Green Deal: what role can taxation play?" <www.ec.europa.eu/taxation_customs/commission-priorities-2019-24-and-taxation/european-green-deal-what-role-can-taxation-play_it>.

Per quanto riguarda l'istituzione del CBAM, la Commissione ha proposto l'adozione di un regolamento nel luglio 2021 utilizzando come base giuridica l'art. 192, par. 1, TFUE (COM (2021) 564final). La *ratio* sulla quale poggia questo meccanismo è quella di evitare che l'impatto degli sforzi di riduzione delle emissioni posti in essere dall'Unione venga attenuato a causa dell'aumento delle emissioni al di fuori dell'Unione mediante la delocalizzazione della produzione in Paesi terzi o un aumento delle importazioni di prodotti ad alta intensità di carbonio (fenomeno anche conosciuto come *carbon leakage*). In particolare, il CBAM si applicherà inizialmente alle importazioni di cemento, ferro e acciaio, alluminio, fertilizzanti ed energia elettrica in quanto questi settori presentano particolari rischi rispetto ai profili indicati. Secondo la proposta della Commissione, il CBAM dovrebbe essere introdotto per il 2023, con la previsione di un regime transitorio che sarà in vigore per i primi anni successivi all'entrata in vigore e che prevederà una versione semplificata di tale regime per consentire agli operatori commerciali e agli importatori di adeguarsi. Una volta che il meccanismo venga pienamente attuato, gli importatori nel territorio doganale dell'Unione di merci rientranti nelle categorie individuate dovranno acquisire una quantità sufficiente di certificati per coprire le "emissioni incorporate". Come anticipato, il CBAM, oltre ad essere volto a garantire l'efficacia della politica ambientale dell'UE evitando la rilocalizzazione delle emissioni di carbonio provocata dalle politiche climatiche asimmetriche dei Paesi terzi, viene presentato come base per una nuova risorsa propria[5]. In particolare, la Commissione propone di trasfe-

[5] Al riguardo, si veda COM (2021) 570final), del 22 dicembre 2021, proposta di decisione del Consiglio recante modifica della decisione (UE, Euratom) 2020/2053 relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea; COM (2021) 569final), del 22 dicembre 2021, proposta di regolamento del Consiglio recante modifica del regolamento (UE, Euratom) 2020/2093 del Consiglio che stabilisce il quadro finanziario pluriennale per il periodo 2021-2027; COM (2021) 566final), del 22 dicembre 2021, comunicazione "La prossima generazione di risorse proprie per il bilancio dell'UE"; COM (2021) 564final), del 14 luglio 2021, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere, 13 e 53; Accordo interistituzionale tra il Parlamento europeo, il Consiglio dell'Unione europea e la Commissione europea, del 16 dicembre 2020, sulla disciplina di bilancio, sulla cooperazione in materia di bilancio e sulla sana gestione finanziaria, nonché su nuove risorse proprie, compresa una tabella di marcia per l'introduzione di nuove risorse proprie, allegato II, par. 5; conclusioni del Consiglio europeo, del 21 luglio 2020, EUCO 10/20 sul piano per la ripresa e sul quadro finanziario pluriennale per il periodo 2021-2017 par. A29.

rire il 75% delle entrate derivanti dalla vendita dei certificati nell'ambito dei CBAM (riscosse dagli Stati membri) al bilancio dell'Unione europea.

Il CBAM integra il sistema ETS disciplinato dalla direttiva 2003/87/CE, il quale verrà rafforzato nell'ambito del pacchetto "Pronti per il 55%" e delle relative iniziative della Commissione per la revisione del sistema delle risorse proprie. In particolare, è stata proposta una direttiva che modifichi tale sistema, anche in questo caso utilizzando come base giuridica l'art. 192, par. 1, TFUE e prevendendo, tra l'altro, la sua estensione al settore marittimo, l'aumento delle aste delle quote di emissioni del trasporto aereo e l'istituzione di un nuovo sistema per lo scambio delle quote di emissioni per gli edifici e il trasporto stradale[6]. Ad oggi, le entrate derivanti dalla vendita all'asta delle quote di emissioni confluiscono principalmente nei bilanci nazionali, mentre la Commissione propone che il 25% di tali somme venga allocata al bilancio europeo come risorsa propria[7].

Infine, nell'anno corrente la Commissione ha intenzione di proporre una terza fonte di entrata corrispondente al 15% delle quote degli utili residui delle imprese multinazionali più grandi e più redditizie riassegnati agli Stati membri dell'Unione in virtù dell'accordo sulla riforma del quadro fiscale internazionale. Questa nuova risorsa propria, pur non essendo volta di per sé alla tutela dell'ambiente, contribuirà alle politiche dell'Unione in questo ambito aumentando il *budget* a disposizione[8]. Il Consiglio si è impegnato a deli-

[6] COM (2021) 551final), del 14 luglio 2021, proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica della direttiva 2003/87/CE che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nell'Unione, della decisione (UE) 2015/1814 relativa all'istituzione e al funzionamento di una riserva stabilizzatrice del mercato nel sistema dell'Unione per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra e del regolamento (UE) 2015/757.

[7] Proposta di decisione del Consiglio COM (2021) 570final) cit., alla proposta di regolamento del Consiglio COM (2021) 569final) cit., e alla comunicazione COM (2021) 566final) cit.

[8] Al riguardo, si veda comunicazione COM (2021) 566final) cit., p. 4: "L'8 ottobre 2021 è stata concordata da 137 Paesi aderenti al quadro inclusivo OCSE/G20 sull'erosione della base imponibile e sul trasferimento degli utili una soluzione a due pilastri sulla ridistribuzione degli utili delle imprese multinazionali e su un'aliquota minima effettiva a livello mondiale. Il pilastro 1 dell'accordo prevede la ridistribuzione di una quota degli utili residui delle imprese multinazionali più grandi e più redditizie alle giurisdizioni di mercato finale in cui i beni o servizi sono utilizzati o consumati. Gli aspetti relativi all'attuazione pratica dell'accordo sono ancora in fase di finalizzazione. Nel suo programma di lavoro per il 2022 la Commissione si è

berare su questo paniere di risorse proprie entro luglio 2022, in modo che queste possano entrare in vigore dal 1° gennaio 2023. Tuttavia, tali entrate non sono sufficienti a finanziare integralmente lo strumento europeo per la ripresa e, pertanto, entro la fine del 2023 la Commissione presenterà una proposta per un secondo paniere di nuove risorse proprie che potrebbe includere una tassa sulle transazioni finanziarie e una legata alla tassazione sulle imprese[9].

L'attuale sistema delle risorse proprie, come descritto, è da più parti e da tempo considerato inadeguato per il perseguimento di una maggiore autonomia di spesa a livello europeo. Infatti, il bilancio europeo fa ampio affidamento sui contributi nazionali mentre sarebbe auspicabile la riduzione di questo tipo di entrate in favore dell'introduzione di nuove risorse proprie che siano direttamente collegate alle competenze, agli obiettivi e alle priorità dell'Unione. Inoltre, nell'introduzione di nuove risorse che possano dotare l'Unione di "mezzi per conseguire i suoi obiettivi e per portare a compimento le sue politiche" (art. 311, par. 1), sarebbe necessario prestare attenzione "alla loro trasparenza, semplicità e stabilità, alla loro coerenza con gli obiettivi strategici dell'Unione, al loro impatto sulla competitività e sulla crescita sostenibile nonché alla loro equa ripartizione fra gli Stati membri"[10].

4. *Il rapporto fra autonomia fiscale dell'Unione europea e obiettivi ambientali*

L'introduzione di nuove risorse proprie per il finanziamento del *Green Deal* sconta le difficoltà che sono proprie del sistema che disciplina le entrate nel bilancio dell'Unione europea, così come già delineato in precedenza. In-

impegnata a presentare una proposta di direttiva sull'attuazione dell'accordo nel rispetto del diritto dell'UE e dei requisiti del mercato unico. Secondo la proposta della Commissione sulle risorse proprie, gli Stati membri fornirebbero un contributo nazionale al bilancio dell'UE sulla base della quota degli utili imponibili delle imprese multinazionali ridistribuiti a ciascuno Stato membro nell'ambito del pilastro 1".

[9] *Ibidem*, p. 6.

[10] Decisione (UE, Euratom) 2020/2053 del Consiglio, del 14 dicembre 2020, relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea e che abroga la decisione 2014/335/UE, Euratom, considerando n. 4, nel quale si rimanda al Documento di riflessione sul futuro delle finanze dell'UE COM/2017/0358final) della Commissione, del 28 giugno 2017.

fatti, l'art. 311 TFUE evidenzia caratteristiche procedurali – il necessario accordo unanime degli Stati membri e lo scarso coinvolgimento del Parlamento – che hanno significative implicazioni sostanziali, assumendo rilevanza sia in termini di sovranità fiscale europea (da intendersi come possibilità per l'Unione di dotarsi una effettiva capacità fiscale) che di *deficit* democratico.

Per quanto riguarda il requisito del voto unanime, è importante sottolineare come, in generale, la fiscalità sia un settore strettamente legato alla sovranità nazionale che gli Stati hanno inteso proteggere introducendo la possibilità di porre il proprio veto per l'adozione di decisioni in questo ambito. Con riferimento alla tassazione, la Commissione ha proposto di passare al voto a maggioranza qualificata in quanto la politica fiscale dell'Unione beneficerebbe di tale cambiamento in termini di "efficacia, pertinenza e ambizione" (comunicazione COM (2019) 8final). Il medesimo ragionamento può essere applicato al meccanismo delle risorse proprie dove, per il tramite di una modifica dei Trattati, sarebbe opportuno cambiare la modalità di deliberazione in seno al Consiglio passando dall'unanimità alla maggioranza qualificata. Infatti, questo sistema risulta farraginoso e impedisce la creazione di una effettiva capacità fiscale europea in quanto il potere di decidere su entrate e spese è sottoposto al veto degli Stati membri. Più nello specifico, con riferimento al nuovo paniere di risorse proprie proposto dalla Commissione, nonostante queste fonti di finanziamento siano state in precedenza oggetto di un accordo interistituzionale c'è il rischio che il gravoso meccanismo previsto dall'art. 311 TFUE che richiede l'approvazione degli Stati membri sia in seno al Consiglio che in sede di ratifica da parte dei parlamenti nazionali renda difficoltosa l'adozione della decisione con possibili ricadute anche sul finanziamento delle azioni parte del *Green Deal*.

Rispetto al ruolo del Parlamento europeo, è necessario sottolineare che in ambito fiscale non c'è un effettivo collegamento fra l'assemblea rappresentativa dei cittadini europei e l'azione legislativa dell'Unione, a differenza di quanto accade solitamente a livello nazionale dove il potere fiscale è una delle prerogative essenziali dei parlamenti. In questo senso, dunque, si può ritenere che il sistema delle risorse proprie per come strutturato soffra di un evidente *deficit* democratico sia sul fronte del finanziamento del bilancio europeo (art. 311 TFUE) che nelle procedure previste per la pianificazione della spesa e degli obiettivi da perseguire mediante quest'ultimo. Infatti, come per la decisione relativa all'introduzione di nuove risorse proprie, anche nella

procedura per l'adozione del QFP (art. 312 TFUE) il Parlamento europeo ha un ruolo meramente consultivo e il Consiglio delibera all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale. La necessità di superamento di tale *deficit* democratico è una questione sentita ed è stata recentemente sottolineata dalla Commissione nella comunicazione "Verso un processo decisionale più efficiente e democratico nella politica fiscale dell'UE" (COM (2019) 8final) e dallo stesso Parlamento europeo in una risoluzione legislativa, del 16 settembre 2020, relativa al sistema di risorse proprie dove viene richiesto che "in vista delle future deliberazioni sulle modifiche dei trattati, e sfruttando lo slancio impresso dalla Conferenza sul futuro dell'Europa, è opportuno rafforzare la legittimità democratica, la rendicontabilità, la resilienza e l'allineamento delle entrate del bilancio dell'Unione ai suoi principali obiettivi politici, conferendo al Parlamento europeo competenze più ampie nel processo decisionale legislativo e un ruolo più attivo nel monitoraggio dell'attuazione del sistema delle risorse proprie e della relativa legislazione settoriale".

Le criticità esposte derivano dalla struttura prettamente intergovernativa sulla quale è fondato il sistema delle risorse proprie. Tuttavia, anche le proposte della Commissione relative agli strumenti che costituiranno le nuove risorse proprie dell'Unione sollevano problemi peculiari, soprattutto in relazione alla base giuridica individuata. In particolare, CBAM e ETS sono meccanismi fondati sull'art. 192, par. 1, TFUE in quanto si tratta di azioni utili al conseguimento degli obiettivi ambientali previsi dall'art. 191 TFUE. Ciò consente l'adozione di tali proposte secondo la procedura legislativa ordinaria mentre, nel caso in cui tali disposizioni avessero prevalente natura fiscale, sarebbe necessario il ricorso al secondo paragrafo del medesimo articolo nel quale viene prevista l'adozione di tali misure mediante una procedura legislativa speciale (deliberazione all'unanimità in seno al consiglio e funzione consultiva del Parlamento europeo). La scelta di optare per l'art. 192, par. 1, TFUE è giustificata dal fatto che, in effetti, l'introduzione di questi meccanismi è prevalentemente volta al perseguimento della tutela dell'ambiente e degli obiettivi climatici che l'Unione si è imposta. Tuttavia, in questo caso, escludere la natura fiscale o, quanto meno, prevalentemente fiscale di queste misure non è scontato e potrebbe dar luogo a controversie fra le istituzioni[11].

[11] M. ONIDA, *Il Green Deal Europeo*, in P. MANZINI, M. VELLANO (a cura di), *Unione*

In ogni caso, queste considerazioni riguardano l'adozione degli atti che consentono l'instaurazione e l'applicazione di questi meccanismi da parte degli Stati membri. Pertanto, la scelta fra queste procedure non rileva di per sé ai fini della decisione sulle risorse proprie che è logicamente successiva all'introduzioni di questi strumenti nell'ordinamento e che, in ogni caso, può essere adottata solo all'esito della procedura rafforzata prevista dall'art. 311 TFUE[12]. Tuttavia, se venissero sollevati dubbi rispetto alla correttezza della base giuridica individuata per CBAM e ETS, chiaramente ciò rallenterebbe anche l'introduzione delle rispettive nuove risorse proprie.

L'analisi effettuata in merito al finanziamento del *Green Deal* europeo spinge ad allargare la prospettiva e a chiedersi se la creazione di un'effettiva capacità fiscale europea potrebbe essere uno strumento utile anche per il perseguimento di questi obiettivi. Il raggiungimento di una maggiore autonomia dell'Unione europea sul lato delle entrate si tradurrebbe in una corrispondente indipendenza sul fronte della spesa e, in ultimo, in una gestione più centralizzata di politiche che, come quella ambientale, hanno una connotazione intrinsecamente sovranazionale. Per raggiungere tale obiettivo non è sufficiente la creazione di nuove risorse proprie e l'inserimento di queste ultime nel bilancio dell'Unione. Infatti, questi strumenti sono basati su meccanismi di natura prettamente intergovernativa, così come accade nel caso dell'introduzione di misure fiscali europee. Una maggiore autonomia dell'Unione europea su questi tre fronti (sistema di bilancio, sistema delle risorse proprie e introduzione di nuove misure fiscali europee) si potrebbe concretizzare con la modifica delle procedure di adozione degli atti, passando all'utilizzo della procedura legislativa ordinaria anziché mantenere procedure legislative speciali che prevedono il voto all'unanimità in seno al Consi-

europea, Padova, 2020, p. 265; C. SCIANCALEPORE, *Le risorse proprie nella finanza pubblica europea*, Bari, p. 237 dove vengono proposti anche gli artt. 3 e 33 TFUE come possibile base giuridica.

[12] Sulla differenza fra le norme che definiscono l'estensione dei poteri dell'Unione europea in materia di tassazione e quelle che regolano il sistema delle risorse proprie che finanziano il budget europeo, si veda E. TRAVERSA, *Financing The Eu Budget Through Tax-Based Resources: What Are The Most Reasonable Options From A Legal-Technical Perspective?*, in *Revista Técnica Tributaria*, 2021, p. 101 ss., spec. pp. 110 e 111, dove viene anche sottolineato che "it seems clear that a move towards EU tax base own resources should be accompanied by intrducing qualified majority voting for the adoption of harmonisation measures".

glio e lo scarso coinvolgimento del Parlamento europeo. In particolare, ciò consentirebbe di superare situazioni di stallo dovute all'imposizione di veti da parte di alcuni Stati membri motivati prevalentemente da ragioni di natura protezionistica e di tutela del proprio interesse nazionale. Inoltre, un maggiore coinvolgimento del Parlamento europeo renderebbe maggiormente democratico il processo decisionale e consentirebbe all'istituzione che rappresenta i cittadini europei di prendere parte in modo più incisivo a decisioni come quelle in oggetto, cruciali per il futuro dell'Europa.

Il perseguimento di una maggiore autonomia dell'Unione e la creazione di un'effettiva capacità fiscale a livello europeo implica necessariamente una riforma dei Trattati. Infatti, bisognerebbe superare i limiti procedurali previsti da tali norme che, come evidenziato in precedenza, riguardano sia il sistema delle risorse proprie che l'adozione di atti che introducono nuove forme di tassazione a livello europeo. In particolare, per quanto riguarda la materia ambientale, sarebbe auspicabile rendere applicabile la procedura legislativa ordinaria anche alle "disposizioni aventi principalmente natura fiscale" facendo appello all'apposita clausola passerella prevista dall'articolo 192, par. 2, TFUE. In questo caso, tale modifica può essere apportata a seguito di una decisione presa dal Consiglio che delibera all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, del Comitato economico e sociale e del Comitato delle Regioni.

5. *Conclusioni*

Gli ambiziosi obiettivi che l'Unione europea si è data nell'ambito della politica ambientale impongono un ripensamento delle regole sottese alla formazione del bilancio. Infatti, il perseguimento di tali finalità sarebbe più agevole se l'Unione europea disponesse di maggiore autonomia sotto il profilo dell'individuazione delle entrate e della gestione delle spese. Tale posizione è suffragata dalla considerazione che le questioni relative a questa materia riguardano necessariamente la collettività degli Stati membri e azioni in questo senso possono essere più efficaci se affrontate a livello sovranazionale. Un approccio di questo tipo consentirebbe il superamento di posizioni statali che hanno talvolta il fine precipuo di tutelare gli interessi nazionali a scapito delle considerazioni di carattere ambientale.

Al riguardo, come evidenziato, sarebbe auspicabile una modifica dei Trattati che consenta il superamento delle criticità rilevabili nell'attuale procedura quali il *deficit* democratico e la possibilità di veto da parte degli Stati membri. La promozione di una maggiore autonomia dell'Unione europea in questo ambito porta necessariamente a constatare l'attuale mancanza di una effettiva capacità fiscale. Questa potrà essere raggiunta affiancando alla riforma del sistema delle risorse proprie la modifica delle basi giuridiche che consentono l'adozione di misure di natura fiscale. In particolare, per quanto riguarda la materia ambientale, sarebbe possibile fare ricorso alla specifica clausola passerella prevista dall'art. 192, par. 2, TFUE.

Alla luce di tali considerazioni, il *Green Deal* europeo potrebbe rappresentare il quadro entro il quale instaurare il necessario dibattito politico che consenta di portare avanti le riforme indicate. Tale quadro potrebbe inoltre venire rafforzato dall'esito della Conferenza sul futuro dell'Europa, nell'ambito della quale il tema del cambiamento climatico e della tutela dell'ambiente è centrale. In ogni caso, le priorità individuate e gli obiettivi climatici fissati nel contesto del *Green Deal* hanno già permesso di fare molti passi in avanti rispetto alla creazione di un bilancio "verde", sia sotto il profilo delle entrate che della spesa.

NOT ANOTHER EU REPORT! IL MECCANISMO DI COOPERAZIONE E VERIFICA QUALE STRUMENTO DI PROMOZIONE DELLO STATO DI DIRITTO E I SUOI EFFETTI SUL PROCESSO DI ALLARGAMENTO

Alessandro Rosanò[*]

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Cenni sull'allargamento a est dell'Unione europea: dai criteri di Copenaghen alla strategia di pre-adesione. – 3. Bulgaria e Romania: dalla fine dei regimi comunisti all'adesione all'Unione europea. – 4. Il meccanismo di cooperazione e verifica: istituzione e funzionamento. – 5. L'efficacia del meccanismo di cooperazione e verifica ai fini della promozione dello Stato di diritto. – 6. Gli effetti del meccanismo di cooperazione e verifica sul processo di allargamento. – 7. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Il termine *condizionalità* fa parte da tempo dell'*EU jargon*. Come tale si intende l'insieme di parametri utilizzato dall'Unione europea per proteggere l'integrazione europea e influenzare la politica interna ed estera di uno Stato interessato ad aderire[1]. Lo Stato in questione, per potere entrare a far parte dell'Unione, è tenuto a conformarsi al modello politico, economico e giuridico proprio dell'Unione stessa e dei suoi Stati membri[2]. Non stupisce, allora, che la condizionalità sia stata definita come la forza motrice che sostiene il

[*] Docente a contratto di Diritto dell'Unione europea e Diritto internazionale, Università della Valle d'Aosta.

[1] K. E. SMITH, *The Evolution and Application of EU Membership Conditionality*, in M. CREMONA (ed.), *The Enlargement of the European Union*, Oxford, 2003, p. 108, 133. Per un'introduzione al tema, D. KOCHENOV, *EU Enlargement and the Failure of Conditionality: Pre-accession Conditionality in the Fields of Democracy and the Rule of Law*, The Hague, 2008.

[2] F. SCHIMMELFENNIG, S. ENGERT, H. KNOBEL, *Costs, Commitment and Compliance: The Impact of EU Democratic Conditionality on Latvia, Slovakia and Turkey*, in *Journal of Common Market Studies*, 2003, p. 496.

processo di allargamento[3]. Si tratta di un mezzo *incentive-based*, funzionale ad avviare e portare a compimento una stagione di profonde riforme nello Stato terzo, che però presenta un limite significativo: può operare fino a che lo Stato non abbia fatto ingresso nell'Unione[4]. Pertanto, la condizionalità è destinata a perdere la propria capacità di essere incisiva, visto che, una volta che lo Stato terzo sia divenuto Stato membro, l'Unione non potrà più utilizzare l'incentivo rappresentato dalla prospettiva di allargamento[5].

Dunque, la condizionalità, per sua natura, dovrebbe configurarsi esclusivamente come condizionalità pre-adesione. Le decisioni, assunte dalla Commissione europea nel 2006, istitutive del meccanismo di cooperazione e verifica (MCV), permettono di parlare di una condizionalità post-adesione.

Il MCV, infatti, fu introdotto con lo scopo di spingere Bulgaria e Romania, in seguito al loro ingresso nell'Unione, ad adottare e attuare cambiamenti necessari ad assicurare, in un'ottica di tutela dello Stato di diritto, il buon funzionamento dell'amministrazione della giustizia, la prevenzione e il contrasto della corruzione e la lotta alla criminalità organizzata.

Scopo del presente contributo è fornire un'analisi del MCV, al fine di comprenderne utilità e limiti. Fatto riferimento – ovviamente, per sommi capi – a come l'allargamento nei confronti degli Stati dell'Europa centrale e orientale ebbe luogo (paragrafo 2) e al cammino verso l'Unione compiuto dai due Stati balcanici (paragrafo 3), vengono chiariti l'istituzione e il funzionamento del MCV (paragrafo 4). In seguito, si considerano le carenze di esso, inerenti soprattutto alla lotta alla corruzione, sottolineando però come pare sia stato proprio il MCV a indirizzare verso una più attenta sorveglianza a opera dell'Unione quanto alla tenuta dello Stato di diritto negli Stati membri (paragrafo 5). Successivamente (paragrafo 6), si evidenzia che, a partire dall'esperienza del MCV, si è verificato un cambiamento nell'approccio

[3] D. PAPADIMITRIOU, E. GATEVA, *Between Enlargement-Led Europeanisation and Balkan Exceptionalism: An Appraisal of Bulgaria's and Romania's Entry into the European Union*, in C. CHIVA, D. PHINNEMORE (eds.), *The European Union's 2007 Enlargement*, London - New York, 2012, p. 6.

[4] In questo consiste il cd. dilemma di Copenaghen, sul quale D.V. KOCHENOV, A. DIMITROVS, *Solving the Copenhagen Dilemma. The Repubblika Decision of the European Court of Justice*, in *verfassungsblog.de*, 28 April 2021.

[5] Il che non esclude, ovviamente, l'apertura, successivamente all'adesione, di procedure di infrazione per lo Stato membro che cessi di conformarsi al modello dell'Unione.

dell'Unione europea all'allargamento, divenuto molto più rigoroso di quanto non fosse in passato. Si analizza inoltre la possibilità di riproposizione del MCV in relazione a futuri allargamenti, prendendo in considerazione la domanda di adesione presentata dall'Ucraina a seguito dell'invasione russa. Le conclusioni (paragrafo 7) si concentrano sull'esigenza, confermata dall'esperienza del MCV, di accompagnare il monitoraggio con un'adeguata attività di *enforcement*.

2. *Cenni sull'allargamento a est dell'Unione europea: dai criteri di Copenaghen alla strategia di pre-adesione*

Quando si parla di allargamento a est dell'Unione europea, il punto di partenza è spesso offerto dalle conclusioni del Consiglio europeo tenutosi a Copenaghen nel 1993. È con queste, infatti, che fu riconosciuto che gli Stati dell'Europa centrale e orientale che l'avessero voluto sarebbero potuti entrare a fare parte dell'Unione se fossero stati in grado di adempiere agli obblighi a ciò connessi. A questo faceva seguito la nota affermazione dei tre criteri – politico, economico e dell'*acquis communautaire*[6] – ai quali essi avrebbero dovuto conformarsi, nonché il riconoscimento del fatto che la capacità dell'Unione di assorbire nuovi membri, mantenendo inalterato il ritmo dell'integrazione europea, avrebbe avuto parimenti grande importanza, nell'interesse sia dell'Unione, sia degli Stati candidati[7].

Ferma la centralità di questo momento, va considerato che fu in occasione del Consiglio europeo di Essen del 1994 che si cominciò a parlare di strategia di pre-adesione quanto agli Stati dell'Europa centrale e orientale,

[6] Per una disamina, oltre al già citato contributo di K. E. SMITH, si veda P.-C. MÜLLER-GRAFF, *East Central Europe and the European Union: From Europe Agreements to a Member Status*, Baden-Baden, 1997.

[7] Consiglio europeo di Copenaghen, conclusioni della Presidenza, 21-22 giugno 1993, punto 7.iii. Per un'introduzione quanto alla procedura di adesione, M. PUGLIA, *Articolo 49 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 333 ss.; M. VELLANO, *Art. 49 TUE*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI, *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, 2ª ed., Padova, 2014, p. 147 ss.; B. NASCIMBENE, *La procedura di adesione all'Unione europea*, in M. GANINO, G. VENTURINI (a cura di), *L'Europa di domani: verso l'allargamento dell'Unione*, Milano, 2002, p. 3 ss.

indicando così il processo di ravvicinamento di normative e *standard* nazionali, al centro del quale si sarebbe collocata la preparazione degli Stati in parola ai fini della loro integrazione nel mercato interno. Ciò avrebbe imposto la realizzazione di una relazione strutturata tra Unione e Stati, fondata su di un dialogo potenziato[8].

Tale impostazione fu confermata dal Consiglio europeo di Madrid del 1995, che sottolineò l'esigenza di intensificare la strategia di pre-adesione, così da rendere possibile l'integrazione progressiva e armoniosa degli Stati dell'Europa centrale e orientale, mediante soprattutto lo sviluppo dell'economia di mercato, l'adeguamento delle strutture amministrative e la creazione di un contesto economico e monetario stabile[9].

In seguito, il Consiglio europeo di Lussemburgo del 1997 pose in evidenza che l'allargamento si sarebbe svolto per fasi secondo i ritmi propri di ciascuno Stato candidato. Questo avrebbe richiesto una strategia rafforzata di pre-adesione, la quale avrebbe permesso agli Stati dell'Europa centrale e orientale di adeguarsi il più possibile all'*acquis communautaire* già prima di entrare nell'Unione[10], così che l'ingresso non integrasse uno *shock* sia per gli Stati, sia per l'Unione stessa[11].

3. *Bulgaria e Romania: dalla fine dei regimi comunisti all'adesione all'Unione europea*

Nel 1989, a seguito della caduta del Muro di Berlino, si assistette al crollo dei regimi dittatoriali di Todor Živkov in Bulgaria e Nicolae Ceaușescu in Romania. I due Stati balcanici si aprirono all'Occidente, adottando Costituzioni di stampo democratico[12]. La transizione fu complicata da gestire e, in

[8] Consiglio europeo di Essen, conclusioni della Presidenza, 9-10 dicembre 1994, allegato IV.

[9] Consiglio europeo di Madrid, conclusioni della Presidenza, 15-16 dicembre 1995, punto III.A.

[10] Consiglio europeo di Lussemburgo, conclusioni della Presidenza, 12-13 dicembre 1997.

[11] In questo senso, M. MARESCEAU, *Pre-accession*, in M. CREMONA (ed.), *op. cit.*, p. 9-10.

[12] Per un'introduzione, quanto alla Bulgaria, E. TANCHEV, *The Constitution and the Rule of Law*, in J. D. BELL (ed.), *Bulgaria in Transition. Politics, Economics, Society, and Culture Af-*

entrambi i casi, si registrò l'affermazione di democrazie illiberali, contraddistinte dall'assenza di una vera opposizione e dal coinvolgimento nei ruoli di governo di forze politiche e individui i cui rapporti con le pregresse esperienze comuniste erano ambigui[13]. Da ciò derivarono la limitazione nella capacità di azione delle neonate istituzioni democratiche e il sabotaggio delle riforme che avrebbero dovuto permettere il passaggio da un modello di stampo collettivista a un'economia di mercato[14].

L'avvicinamento alle Comunità europee iniziò nel 1990, quanto alla Bulgaria, e nel 1991, quanto alla Romania, con la conclusione di accordi intesi a favorire la cooperazione commerciale ed economica. A questi fecero seguito gli *Europe Agreements*[15], accordi di associazione diretti, tra l'altro, a instaurare un dialogo politico, promuovere le relazioni economiche, sostenere gli sforzi dei due Stati al fine di consolidare la democrazia e spingere verso la graduale integrazione di essi nelle Comunità. Con riferimento a quest'ultimo profilo veniva sottolineato che Bulgaria e Romania si sarebbero dovute impegnare in modo da rispettare le condizioni necessarie a garantire il loro ingresso nel blocco[16].

La domanda di adesione fu presentata da entrambi gli Stati nel 1995 ma, data la lentezza dei processi di riforma, il Consiglio europeo di Lussemburgo del 1997 decise di non avviare negoziati per l'adesione[17]. Il fatto che permanessero dei problemi era confermato dai pareri resi dalla Commissione europea quanto all'adesione dei due Stati. In entrambi i casi, con riferimento al

ter Communism, New York, 1998, p. 65 ss., quanto alla Romania, B. SELEJAN–GUȚAN, *The Constitution of Romania. A contextual analysis*, London, 2016, p. 198 ss.

[13] Così A. M. VACHUDOVA, *Europe Undivided: Democracy, Leverage and Integration after Communism*, Oxford, 2005, p. 25 ss.

[14] *Ivi*, p. 38.

[15] Al riguardo, M. MARESCEAU, *Europe Agreements: A New Form of Cooperation between the European Community and Central and Eastern Europe*, in P. C. MÜLLER-GRAF (ed.), *East Central European States and the European Communities: the legal adaptation to the market economy*, p. 209 ss.; K. INGLIS, *The Europe Agreements compared in the light of their pre-accession reorientation*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 1173 ss.

[16] Art. 1, par. 2, dell'accordo europeo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Bulgaria, dall'altra e dell'accordo europeo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Romania, dall'altra.

[17] Consiglio europeo di Lussemburgo, cit., punto 27.

criterio politico di adesione, l'esecutivo comunitario rilevò che, per quanto esistessero istituzioni democratiche e la loro stabilità non fosse in discussione, esse avrebbero dovuto essere rafforzate mediante lo sviluppo di pratiche maggiormente coerenti con il valore dello Stato di diritto: in particolar modo, sforzi significativi avrebbero dovuto essere fatti per combattere la corruzione e migliorare il funzionamento del sistema giudiziario e la tutela dei diritti fondamentali[18]. Ulteriormente, venne posta in evidenza la difficoltà per entrambi gli Stati di conformarsi appieno all'*acquis* in materia di giustizia e affari interni nel medio termine, in ragione del grave problema posto, tra l'altro, dal crimine organizzato[19].

Ragioni di natura geopolitica, connesse in particolar modo alla guerra del Kosovo e all'esigenza di stabilizzare l'area sudorientale dell'Europa, spinsero il Consiglio europeo, riunitosi a Helsinki nel 1999, a cambiare opinione[20]. Pertanto, fu deciso di avviare negoziati di adesione[21].

Tuttavia, come noto, Bulgaria e Romania non entrarono a far parte dell'Unione nel 2004, quando si verificò l'allargamento a Cipro, Malta e otto Stati dell'area centro-orientale dell'Europa. Alla base di tale decisione, assunta dal Consiglio europeo di Copenaghen del 2002, stava, ancora una volta, la lentezza delle riforme e, in particolar modo, l'esigenza di prestare una maggiore attenzione agli interventi inerenti ai settori giudiziario e amministrativo[22].

A seguito della chiusura dei negoziati relativi ai capitoli dell'*acquis*, il Consiglio europeo, tenutosi a Bruxelles nel dicembre 2004, confermò che l'adesione si sarebbe verificata nel 2007, aggiungendo però che, per fare fronte a problemi gravi verificatisi prima di ciò o nei tre anni successivi, sarebbero state previste misure di salvaguardia[23].

[18] COM(97) 2003 fin., del 15 luglio 1997, punto 1.3 e COM(97) 2008 fin., del 15 luglio 1997, punto 1.3.

[19] Si vedano entrambi i documenti ora citati, al punto 3.7.

[20] G. NOUTCHEVA, D. BECHEV, *The Successful Laggards: Bulgaria and Romania's Accession to the EU*, in *East European Politics and Societies*, 2008, p. 122.

[21] Consiglio europeo di Helsinki, conclusioni della Presidenza, 10-11 dicembre 1999, punto I.10.

[22] Consiglio europeo di Copenaghen, conclusioni della Presidenza, 12-13 dicembre 2002, punti 14-15.

[23] Consiglio europeo di Bruxelles, conclusioni della Presidenza, 16-17 dicembre 2004, punti 7 e 11.

Il Trattato di adesione fu firmato il 25 aprile 2005 e, ai sensi del suo art. 4, par. 2, esso sarebbe entrato in vigore il 1° gennaio 2007 nel caso in cui tutti gli strumenti di ratifica fossero stati depositati anteriormente a tale data. In deroga a questa previsione, il successivo par. 3 riconosceva alle istituzioni dell'Unione il potere di adottare misure, individuate nel protocollo relativo alle condizioni e modalità d'ammissione della Bulgaria e della Romania all'Unione europea e nell'Atto di adesione[24], che avrebbero prodotto i loro effetti alla data di entrata in vigore del Trattato.

Di particolare interesse risultava essere quanto contemplato agli artt. 37 e 38, i quali definivano clausole di salvaguardia dirette a tutelare il mercato interno e la cooperazione giudiziaria in materia civile e penale. All'art. 37 si stabiliva che, nel caso di inosservanza degli impegni assunti da Bulgaria e Romania tali da recare un grave pregiudizio al mercato interno, la Commissione avrebbe potuto, entro un termine di tre anni dalla data di adesione, su richiesta motivata di uno Stato membro o di propria iniziativa, adottare regolamenti o decisioni che definissero le misure appropriate, le quali avrebbero dovuto essere proporzionate e tali da non comportare una discriminazione arbitraria o una restrizione dissimulata agli scambi tra gli Stati membri. Una medesima iniziativa avrebbe potuto essere assunta, *ex* art. 38, in presenza di carenze gravi o di rischio imminente di carenze gravi quanto al recepimento, all'attuazione o all'applicazione degli atti di diritto derivato in materia di reciproco riconoscimento in campo civile e penale. In tali ipotesi, le misure avrebbero potuto comportare una sospensione temporanea nell'applicazione degli strumenti di cooperazione disciplinati da tali atti. In entrambi i casi, le misure avrebbero potuto essere adeguate dalla Commissione ai progressi compiuti da parte dei due Stati esteuropei[25], non avrebbero dovuto essere

[24] Propriamente, l'art. 4, par. 3, fa rinvio al protocollo relativo alle condizioni e modalità d'ammissione. Tuttavia, *ex* art. 2 del Trattato di adesione, nell'ipotesi in cui il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa non fosse stato in vigore alla data di adesione, le condizioni di ammissione e gli adattamenti per i trattati sarebbero stati quelli "contenuti nell'atto allegato al presente trattato", ossia, appunto, l'Atto di adesione. Come noto, il progetto di Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, approvato dal Consiglio europeo il 18 giugno 2004 e firmato a Roma il 29 ottobre dello stesso anno, fu abbandonato dopo l'esito negativo dei *referendum* tenutisi in Francia e nei Paesi Bassi il 29 maggio e il 1° giugno 2005. Pertanto, il riferimento rilevante è non quello relativo al protocollo, bensì quello inerente all'Atto di adesione.

[25] Si segnala però che l'art. 38, a differenza dell'art. 37, impone alla Commissione di consultare gli Stati membri prima di adeguare le misure già assunte.

mantenute oltre il tempo strettamente necessario e avrebbero cessato di trovare applicazione una volta attuato l'impegno pertinente.

4. *Il meccanismo di cooperazione e verifica: istituzione e funzionamento*

Alla luce dei due casi concreti, apparve fin da subito chiaro che le disposizioni di cui si è ora riferito non sarebbero rimaste lettera morta. Nel 2005, la Commissione europea espresse le proprie rimostranze nei confronti di Bulgaria e Romania per la lentezza nell'approvazione delle riforme e la Germania arrivò a minacciare di non ratificare il Trattato di adesione[26]. I problemi fondamentali riguardavano la trasparenza e l'efficienza dei processi, la lotta alla corruzione e, quanto alla sola Bulgaria, l'indipendenza del potere giudiziario e la lotta alla criminalità organizzata[27]. Data la necessità di ulteriori interventi in questi settori, la Commissione decise di esercitare i poteri riconosciuti in suo favore dagli artt. 37 e 38, costituendo un meccanismo per controllare i progressi compiuti dai due Stati[28].

Tramite due decisioni adottate nel 2006[29], fu istituito il MCV. Nel preambolo delle due decisioni, è chiarito che l'Unione europea è fondata sullo Stato di diritto e che lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia e il mercato interno riposano sulla certezza che le decisioni e le pratiche amministrative degli Stati membri rispettino pienamente tale valore[30]. Una simile condizione presuppone l'esistenza in tutti gli Stati membri di un sistema giudiziario e amministrativo imparziale, indipendente ed efficace, munito dei mezzi neces-

[26] D. SMILOV, *Enlargement and EU Constitutionalism in the Balkan Periphery*, in W. SADURSKI, J. ZILLER, K. ZUREK (eds.), *Après Enlargement: Legal and Political Responses in Central and Eastern Europe*, Firenze, 2006, p. 162-163.

[27] COM(2006) 549 fin., del 26 settembre 2006, pp. 10-11.

[28] *Ibidem*.

[29] Si tratta della decisione 2006/928/CE della Commissione, del 13 dicembre 2006, che istituisce un meccanismo di cooperazione e verifica dei progressi compiuti dalla Romania per rispettare i parametri di riferimento in materia di riforma giudiziaria e di lotta contro la corruzione e della decisione 2006/929/CE della Commissione, del 13 dicembre 2006, che istituisce un meccanismo di cooperazione e verifica dei progressi compiuti dalla Bulgaria per rispettare i parametri di riferimento in materia di riforma giudiziaria e di lotta contro la corruzione e la criminalità organizzata.

[30] Considerando nn. 1 e 2 del preambolo delle due decisioni sopra menzionate.

sari a contrastare la corruzione[31]. Fermo quanto già fatto dai due Stati a tal fine, la Commissione rileva l'esigenza di risolvere le ulteriori questioni rimaste in sospeso, individuate quali parametri di riferimento ai quali i due Stati si sarebbero dovuti conformare. Per assicurare il pieno rispetto di questi parametri, è previsto con riferimento a entrambi gli Stati che ogni anno, entro il 31 marzo, la Bulgaria e la Romania riferiscano alla Commissione europea quanto ai progressi compiuti e che la Commissione fornisca assistenza tecnica, raccolga e scambi informazioni quanto ai parametri e organizzi missioni di esperti[32]. Soprattutto, la Commissione deve trasmettere al Parlamento europeo e al Consiglio, con cadenza almeno semestrale, le proprie osservazioni e conclusioni quanto all'evoluzione dei due contesti[33].

Nell'allegato alla decisione relativa alla Bulgaria sono individuati sei parametri che riguardano: la modifica della Costituzione al fine di assicurare l'indipendenza e la responsabilità del sistema giudiziario; l'adozione e l'attuazione di una nuova legge sul sistema giudiziario e di un nuovo codice di procedura civile tali da garantire processi più trasparenti ed efficienti; il miglioramento della professionalità del sistema giudiziario; lo svolgimento di indagini imparziali quanto ad accuse di corruzione ad alto livello; l'adozione di misure funzionali a prevenire e combattere la corruzione; l'attuazione di una strategia volta a combattere la criminalità organizzata. Quanto alla Romania, i parametri rilevanti sono quattro e concernono: la trasparenza ed efficienza dei procedimenti giudiziari; la creazione di un'agenzia di integrità responsabile della verifica delle proprietà, delle incompatibilità e dei potenziali conflitti d'interesse; lo svolgimento di indagini professionali e imparziali circa accuse di corruzione ad alto livello; la lotta alla corruzione.

Al riguardo, è da notare quanto risultante dal considerando n. 3 del preambolo delle due decisioni istitutive, ove si riconosce che esse saranno abrogate non appena tutti i parametri di riferimento saranno rispettati in maniera soddisfacente. Dunque, il MCV non è inteso semplicemente come un mero elenco di azioni che possono essere realizzate indipendentemente l'una dall'altra[34]. I parametri, infatti, risultano collegati, dato che i progressi

[31] Considerando n. 3.

[32] Art. 1 delle due decisioni.

[33] Art. 2 delle due decisioni.

[34] COM(2009) 401 fin., del 22 luglio 2009, p. 2-3 e COM(2009) 402 fin., del 22 luglio 2009, p. 3.

compiuti quanto a uno incidono sulla realizzazione degli altri, contribuendo all'instaurazione di un sistema giudiziario e amministrativo indipendente e imparziale. I parametri, dunque, costituiscono parte integrante di una vasta riforma, per la quale si rende necessario un impegno politico a lungo termine[35].

Dal punto di vista dell'esecutivo europeo, l'introduzione dello strumento in parola sarebbe stata utile a più livelli: per Bulgaria e Romania, in quanto avrebbe fornito valutazioni obiettive e raccomandazioni relative ai settori in cui intervenire; per gli altri Stati membri, dato che li avrebbe posti nelle condizioni di conoscere quanto realizzato negli ordinamenti dei due Stati interessati e di prestare sostegno in favore di questi[36]; per la Commissione stessa, considerato che avrebbe permesso di accompagnare il processo di riforma e di verificare la sostenibilità dei cambiamenti introdotti[37].

Dal 2007 in poi, la Commissione ha provveduto a elaborare relazioni nelle quali ha dato conto delle evoluzioni e dei problemi perduranti nei due Stati. In relazione alla Bulgaria, si nota che recentemente la Commissione ha ritenuto soddisfatti, e dunque provvisoriamente chiusi, i parametri relativi all'indipendenza del potere giudiziario e al quadro giuridico concernente la lotta alla corruzione di alto livello e alla criminalità organizzata, raccomandando per il futuro di dedicare maggiore attenzione a garantire l'accessibilità e l'efficienza del sistema giudiziario, soprattutto per quanto attiene all'attività di indagine, nonché la credibilità delle istituzioni anti-corruzione[38]. Con riferimento alla Romania, invece, sussistono ancora gravi difficoltà, connesse per esempio a influenze indebite nello svolgimento delle indagini riguardanti sospetti casi di corruzione, ai *checks and balances* operanti quanto alle nomine dei vertici delle Procure, all'esecuzione delle decisioni rese dall'autorità giudiziaria da parte della pubblica amministrazione e alla trasparenza e all'*accountability* dell'organo di autogoverno della magistratura[39]. Al termine dell'applicazione del MCV, il monitoraggio dovrebbe comunque proseguire

[35] COM(2007) 377 fin., del 27 giugno 2007, p. 5 e COM(2007) 378 fin., del 27 giugno 2007, p. 5.

[36] COM (2010) 400 fin., del 4 ottobre 2010, p. 2 e COM (2010) 401 fin./2, del 6 ottobre 2010, p. 2.

[37] COM(2017) 43 fin., del 25 ottobre 2017, p. 3.

[38] COM(2019) 498 fin., del 23 ottobre 2019.

[39] COM(2021) 370 fin., dell'8 giugno 2021.

nell'ambito di strumenti orizzontali, come la relazione annuale sullo Stato di diritto[40].

Circa il MCV, la Corte di giustizia ha avuto modo di offrire alcuni chiarimenti in recenti pronunce. Con specifico riferimento alle decisioni istitutive, i giudici di Lussemburgo hanno riconosciuto che, in ragione del loro carattere vincolante, esse impongono agli Stati interessati di rispettare i parametri individuati negli allegati e di riferire al riguardo ogni anno alla Commissione europea. Pertanto, anche i parametri di riferimento sono vincolanti[41]. Posto, inoltre, il principio del primato del diritto dell'Unione, i giudici nazionali sono tenuti a disapplicare le disposizioni, anche di rango costituzionale, che diano luogo a una violazione del MCV[42].

Quanto alle relazioni redatte dalla Commissione europea, secondo la Corte di giustizia, ancorché non abbiano natura vincolante e si limitino a illustrare la situazione in atto nei due Stati e a formulare raccomandazioni, è pur vero che, in forza del principio di leale cooperazione, gli Stati membri sono tenuti ad adottare tutte le misure idonee a garantire la portata e l'efficacia del diritto dell'Unione, nonché a eliminare le conseguenze illecite

[40] COM(2019) 343 fin., del 17 luglio 2019, p. 16, nota 52. Al riguardo, si nota che, dal 2019 in poi, la Commissione non ha più pubblicato relazioni relative alla Bulgaria, ritenendo che i progressi compiuti fossero sufficienti ai fini degli impegni assunti al momento dell'adesione. Il 18 dicembre 2019, in una lettera al presidente David Sassoli, il presidente della commissione LIBE del Parlamento europeo ha espresso il sostegno della commissione alla revoca dell'MCV per la Bulgaria. Il presidente Sassoli ha fatto altrettanto in una lettera del 20 dicembre 2019 alla presidente Ursula von der Leyen. Non è emerso però un consenso sul punto in seno al Consiglio; quindi, il meccanismo continua a essere in vigore (si veda SWD(2020) 301 fin., del 18 dicembre 2020, p. 3).

[41] Sentenza della Corte del 18 maggio 2021, cause riunite C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19, *Asociaţia "Forumul Judecătorilor din România"*, punti 167-168. Sul punto, si sottolinea che, secondo la Corte, proprio perché gli Stati sono tenuti a rispettare i parametri, essi non possono adottare alcuna misura che rischi di comprometterne la realizzazione (punto 172), mentre, secondo l'Avvocato generale Bobek, sussiste un vero e proprio obbligo di progredire verso il conseguimento degli obiettivi individuati nelle decisioni istitutive. Esse, infatti, non si limitano a imporre a Bulgaria e Romania di inviare relazioni annuali alla Commissione, ma obbligano i due Stati a riferire quanto ai progressi compiuti. Ciò implica che devono essere stati realizzati degli sforzi funzionali a realizzare l'esito desiderato (conclusioni dell'Avvocato generale Bobek del 23 settembre 2020, causa C-83/19, *Asociaţia "Forumul Judecătorilor din România"*, punti 148-149).

[42] Sentenza *Asociaţia "Forumul Judecătorilor din România"*, cit., punto 251.

di una violazione di esso. Dunque, Bulgaria e Romania devono tenere in debito conto quanto risultante dalle relazioni. In particolar modo, non possono adottare o mantenere misure nei settori coperti dai parametri di riferimento che rischino di compromettere il risultato che essi prescrivono e, ove la Commissione sollevi dubbi circa la compatibilità di una misura nazionale con uno dei parametri, devono collaborare in buona fede per superare le difficoltà riscontrate[43].

In seguito, la Corte ha ribadito che le decisioni istitutive, finché non siano state abrogate, continuano a essere obbligatorie in tutti i loro elementi, compresi i parametri di riferimento, che sono espressione del valore dello Stato di diritto. Pertanto, gli Stati interessati dal MCV sono tenuti ad adottare tutte le misure appropriate al fine della realizzazione dei parametri, tenendo in debita considerazione, in ragione del principio di leale collaborazione, le relazioni della Commissione e, in particolare, le raccomandazioni[44]. Inoltre, la Corte ha riconosciuto che il principio del primato osta a una normativa o a una prassi nazionale ai sensi della quale i giudici nazionali non possono, a pena di commettere un illecito disciplinare, disapplicare la giurisprudenza della Corte costituzionale nazionale, ove ritengano, alla luce di una sentenza della Corte di giustizia, che detta giurisprudenza sia contraria alla decisione istitutiva del MCV[45].

[43] Sentenza *Asociaţia "Forumul Judecătorilor din România"*, cit., punti 173-177. Con riferimento alle raccomandazioni formulate dalla Commissione, a opinione dell'Avvocato generale, nonostante i parametri di riferimento siano obbligatori, ciò non implica che ogni singola raccomandazione debba essere eseguita, in quanto "vi è un obbligo di cooperare, ma non di seguire alla lettera"; anzi, sussisterebbe una vera e propria facoltà di non conformarsi alle indicazioni provenienti dalla Commissione quando ciò risulti diretto a introdurre modelli e procedure alternativi, che però devono essere idonei a permettere la realizzazione dei parametri di riferimento o, quanto meno, ad avanzare un'ipotesi plausibile al riguardo (così le conclusioni dell'Avvocato generale Bobek, cit., punti 164-166).

[44] Sentenza della Corte del 21 dicembre 2021, cause riunite C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 e C-840/19, *Euro Box Promotion e a.*, punti 155-175.

[45] *Ivi*, punti 244-262. Le sentenze ora richiamate si ricollegano alla progressiva emersione di profili di crisi dello Stato di diritto in Romania. Per delle prime indicazioni, E.-S. TĂNĂSESCU, B. SELEJAN-GUTAN, *A Tale of Primacy. The ECJ Ruling on Judicial Independence in Romania*, in *verfassungsblog.de*, 2 June 2021.

5. *L'efficacia del meccanismo di cooperazione e verifica ai fini della promozione dello Stato di diritto*

Sembra opportuno ricordare che è molto probabile che sulla scelta di introdurre il MCV abbiano pesato, oltre alle legittime aspettative della Commissione e, dunque, dell'Unione di conseguire una piena conformità degli ordinamenti bulgaro e romeno all'*acquis communautaire*, anche considerazioni di ordine politico che si ricollegano alla *enlargement fatigue*. Questo fenomeno, registrato sia a livello statale, sia a livello di Unione, ha portato all'emersione di un'istanza di rallentamento quanto all'adesione di nuovi Stati, in favore piuttosto di un approfondimento dell'integrazione[46].

Non stupisce, allora, che si sia scelto di introdurre una forma di condizionalità post-adesione, funzionale a evitare che l'allargamento indisponesse ulteriormente l'opinione pubblica europea e recasse pregiudizio al processo di integrazione[47]. Da ciò sarebbe derivata la decisione di istituire il MCV, che si sarebbe dovuto configurare come "a new model designed to ensure that improvements in the rule of law that were observed and promoted throughout the accession process would continue"[48].

Quest'opinione positiva, espressa quando il meccanismo era agli inizi, è rimasta sostanzialmente isolata. La letteratura – politologica – successiva è orientata nel senso di ritenere che il meccanismo sia stato inefficace, in quanto non avrebbe condotto a una diminuzione del fenomeno corruttivo. Alla base di ciò starebbero ragioni riconducibili ai due contesti nazionali, visti come inadeguati a sostenere il processo di riforma richiesto per via delle eredità lasciate dall'esperienza comunista, ma anche carenze imputabili al MCV, relative per esempio all'inadeguatezza ed eccessiva astrattezza delle racco-

[46] Per un'introduzione, A. SZOŁUCHA, *The EU and Enlargement Fatigue: Why has the European Union not been able to counter enlargement fatigue?*, in *Journal of Contemporary European Research*, 2010, p. 107 ss.

[47] G. DIMITROV, A. PLACHKOVA, *Bulgaria and Romania, twin Cinderellas in the European Union: how they contributed in a peculiar way to the change in EU policy for the promotion of democracy and rule of law*, in *European Politics and Society*, 2020, p. 8.

[48] S. ALEGRE, I. IVANOVA, D. DENIS-SMITH, *Safeguarding the Rule of Law in an Enlarged EU: The Cases of Bulgaria and Romania*, CEPS Special Report, April 2009, p. 1.

mandazioni formulate[49]. Tra i giuristi non manca chi ha parlato di "a strange *ad hoc* beast", inefficace, ingiusta e discriminatoria[50].

Sul piano dell'efficacia, si può essere d'accordo con le valutazioni ora riassunte, dato che le riforme attuate nei due Stati non hanno condotto a miglioramenti significativi nella percezione della corruzione da parte dell'opinione pubblica[51]. Tuttavia, può essere contestato il fatto che la responsabilità sia ascrivibile esclusivamente al MCV. Infatti, esso – si ripete – è uno strumento di monitoraggio che, tutt'al più, può arrivare a configurarsi come un meccanismo di *naming and shaming*. La dimensione sanzionatoria, dunque, sarebbe da ricondursi all'immagine negativa che una relazione della Commissione europea può restituire agli altri Stati membri e all'opinione pubblica nazionale e internazionale quanto alla situazione in atto nello Stato oggetto di controllo.

L'autentico *enforcement* si sarebbe ricollegato, invece, a un'ulteriore attivazione delle clausole di salvaguardia poste agli artt. 37 e 38 dell'Atto di adesione, le quali avrebbero permesso alla Commissione di adottare altre misure a tutela del mercato interno e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, per esempio limitando la partecipazione di Bulgaria e Romania a tali settori.

Al riguardo, però, devono considerarsi due ordini di problemi. Da un lato, le previsioni ora menzionate ponevano un limite temporale alla possibilità dell'esecutivo europeo di agire nel senso ora illustrato. Infatti, le iniziative avrebbero dovuto essere assunte dalla Commissione entro tre anni dalla data di adesione. Dunque, una volta decorso tale termine, la capacità sanzionatoria dell'Unione europea si è esaurita. Dall'altro lato, va dato conto dell'atteggiamento assunto da parte della Commissione quanto al ricorso a

[49] Si vedano, *ex multis*, M. MENDELSKI, *EU-Driven Judicial Reforms in Romania: A Success Study?*, in *East European Politics*, 2012, p. 23 ss.; V. I. GANEV, *Post-Accession Hooliganism: Democratic Governance in Bulgaria and Romania after 2007*, in *East European Politics & Societies*, 2013, p. 26 ss.; L. TONEVA-METODIEVA, *Beyond the Carrots and Sticks Paradigm: Rethinking the Cooperation and Verification Mechanism Experience of Bulgaria and Romania*, in *Perspectives on European Politics and Society*, 2014, p. 534 ss.

[50] A. DIMITROVS, D. KOCHENOV, *Of Jupiters and Bulls: the Cooperation and Verification Mechanism as a redundant special regime of the rule of law*, in *EU Law Live*, 5 June 2021, p. 6-7.

[51] In questo senso militano le indicazioni risultanti dal *Corruption Perception Index*, predisposto annualmente da Transparency International e disponibile in www.transparency.org.

questi poteri. Da relazioni di poco successive all'entrata in vigore del MCV risulta che, secondo la Commissione, nei rapporti con Bulgaria e Romania un'azione di sostegno sarebbe stata più efficace di una sanzione[52]. Stupisce poco, allora, che il MCV non abbia condotto ai risultati auspicati. Limiti di ordine normativo e inerenti alla volontà politica di attivare le clausole di salvaguardia hanno reso inefficace uno strumento che, coordinato con dette clausole, avrebbe potuto sostenere con forza il processo di cambiamento nei due Stati balcanici[53].

Per quel che riguarda la contestazione secondo cui si tratterebbe di uno strumento ingiusto e discriminatorio, va rilevato che il meccanismo ravvisava la propria *raison d'être* in carenze strutturali proprie dei due ordinamenti interessati e nell'apparente incapacità di questi di tenere il passo delle riforme richieste dall'Unione. Posta quindi una differenza di fondo con gli altri Stati coinvolti nell'allargamento a est, l'adozione di un'impostazione diversa non sembra contestabile.

Va comunque detto che sembra possibile identificare una qualche utilità del MCV. Propriamente, può sostenersi che, tramite il MCV e ancor prima che si ponesse il problema della crisi dello Stato di diritto ed emergesse con forza l'esigenza di un'azione dell'Unione al fine di assicurare la tenuta di questo valore negli Stati membri[54], era già venuta alla luce l'esigenza di un intervento di promozione da parte dell'Unione medesima.

Non solo: il MCV sembra avere fornito il fondamento per iniziative successive. È stata la Commissione europea a esprimersi in questo senso, rile-

[52] COM(2008) 494 fin., del 23 luglio 2008, p. 6 e COM(2008) 495 fin., del 23 luglio 2008, p. 6.

[53] Nulla avrebbe comunque precluso l'apertura di procedure di infrazione. Si segnala in ogni caso che, per ragioni connesse alle gravi carenze nei sistemi nazionali di gestione e controllo della Bulgaria, la Commissione decise di sospendere le erogazioni connesse ad alcuni programmi di sostegno, tra i quali il programma PHARE. Con riferimento a quest'ultimo, fu sospeso l'accreditamento di due agenzie esecutive, escludendo che esse potessero concludere contratti (COM(2008) 496 fin., del 23 luglio 2008).

[54] Per un'introduzione, T. KONSTADINIDES, *The Rule of Law in the European Union. The Internal Dimension*, Oxford, 2017; R. MASTROIANNI, *Stato di diritto o ragion di stato? La difficile rotta verso un controllo europeo del rispetto dei valori dell'Unione negli Stati membri (dialogo con Ugo Villani)*, in *rivista.eurojus.it*, 13 febbraio 2017; B. NASCIMBENE, *Lo Stato di diritto e la violazione grave degli obblighi posti dal Trattato UE*, in *rivista.eurojus.it*, 24 ottobre 2017; W. SADURSKI, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, 2019.

vando come l'esperienza acquisita mediante il MCV fosse utile per affrontare i problemi emersi in altri Stati membri[55]. Non stupisce, quindi, che la stessa Commissione abbia sostenuto l'esigenza di avviare un'attività di monitoraggio diretta a individuare i rischi per lo Stato di diritto, permettere l'elaborazione di soluzioni e fornire un supporto mirato, concentrando l'attenzione sulla sostenibilità e l'irreversibilità delle riforme adottate a livello nazionale a seguito dell'intervento dell'Unione, come fatto con il MCV[56].

Dunque, quanto appreso con il MCV è servito al fine dell'istituzione del ciclo di esame dello Stato di diritto[57], una delle cui componenti essenziali è la relazione annuale sullo Stato di diritto. Essa si configura come una sintesi della situazione dello Stato di diritto nell'Unione europea, contenente valutazioni specifiche per ogni Stato membro concernenti il sistema giudiziario, il quadro anticorruzione, il pluralismo dei media e altre questioni relative al bilanciamento dei poteri[58].

Ulteriormente, possono richiamarsi alcuni profili concernenti la proposta originaria di regolamento cd. condizionalità[59]. Al riguardo, la Corte dei Conti dell'Unione europea rese un parere, nel quale sottolineò che la Commissione eu-

[55] COM(2019) 163 fin., del 4 aprile 2019, p. 5, con la quale la Commissione sembra avere superato l'impostazione precedentemente emersa in COM(2014) 158 fin., dell'11 marzo 2014, p. 6, ove si affermava che il MCV riguardava situazioni pre-adesione, quindi transitorie, e di conseguenza non si sarebbe prestato per fare fronte a minacce allo Stato di diritto che si fossero verificate "in *qualsivoglia* Stato membro" (corsivo della Commissione).

[56] COM(2019) 343 fin., del 17 luglio 2019, p. 10.

[57] Avviato con la comunicazione da ultimo menzionata.

[58] Si veda COM(2020) 580 fin., del 30 settembre 2020. Anche in questo caso si pone la questione dell'efficacia dello strumento adottato. La risposta dipende dalle conseguenze che le istituzioni europee vorranno trarre dalle risultanze della relazione annuale per quel che attiene all'attivazione di procedure di infrazione, nel caso della Commissione europea, e dell'art. 7 TUE, per quanto riguarda il Consiglio e il Consiglio europeo.

[59] Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2020, relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione. Come noto, si tratta di uno strumento introdotto con lo scopo di tutelare il bilancio dell'Unione in caso di violazioni dei principi dello Stato di diritto negli Stati membri. Per un'introduzione, A. CIRCOLO, *È la rule of law a proteggere il bilancio dell'Unione o viceversa? La nuova proposta di regolamento «sulle carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto»*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 395 ss.; A. BARAGGIA, M. BONELLI, *Linking Money to Values: The New Rule of Law Conditionality Regulation and Its Constitutional Challenges*, in *German Law Journal*, 2022, p. 131 ss.

ropea non aveva individuato le fonti sulla base delle quali sarebbe stata eseguita la valutazione qualitativa necessaria per accertare la sussistenza di una carenza generalizzata concernente la tenuta dello Stato di diritto in uno Stato membro e tale da compromettere il bilancio dell'Unione. Si suggeriva, allora, di considerare elementi risultanti, per esempio, da documenti della Commissione di Venezia e, in generale, del Consiglio d'Europa, ma anche dal MCV[60].

Tale indicazione fu recepita dal Parlamento europeo che, in prima lettura, approvò un emendamento, con il quale fu introdotto nell'allora considerando n. 12 un riferimento al MCV come fonte per procedere alla valutazione qualitativa[61]. In seguito, il richiamo venne meno, ma ne fu inserito uno, nel considerando n. 16, alla relazione annuale sullo Stato di diritto.

6. *Gli effetti del meccanismo di cooperazione e verifica sul processo di allargamento*

L'esperimento del MCV non fu riproposto nell'ambito dell'allargamento relativo alla Croazia. Ciò non fu dovuto a una differenza sostanziale tra quest'ultima e Bulgaria e Romania. Al contrario, nel suo parere quanto alla domanda di adesione, reso nel 2004, la Commissione europea rilevava, relativamente al potere giudiziario, che nonostante la sua indipendenza fosse ampiamente garantita, permanevano notevoli criticità connesse all'inefficienza generalizzata, ai tempi per emettere e applicare le sentenze, alle carenze nella selezione e formazione dei magistrati e alla tendenza di tribunali e amministrazione statale a non conformarsi alle decisioni delle corti superiori[62]. Inoltre, anche in Croazia la corruzione costituiva un problema che imponeva di compiere sforzi significativi sul piano normativo e operati-

[60] Corte dei Conti, parere 1/2018 concernente la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 2 maggio 2018, sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri, punto 19.

[61] Risoluzione legislativa del Parlamento europeo, del 4 aprile 2019, sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri, P8_TA-PROV(2019)0349.

[62] COM(2004) 257 fin., del 20 aprile 2004, p. 19.

vo[63]. Quanto, infine, alla lotta alla criminalità organizzata, parimenti veniva posta in evidenza una serie di criticità concernenti le riforme del codice penale, le limitate capacità amministrative, di organico e di coordinamento, la mancanza di un approccio strategico al tema[64]. A ridosso dell'adesione, le difficoltà connesse all'efficienza del sistema giudiziario e alla lotta alla corruzione non erano ancora state risolte[65].

Quindi, le ragioni per introdurre un meccanismo di monitoraggio post-adesione vi sarebbero state. La scelta in senso contrario fu dovuta, essenzialmente, all'inefficacia di cui aveva dato prova il MCV[66]. Da ciò derivarono modifiche sostanziali nell'approccio dell'Unione europea all'allargamento. La Commissione chiarì che i negoziati si sarebbero configurati come un processo aperto il cui esito non avrebbe potuto essere garantito in anticipo[67] e i capitoli dell'*acquis* furono portati da 31 a 35, includendone due relativi al potere giudiziario e alla tutela dei diritti fondamentali (capitolo 23) e a giustizia, libertà e sicurezza (capitolo 24)[68].

Il cambiamento è stato ancora più netto nel caso degli Stati dei Balcani occidentali interessati all'adesione. Secondo quanto riconosciuto dalla Commissione in una comunicazione del 2018, questi Paesi saranno in grado di "aderire all'Unione europea una volta soddisfatti i criteri dell'articolo 49 del trattato sull'Unione europea, compresi i criteri di Copenaghen […] Affinché i paesi *soddisfino tutte le condizioni per l'adesione* e rafforzino le proprie democrazie, in settori chiave sono ancora necessarie riforme convincenti e profonde"[69]. Tale impostazione è stata ribadita nel 2020, aggiungendo che, in situazioni di stallo o regresso grave o prolungato nell'attuazione delle riforme e nel rispetto dei requisiti, i negoziati possono essere bloccati, i capitoli dell'*acquis* già chiusi riaperti, i finanziamenti dell'Unione rivisti al ribasso e vantaggi quali l'accesso al mercato interno sospesi o limitati[70].

[63] *Ivi*, p. 19-20, 116.

[64] *Ivi*, p. 115.

[65] COM(2012) 186 fin., del 24 aprile 2012.

[66] A. PALOKAJ, *No control mechanism for Croatia after EU entry*, in *euobserver*, 16 November 2010.

[67] Commissione europea, *Negotiating Framework*, Lussemburgo, 3 ottobre 2005, par. 11, disponibile in https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/system/files/2018-12/st20004_05_hr_framedoc_en.pdf.

[68] COM(2010) 660 fin., del 15 novembre 2010.

[69] COM(2018) 65 fin., del 6 febbraio 2018, p. 3.

[70] COM(2020) 57 fin., del 5 febbraio 2020.

Può dunque ritenersi che il MCV abbia rappresentato un momento di apprendimento per l'Unione, in quanto ha condotto a una nuova consapevolezza circa la necessità di proteggere il ritmo dell'integrazione europea dai problemi di assestamento posti dall'ingresso di nuovi Stati. La maggiore permissività del passato, che ha trovato espressione in periodi transitori talora estremamente lunghi[71], sembra avere lasciato il posto a un maggiore rigore.

Per il futuro, si tratta di stabilire se l'impostazione più rigida sarà mantenuta o verrà superata da considerazioni di carattere emotivo. Il riferimento è, evidentemente, al caso dell'Ucraina, la cui domanda di adesione è stata presentata il 28 febbraio 2022, quattro giorni dopo l'inizio dell'invasione russa. Inizialmente, la Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen, pur ammettendo una prospettiva di allargamento, ha affermato che sarebbe servito del tempo prima che questa potesse concretizzarsi[72]. Nello stesso senso sono state le indicazioni risultanti dall'incontro informale dei Capi di Stato o di governo degli Stati membri, tenutosi a Versailles il 10 e 11 marzo[73]. Successivamente, è parsa registrarsi un'accelerazione quando la Presidente della Commissione, in visita a Kiev, ha dichiarato che la Commissione si esprimerà con riferimento all'adesione dell'Ucraina nel giro di settimane, e non anni come al solito[74].

Nonostante quest'ultimo dato, non sembra, comunque, che la tragica situazione che sta vivendo l'Ucraina possa giustificare una deviazione rispetto all'approccio dell'Unione all'allargamento[75]. È pur vero, però, che in dottrina vi è già stato chi ha sostenuto l'obbligo morale per l'Unione di trattare la domanda ucraina in maniera diversa dalle altre, sostenendo che nulla osti al

[71] Nell'Allegato XII al Trattato di adesione del 2003 si stabiliva che la Polonia avrebbe potuto "mantenere in vigore, *per un periodo di dodici anni dalla data di adesione*, le norme previste nella legge 24 marzo 1920 sull'acquisto di beni immobili da parte di stranieri" (corsivo aggiunto).

[72] P. TAMMA, *Von der Leyen noncommital on Ukrainian EU membership, banning Russian energy imports*, in *politico.eu*, 6 March 2022.

[73] Informal meeting of the Heads of State or Government, *Versailles Declaration*, 10-11 marzo 2022, punto 4.

[74] *Von der Leyen gives Ukraine questionnaire for EU accession discussions*, in *Euronews*, 8 aprile 2022.

[75] Sulle difficoltà per l'Unione, si veda F. CASOLARI, *L'Ucraina e la (difficile) prospettiva europea*, in *BlogDUE*, 22 marzo 2022.

ritorno all'impostazione classica, basata sul raggiungimento di una piena *compliance* rispetto all'*acquis* dopo l'adesione, attraverso la previsione di periodi transitori[76]. Questa tesi, ancorché proveniente da una voce rispettata, sembra criticabile alla luce di quanto accaduto in seguito all'allargamento del 2004, ossia delle crisi dello Stato di diritto che si sono verificate in Ungheria e in Polonia. Se quelle vicende hanno insegnato qualcosa, è che sembra preferibile ritardare l'ingresso di nuovi Stati per evitare che una loro non adeguata preparazione possa risultare deleteria per l'integrazione. Giova ricordare che, nel 2020, la Commissione europea ha posto in evidenza come l'Ucraina debba continuare i propri sforzi di riforma quanto al sistema giudiziario, alla lotta alla corruzione e, soprattutto, al contrasto alla criminalità organizzata, considerando come nell'ambito da ultimo menzionato non si siano registrati interventi significativi[77].

Si è però d'accordo con l'autorevole Autore quando afferma: "Failure to complete adaptation by the end of the agreed-upon transitions should trigger suspension clauses and clearly formulated penalties, which would make part of the Treaty of Accession"[78]. Allora, nell'improbabile ipotesi in cui si ammettesse una *fast-track procedure* a beneficio dell'Ucraina, l'esperienza maturata con il MCV potrebbe permettere di evitare alcuni errori del passato, affiancando a un'attività di attento monitoraggio – presumibilmente, tramite la relazione annuale sullo Stato di diritto – anche un'adeguata capacità di *enforcement*.

7. *Conclusioni*

È stato notato che l'adesione della Bulgaria e della Romania all'Unione europea ha rappresentato la seconda fase dell'allargamento a est, e non un processo distinto rispetto alle adesioni verificatesi nel 2004[79]. Il dato è inne-

[76] D. V. KOCHENOV, *Take Down the Wall. And Make Russia Pay for It. The Case for the Immediate Accession of Ukraine to the European Union*, in *verfassungsblog.de*, 21 March 2022.

[77] SWD(2020) 329 fin., del 23 luglio 2020, pp. 11-12.

[78] D. V. KOCHENOV, *op. cit*.

[79] Nelle conclusioni del Consiglio europeo di Copenaghen del 2002 si rilevava che "il buon esito dei negoziati di adesione con dieci candidati imprime un nuovo dinamismo all'adesione della Bulgaria e della Romania quale parte del medesimo processo di allargamento inclusivo e irreversibile" (punto 13).

gabile, per quanto debba essere almeno in parte mitigato. Infatti, l'introduzione del MCV ha rappresentato un momento di cesura. Tramite esso, si è fatta strada un'impostazione più restrittiva rispetto all'ammissione di nuovi Stati nell'Unione[80], confermata da ciò che si è deciso di fare con riferimento agli Stati dei Balcani occidentali.

Il MCV non ha però condotto ai risultati voluti. L'atteggiamento di Bulgaria e Romania è stato scostante, le riforme lente. I cambiamenti sul piano normativo non hanno necessariamente portato all'abbandono di prassi consolidate. Nonostante questo, la Bulgaria sembra prossima all'obiettivo del superamento del meccanismo ma questioni aperte permangono nei due Stati balcanici[81].

Al netto di tali esiti sconfortanti, si ritiene che comunque il MCV abbia fornito il suo apporto nella logica incrementale che è propria del processo di integrazione europea. Come si è avuto modo di illustrare, è grazie al MCV che ha iniziato a farsi spazio un nuovo modo – maggiormente operativo – di intendere il ruolo dell'Unione europea quanto alla tutela dello Stato di diritto. Da questo è derivata l'adozione di uno strumento quale la relazione annuale sullo Stato di diritto, relativa a tutti gli Stati membri dell'Unione. Si tratta sicuramente di un mezzo di monitoraggio che può dare sostanza al principio di non regressione della tutela dei valori dell'Unione, come espresso dalla Corte di giustizia nella sentenza *Repubblika*[82]. Se non sono ammesse modifiche *in peius*, è allora necessario che venga svolta un'opera di vigilanza da parte della Commissione europea per evitare che ciò abbia a verificarsi. Tuttavia, una mera attività di monitoraggio non può essere sufficiente se non accompagnata da una capacità di reazione. Negli anni a venire, allora, assumerà rilievo la volontà politica dell'esecutivo dell'Unione di continuare a fare

[80] Si veda D. SMILOV, *op. cit.*, p. 161.

[81] Per delle prime indicazioni, R. VASSILEVA, *Capturing Bulgaria's Justice System: The Homestretch*, in *verfassungsblog.de*, 9 January 2019; L. PECH, V. PERJU, S. PLATON, *How to Address Rule of Law Backsliding in Romania. The case for an infringement action based on Article 325 TFEU*, in *verfassungsblog.de*, 29 May 2019.

[82] Sentenza della Corte del 20 aprile 2021, causa C-896/19, *Repubblika*, punti 63-65. In questo caso, la Corte ha fatto riferimento alla non regressione rispetto alla normativa in materia di organizzazione della giustizia, al fine di garantire l'indipendenza dei giudici. Per un commento alla sentenza, M. E. BARTOLONI, *Limiti ratione temporis all'applicazione del principio della tutela giurisdizionale effettiva: riflessioni in margine alla sentenza* Repubblika c. Il-Prim Ministru, in *Osservatorio europeo – DUE*, maggio 2021.

ricorso alle procedure d'infrazione per proteggere lo Stato di diritto[83]. Sembra invece di là da venire un diverso atteggiamento del Consiglio dell'Unione quanto alla procedura *ex* art. 7, par. 1, TUE.

Per quel che attiene il tema dell'allargamento, si ritiene che il MCV abbia contribuito a un cambiamento radicale di impostazione, spingendo verso la richiesta nei confronti degli Stati interessati a entrare a far parte del blocco di adeguarsi agli standard dell'Unione fin da prima del loro ingresso. Auspicabilmente, questo dovrebbe porre il processo d'integrazione al riparo rispetto a nuove situazioni patologiche concernenti la tenuta dello Stato di diritto che possano sorgere in Stati di recente adesione.

[83] Sul tema, P. MORI, *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi*, in *federalismi.it*, 1° aprile 2020.

DA VALUTAZIONE "NON ARRECARE UN DANNO SIGNIFICATIVO" A "PRINCIPIO DNSH": LA CODIFICAZIONE DI UN NUOVO PRINCIPIO EUROPEO E L'IMPATTO DI UNA ANALISI TRASVERSALE RIVOLTO AL FUTURO

Francesco Spera*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La genesi della valutazione DNSH: regolamento Tassonomia 2020. – 2.1. Atti delegati e linee guida tecniche su criteri di ecosostenibilità delle attività economiche nei fondi europei e bilancio. – 3. Il quadro europeo e i PNRR dei Paesi membri - regolamento di Ripresa e Resilienza: la genesi e lo sviluppo nel primo semestre 2021. – 3.1. Struttura della valutazione e orientamenti tecnici. – 3.2. Il regolamento InvestEU e la regolamentazione del DNSH. – 3.3. Decisione di esecuzione del Consiglio 10161/2021 e DNSH negli interventi MISE. – 3.4. Implementazione DNSH in Italia e Linee guida MEF. – 4. Osservazioni finali: implicazioni operative e il DNSH al nucleare.

1. *Introduzione*

Il piano finanziario straordinario denominato *Next Generation EU* approvato a luglio 2020 dal Consiglio europeo[1] dota gli Stati membri delle risorse necessarie per una rapida ripresa economica dopo la pandemia. Si tratta di un programma di portata e ambizione inedite, il cui pilastro centrale è il Dispositivo di Ripresa e Resilienza (*Recovery and Resilience Facility*, RRF)[2]. Tale strumento ha tra le finalità principali quella di sostenere investimenti e riforme che contribuiscano ad attuare l'Accordo di Parigi[3] e gli obiettivi di sviluppo sostenibile delle

* Dottorando di ricerca in Diritto europeo e internazionale presso l'Università del Salento.

[1] Conclusioni del Consiglio europeo, del 17-21 luglio 2020, EUCO 10/20.

[2] Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, che istituisce il Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza.

[3] L'Accordo di Parigi, adottato da 196 Paesi, è il primo accordo universale e giuridicamente vincolante sui cambiamenti climatici, adottato alla Conferenza di Parigi sul clima (COP21), nel dicembre 2015.

Nazioni Unite[4], coerentemente con il Green Deal europeo[5], ossia la strategia di crescita dell'Europa volta a promuovere l'uso efficiente delle risorse, il ripristino della biodiversità e la riduzione dell'inquinamento[6].

L'accesso ai finanziamenti del RRF è condizionato al fatto che i Piani nazionali di Ripresa e Resilienza (PNRR) includano misure che concorrano concretamente alla transizione ecologica per il 37% delle risorse e che, in nessun caso, violino la valutazione *Do Not Significant Harm* (DNSH), ossia non arrechino un danno significativo all'ambiente.

Analogamente, tale valutazione DNSH assume rilevanza per gli interventi ricompresi nel Piano nazionale per gli investimenti complementari al PNRR, ossia i progetti aggiuntivi prioritari per rafforzare i risultati programmati e finanziati con risorse nazionali a carico del bilancio dello Stato. Questi investimenti, pur non essendo oggetto di rendicontazione secondo i criteri del Dispositivo per la Ripresa e Resilienza, devono essere attuati dalle amministrazioni in coerenza con quanto previsto dalla valutazione DNSH[7].

Più in generale, tale valutazione si configura oramai quale paradigma essenziale per l'utilizzo di ogni risorsa finanziaria europea, dalla politica di coesione ad InvestEU.

Pertanto, la sua pervasività, associata al fatto che si tratta di una condizionalità il cui rispetto diviene indispensabile per il corretto utilizzo delle risorse europee e del PNRR, ha suggerito la redazione di questo contributo. Per questo motivo, si cercherà di rispondere alla seguente domanda: da dove nasce la valutazione DNSH e come è stata declinata nella normativa europea e italiana che la applica a tutti gli investimenti strategici europei? Infine, attraverso lo studio dei vari atti che hanno formato il nuovo quadro legislativo degli investimenti verdi europei, il contributo cercherà di mettere in evidenza la progressiva "codifica-

[4] L'Agenda 2030 delle Nazioni Unite, adottata dai leader mondiali nel 2015, costituisce il nuovo quadro di sviluppo sostenibile globale e stabilisce 17 obiettivi di sviluppo sostenibile (OSS).

[5] COM (2019) 640final, dell'11 dicembre 2019, comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni.

[6] A. S. BRUNO, *Il PNRR e il principio del Do Not Significant Harm (DNHS) davanti alle sfide territoriali*, in *federalismi.it*, 14 marzo 2022, p. 2 ss.

[7] Art. 1, c. 8, d.l. n. 59, del 6 maggio 2021, recante misure urgenti relative al Fondo complementare al Piano nazionale di ripresa e resilienza e altre misure urgenti per gli investimenti come modificato in sede di conversione in legge.

zione" dell'iniziale "valutazione DNSH" prevista nel regolamento Tassonomia, in "principio DNSH". L'obiettivo dello studio è quello di tracciare un quadro approfondito della complessa normativa che disciplina il DNSH quale cardine per le future politiche di sviluppo sostenibile europee e italiane.

La metodologia che verrà adottata sarà analitica, prendendo in considerazione il DNSH sulla base della normativa europea e il PNRR italiano. L'articolo mira altresì ad evidenziare l'impatto della valutazione DNSH nella disciplina legale della futura programmazione dei fondi europei con una prospettiva sui futuri investimenti considerati *green,* con un breve accenno ad una declinazione peculiare della valutazione DNSH al caso dell'energia nucleare. Inoltre, l'articolo mostrerà l'applicazione del DNSH in alcune azioni finanziate dal PNRR. Lo scopo è pertanto quello di dimostrare l'importanza per il legislatore italiano di riprogettare una strategia industriale, economica e sociale tenendo conto del DNSH.

2. *La genesi della valutazione DNSH: regolamento Tassonomia 2020*

La valutazione "non arrecare un danno significativo" è disciplinata dall'art. 17 del regolamento Tassonomia per la finanza sostenibile[8] adottato per promuovere gli investimenti del settore privato in progetti verdi e sostenibili nonché contribuire a realizzare gli obiettivi del Green Deal. La norma si rifà al già noto diritto alla "non regressione" del proprio sviluppo umano e del nucleo essenziale dei propri diritti[9].

Il regolamento individua i criteri per determinare come ogni attività economica contribuisca in modo sostanziale alla tutela dell'ecosistema, senza arrecare danno a nessuno dei seguenti obiettivi ambientali: mitigazione dei cambiamenti climatici, adattamento ai cambiamenti climatici, uso sostenibile e protezione delle risorse idriche e marine, transizione verso l'economia circolare, con riferimento anche a riduzione e riciclo dei rifiuti, prevenzione e riduzione dell'inquinamento dell'aria, dell'acqua o del suolo, protezione e ripristino della biodiversità e della salute degli eco-sistemi.

[8] Regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2020, relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088.

[9] *Ibidem*, p. 8.

In particolare, l'art. 17 elenca una serie di casi ove un'attività economica arreca un danno significativo, in linea con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione che menziona insieme ai diritti alla dignità, all'educazione, alla non-discriminazione, alla diversità culturale, alla salute, "un livello di protezione dell'ambiente 'elevato' il che implica la non-regressione ambientale"[10].

L'allegato tecnico della Tassonomia per la finanza sostenibile e la comunicazione della Commissione sulla Tassonomia sostenibile[11] riportano i parametri per valutare se le diverse attività economiche contribuiscano in modo sostanziale alla mitigazione e all'adattamento ai cambiamenti climatici o causino danni significativi a qualsiasi altro obiettivo ambientale rilevante. Basandosi sul sistema europeo di classificazione delle attività economiche (NACE)[12], la Commissione pertanto individua le attività che possono contribuire alla mitigazione dei cambiamenti climatici, identificando i settori che risultano cruciali per un'effettiva riduzione dell'inquinamento.

In base a quanto detto, dunque, il regolamento Tassonomia fornisce una guida per le future decisioni di investimento indirizzando al parametro della sostenibilità un elemento fondamentale per l'ottenimento di risorse europee[13].

2.1. *Atti delegati e linee guida tecniche su criteri di ecosostenibilità delle attività economiche nei fondi europei e bilancio*

L'art. 3 del regolamento Tassonomia conferisce alla Commissione il potere di adottare atti delegati contenenti criteri dettagliati di vaglio tecnico

[10] *Ibidem*, p. 9. Vedi anche M. PRIEUR, *Il ruolo del paesaggio nella realizzazione dei diritti dell'uomo*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, n. 2, 2018, p. 7 ss. Si deve a M. PRIEUR e al *Centre International de Droit Comparé de l'Environnement* (CIDCE) la formulazione del principio di non regressione, con particolare riferimento a M. PRIEUR, G. SOZZO, *La non régression en droit de l'environnment*, Bruxelles, 2012.

[11] COM (2021) 188final, del 21 aprile 2021, comunicazione su Tassonomia dell'UE, comunicazione societaria sulla sostenibilità, preferenze di sostenibilità e doveri fiduciari: dirigere i finanziamenti verso il Green Deal europeo.

[12] Il codice NACE, abbreviazione di "classificazione statistica delle attività economiche nelle Comunità europee", è un sistema di classificazione generale utilizzato per sistematizzare ed uniformare le definizioni delle attività economico/industriali negli Stati facenti parte dell'Unione europea.

[13] M. MONTEDURO, *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, in *rivistaaic.it*, n. 2, 2018, p. 38.

(criteri quantitativi e/o qualitativi) per determinare le condizioni alle quali si può considerare che una specifica attività economica contribuisca in modo sostanziale al raggiungimento di uno dei sei obiettivi ambientali e che non arrechi un danno significativo a nessuno degli altri obiettivi ambientali. A ciò hanno fatto quindi seguito il *Climate Delegated Act*[14], e *Disclosures Delegated Act*[15].

Inoltre, è importante segnalare che il 16 settembre 2021, la Commissione ha emanato linee guida tecniche sull'evidenza climatica e il DNSH delle infrastrutture per il periodo del budget europeo 2021-2027[16].

Il DNSH e le linee guida pertanto si ritrovano nei regolamenti che disciplinano il futuro utilizzo dei diversi fondi europei.

Tra quelli più significativi, l'art. 8, par. 6, del regolamento InvestEU[17] richiede alla Commissione di provvedere alla redazione di linee guida sul principio di sostenibilità. Le linee guida previste dall'articolo in questione devono includere un indirizzo ai partner attuatori nell'informazione che gli stessi devono fornire affinché si possa controllare l'impatto climatico, sociale e ambientale delle operazioni di investimento e finanziamento. L'art. 8 dovrebbe permettere di individuare quei progetti incompatibili con il raggiungimento degli obiettivi ambientali. Simili linee guida sono previste anche dal regolamento *CEF (Connecting Europe Facility)*[18], dall'art. 2 e art. 67 del rego-

[14] Regolamento delegato (UE) 2021/2139 della Commissione, del 4 giugno 2021, che integra il regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio fissando i criteri di vaglio tecnico che consentono di determinare a quali condizioni si possa considerare che un'attività economica contribuisce in modo sostanziale alla mitigazione dei cambiamenti climatici o all'adattamento ai cambiamenti. climatici e se non arreca un danno significativo a nessun altro obiettivo ambientale

[15] Regolamento delegato (UE) della Commissione, del 6 luglio 2021, che integra il regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio precisando il contenuto e la presentazione delle informazioni che le imprese soggette all'articolo 19 bis o all'articolo 29 bis della direttiva 2013/34/UE devono comunicare in merito alle attività economiche ecosostenibili e specificando la metodologia per conformarsi a tale obbligo di informativa.

[16] Commission Notice, Technical guidance on the climate proofing of infrastructure in the period, 16 September 2021, 2021-2027.

[17] Regolamento (UE) 2021/523 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 marzo 2021, che istituisce il programma InvestEU e che modifica il regolamento (UE) 2015/1017.

[18] Regolamento (UE) 2021/1153 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 luglio 2021, che istituisce il meccanismo per collegare l'Europa e abroga i regolamenti (UE) n. 1316/2013 e n. 283/2014.

lamento 2021/1060 delle disposizioni comuni per il Fondi di Sviluppo Regionale (FESR), il Fondo di Coesione (FC) e il Fondo di Transizione Giusta (FTG)[19].

3. *Il quadro europeo e i PNRR dei Paesi membri - regolamento di Ripresa e Resilienza: la genesi e lo sviluppo nel primo semestre 2021*

Sulla base del regolamento Tassonomia, il 18 febbraio 2021 è approvato il regolamento 241 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza[20]. Nonostante il regolamento, nei considerando, stabilisca che gli Stati membri "dovrebbero" garantire che le misure incluse nei loro piani per la ripresa e la resilienza siano conformi a quello che viene definito "principio" del "non arrecare un danno significativo"[21], lo stesso precisa inequivocabilmente che il "dispositivo finanzia unicamente le misure che rispettino solo il suddetto "principio"[22]. È interessante mettere in evidenza, tuttavia, che per la prima volta i co-legislatori coniano il termine "principio" per indicare quello che la Commissione europea chiama "valutazione DNSH" in un documento pubblicato quattro giorni dopo il regolamento per la ripresa e resilienza[23]. Inoltre, l'art. 17 del regolamento Tassonomia non fa alcuna menzione a "principio DNSH".

Pertanto, tutte le misure inserite nei PNRR, che siano investimenti o riforme, devono essere conformi al DNSH ed è compito degli Stati membri

[19] Regolamento (UE) 2021/1060 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 giugno 2021, recante le disposizioni comuni applicabili al Fondo europeo di sviluppo regionale, al Fondo sociale europeo Plus, al Fondo di coesione, al Fondo per una transizione giusta, al Fondo europeo per gli affari marittimi, la pesca e l'acquacoltura, e le regole finanziarie applicabili a tali fondi e al Fondo Asilo, migrazione e integrazione, al Fondo Sicurezza interna e allo Strumento di sostegno finanziario per la gestione delle frontiere e la politica dei visti. Vedi M. DELLA MORTE, *Il futuro dei territori (e del Sud). Rilanciare rappresentanza e partecipazione per una migliore attuazione del PNRR*, in *costituzionalismo.it*, n. 2, 2021, p. 14 ss.

[20] Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, che istituisce il Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza.

[21] *Ibidem*, considerando nn. 23 e 25.

[22] *Ibidem*, art. 5.

[23] European Commission, *"Do no significant harm" Technical Guidance by the Commission Recovery and Resilience Facility*, ECCWG, 16 February 2021.

dimostrarne il rispetto[24]. Al tal fine, a febbraio 2021, la Commissione ha pubblicato delle linee guida con orientamenti tecnici a cui fare riferimento, sulla base alle indicazioni del considerando n. 25 del regolamento di ripresa e resilienza[25].

Pertanto, tutti i progetti e le riforme proposti all'interno del PNRR sono stati valutati dalle amministrazioni proponenti tenendo conto del DNSH. Tale processo di valutazione ha nella sostanza condizionato la selezione degli investimenti e delle riforme e qualificato le caratteristiche di quelle selezionate (in particolare quelle ad alto rischio di impatto DNSH) con specifiche indicazioni da parte della Commissione tese a contenerne l'effetto sugli obiettivi ambientali ad un livello sostenibile[26].

3.1. *Struttura della valutazione e orientamenti tecnici*

In questo paragrafo si cercherà di illustrare in modo chiaro i criteri tecnici che hanno guidato gli operatori del diritto alla redazione delle varie missioni del PNRR, poi approvate dalla Commissione. In questo modo si potrà comprendere anche la *ratio* alla base dell'adozione di alcune azioni.

In primo luogo, una misura può considerarsi ecosostenibile se riconducibile ad una attività economica rientrante nella categoria NACE prevista dal regolamento tassonomia per la finanza sostenibile. In caso di esito negativo, la valutazione si basa sulla verifica dei criteri di sostenibilità previsti per i sei obiettivi ambientali già menzionati, della coerenza con il quadro giuridico EU e del rispetto delle *Best Available Techniques* (BAT)[27].

Coerentemente con le linee guida, la valutazione tecnica ha stimato in una prospettiva a lungo termine, per ogni misura finanziata, gli effetti diretti e indiretti attesi in tutte le fasi dei rispettivi cicli di vita degli investimenti e delle riforme proposte.

[24] Art. 25 del regolamento (UE) 2020/852, cit.

[25] COM (2021) 1054final, del 12 febbraio 2021, comunicazione, orientamenti tecnici sull'applicazione del principio "non arrecare un danno significativo" a norma del regolamento sul Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza.

[26] F. SALMONI, *Piano Marshall, Recovery Fund e il containment americano verso la Cina. Condizionalità, debito e potere*, in *costituzionalismo.it*, n. 2, 2021, p. 78 ss.

[27] Ossia di quelle condizioni, da adottare nel corso di un ciclo di produzione, che sono idonee ad assicurare la più alta protezione ambientale a costi ragionevoli.

Gli effetti generati sui sei obiettivi ambientali da un investimento o una riforma sono quindi stati ricondotti a quattro scenari distinti: la misura ha impatto nullo o trascurabile sull'obiettivo; la misura sostiene l'obiettivo con un coefficiente del 100%[28]; la misura contribuisce "in modo sostanziale" all'obiettivo ambientale; la misura richiede una valutazione DNSH complessiva. Con riferimento a quelle misure che ricadono nei primi tre scenari, i funzionari ministeriali addetti alla redazione delle diverse missioni del PNRR, hanno avuto la possibilità di adottare un approccio semplificato alla valutazione DNSH. Le amministrazioni hanno quindi fornito una breve motivazione finalizzata a mettere in luce le ragioni per cui l'intervento sia stato associato ad un rischio limitato di danno ambientale, a prescindere dal suo contributo potenziale alla transizione verde.

Invece, per quanto riguarda le misure che ricadono nell'ultimo scenario, quando gli investimenti e le riforme ricadono in settori come quello dell'energia, dei trasporti o della gestione dei rifiuti, e pertanto presentano un rischio maggiore di incidere su uno o più obiettivi ambientali, è stata necessaria un'analisi più approfondita del possibile danno significativo. Per esempio, per l'investimento sul miglioramento della gestione dei rifiuti che prevede la realizzazione di progetti finalizzati all'apertura di nuovi impianti e all'ammodernamento di quelli esistenti[29] sono state fornite informazioni dettagliate sulla sostenibilità dell'investimento e previste le "condizioni" da rispettare per ridurre al minimo le emissioni nell'aria, nel suolo, nelle acque sotterranee e nelle acque superficiali.

3.2. *Il regolamento InvestEU e la regolamentazione del DNSH*

Come si è accennato nei paragrafi precedenti, il DNSH si è manifestato nella sua trasversalità in altri strumenti di finanziamento europei. L'esempio più significativo sono i progetti finanziati dal programma InvestEU[30].

Pertanto, il considerando n. 13 del regolamento InvestEU prevede che i progetti di investimento che ricevono consistenti finanziamenti dell'Unione,

[28] L'Allegato VI del regolamento Ripresa e Resilienza che riporta il coefficiente di calcolo del sostegno agli obiettivi ambientali per tipologia di intervento.

[29] Missione 2, Componente 1 del PNRR p. 120 ss.

[30] Regolamento (UE) 2021/523 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 marzo 2021, che istituisce il programma InvestEU e che modifica il regolamento (UE) 2015/1017.

in particolare nel settore delle infrastrutture, dovrebbero essere esaminati dal partner esecutivo per accertarne l'eventuale impatto ambientale, climatico o sociale e, in caso affermativo, dovrebbero essere soggetti a una verifica della sostenibilità conformemente agli orientamenti[31] che la Commissione dovrebbe elaborare in stretta collaborazione con i potenziali partner esecutivi nell'ambito del programma InvestEU. Questi orientamenti dovrebbero utilizzare in modo adeguato i criteri stabiliti dal regolamento Tassonomia per determinare se un'attività economica è ecosostenibile, compreso il "principio di non arrecare un danno significativo", e coerente rispetto agli orientamenti elaborati per altri programmi dell'Unione[32]. Anche in questo caso, è utile notare come l'Unione abbia elevato l'iniziale valutazione DNSH a "principio DNSH" e come lo stesso sia entrato nel linguaggio giuridico europeo negli atti legislativi successivi al regolamento Tassonomia.

Gli orientamenti suddetti serviranno da base per esaminare le operazioni di finanziamento e di investimento al fine di stabilire se abbiano un impatto ambientale, climatico o sociale[33]. In caso affermativo, sono oggetto di verifica sotto il profilo della sostenibilità climatica, ambientale e sociale, al fine di ridurne al minimo l'impatto negativo e sfruttarne al massimo i benefici per le dimensioni climatica, ambientale e sociale. A tal fine, i promotori dei progetti che richiedono il finanziamento forniscono informazioni adeguate conformemente agli orientamenti. Quei progetti le cui dimensioni non superano una determinata soglia definita negli orientamenti sono esclusi dalla verifica. Contrariamente, i progetti incompatibili con gli obiettivi climatici non sono ammissibili al sostegno previsto dal presente regolamento. Qualora concluda che non occorre svolgere una verifica della sostenibilità, il partner esecutivo fornisce una motivazione al comitato per gli investimenti[34]. Inoltre, i progetti e gli investimenti si basano su ulteriori orientamenti che la Commissione elabora sulla sostenibilità e che tengono debitamente conto del DNSH. I progetti dovranno pertanto tener conto dell'impatto consolidato in termini di

[31] COM (2021) 1054, cit.

[32] MISE, circolare n. 120820, del 28 marzo 2022, contratti di sviluppo di cui al decreto del 9 dicembre 2014. Valutazione del principio DNSH ai fini del finanziamento con le risorse del Piano nazionale di ripresa e resilienza, p. 2.

[33] Art. 8 del regolamento (UE) 2021/523, cit.

[34] Sul tema, vedi M. MELIS, *PNRR: la Tassonomia UE e le implicazioni del principio DNSH*, in *fi.camcom.gov.it*, 15 febbraio 2022.

principali componenti del capitale naturale, vale a dire aria, acqua, suolo e biodiversità. Oppure dovranno stimare l'impatto sociale dei progetti, tra l'altro sulla parità di genere, sull'inclusione sociale di determinate regioni o popolazioni e sullo sviluppo economico di aree e settori interessati da sfide strutturali quali le esigenze di decarbonizzazione dell'economia. Tutto ciò avverrà in linea con gli orientamenti della Commissione[35].

In sintesi, i progetti finanziati dal fondo InvestEU rispetteranno il DNSH qualora siano in linea con la pertinente legislazione ambientale dell'UE e il rispetto della normativa nazionale pertinente in materia di ambiente insieme all'ottenimento dei permessi ambientali necessari per la realizzazione e la gestione dei progetti. Le operazioni le cui dimensioni non superano una soglia stabilita sono esentate dall'obbligo di essere sottoposte all'esame e alla verifica della sostenibilità. Tale soglia si applica specificamente alla verifica della sostenibilità di InvestEU, tuttavia i progetti dovranno attenersi agli obblighi giuridici che incombono sui loro promotori ai sensi della direttiva 2011/92/UE concernente la valutazione dell'impatto ambientale (VIA) o di altre normative dell'UE o nazionali applicabili. Per i cc.dd. finanziamenti intermedi, quelli diretti alle PMI, gli stessi sono ammissibili senza alcun esame né alcuna verifica completa della sostenibilità. Tuttavia, saranno applicabili una forma semplificata di verifica della sostenibilità e garanzie di salvaguardia specifiche al fine di assicurare un allineamento minimo agli impegni dell'UE, cercando al contempo di non sovraccaricare i piccoli operatori economici con requisiti complessi.

Con riferimento alle operazioni dirette e il DNSH, i progetti InvestEU dovranno essere sottoposti a una valutazione dell'impronta di carbonio utilizzando la metodologia BEI o una accettata a livello internazionale, se è probabile che comportino emissioni assolute superiori a 20 000 tonnellate di CO_2 e/anno (positive o negative); o emissioni relative superiori a 20 000 tonnellate di CO_2 e/anno (positive o negative). Gli allegati al regolamento elencano tassativamente una serie di progetti per i quali la valutazione dell'impronta di carbonio è esclusa o è necessaria[36].

Infine, è interessante notare come al DNSH si collega anche il principio dello Stato di diritto, e altri finanziamenti come Horizon Europe, di cui

[35] Art. 8, paragrafo 6 del regolamento (UE) 2021/523, cit.

[36] Allegato II del regolamento (UE) 2021/523, cit.

all'art. 2 TUE, in quanto l'art. 14 del regolamento precisa che il fondo InvestEU sostiene unicamente le operazioni di finanziamento e di investimento che non forniscono sostegno finanziario alle attività escluse di cui all'Allegato V, sezione B del presente regolamento. Tra questi, per esempio, attività che limitano i diritti individuali e la libertà delle persone o che violano i diritti umani, il gioco d'azzardo o il commercio sessuale e relative infrastrutture, servizi e media (attività legate alla produzione, concezione, distribuzione, trasformazione, commercio o *software*)[37].

3.3. *Decisione di esecuzione del Consiglio 10161/2021 e DNSH negli interventi MISE*

A seguito della presentazione dei PNRR dei 27 Stati membri dell'Unione, il DNSH risulta oramai codificato quale "principio" fondamentale nella decisione del Consiglio di approvazione dei piani, tra cui quello italiano[38], ove si auspica che tutti i progetti con *Rating* A per attuazione delle riforme e progetti di investimento siano conformi al "principio" DNSH ai sensi dell'art. 17 regolamento Tassonomia[39].

Al fine di mostrare in concreto come il DNSH si traduce nelle singole missioni, in questo paragrafo si presenta pertanto un quadro sinottico in base alla decisione di esecuzione, nella sua parte descrittiva, in relazione al DNSH per gli interventi di un Ministero in qualità di amministrazione responsabile dell'attuazione di una serie di progetti PNRR, ossia il Ministero per lo Sviluppo Economico (MISE). Ciò che rileva nella complessità del sistema è che tali informazioni dovranno essere poi messe a confronto con l'altro parametro rilevante, cioè la menzione eventuale del DNSH in *milestones* e *targets* dei singoli interventi, il che risulta molto frequente. Il DNSH dovrà comunque essere rispettato anche per gli interventi per cui non se ne fa menzione né nel descrittivo della decisione di esecuzione né in *milestones* e *targets*.

Con riferimento all'Asse 1 "Digitalizzazione, innovazione e competitività nel sistema produttivo"[40], il MISE è titolare dell'intervento 1, ossia Transi-

[37] *Ibidem*.

[38] COM (2021) 344final, decisione di esecuzione del Consiglio, relativa all'approvazione della valutazione del piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia.

[39] Vedi *supra*.

[40] PNRR, p. 97.

zione 4.0. In questo caso, il DNSH non è presente nella decisione di esecuzione tuttavia il MISE dovrà tenerne conto nei vari bandi previsti per finanziare ed attuare questo investimento. Lo stesso principio vale per gli investimenti 5.1, ossia Rinnovabili e batterie[41], bus elettrici[42], e imprese femminili[43]. Invece, per gli investimenti 5.2 "Filiere CDS"[44], e Finanziamento *start-up*[45] la decisione di esecuzione prevede che gli interventi devono essere realizzati conformemente alle politiche di investimento in linea con gli obiettivi del regolamento sulla ripresa e resilienza[46], anche in relazione all'applicazione del DNSH come ulteriormente specificato nei pertinenti orientamenti tecnici[47].

In queste missioni si può parlare di trasversalità del DNSH e ulteriori garanzie per la sua applicazione in conformità agli orientamenti tecnici, allorché la decisione prevede che l'accordo giuridico tra l'Italia e l'entità incaricata o l'intermediario finanziario responsabile dello strumento finanziario e la successiva politica di investimento degli strumenti finanziari devono imporre l'applicazione degli orientamenti tecnici della Commissione sulla verifica della sostenibilità per il Fondo InvestEU, come accennato nel paragrafo precedente. Inoltre, l'accordo dovrà escludere dall'ammissibilità il seguente elenco di attività e attivi: attività e attivi connessi ai combustibili fossili, compreso l'uso a valle; attività e attivi nell'ambito del sistema di scambio di quote di emissione dell'UE (ETS) che generano emissioni di gas a effetto serra previste non inferiori ai pertinenti parametri di riferimento; attività e attivi connessi alle discariche di rifiuti, agli inceneritori e agli impianti di trattamento meccanico biologico; attività e attivi nel cui ambito lo smaltimento a lungo termine dei rifiuti potrebbe causare un danno all'ambiente. Infine, l'accordo richiederà la verifica della conformità giuridica dei progetti alla pertinente legislazione ambientale dell'UE e nazionale da parte dell'entità o dell'intermediario finanziario incaricato per tutte le operazioni, comprese quelle esentate dalla verifica della sostenibilità.

Gli stessi criteri di cui sopra si applicano all'Investimento 5.2: "Filiere

[41] *Ibidem*, p. 141.
[42] *Ibidem*, p. 199.
[43] *Ibidem*, p. 208.
[44] *Ibidem*, p. 106.
[45] *Ibidem*, p. 199.
[46] Vedi nota 2.
[47] Vedi nota 23.

CDS"[48]. Un elemento aggiuntivo in questa missione che caratterizza ancora la trasversalità del DNSH è l'obbligatorietà di includere nell'accordo le attività e attivi nell'ambito del sistema di scambio di quote di emissione dell'UE (ETS) che generano emissioni di gas a effetto serra previste non inferiori ai pertinenti parametri di riferimento[49]. La stessa applicazione della normativa ETS si ritrova anche nella missione "Proprietà industriale"[50], "*Start-up* verdi"[51], IPCEI[52], Partenariati *Horizon Europe*[53], Potenziamento CCT/DIHs[54], ove si garantisce la conformità della misura al DNSH quando i criteri di ammissibilità contenuti in termini di riferimento per i prossimi bandi di progetto, oppure nel capitolato d'oneri dei prossimi inviti a presentare progetti escludono la ricerca e sviluppo, o il finanziamento dedicati ad una serie di attività tassativamente elencate tra le quali quelle nell'ambito dell'ETS che conseguono emissioni di gas a effetto serra previste non inferiori ai parametri di riferimento pertinenti.

3.4. *Implementazione DNSH in Italia e Linee guida MEF*

Con riferimento alla normativa italiana e il DNSH, si presenterà una breve panoramica dei provvedimenti che sono stati adottati dall'Ente di riferimento per l'attuazione del PNRR in Italia, ossia il Ministero per l'Economia e la Finanza (MEF) in qualità di cabina di regia. Il tema del DNSH e la necessità di monitorarne il puntuale rispetto in ogni fase di esecuzione degli interventi PNRR sono menzionati più volte nelle Istruzioni tecniche per la selezione dei progetti PNRR, emanate dalla RGS il 14 ottobre 2021[55]. Per questo motivo, gli allegati alle Istruzioni tecniche rappresentano un riferimento in quanto contengono dei facsimili di dichiarazioni e *format* di convenzione in cui si attesta la conformità dei progetti al DNSH[56].

[48] MISE, circolare n. 120820, del 28 marzo 2022.

[49] Direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 ottobre 2003, che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità e che modifica la direttiva 96/61/CE del Consiglio.

[50] PNRR, p. 106.

[51] *Ibidem*, p. 142.

[52] *Ibidem*, p. 197.

[53] *Ibidem*, p. 197.

[54] *Ibidem*, p. 198.

[55] Istruzioni Tecniche per Selezione Progetti PNRR RGS/MEF, del 14 ottobre 2021.

[56] PNRR, p. 93.

A ciò si aggiunge che il 15 settembre 2021[57], il MEF decreta le modalità, le tempistiche e gli strumenti per la rilevazione dei dati di attuazione finanziaria, fisica e procedurale relativa a ciascun progetto finanziato nell'ambito del PNRR in base al regolamento sulla ripresa e resilienza, nonché dei *milestone* e *target* degli investimenti e delle riforme e di tutti gli ulteriori elementi informativi previsti nel Piano necessari per la rendicontazione alla Commissione.

Pertanto, con tale DPCM, *ex* art. 1, il MEF prevede una serie di direttive e principi che dovrebbero guidare gli enti attuatori dei progetti PNRR alla corretta applicazione e rispetto del DNSH. In primis, il MEF, in base ai principi di uniformità e universalità, indica che tutti gli investimenti e le riforme del PNRR devono essere conformi al DNSH, il cui rispetto deve essere verificato ai sensi degli articoli 23 e 25 del regolamento sulla ripresa e resilienza[58]. Inoltre, l'art. 2 del DPCM prevede che ciascuna Amministrazione centrale titolare di misure del PNRR è responsabile del coordinamento delle relative attività di gestione, del monitoraggio e del conseguimento delle relativi *milestone* e *target* e trasmette al Servizio centrale per il PNRR, attraverso le specifiche funzionalità del sistema informatico di cui all'articolo 1, comma 1043, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, i dati finanziari, di realizzazione fisica e procedurali e tutti gli ulteriori elementi informativi necessari per la rendicontazione alla Commissione. Inoltre, il MEF indica che gli enti attuatori di progetti PNRR sono tenute anche alla verifica del rispetto del DNSH in base all' art. 8 del decreto legge del 31 maggio 2021, n. 77. Alle stesse spetta la verifica affinché gli interventi siano coerenti con le ipotesi programmatiche afferenti alle misure PNRR di riferimento e soddisfino le condizioni associate in termini di contributo all'obiettivo digitale e all'obiettivo sulla mitigazione del cambiamento climatico, del requisito "non arrecare danno significativo", nonché dell'avanzamento concordato per *milestone* e *target*. Inoltre, esse devono fornire i dati e la documentazione atta a verificare, a livello di singolo progetto, il soddisfacimento del DNSH – definito nel DPCM principio del "non arrecare un danno significativo" – il contributo all'obiettivo digitale e all'obiettivo mitigazione del cambiamento climatico.

[57] DPCM Monitoraggio MEF, del 15 settembre 2021.

[58] Si noti che all'art. 1 del DPCM Monitoraggio, il MEF definisce il DNSH come principio.

Infine, con riferimento alle informazioni sul DNSH, il sistema informatico di cui all'articolo 1, comma 1043, della legge 30 dicembre 2020, n. 178 (ReGIS) garantisce il monitoraggio efficace dell'attuazione del PNRR e assicura i dati a livello di singolo intervento che rappresenta l'unità minima di rilevazione. In questo quadro, l'articolo precisa che le informazioni, per quanto riguarda il singolo progetto, devono includere in tutti i casi (nell'ambito del c.d. *set* informativo minimo di dati) il soddisfacimento del DNSH – definito nel DPCM invece requisito "non arrecare danno significativo" – gli elementi utili per l'analisi e la valutazione degli interventi secondo i criteri definiti agli articoli 29 e 30 del regolamento sulla ripresa e resilienza.

Infine, la trasversalità del DNSH si applica anche nel nuovo Fondo complementare approvato con il d.l. 59/2021 convertito in l.101/2021[59].

L'art. 1, comma 7 prevede all'art. 1, co. 8, che le amministrazioni attuano gli interventi ricompresi nel Piano nazionale per gli investimenti complementari in coerenza con il principio dell'assenza di un danno significativo agli obiettivi ambientali, di cui all'articolo 17 del regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2020.

4. *Osservazioni finali: implicazioni operative e il DNSH al nucleare*

I criteri tecnici riportati nelle valutazioni DNSH, opportunamente rafforzati da una puntuale ed approfondita applicazione dei criteri tassonomici di sostenibilità degli investimenti, costituiscono elementi guida lungo tutto il percorso di realizzazione degli investimenti e delle riforme del PNRR. Le amministrazioni titolari di investimenti sono chiamate a garantire concretamente che ogni misura non arrechi un danno significativo agli obiettivi ambientali, adottando specifici requisiti in tal senso nei principali atti programmatici e attuativi[60]. L'obiettivo deve essere quello di indirizzare gli interventi

[59] Legge 1° luglio 2021, n. 101 conversione in legge, del decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59, recante misure urgenti relative al Fondo complementare al Piano nazionale di ripresa e resilienza.

[60] Per un approfondimento delle criticità del DNSH e degli enti locali, vedi A. S. BRUNO, *op. cit.*, pp. 13-16; P. CARPENTIERI, *Paesaggio, ambiente e transizione ecologica*, in *giustiziainsieme.it*, 2021; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Le prime polpette avvelenate del PNRR. Verso la definitiva privatizzazione del servizio idrico?*, in *Orizzonti del diritto pubblico*, 2021.

finanziati e lo sviluppo delle riforme verso le ipotesi di conformità o sostenibilità ambientale previste, coerentemente con quanto riportato nelle valutazioni DNSH operate per le singole misure nel PNRR[61].

In particolare, gli impegni presi devono essere tradotti con precise avvertenze e monitorati dai primi atti di programmazione della misura al collaudo/certificato di regolare esecuzione degli interventi. Sarà opportuno esplicitare gli elementi essenziali necessari all'assolvimento del DNSH nei decreti di finanziamento e negli specifici documenti tecnici di gara, eventualmente prevedendo meccanismi amministrativi automatici che comportino la sospensione dei pagamenti e l'avocazione del procedimento in caso di mancato rispetto del DNSH. Allo stesso modo, una volta attivati gli appalti/interventi, sarà utile che il documento d'indirizzo alla progettazione fornisca indicazioni tecniche per l'applicazione progettuale delle prescrizioni finalizzate al rispetto del DNSH, mentre i documenti di progettazione, capitolato e disciplinare dovrebbe riportare indicazioni specifiche finalizzate al rispetto del principio affinché sia possibile riportare nei SAL[62] una descrizione dettagliata sull'adempimento delle condizioni imposte dal rispetto del principio. Un'analisi più approfondita sulla prima tornata dei bandi pubblicati da ogni singolo ente titolari potrebbe mettere in luce in che modo le linee guida tecniche siano state opportunatamente seguite e applicate. Inoltre, sarà necessaria un'analisi più approfondita sulle basi legali della codificazione del nuovo "principio DNSH" ormai in uso nel linguaggio legislativo europeo.

Infine, merita un breve cenno l'ultimo atto delegato adottato dalla Commissione sulla base della delega dell'art. 8 del regolamento tassonomia il 9 marzo 2022: l'*EU Taxonomy Complementary Climate Delegated Act*[63]. In questo atto delegato, si applica e si valuta il DNSH a quelle attività che utilizzano l'energia nucleare per la produzione di energia elettrica. Sotto un profilo giuridico, l'atto delegato è di particolare interesse poiché ha messo in luce una nuova tendenza della Commissione a disciplinare attraverso

[61] N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *federalismi.it*, n. 1, 2022.

[62] Stato di avanzamento lavori.

[63] C (2022) 631 fin., regolamento delegato (UE) della Commissione, del 9 marzo 2022, che modifica il regolamento delegato (UE) 2021/2139 per quanto riguarda le attività economiche in taluni settori energetici e il regolamento delegato (UE) 2021/2178 per quanto riguarda la comunicazione al pubblico di informazioni specifiche relative a tali attività economiche.

l'adozione di strumenti delegati materie fondamentali ed essenziali per l'Unione. Nonostante i co-legislatori abbiano conferito alla Commissione il potere di redigere l'atto delegato[64], alcuni Stati membri hanno accusato la Commissione di utilizzare "la legislazione secondaria per far passare tacitamente un tema non tecnico nella legislazione primaria". Questa nuova tendenza potrà apparire "antidemocratica" per aver scelto un processo decisionale che consiste sostanzialmente nel creare una maggioranza per qualcosa che non prevede una maggioranza. Per rigettare un atto delegato, almeno 20 Stati membri, che rappresentano un minimo del 65% della popolazione dell'UE, debbano obiettare. Uno scenario altamente improbabile dato il supporto di Paesi come Francia e Germania per la proposta, salvo il sopraggiungere di eventi eccezionali e imprevedibili[65]: "[…] non è normale che le questioni essenziali vengano affrontate attraverso il processo decisionale politico in base al quale 20 su 27 sono necessari per rifiutare qualcosa"[66]. Un potere di modifica del contenuto di atti legislativi deleganti che potrebbe superare la portata di un potere conferito alla Commissione di adottare atti delegati sulla base di detta disposizione in base ai limiti stabiliti dalla Corte di Lussemburgo[67]. Nella causa *Parlamento c. Commissione*, la Corte precisa che la possibilità di modificare o integrare attraverso delega ricade solo su "elementi non essenziali dell'atto legislativo"[68]. Sarà pertanto compito di future analisi stabilire se l'inserimento del nucleare come energia *green* sia una integrazione o modifica di un elemento non essenziale, oppure sia solo una integrazione di dettaglio dell'atto legislativo delegante.

Inoltre, la presidente della Commissione Ursula von der Leyen è stata accusata di aver "forzato" la bozza di proposta nelle ultime ore del 31 dicembre. Ciò in netto contrasto con il punto 14 dell'Accordo interistituzionale "Legiferare Meglio"[69]. Per garantire che il Parlamento europeo e il Consiglio siano in grado di esercitare i diritti previsti dall'articolo 290 TFUE entro le scadenze stabilite in ciascun atto di base, la Commissione non trasmette

[64] Il nucleare non era incluso nella Tassonomia del 2020.

[65] Politico.eu, Taxonomy lands, 3 January 2022.

[66] European Commission Publishes Complementary Climate Delegated Act Covering Nuclear and Gas Energy Activities Under the EU Taxonomy, 11 February 2022.

[67] Sentenza della Corte del 17 marzo 2016, causa C-286/14, *Parlamento c. Commissione*.

[68] *Ibidem*, punti 30, 40-42, 46.

[69] Accordo interistituzionale "Legiferare Meglio", cit.

alcun atto delegato nei seguenti periodi: "dal 22 dicembre al 6 gennaio" salvo le procedure d'urgenza che non sono previste per tale atto. La bozza è stata approvata dalla Commissione il 2 febbraio 2022 e la sua adozione formale in tutte le lingue ufficiali dell'UE è avvenuta il 9 marzo 2022, quando tutte le versioni linguistiche sono state rese disponibili. I co-legislatori hanno avuto due mesi per opporvi, al termine del quale l'atto è stato pubblicato nella Gazzetta ufficiale. A ciò si aggiunge che l'invasione russa dell'Ucraina e i piani dell'UE per ridurre la sua dipendenza dalle importazioni russe di combustibili fossili hanno sollevato ulteriori dibattiti sull'importanza della proposta sul nucleare della Commissione, divenuto altresì un elemento essenziale per la *strategic autonomy* dell'Unione europea[70].

[70] IAI, *The Quest for European Strategic Autonomy – A Collective Reflection*, by Ester Sabatino, Daniel Fiott, Dick Zandee, Christian Mölling, Claudia Major, Jean-Pierre Maulny, Daniel Keohane and Domenico Moro.

La tutela dei valori fondamentali dell'Unione: profili interni ed esterni

Webinar, 7 giugno 2022

STRUMENTI ALTERNATIVI DI TUTELA DEI VALORI: IL REGOLAMENTO SULLA CONDIZIONALITÀ DELLO STATO DI DIRITTO

Andrea Circolo[*]

SOMMARIO: 1. La lettura evolutiva dell'*acquis*: la condizionalità finanziaria legata al rispetto dello Stato di diritto. – 2. Il regolamento condizionalità. – 3. Le sentenze della Corte sulla legittimità del regolamento. – 4. L'adozione delle linee guida da parte della Commissione. – 5. Conclusioni.

1. *La lettura evolutiva dell'*acquis*: la condizionalità finanziaria legata al rispetto dello Stato di diritto*

L'azione delle istituzioni dell'Unione a tutela dello Stato di diritto non si è arrestata all'interpretazione evolutiva dell'art. 19 TUE da parte della Corte di giustizia[1]. Le limitate possibilità applicative di tale giurisprudenza hanno convinto, sin da subito, la Commissione a muoversi su un doppio binario, con l'intenzione di offrire uno strumento legislativo di applicazione generale, in grado di far desistere Polonia e Ungheria dal perpetuare le violazioni allo Stato di diritto; strumento che è stato individuato nella c.d. condizionalità politica.

La condizionalità non è comunque nuova nell'azione dell'Unione europea. *Condizionare* l'ottenimento di vantaggi al rispetto di talune condizioni prefissate dall'*acquis communautaire* è questione ricorrente sia nell'azione esterna che interna dell'Unione. È, invece, nuova l'idea di applicare la condizionalità *politica* nella dimensione *interna* dell'azione dell'Unione, collegando il conseguimento dei benefici derivanti dalla partecipazione degli Stati all'UE al rispetto dei suoi valori fondanti.

[*] Ricercatore a tempo determinato in diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Napoli *Federico II*. L'autore intende ringraziare il Prof. Bernardo Cortese per i preziosi suggerimenti offerti in sede di discussione e di stesura della relazione.

[1] Per tutte, sentenza della Corte del 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia* (*Indépendance de la Cour suprême*).

È in questo contesto che si inserisce il regolamento 2020/2092 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione[2], che subordina l'accesso ai fondi europei, da parte degli Stati membri, all'effettivo rispetto dello Stato di diritto[3]. Come noto, il regolamento permette alla Commissione di accertare, in prima battuta, le violazioni dei princìpi dello Stato di diritto da parte di uno Stato membro e, di conseguenza, di presentare al Consiglio una proposta di decisione sulle misure correttive più idonee da adottare.

La presente relazione intende soffermarsi su taluni aspetti critici inerenti all'adozione del regolamento, venuti in rilievo nelle pronunce della Corte in seduta plenaria del 16 febbraio 2022, e, alla luce di tale analisi, trarre alcune conclusioni relative alla concreta applicazione del regolamento, nonché alla funzione che esso riveste nella tutela dello Stato di diritto e, più in generale, nell'ordinamento dell'Unione.

2. *Il regolamento condizionalità*

Per offrire un quadro chiaro delle criticità è necessario, però, analizzare brevemente gli aspetti più significativi del regolamento.

In primo luogo, il regolamento può applicarsi solo se sussiste una violazione dei principi dello Stato di diritto, di cui all'art. 2 del regolamento, tra

[2] Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2020, relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione.

[3] Stando alla definizione fornita da S. KOCH, il regolamento corrisponderebbe ad una forma di condizionalità politica negativa *ex post*: "Ex-post/negative conditionality refers to the use of enforcement and pressure – in the form of a reduction or suspension of benefits – to obtain desired political changes or reforms in an ongoing relationship or during the course of an agreement. The leverage mechanism consists of the (temporary) withdrawal of benefits in order to achieve compliance of the conditionality recipient, that is, in most instances, the government of a given country. Examples include the imposition of sanctions, the temporary suspension of development cooperation and of diplomatic or economic relationships, or condemnation in international institutions and forums" (*A Typology of Political Conditionality Beyond Aid: Conceptual Horizons Based on Lessons from the European Union*, in *World Development*, vol. 75, 2015, p. 99).

cui rientrano "i principi di legalità; certezza del diritto; divieto di arbitrarietà del potere esecutivo; tutela giurisdizionale effettiva; separazione dei poteri; non-discriminazione e uguaglianza di fronte alla legge".

In secondo luogo, esso può censurare solo i comportamenti lesivi dello Stato di diritto che denotino un rapporto di causalità diretta con il danno causato al bilancio dell'Unione. Il rapporto di strumentalità risulta essenziale per distinguere il regolamento dagli strumenti di natura sanzionatoria che sono già previsti nel diritto dell'Unione. Se, da un lato, tale circostanza riduce drasticamente il novero di violazioni censurabili a norma del regolamento, per altro verso non va dimenticato che il numero resta comunque alto, dal momento che l'applicazione dell'atto in esame non è connessa al settore nella quale la violazione viene commessa, bensì impone una condizionalità orizzontale, che prescinde dallo specifico programma o dall'azione dell'Unione direttamente interessati, estendendosi a tutto l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione[4].

In terzo luogo, l'adozione delle misure finanziarie non esclude che gli Stati membri attuino i rispettivi programmi nati e/o finanziati grazie ai fondi dell'Unione ed effettuino i relativi pagamenti ai beneficiari finali. La puntualizzazione è degna di nota nella misura in cui fa ricadere la violazione unicamente sullo "Stato apparato", e non sui soggetti che beneficiano di programmi di sviluppo e di integrazione europei[5].

Infine, si ricorda che le misure sono adottate a maggioranza qualificata dei membri del Consiglio, entro un mese dalla comunicazione della Commissione, periodo eccezionalmente prorogabile di ulteriori due mesi[6]. In via di

[4] V. art. 5, par. 3, del regolamento: "Le misure riguardano, *per quanto possibile*, le azioni dell'Unione interessate dalle violazioni" (corsivo aggiunto). Cfr. K. L. SCHEPPELE, *European Union's Top Court Rules Against Hungary and Poland in Rule of Law Showdown*, in *worldjusticeproject.org*, 16 February 2022: "narrowly in some ways and broadly in others".

[5] Ad esempio, gli studenti nell'ambito di un programma *Erasmus*. Poiché spetta alla Commissione assicurarsi che ciò avvenga concretamente, è chiaro che un'ulteriore violazione giustificherebbe l'attivazione di un ricorso per inadempimento: lo fa presumere inequivocabilmente l'art. 5, par. 5, a norma del quale sulla base delle informazioni fornite dai destinatari finali o dai beneficiari, la Commissione "si adopera al massimo per garantire che qualsiasi importo dovuto da soggetti pubblici o Stati membri […] sia effettivamente versato".

[6] Il coinvolgimento della Corte è invece successivo ed eventuale e limitato alle eventuali controversie sorte in applicazione del regolamento, dal momento che, ai sensi dell'art. 261

principio, la procedura a norma del regolamento può concludersi entro un lasso di tempo che va dai cinque ai nove *mesi* dall'invio della notifica scritta, contro un periodo di regola non inferiore a cinque *anni* che intercorre tra l'avvio di una procedura di infrazione e la condanna al pagamento di una sanzione pecuniaria da parte della Corte[7].

3. *Le sentenze della Corte sulla legittimità del regolamento*

Il nuovo meccanismo di condizionalità è apparso, sin da subito, più incisivo, almeno in linea teorica, ad assicurare una tutela dei valori, ma ha sollevato numerosi dubbi sulla sua compatibilità con i Trattati. Si tratta, infatti, di uno strumento che si fonda sulla rilettura dell'*acquis* dell'Unione, nel tentativo di valorizzare l'effetto utile dell'art. 2 TUE, come noto, indebolito dall'inefficacia della procedura di sospensione *ex* art. 7 TUE.

Tali perplessità – e non solo – hanno spinto Polonia e Ungheria ad introdurre parallelamente dinanzi alla Corte due ricorsi in annullamento, al fine di ottenere, ognuno per i propri profili, la dichiarazione di illegittimità del regolamento[8].

Numerose circostanze denotavano l'enorme importanza che le due cause rivestivano per l'ordinamento dell'Unione: su tutte, la loro trattazione da parte della seduta plenaria della Corte di giustizia e con procedimento accelerato e il numero piuttosto alto di interventi registrati da parte degli Stati membri (undici)[9].

TFUE, le misure imposte in virtù dello stesso possono essere oggetto di sindacato del giudice dell'Unione sia per quanto riguarda la loro legittimità sia per quanto attiene al rispetto del principio di proporzionalità

[7] Nel complesso, dunque, la procedura sembra riprendere in parte l'art. 258 TFUE (es., sulla proporzionalità delle misure proposte), in parte le regole di applicazione della condizionalità macroeconomica introdotte al momento dell'istituzione dell'Unione economica e monetaria (es., per l'esclusione del sindacato giurisdizionale della Corte), ma superando alcuni dei loro limiti.

[8] Ricorsi introdotti l'11 marzo 2021, causa C-156/21, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio* e causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, conclusisi con sentenza del 16 febbraio 2022 (seduta plenaria).

[9] L'eccezionalità della fattispecie ha convinto la Corte a compiere "uno strappo alla rego-

Con le due pronunce "gemelle" del 16 febbraio 2022[10], la Corte ha confermato la compatibilità del regolamento condizionalità con i Trattati, respingendo integralmente i ricorsi presentati dalle due ricorrenti.

Al fine di favorire una lettura critica delle pronunce, i numerosi motivi di ricorso presentati dalle ricorrenti[11] possono essere raccolti in tre macrocategorie: a) l'incompetenza delle istituzioni dell'Unione a definire il contenuto dello Stato di diritto; b) l'incompatibilità del regolamento con gli altri strumenti di tutela dei valori già previsti nei Trattati; c) l'erroneità della base giuridica individuata.

la", ammettendo tra i documenti in causa il parere del servizio giuridico del Consiglio, depositato dalla Polonia senza il consenso dell'istituzione, che contrastava la posizione assunta dal Consiglio stesso nel giudizio. Contrariamente alla consolidata giurisprudenza sul tema, per la quale la produzione in giudizio dei pareri giuridici delle istituzioni non è ammessa in assenza dell'autorizzazione dell'istituzione in questione o di un ordine specifico del giudice dell'Unione, in quanto priverebbe le istituzioni del potere di fruire dei pareri dei loro servizi giuridici in piena indipendenza, la Corte ha ritenuto che il mantenimento del parere nel fascicolo consentisse "a dissipare i dubbi nei cittadini non soltanto sulla legittimità di un atto legislativo isolato, ma anche sulla legittimità del procedimento legislativo nel suo complesso, [contribuendo] a rafforzare i principi di democrazia e del rispetto dei diritti fondamentali sanciti dall'articolo 6 TUE e nella Carta" , ragion per cui, nel caso di specie, né i principi propri di un processo equo, né il regolamento n. 1049/2001, che impone la previa presentazione di una domanda di accesso ad un tale documento, potevano ritenersi violati.

[10] Sentenze della Corte del 16 febbraio 2022, causa C-156/21, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*; in stessa data, C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*. Le virgolette sono d'obbligo. Pur essendo nella sostanza due cause gemelle, nella ricostruzione e nel risultato, i motivi di ricorso addotti dalle parti non coincidono del tutto, per la cui elencazione completa si rimanda a F. SALMONI, *La* funzionalizzazione *della tutela dello Stato di diritto alla sana gestione finanziaria e alla tutela del bilancio dell'UE (a prima lettura delle sentt. C-156 e C-157 Ungheria e Polonia v. Parlamento e Consiglio)*, in *giurcost.org*, n. 1, 2022, pp. 303 e 304. Per un commento alle sentenze, v. B. NASCIMBENE, *Stato di diritto, bilancio e Corte di giustizia*, in *rivista.eurojus.it*, n. 2, 2022, p. 114 ss. Le sentenze aderiscono completamente alle conclusioni dell'avv. gen. Campos Sánchez-Bordona, del 2 dicembre 2021, causa C-156/21, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*; in stessa data, causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, su cui v. C. BUZZACCHI, *Le condizionalità finanziarie a salvaguardia dello Stato di diritto, o il rule of law a protezione del bilancio?*, in *dirittoeconti.it*, 13 febbraio 2022, spec. p. 9 ss.; E. PAGANO, *Brevi note sulle sentenze relative al regolamento condizionalità*, in *BlogDUE*, 5 aprile 2022, *passim*.

[11] Nove motivi dell'Ungheria; undici motivi della Polonia.

a) *L'incompetenza delle istituzioni dell'Unione a definire il contenuto dello Stato di diritto*

Il primo ordine di motivi rappresenta certamente il cuore dei due ricorsi, nonché la parte più delicata in termini di rapporto tra ordinamenti. A giudizio delle ricorrenti, il legislatore dell'Unione non avrebbe potuto utilizzare un regolamento per definire la nozione di "Stato di diritto", di cui all'art. 2 TUE, né determinare gli elementi che consentano di constatare una violazione dei principi costitutivi di tale nozione. Ciò sia perché un atto di diritto derivato non può dare contenuto ad una norma primaria (art. 2 TUE)[12], sia perché, sebbene l'Unione si fondi sui valori contenuti nell'art. 2 TUE, i Trattati non ne preciserebbero il contenuto che sarebbe rimandato alle singole costituzioni nazionali – eventualmente per il tramite dei propri organi giurisdizionali supremi – in virtù delle numerose differenze esistenti tra gli Stati membri a proposito delle loro tradizioni giuridiche e delle loro identità nazionali.

Dopo la consueta introduzione sul rapporto che lega i valori fondanti, l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione e la fiducia reciproca tra Stati membri[13], la Corte ha anzitutto ricordato che l'art. 2 TUE "non costituisce una mera enunciazione di orientamenti o di intenzioni di natura politica, ma contiene valori che [...] fanno parte dell'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune", che sono concretizzati "in principi che comportano obblighi giuridicamente vincolanti per gli Stati membri"[14] e che "l'Unione deve essere in grado [di difendere], nei limiti delle sue attribuzioni previste dai trattati"[15].

[12] Cfr. E. CANNIZZARO, *Il ruolo della Corte di giustizia nella tutela dei valori dell'Unione europea*, 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, p. 161: "Allo stesso modo, se si ritenesse che i valori di democrazia o dello stato di diritto siano tutelati nella misura in cui essi vengano trasformati in regole attraverso il processo politico, a livello europeo ovvero a livello nazionale, l'enfatica affermazione dell'art. 2 TUE circa l'esistenza di valori comuni all'Unione e agli Stati membri non avrebbe alcun rilievo costituzionale, o ancor peggio, alcun rilievo giuridico".

[13] *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., punti 142 e 143; *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., punti 124 e 125.

[14] *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., punti 145 e 264; *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., punti 126-129 e 232.

[15] *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 145; *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 127.

Pur affermando che gli Stati dispongono di identità nazionali distinte e, quindi, di una certa discrezionalità per garantire l'attuazione dei principi dello Stato di diritto, la Corte ha precisato che tali principi, "come sviluppati sulla base dei Trattati dell'Unione nella giurisprudenza della Corte", sono invero riconosciuti e "*precisati*" nell'ordinamento giuridico dell'Unione e trovano la loro fonte in valori comuni applicati anche dagli Stati membri nei loro stessi ordinamenti giuridici[16]. Pertanto, tale discrezionalità non può comportare in alcun modo che l'obbligo di risultato racchiuso nel rispetto dello Stato di diritto possa variare da uno Stato membro all'altro[17].

Il giudice dell'Unione ha poi puntualizzato che la concretizzazione dello Stato di diritto non era stata realizzata dal regolamento, ma i principi ivi individuati (legalità, certezza del diritto, divieto di arbitrarietà del potere esecutivo, tutela giurisdizionale effettiva, separazione dei poteri, uguaglianza davanti alla legge, non discriminazione) erano già stati oggetto di una copiosa giurisprudenza della Corte[18] e facevano parte della definizione stessa di tale valore.

Su tali fondamenti, la Corte ha potuto così concludere, stabilendo che le ricorrenti non potevano dichiarare di non avere una conoscenza concreta e precisa degli obblighi di risultato cui sono tenute per via della loro adesione all'Unione, né ritenere che il regolamento avesse definito per la prima volta e illegittimamente il contenuto dell'art. 2 TUE[19], dal momento che la nozione di Stato di diritto in esso contenuta (art. 2, lett. a) era quella equivalente al valore indicato nella disposizione convenzionale[20].

[16] *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 237; *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 291.

[17] Cfr., per analogia, sentenza della Corte dell'11 luglio 1968, causa 4/68, *Schwarzwaldmilch*, p. 508: "Poiché nei vari rami del diritto e nei vari campi d'applicazione, la nozione di forza maggiore non ha identico contenuto, il suo significato va determinato in funzione dell'ambito giuridico in cui essa deve produrre effetti".

[18] *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., punti 236 e 249; *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., punti 169, 201 e 290.

[19] *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 224: "Ne consegue che il rispetto dei principi dello Stato di diritto menzionati all'articolo 2, lettera a), del regolamento impugnato si impone già agli Stati membri, indipendentemente dal regolamento stesso".

[20] V. anche *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 228; *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 223.

Le sentenze sono state accolte da parte della dottrina come una svolta epocale, spingendo alcuni autori ad argomentare che esse avrebbero *finalmente* contribuito a fornire una definizione di Stato di diritto giuridicamente vincolante[21].

A ben vedere, però, una definizione di Stato di diritto propria dell'ordinamento dell'Unione, seppur decisamente ristretta, è presente sin dalla nota sentenza *Les Verts*, con la quale la Corte affermò come l'allora Comunità economica europea fosse "una comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal trattato"[22].

Di talché, la novità delle sentenze condizionalità non risiede nell'aver definito per la prima volta il contenuto dello Stato di diritto nell'ordinamento dell'Unione, quanto nell'aver associato a tale nozione nuovi principi generali. Difatti, oltre ai principi di legalità e di tutela giurisdizionale effettiva, i principi generali elencati nel regolamento non erano mai stati espressamente ricondotti alla nozione di Stato di diritto *ex* art. 2 TUE. Collegando i suddetti principi a tale nozione, la Corte non ha perciò definito uno *standard* "universale" di Stato di diritto, ma, più semplicemente, ha dato atto della (pre)esistenza, in relazione all'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, di un contenuto maggiormente ampio dello stesso[23].

[21] K. L. SCHEPPELE, *op. cit.*: "Perhaps most crucially for those who care about the rule of law, however, the Court rejected the idea that the rule of law cannot be used as a standard for assessing the conduct of states because it is too vague or because states may have their own distinct approaches on the subject. […] In short, EU law *now* has a definition of the rule of law that can be legally enforced» (corsivo aggiunto)".

[22] Sentenza della Corte del 23 aprile 1986, causa 294/83, *Parti écologiste "Les Verts" c. Parlamento*, punto 23.

[23] Sancendo formalmente, secondo alcuni, la nascita dello "Stato di diritto dell'Unione". Cfr. P. FARAGUNA, T. DRINÓCZI, *Constitutional Identity in and on EU Terms*, in *verfassungsblog.de*, 21 February 2022: "There are two major implications of this decision for the conceptualization and application of the legal term of constitutional identity. The first is that democracy, rule of law, and human rights as characteristics of a legal order are part of the identity of the EU. The decisions also imply that there is something like a common rule of law understanding within the EU, which one of us has already indicated as the European Rule of Law, which could be a benchmark when assessing the rule of law deterioration of Member States".

Tale ricostruzione lasciava irrisolto il problema di attrarre nella sfera di operatività del diritto dell'Unione situazioni puramente interne che, sia pure indirettamente, incidono sul rispetto dei canoni valoriali di cui all'art. 2 TUE. A tal riguardo, la Corte ha richiamato il suo orientamento, secondo cui l'esercizio di una competenza riservata agli Stati membri deve, comunque, rispettare gli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione[24]. Non è da escludere, secondo la Corte, che l'applicazione del regolamento condizionalità possa incidere sull'esercizio delle funzioni essenziali proprie degli Stati membri; tuttavia, ciò non può impedire all'Unione di adottare, a difesa della sua identità, un siffatto meccanismo.

In buona sostanza, la Corte ha confermato, *mutatis mutandis*, lo schema interpretativo già intravisto nelle sentenze a tutela della magistratura polacca, per giustificare l'interpretazione evolutiva dell'art. 19 TUE. Se è vero cioè che l'Unione può definire e tutelare il solo Stato di diritto dell'Unione, essa è però in grado di espanderne i confini applicativi, attraendo indirettamente le situazioni puramente interne nel suo cono d'ombra, sul presupposto che esse presentino un legame con l'esercizio di una competenza attribuita all'Unione e ne rappresentino, dunque, un'attuazione[25].

[24] A titolo esemplificativo, *Commissione c. Polonia (Indépendance de la Cour suprême)*, cit., punto 52.

[25] Timore espressamente manifestato dall'Ungheria: "[…] il regolamento impugnato viol[a] i principi di ripartizione e di attribuzione delle competenze, […] in quanto esso consentirebbe alle istituzioni dell'Unione di procedere a un esame delle situazioni e delle istituzioni nazionali che non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Da tale regolamento non emergerebbe infatti chiaramente che l'esame delle violazioni dei principi dello Stato di diritto è limitato ai settori che rientrano nella competenza dell'Unione, potendo oltretutto alcune delle situazioni esposte nei suoi articoli 3 e 4 riferirsi a violazioni che non sono limitate a tali settori" (*Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 90). Sull'influenza della condizionalità sul principio di attribuzione, v. A. BARAGGIA, Potestas v. Potentia: *l'utilizzo della condizionalità in ordinamenti compositi*, in *DPCE online*, numero speciale, 2021, p. 1347: "La condizionalità nell'UE è vista come uno strumento di governance utilizzato per promuovere e far progredire i valori e le politiche dell'Unione in settori in cui essa stessa non dispone di poteri sufficienti ed espliciti, ma che sottendono un interesse comune. Questa caratteristica della condizionalità pone una serie di tensioni riguardanti i limiti delle competenze dell'UE. In alcuni casi, il ricorso alla condizionalità de facto può avere la capacità di ampliare la portata dell'ingerenza dell'Unione, mettendo a dura prova il principio di attribuzione delle competenze. Ciò accade quando l'Unione adotta una condizione che crea un obbligo in un

In sintesi, con le due pronunce sul regolamento condizionalità, la Corte non ha realizzato un allargamento delle maglie della nozione di Stato di diritto dell'Unione, allargamento sino a questo momento limitato al solo principio della tutela giurisdizionale effettiva per il tramite dell'art. 19 TUE; quanto piuttosto, ha ampliato le ipotesi in cui situazioni giuridiche, che presentano un legame debole con il diritto dell'Unione, vengono ricondotte in via indiretta nell'ambito di applicazione di quest'ultimo, in considerazione del fatto che la nozione di Stato di diritto dell'Unione consti in realtà di un nucleo minimo di principi comuni ben più ampio di quanto sinora compreso e dal quale discendono obblighi giuridici in senso stretto e uguali per tutti gli Stati membri.

b) *La compatibilità del regolamento con i rimedi già predisposti dai Trattati a protezione dei valori, e in particolare con l'art. 7 TUE*

Con riferimento alla seconda delle questioni, la Corte ha prima ricordato che il legislatore dell'Unione non può istituire una procedura parallela all'articolo 7 TUE – vale a dire che abbia il medesimo oggetto, persegua il medesimo obiettivo e consenta l'adozione di misure identiche – ma ha poi negato che tale divieto venisse in rilievo nel caso di specie, confermando anche sotto questo profilo la compatibilità del regolamento.

La ricostruzione proposta dalla Corte appare sul punto piuttosto debole.

Invero, con riferimento alla natura delle violazioni e ai valori oggetto della procedura, non sembra logico ritenere che le due procedure abbiano oggetti diversi. Infatti, il regolamento è in grado di sindacare soltanto uno dei valori tutelati anche dall'art. 7 TUE e si applica soltanto ad alcune delle violazioni prese in considerazione da quest'ultimo[26].

settore in cui essa non ha competenze legislative. Ancora una volta questo è accaduto durante la crisi economica, dove l'assistenza finanziaria era collegata a riforme in settori in cui il livello sovranazionale non disponeva di competenze di armonizzazione".

[26] "Per quanto riguarda l'oggetto di ciascuna di queste due procedure, si deve rilevare che l'ambito di applicazione della procedura prevista all'articolo 7 TUE verte sull'insieme dei valori contenuti nell'articolo 2 TUE, mentre quello della procedura istituita dal regolamento impugnato verte soltanto su uno di tali valori, ossia lo Stato di diritto. In più, l'articolo 7 TUE consente di comprendere qualsiasi violazione grave e persistente di un valore contenuto

La distinzione tra le due procedure risulterebbe ragionevole se fosse fondata su criteri di natura qualitativa (es., se il regolamento potesse attivarsi a tutela di un valore non sancito all'art. 2 TUE o nei confronti di una violazione estranea al sindacato dell'art. 7 TUE), e non di natura quantitativa. L'*argumentum a minore ad maius* proposto dalla Corte è smentito anche da più ampie considerazioni di sistema. Si osservi invero, per analogia, che nell'ambito di una procedura di infrazione la stessa Corte ritiene possibile che la Commissione contesti violazioni supplementari senza l'invio di una nuova lettera di messa in mora esclusivamente quando queste siano considerate qualitativamente coincidenti alle violazioni di partenza; al contrario, quando all'aumento della quantità di violazioni addotte corrisponda anche una differenza nei termini delle stesse, la nuova lettera di messa in mora risulta necessaria per garantire allo Stato di difendersi. Con ciò dimostrando come violazioni qualitativamente identiche, ma quantitativamente diverse, siano considerate dalla Corte violazioni identiche.

Con riferimento allo scopo delle due procedure e alla natura delle misure ad esse collegate, la Corte ha affermato, che quella istituita dal regolamento 2020/2092 "ha la finalità di garantire, la protezione del bilancio dell'Unione in caso di violazione dei principi dello Stato di diritto in uno Stato membro, e non già di sanzionare, mediante il bilancio dell'Unione, violazioni dei principi dello Stato di diritto"[27].

La differenza operata dalla Corte, a proposito della finalità perseguita dall'una e dall'altra procedura, appare sin troppo sottile e, se non altro, opinabile[28]. Diventa estremamente complicato cioè distinguere la condizionalità

nell'articolo 2 TUE, mentre il regolamento impugnato autorizza l'esame delle violazioni dei principi dello Stato di diritto menzionati al suo articolo 2, lettera a), solo laddove sussistano motivi fondati per ritenere che esse abbiano un'incidenza sul bilancio" (*Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., punti 212 e 213). V. anche *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 173 ss.

[27] *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 171; *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 210.

[28] Cfr. il punto 89 della sentenza *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit.: "Il carattere esclusivo della procedura prevista all'articolo 7 TUE per quanto riguarda la violazione dei principi dello Stato di diritto sarebbe confermato dai punti 18 e 24 del parere del servizio giuridico del Consiglio n. 10296/14, del 27 maggio 2014, […]. Sebbene il regolamento impugnato tenti di collegare l'esame dell'eventuale esistenza di violazioni dei principi dello Stato di

dalla sanzione quando, in occasioni come la fattispecie, il beneficio è «l'assenza stessa di sanzioni»[29].

Infatti, la constatazione di una violazione dei principi dello Stato di diritto, di cui all'art. 4, par. 2, del regolamento condizionalità, in combinato disposto con l'art. 3 del medesimo regolamento, risulta sostanzialmente identica a quella che spetta effettuare al Consiglio e al Consiglio europeo, *ex* art. 7, parr. 1 e 2, TUE; mentre l'adozione delle misure, *ex* art. 5 del regolamento condizionalità, costituisce un'opzione parallela alla sospensione di taluni diritti dello Stato membro in questione, come indicato all'art. 7, par. 3, TUE, potendo tale sospensione riguardare le risorse che l'Unione destina agli Stati membri[30].

In sostanza, restano forti perplessità sul fatto che la procedura prevista nel regolamento non si accavalli con la clausola di sospensione di cui all'art. 7 TUE e che, dunque, il nuovo sistema non rappresenti un *escamotage* volto ad aggirare la revisione dei Trattati e l'unanimità necessaria a riformare, a livello di normativa primaria, il sistema di tutela preesistente[31].

diritto all'esecuzione del bilancio dell'Unione, il suo obiettivo reale, quale risulterebbe dalla relazione della proposta della Commissione che ha portato all'adozione dello stesso regolamento, sarebbe quello di esaminare il rispetto dei principi dello Stato di diritto e di imporre sanzioni qualora si constati che uno Stato membro non rispetta tali principi".

[29] A. BARAGGIA, *op. cit.*, p. 1345. Cfr. B. CORTESE, *International Economic Sanctions as a Component of Public Policy for Conflict-of-Laws Purposes*, in L. PICCHIO FORLATI, L.-A. SICILIANOS (eds.), *Economic Sanctions in International Law / Les sanctions économiques en droit international*, the Hague, 2004, p. 752: «If carefully observed, negative and positive sanctions reveal their shared common end. In fact, they both aim at conditioning the passive subject of the measure to abide by a rule of international law. The difference is just to be found in the approach taken. In negative sanctions the conditioning is carried out through the impoverishment of the juridical sphere of the law-breaker and (the threat of) a negative reaction. In the positive ones the method chosen is only at first sight the opposite: a reward is promised if the rule is observed, and denied, or taken back, if the law is infringed. The element of conditionality thus typical of positive sanctions takes with it, although only on its dark side, an element of deprivation».

[30] Sentenza *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 86.

[31] In questa direzione, v. il parere della Commissione per gli affari costituzionali del Parlamento europeo, del 22 novembre 2018, sulla proposta di regolamento. In dottrina, M. J. RANGEL DE MESQUITA, *European Union values, Rule of Law and the Multiannual Financial Framework 2021-202. The Commission's Proposal to protect the EU budget against threats to the Rule of Law*, in *ERA Forum*, vol. 19, 2018, pp. 291 e 292; in senso contrario, M. CARTA,

c) *L'(in)idoneità della base giuridica individuata dalla Commissione per l'adozione del regolamento*

La base giuridica prescelta per l'adozione del regolamento è l'art. 322, par. 1, lett. *a*) TFUE, che riconosce in capo a Parlamento e Consiglio il potere di emanare regolamenti per la definizione "[del]le regole finanziarie che stabiliscono in particolare le modalità relative alla formazione e all'esecuzione del bilancio".

È possibile affermare, così come sostenuto dalla Commissione e dalla Corte, che il mancato rispetto dei principi dello Stato di diritto è in grado di comportare una lesione degli interessi finanziari dell'Unione[32]. Meno condivisibile è ritenere che un meccanismo di protezione del bilancio dell'Unione dalle violazioni dello Stato di diritto costituisca una regola finanziaria che attiene tanto alla formazione quanto all'esecuzione del bilancio, ai sensi dell'art. 322 TFUE[33].

Come correttamente sottolineato in dottrina, infatti, l'art. 322 TFUE rinvia alle norme di diritto derivato la sola creazione di "disposizioni di carattere integrativo"[34] – di natura meramente tecnica e/o procedurale[35] – ri-

Strumenti finanziari e tutela della rule of law*: i recenti sviluppi nell'Unione europea*, in AA. VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, p. 169. Secondo A. VON BOGDANDY, J. ŁACNY, *Suspension of EU funds for Member States breaching the rule of law – a dose of tough love needed?*, in *MPIL Research Paper Series*, n. 24, 2020, p. 11, valorizzando il principio dell'effetto utile, le due procedure potrebbero muoversi parallelamente, dal momento che l'art. 7 TUE è uno strumento di tutela politico, mentre quello di cui alla proposta di regolamento si muove nell'ambito della tutela giurisdizionale.

[32] *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., punti 130-131; *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., punti 148-150.

[33] Cfr. J. ALBERTI, *Il Regolamento condizionalità è pienamente legittimo e, Ucraina permettendo, certamente attivabile. Prime riflessioni sulle sentenze della Corte di giustizia nelle cause C-156/21 e C-157/21*, in *BlogDUE*, 17 marzo 2022, p. 3: "Ma questo *non* è il caso dell'art. 322 TFUE, che *non* afferma esplicitamente che, sulla base di esso, si possono adottare misure in materia finanziaria che permettono, *inter alia*, di tutelare lo Stato di diritto".

[34] G. CLEMENTE, *Art. 322 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014, p. 2413; v. anche, nella stessa direzione, il commento di B.-R. KILLMANN, in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (eds.), *The treaties and the charter of fundamental rights – a commentary*, Oxford, 2019, p. 1994 ss.

[35] Cfr. P. POHJANKOSKI, *New Year's Predictions on Rule of Law Litigation. The Condi-*

spetto ai principi e alle regole fondamentali applicabili al bilancio dell'Unione[36]. Il solo fatto che le norme sostanziali stabilite nel regolamento impugnato manifestino un nesso con il bilancio dell'Unione non può essere sufficiente a qualificarle come regole finanziarie *ex* art. 322, par. 1, TFUE, pena un'estensione interpretativa eccessiva di tale nozione, nella quale potrebbe rientrare, di conseguenza, qualunque norma in grado di stabilire un effetto almeno indiretto su una risorsa di bilancio dell'Unione.

D'altronde, l'inidoneità dell'art. 322 TFUE a fondare un siffatto meccanismo era già stata prospettata dal Servizio giuridico del Consiglio, che aveva osservato che nei Trattati non è rinvenibile alcuna base giuridica che consenta alle istituzioni dell'Unione di realizzare un nuovo strumento di supervisione sul rispetto dello Stato di diritto, diverso da quello definito dall'art. 7 TUE[37].

tionality Regulation at the Court of Justice of the European Union, in *verfassungsblog.de*, 7 January 2021: "To impugn the validity of the Regulation, Hungary and Poland will likely argue that the EU has used an improper legal basis; namely one which does not permit enacting far-reaching rules to combat rule of law breaches in Member States. The chosen legal basis, Article 322(1) TFEU, belongs to the financial provisions of the EU Treaties. Broadly speaking, it enables the adoption of legislation on budget procedures and safeguards on the responsibility of financial actors. Certainly, it is possible to make a colourable argument that the legal basis is, in light of the provision's wording, too narrow"; E. CASTORINA, *Stato di diritto e "condizionalità economica": quando il rispetto del principio di legalità deve valere anche per l'Unione europea (a margine delle Conclusioni del Consiglio europeo del 21 luglio 2020)*, in *federalismi.it*, n. 29, 2020, spec. p. 52 ss.

[36] Cfr. A. BARAGGIA, M. BONELLI, *Linking Money to Values: the new Rule of Law Conditionality Regulation and its constitutional challenges*, in *German Law Journal*, vol. 23, 2022, pp. 146 e 147: "The Commission's proposal was based on an instrumental logic. The form of conditionality it suggested to introduce allowed to transform what is a fairly technical and specific legal basis – Article 322 TFEU – into a platform for a broad, horizontally-applicable rule of law protection Mechanism. […] It is difficult to maintain that these were truly "financial rules" – the type of norms that Article 322(1)(a) TFEU allows to create".

[37] Si fa nuovamente riferimento al parere reso il 25 ottobre 2018, n. 13593, cit. Non essendo stato possibile avere accesso al parere, è stato possibile desumere la posizione del Servizio giuridico solamente dai riferimenti indiretti ad essa contenuti nel *dossier* (n. 12) sul Quadro finanziario pluriennale 2021-2027, pubblicato dall'Ufficio rapporti con l'Unione europea della Camera dei deputati il 24 gennaio 2019 (pp. 26 e 27). Si veda il punto 258 della sentenza *Polonia c. Parlamento e Consiglio*: "Il servizio giuridico del Consiglio avrebbe altresì adottato una posizione simile, indicando nel parere giuridico n. 13593/18, anzitutto, che l'articolo 2

4. *L'adozione delle linee guida da parte della Commissione*

Le sentenze hanno fornito talune indicazioni utili sul funzionamento del nuovo meccanismo e, in particolare, sulle circostanze che ne impongono l'azionamento. Alla luce di esse, la Commissione ha adottato, a tempo di record, le linee guida relative all'attuazione del regolamento, soffermandosi su numerosi altri punti inerenti alla sua applicazione e agli effetti giuridici prodotti nei confronti dei terzi[38]. Più nello specifico, gli orientamenti forniti dalla Commissione affrontano prevalentemente quattro tematiche: i) le condizioni per l'adozione di misure, ivi compresi la procedura e il processo di valutazione; ii) la proporzionalità delle misure da proporre al Consiglio; iii) la tutela dei diritti dei destinatari finali o dei beneficiari; iv) il rapporto tra il regolamento e le altre procedure di salvaguardia del bilancio, con particolare riferimento al regolamento (UE) 2021/1060 sulle disposizioni comuni, che prevede anch'esso la possibilità di sospendere i pagamenti e di proporre rettifiche finanziarie.

5. *Conclusioni*

Le considerazioni sinora svolte spingono a formulare alcune conclusioni.

Anzitutto, le sentenze non vanno assolutamente lette in un'accezione federalista, ma vanno considerate "rivoluzionarie" nei loro effetti più immediati e destinate per questo a diventare storiche. La reale portata delle decisioni

TUE non attribuisce alcuna competenza materiale all'Unione, ma elenca valori che le istituzioni dell'Unione e i suoi Stati membri devono rispettare quando agiscono nei limiti delle attribuzioni conferite all'Unione dai trattati, poi, che una violazione dei valori dell'Unione, compreso quello dello Stato di diritto, può essere dedotta nei confronti di uno Stato membro soltanto quando quest'ultimo agisce in un settore di competenza dell'Unione e, infine, che il rispetto dello Stato di diritto da parte degli Stati membri non può, secondo i trattati, essere oggetto di un'azione o di un controllo da parte delle istituzioni dell'Unione, a prescindere dall'esistenza di una competenza materiale specifica nella quale si inserisce tale azione, fatta salva solo la procedura descritta all'articolo 7".

[38] Comunicazione della Commissione, del 2 marzo 2022, Orientamenti sull'applicazione del regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione, C(2022) 1382 final.

è racchiusa nella stessa dichiarazione di legittimità del meccanismo di condizionalità, che potrebbe costituire, allo stato, lo strumento di tutela dei valori più efficace dell'ordinamento dell'Unione.

Purtuttavia, esse hanno messo in luce, ancora una volta, aspetti di asimmetria genetica nel rapporto tra ordinamento dell'Unione e ordinamenti nazionali rispetto alla definizione e tutela dei valori fondanti. E in quest'ottica la soluzione offerta dalla Corte risulta quantomeno controversa[39].

Sul punto, contrariamente a quanto sostenuto da parte della dottrina, le argomentazioni di Polonia e Ungheria, seppur pretestuose nello scopo, erano nella sostanza ben motivate e fondate su solide argomentazioni di diritto[40]. Difatti, non può nascondersi, come è stato più volte ribadito, che il ruolo della Corte nella definizione e, quindi, nella tutela dello Stato di diritto è stato da sempre limitato ai soli confini dell'azione dell'Unione e al suo ambito di applicazione. La dichiarazione di legittimità di un meccanismo alternativo di tutela, a Trattati invariati, come il regolamento condizionalità, rende labili i confini tra un'interpretazione evolutiva e un'interpretazione creativa del diritto dell'Unione da parte della Corte.

Allo stesso tempo, è innegabile che il legislatore dell'Unione e la Corte, sotto l'impellente bisogno di trovare una soluzione efficace alle violazioni sistemiche dello Stato di diritto, abbiano avvertito la necessità di (ri)scoprire funzioni normative del diritto dell'Unione, insite nei Trattati e venute in rilievo solo oggi al verificarsi dei casi di specie. Così, la "justificatory narrative"[41] messa in atto è risultata essenziale per assicurare la "realizzazione del

[39] Come argutamente osservato da J. ALBERTI, *Prime considerazioni sulle sentenze della Corte di giustizia che sanciscono la legittimità del "Regolamento condizionalità"*, in *rivista.eurojus.it*, n. 2, 2022, p. 28, l'oscurità di alcuni passaggi può essere ricondotta alla ricchezza di punti di vista di cui può risentire una sentenza della Corte in composizione plenaria.

[40] "dubiously motivated actions": P. POHJANKOSKI, *The Unveiling of EU's Constitutional Identity Judgments in C-156/21, Hungary v. Parliament and Council and C-157/21, Poland v. Parliament and Council*, in *eulawlive.com*, 26 February 2022, p. 3.

[41] S. RODIN, *Liberal Constitutionalism, Rule of Law and Revolution by Other Means*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 2, 2021, pp. 203 e 204: "[…] the Court of Justice of the European Union, when interpreting EU law, in order to secure coherence, creates and perpetuates a justificatory narrative, l'*économie générale* of European integration. Those ontological identities and that justificatory narrative define the cultural ecosystem of the European Union, the playing field within which EU law, as interpreted by the Court of Justice makes sense. That cultural ecosystem is not fortui-

processo di integrazione che costituisce la ragion d'essere dell'Unione stessa"[42] e per salvaguardarne la coerenza interna, espressione dell'autonomia dell'ordinamento dell'Unione rispetto alla volontà dei suoi stessi promotori.

Non è da escludere che il percorso "creativo" delle istituzioni a tutela dei valori dell'Unione non si arresti qui. Ulteriori passi in avanti potrebbero riguardare un allargamento legislativo o interpretativo dell'ambito di applicazione oggettivo del regolamento agli altri valori di cui all'art. 2 TUE[43].

Se al momento resta pregiudicata la possibilità che il bilancio dell'Unione possa essere tutelato, nell'ipotesi in cui ad essere violati siano altri valori fondanti dell'Unione, nonché i relativi principi giuridici che li concretizzano (democrazia, diritti fondamentali, etc.), sembra, però, che la Corte abbia lasciato più di uno spiraglio a questa opportunità. Da una parte, affermando che il bilancio dell'Unione è uno dei principali strumenti per esprimere il principio di solidarietà (art. 2 TUE, seconda frase); uno dei principi fondamentali del diritto dell'Unione, basato sulla fiducia reciproca tra gli Stati membri, nell'utilizzo responsabile delle risorse comuni provenienti dal bilancio dell'Unione[44]. Dall'altra, confermando quanto già affermato dal regolamento condizionalità, ovvero che "la nozione di "Stato di diritto", come definita ai fini dell'applicazione del regolamento, è da intendersi alla luce degli altri valori e principi dell'Unione sanciti nell'articolo 2 TUE"[45].

tous but based on a deliberate constitutional choice of liberal democracy, government limited by law, separation of powers and protection of individual and minority rights".

[42] Parere della Corte del 18 dicembre 2014, 2/13, *Progetto di accordo internazionale sull'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, punto 172.

[43] Come già anticipato, secondo A. DE GREGORIO MERINO, Direttore del Servizio giuridico del Consiglio, il Parlamento avrebbe cercato di estendere l'ambito di applicazione all' intero art. 2 TUE, salvo arrendersi dinnanzi alla difficoltà di individuare un nesso tra le violazioni degli altri valori e la protezione del bilancio: "El empeño del Consejo en que el instrumento conserve su naturaleza eminentemente presupuestaria se hace también evidente en las negociaciones con el Parlamento: este pretendía extender la aplicación del mecanismo a la violación de cualquier valor del art. 2 TUE. Este intento fue abandonado a consecuencia de la dificultad de establecer un vínculo entre el amplio catálogo de valores y la protección del presupuesto" (*El nuevo régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 71, n. 1, 2022, p. 17).

[44] *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 147; *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 129.

[45] Ne consegue, prosegue la Corte, che "il rispetto di tali valori e di tali principi – in quanto

D'altronde, il regolamento 2021/1060 sulle disposizioni comuni, di cui si è discusso quale strumento di condizionalità complementare al regolamento 2020/2092, già prevede che, in sede di attuazione dei fondi, gli Stati membri e la Commissione "garantiscono il rispetto dei diritti fondamentali e la conformità alla Carta"[46].

Al di là di tali possibili sviluppi, appare opportuno domandarsi se e come il regolamento riuscirà a trovare concreta applicazione.

All'indomani delle elezioni generali ungheresi, che hanno confermato il governo Orban, la Commissione ha dato ufficialmente inizio alla procedura nei confronti dell'Ungheria[47]. Pertanto, esclusivamente tra qualche tempo si potrà valutare se la reale intenzione della Commissione sia quella di proseguire fino in fondo, oppure se l'attivazione del regolamento costituisca una minaccia strategica per persuadere tale Paese ad adeguarsi agli standard valoriali dell'Unione[48].

essi fanno parte della definizione stessa del valore dello "Stato di diritto" contenuto nell'articolo 2 TUE o, come emerge dalla seconda frase di tale articolo, sono intimamente collegati a una società rispettosa dello Stato di diritto – può essere richiesto nell'ambito di un meccanismo di condizionalità orizzontale come quello istituito dal regolamento impugnato" (punto 154).

[46] Art. 9. In dottrina, v. R. UITZ, *Funding Illiberal Democracy: The Case for Credible Budgetary Conditionality in the EU*, in *bridgenetwork.eu*, 2020, p. 12. V., in precedenza, comunicazione della Commissione, del 2 dicembre 2020, al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, al Comitato delle Regioni, Strategia dell'UE per rafforzare l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali, COM(2020) 711 final, dove si che "tutti i programmi sostenuti dai fondi dell'UE contemplati dal regolamento recante disposizioni comuni [RDC] devono essere in atto meccanismi efficaci che ne garantiscano la conformità alla Carta, dal loro inizio fino alla loro attuazione. Il regolamento RDC richiede che gli Stati membri definiscano quanto segue: - modalità per garantire la conformità dei programmi sostenuti dai fondi RDC e della relativa attuazione con le disposizioni della Carta. In tali modalità gli Stati membri dovrebbero, ad esempio, definire il ruolo e i compiti delle diverse autorità e organismi; coinvolti nel garantire la conformità dei programmi alla Carta e spiegare in quale modo verrà verificata la conformità alla Carta durante l'attuazione dei programmi; - modalità di rendicontazione ai comitati di sorveglianza dei casi di non conformità alla Carta delle operazioni sostenute dai fondi RDC e denunce riguardanti la Carta. Gli Stati membri dovrebbero, ad esempio, spiegare in che modo e con che frequenza segnaleranno tali questioni ai comitati di sorveglianza. Le segnalazioni dovrebbero indicare quali misure correttive sono state adottate, in che modo si preverranno tali casi in futuro e quali meccanismi di ricorso esistono o sono stati messi in atto".

[47] *Hungary: Commission officially launches procedure linking bloc funds to rule of law*, in *euractiv.com*, 27 April 2022.

[48] Si pensi al dietrofront di alcune amministrazioni locali polacche che si erano dichiarate, in precedenza, "LGBTQI free zones", sotto la sola minaccia di una possibile applicazione futura del regolamento: *Commission questions Hungary and Poland on corruption*, *judiciary*, in *politico.eu*, 20 November 2021.

Ciò nonostante, i pretesti che potrebbero in pratica impedirne l'attuazione non sembrano né pochi, né tantomeno irragionevoli. Il riferimento è non soltanto alle già espresse difficoltà applicative che riguardano il gravoso onere della prova ricadente sulla Commissione, quanto alle ragioni di carattere diplomatico o legate ad una precisa strategia politica.

La possibilità riconosciuta in via "eccezionale" allo Stato membro, soggetto alla procedura, di rinviare la questione al Consiglio europeo, in caso di violazione dei principi di obiettività, non discriminazione e parità di trattamento resta un'ipotesi concreta da non sottovalutare e che potrebbe rappresentare l'ennesima interferenza intergovernativa nel processo di tutela dei valori dell'Unione.

Per di più, il recente conflitto, scatenato dalla Russia in territorio ucraino, ha visto la Polonia tra i Paesi in prima fila nell'azione di supporto dell'Unione[49], il che rende l'attivazione del regolamento, almeno per il momento, alquanto improbabile, per evidenti ragioni politiche.

Tra l'altro, se così fosse, non si tratterebbe della prima volta in cui un meccanismo di condizionalità nell'ordinamento dell'Unione resti lettera morta. Si ricorda, che le misure necessarie per correggere il disavanzo eccessivo di bilancio di uno Stato membro, che pure sono assunte a maggioranza qualificata dei membri del Consiglio, non sono mai state adottate (art. 126 TFUE)[50].

[49] J. ALBERTI, *Adelante, presto, con juicio*, cit., pp. 43 e 44: "Tuttavia, è del tutto evidente che la situazione creatasi in Ucraina chiaramente inciderà sui margini politici di attivazione del nuovo meccanismo. […] D'altro canto, è evidente che in un momento in cui la sola Polonia ospita la metà dei profughi ucraini e in cui le sfide più importanti per il futuro del processo di integrazione europea sono da raccogliere con decisioni da prendersi all'unanimità, per il noto peso intergovernativo che ancora ammanta la politica estera e di sicurezza comune, potrebbe non essere saggio aprire fronti di contrasto così profondi come quelli relativi al rispetto di valori comuni"; E. PERILLO, *Il rispetto dello "Stato di diritto europeo" alla luce delle sentenze Ungheria e Polonia sulla clausola di condizionalità finanziaria. Quali prospettive?*, in *BlogDUE*, 16 marzo 2022, p. 3: "Peraltro, aldilà delle prossime scadenze elettorali nazionali, invocate da diverse parti come motivo per giustificare un eventuale rinvio dell'applicazione di detta clausola, Ungheria e Polonia sono gli Stati membri dell'Unione che, insieme con la Romania, hanno il maggior numero di chilometri di frontiera in comune con Bielorussia e Ucraina. Applicare loro la clausola di condizionalità, che comporta la sospensione di molti milioni di euro, a fronte dell'esodo massiccio cha dalla Ucraina sta attualmente avendo luogo verso questi Paesi (e che purtroppo non accenna a diminuire) può indubbiamente apparire, agli occhi dell'opinione pubblica europea, cosa particolarmente vessatoria.

[50] Cfr. J. ŁACNY, *op. cit.*, p. 103; E. PERILLO, *Il rispetto dello "Stato di diritto europeo"*, cit., p. 2: "[occorre ricordarsi] del bruciante smacco subito dalla Commissione quando, nel

A tali difficoltà va aggiunta l'ennesima dichiarazione *ultra vires* da parte del Tribunale costituzionale polacco. Come già accaduto per le pronunce della Corte all'esito dei ricorsi per infrazione sulle riforme della giustizia, il pubblico ministero ha invitato il *Trybunał Konstytucyjny* a valutare la compatibilità del regolamento condizionalità e, dunque, della decisione della Corte sullo stesso, con la Costituzione polacca[51]. Invero, il pubblico ministero ritiene che l'interpretazione arbitraria delle norme dei Trattati, alla base dell'adozione del regolamento, non vincoli l'ordinamento polacco, in quanto trascende le competenze attribuite all'Unione dagli Stati membri.

Per inciso, una tale dichiarazione rischia di causare effetti controproducenti per la Polonia stessa, facilitando notevolmente l'attivazione del meccanismo. La mancata "esecuzione" della sentenza della Corte sul regolamento condizionalità fornirebbe alla Commissione una prova robusta dell'esistenza di una violazione dei princìpi dello Stato di diritto (legalità, *in primis*) che presentano un evidente nesso di collegamento con il bilancio dell'Unione.

In ogni caso, l'approvazione del regolamento condizionalità denota un cambio di paradigma notevole all'interno dell'ordinamento dell'Unione. Fino a pochi anni fa, la condizionalità politica costituiva soltanto uno strumento dell'azione esterna per imporre nei Paesi terzi l'elevato *standard* valoriale dell'Unione, ritenuto un *benchmark* globale[52]. Nondimeno, le violazioni sistemiche allo Stato di diritto all'interno dei confini dell'Unione hanno costretto a rivedere i meccanismi di tutela dei valori fondanti, ma soprattutto a riflettere contestualmente sulle relazioni dell'Unione con gli Stati membri.

L'affermazione della condizionalità politica nell'azione interna rispecchia un nuovo convincimento, alla luce del quale gli Stati devono rispettare un preciso codice di condotta in cambio dei vantaggi derivanti dalla partecipazione all'Unione, non essendo più sufficiente la mera adesione "virtuale" ai valori espressi dall'art. 2

novembre del 2003, il Consiglio aveva sospeso sbrigativamente, andando forse al di là delle sue competenze, la procedura per *deficit* eccessivo che quest'ultima aveva coraggiosamente aperto a carico di Francia e Germania" (enfasi aggiunta).

[51] L'ultima udienza è stata aggiornata proprio il 16 febbraio 2022, data di emanazione delle pronunce della Corte (ricorso K 1/22, disponibile in trybunal.gov.pl).

[52] Tanto da spingere I. MANNERS a ritenere che "the notion of the EU represent[s] a normative power in world politics" (*Normative Power Europe: A Contradiction in Terms?*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 40, n. 2, 2002, p. 253).

TUE. Tant'è vero che non pare errato riferirsi ad essa come una forma di condizionalità giuridica, prima ancora che politica. Nei fatti, tale condizionalità richiama ad una solidarietà non più basata sulla fiducia reciproca incondizionata, e a tratti cieca, ma strettamente legata alla responsabilità[53], così da rafforzarne gli obblighi internazionali su cui, è bene ricordare, l'Unione si fonda. Del resto, la condizionalità è divenuta oramai lo strumento *tipico* delle istituzioni dell'Unione per risolvere le numerose crisi emergenziali che essa è stata chiamata ad affrontare nell'ultimo decennio (economica[54], migratoria[55], pandemica[56], valoriale, per l'appunto), spesso sotto l'impulso degli stessi Stati membri.

Spingendo la riflessione ancor oltre, occorre chiedersi se e in che misura il diffuso utilizzo della condizionalità politica, nella dimensione interna dell'UE, rappresenti anche il segno di un processo di "mutazione", o meglio di evoluzione, di tale ordinamento.

[53] A. DE GREGORIO MERINO, *op. cit.*, p. 21: «La condicionalidad es el vínculo que une solidaridad y responsabilidad». V. anche le conclusioni dell'avv. gen. Campos Sánchez-Bordona alla causa *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., punti 110 e 111: «La condizionalità finanziaria implica un nesso tra solidarietà e responsabilità. L'Unione trasferisce risorse del suo bilancio agli Stati membri a condizione che siano spese in modo responsabile, il che implica che ciò sia fatto in accordo con i valori dell'Unione, come quello dello Stato di diritto. Solo se l'esecuzione del bilancio rispetta i valori dell'Unione vi sarà la sufficiente fiducia reciproca tra gli Stati membri nel momento in cui all'Unione stessa vengono forniti i mezzi finanziari indispensabili per raggiungere i suoi obiettivi. È chiaro che tale nuova dimensione della tecnica della condizionalità ha implicazioni che incidono significativamente sulle relazioni dell'Unione con gli Stati membri». Il nuovo paradigma sembra perfettamente riassumibile nell'espression di F. SCHIMMELFENNIG, U. SEDELMEIER: «reinforcement by reward» (*Governance by conditionality: EU rule transfer to the candidate countries of Central and Eastern Europe*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 11, n. 4, 2004, p. 670).

[54] Si fa riferimento alla condizionalità economica imposta dal MES.

[55] V., ad esempio, l'art. 4 del regolamento (UE) 2021/1148 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 luglio 2021, che istituisce, nell'ambito del Fondo per la gestione integrata delle frontiere, lo Strumento di sostegno finanziario per la gestione delle frontiere e la politica dei visti: "Le azioni finanziate nell'ambito dello Strumento sono attuate nel pieno rispetto dei diritti e dei principi sanciti dall'acquis dell'Unione e dalla Carta nonché degli obblighi internazionali dell'Unione in materia di diritti fondamentali, garantendo in particolare l'osservanza dei principi di non discriminazione e di non respingimento".

[56] Si allude alle riforme imposte agli Stati per l'ottenimento dei fondi legati al *Next Generation EU*. V. T. TRIDIMAS, *Editorial Note: Recovery Plan and Rule of Law Conditionality: A New Era Beckons?*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, vol. 16, 2020, p. VII ss.

La condizionalità, intesa in senso negativo, sembra aver legittimato l'idea che penalizzare i Paesi che non condividono (più) la base valoriale dell'Unione non contrasti con i limiti imposti dai Trattati. Altrimenti detto, laddove talune sensibilità nazionali ostacolino un disegno di approfondimento coerente dell'integrazione differenziata, dedicandosi soltanto alla ricerca del più vantaggioso compromesso, l'isolamento, e semmai l'esclusione, di tali componenti non rappresentano già un'opera di disgregamento, quanto di rafforzamento del progetto europeista, sia pure tra un numero minore di Stati. La permanenza nell'Unione di Stati membri che hanno commesso gravi violazioni dei valori fondanti potrebbe minarne le fondamenta dall'interno. Di tal guisa, favorire l'*exit* degli Stati, che non condividono più (o non più del tutto) i valori alla base della costruzione europea, potrebbe rivelarsi un fattore di accelerazione del processo di integrazione fra chi, al contrario, in quei valori continua a credere.

Perciò, se mai sarà possibile riaprire una proficua stagione di revisione dei Trattati, non sembra più un tabù suggerire che i negoziati si concentrino sulla predisposizione di un meccanismo di "uscita forzata" degli Stati dall'Unione nell'ipotesi di gravi e reiterati attacchi ai pilastri dell'architettura europea[57].

[57] "[…] trovare il coraggio per lasciare liberi di un sostanziale *opting out* o di *exit* i Paesi membri scontenti del rispetto dei principi della *Rule of Law* [è una] ipotesi sull[a] qual[e] c'è almeno da riflettere": G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *La BCE e la Corte di giustizia sul banco degli accusati del Tribunale costituzionale tedesco*, in *dirittounioneeuropea.eu*, 11 maggio 2020, pp. 21 e 22.

L'INDIPENDENZA DEI GIUDICI NEL *RULE OF LAW BACKSLIDING* E LA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA EUROPEA IN MATERIA PENALE

Giulia Colavecchio[*]

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La tutela del *Rule of Law* in tempo di crisi. – 3. Il principio di indipendenza dei giudici, una nozione *in itinere*. – 4. L'applicazione della "dottrina delle circostanze eccezionali" nell'esecuzione del mandato di arresto europeo nel *Rule of Law backsliding*, il caso *LM*. – 5. La nozione di "autorità giudiziaria" e il principio di indipendenza dei giudici. – 6. Indipendenti, ma non sempre. La nozione di autorità giudiziaria nell'ambito della giurisprudenza della Corte in materia di ordine europeo di indagine. – 7. Sviluppi giurisprudenziali e considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

La cooperazione giudiziaria in materia penale è un ambito particolarmente delicato nello sviluppo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea, per via della intrusività delle misure adottabili sulla sfera dei diritti individuali.

Affinché i molteplici strumenti previsti dall'ordinamento dell'Unione in tale ambito funzionino correttamente è necessario un elevato livello di fiducia tra gli Stati membri, che è alla base del principio del mutuo riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie adottate da ogni Stato membro.

La mutua fiducia, tuttavia, non può essere considerata una fiducia cieca[1]

[*] Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Messina.

[1] Cfr. L. S. ROSSI, *Fiducia reciproca e mandato d'arresto europeo. Il "salto nel buio" e la rete di protezione*, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, n. 1, 2021; K. LENAERTS, *La vie apré l'avis: exploring the principle of mutual (yet not blind) trust*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 805 ss.; S. PRECHAL, *Mutual Trust Before the Court of Justice of the European Union*, in *europeanpapers.eu*, n. 2, 2017, p. 85; G. ANAGNOSTARAS, *Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European ar-*

e presuppone il rispetto dei valori contenuti nell'articolo 2 TUE, tra cui lo Stato di diritto, sui quali l'Unione europea si fonda, e che sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata, in particolare, dalla giustizia[2].

La condivisione dei valori fondativi "implica e giustifica l'esistenza della fiducia reciproca tra gli Stati membri (… e il) rispetto del diritto dell'Unione che li attua"[3] e, conseguentemente, la mutua fiducia tra i giudici degli Stati dell'Unione[4].

Secondo quanto già indicato dalla Commissione nella comunicazione "Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto" la mutua fiducia "verrà costruita e confermata soltanto se lo Stato di diritto verrà rispettato in tutti gli Stati membri"[5].

Negli ultimi anni si è assistito ad un serrato dibattito sullo Stato di diritto nell'Unione europea[6], che consegue alla preoccupazione per quello che in dottrina è stato definito il *Rule of Law backsliding*[7], un arretramento delle garanzie minime dello Stato di diritto, con particolare riguardo alla Polonia e all'Ungheria[8].

rest warrant: Aranyosi and Caldararu, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 1675 ss.; H. BANG FUGLSANG MADSEN SØRENSENS, *Mutual Trust - Blind Trust or General Trust with Exceptions? The CJEU Hears Key Cases on the European Arrest Warrant*, in *Pécs Journal of International and European Law*, n. 1, 2016, pp. 56-62.

[2] Sentenza della Corte del 18 maggio 2021, cause riunite C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19, C-397/19, *Asociaţia «Forumul Judecătorilor din România»*, punto 160; del 20 aprile 2021, causa C-896/19, *Repubblika*, punto 62.

[3] Parere 2/13 della Corte, del 18 dicembre 2014, punto 168.

[4] Sentenza *Repubblika*, cit., punto 62.

[5] Comunicazione della Commissione, dell'11 marzo 2014, *Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, COM (2014) 158final, punto 1.

[6] Quello che già nel 2016 Magen definisce come "the great Rule of Law debate in the EU". Vedi A. MAGEN, *Cracks in the Foundations: Understanding the Great Rule ofLaw Debate in the EU*, in *Journal of Common Market Studies*, 2016, pp. 1050-1061.

[7] Vedi *inter alios* A. GORA, P. DE WILDE, *The essence of democratic backsliding in the European Union: deliberation and rule of law*, in *Journal of European Public Policy*, 2022, p. 342 ss.; E. TURKUT, *The Venice Commission and Rule of Law Backsliding in Turkey, Poland and Hungary*, in *European Convention on Human Rights Law Review*, n. 2, 2021, p. 209 ss.; L. PECH, K. L. SCHEPPELE, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, n. 19, 2017, p. 3 ss.

[8] Particolare preoccupazione hanno destato anche gli orientamenti espressi dalle Corti costituzionali di tali Stati in relazione alla tutela dello Stato di diritto e al primato del diritto

Il *Rule of Law backsliding* rappresenta una minaccia effettiva, capace di minare la mutua fiducia tra gli Stati e conseguentemente il funzionamento degli strumenti di cooperazione basati sul riconoscimento reciproco. Ciò costringe le istituzioni europee e la dottrina ad interrogarsi sull'efficacia dei rimedi esistenti a protezione dei valori contenuti nell'articolo 2 TUE, anche in ragione della scarsa efficacia che finora hanno dimostrato gli strumenti politici di tutela di tali valori, come dimostra lo stallo delle procedure avviate nei confronti della Polonia e dell'Ungheria *ex* articolo 7 TUE.

Nell'*impasse* politica, rilevante si è dimostrato il ruolo della Corte di giustizia nella tutela dello Stato di diritto nell'Unione. Se a tal fine lo strumento principale è certamente il ricorso per infrazione[9], un ruolo seppur limitato, ma non marginale, scaturisce dalla competenza in via pregiudiziale del giudice dell'Unione.

Nelle pagine che seguono, partendo dalla nozione di Stato di diritto nell'Unione europea, si ricostruiscono i profili formali e sostanziali relativi all'indipendenza dei giudici, focalizzando poi l'attenzione sull'evoluzione della tutela del *Rule of Law* nella giurisprudenza della Corte di giustizia, con particolare riguardo all'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale.

dell'Unione. Per approfondire, vedi R. PALLADINO, A. FESTA, *Il primato del diritto dell'Unione europea nei dissoi logoi tra la Corte di giustizia e le Alte Corti ungherese, polacca e rumena. Questioni sullo Stato di diritto*, in *rivista.eurojus.it*, n. 2, 2022, p. 46 ss.; G. CAGGIANO, *La Corte di giustizia difende il principio del primato a fronte della ribellione delle corti costituzionali di Polonia, Ungheria, e Romania*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2021, p. 473 ss.; A. CIRCOLO, *Ultra vires e Rule of law: a proposito della recente sentenza del Tribunale costituzionale polacco sul regime disciplinare dei giudici*, in *I Post di AISDUE*, 2021; C. CURTI GIALDINO, *In cammino verso la Polexit? Prime considerazioni sulla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, in *federalismi.it*, n. 24, 2021, pp. iv-xxix; P. MORI, *Il primato dei valori comuni nell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2021, p. 427 ss.

[9] M. ARANCI, *I recenti interventi della Corte di giustizia a tutela della rule of law in relazione alla crisi polacca*, in *europeanpapers.eu*, 2019, p. 271 ss.; 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 c. Polonia*, in *rivista.eurojus.it*, n. 3, 2019, p. 49 ss.; M. SCHMIDT, P. BOGDANOWICZ, *The Infringement Procedure in the Rule of Law Crisis: How to make Effective Use of Article 258 TFEU*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 1061 ss.

2. *La tutela del* Rule of Law *in tempo di crisi*

In uno Stato fondato sul *Rule of Law*, l'ordinamento giuridico complessivo, con il suo sistema di pesi e contrappesi, deve tutelare le libertà politiche e civili, i diritti umani e contenere adeguate garanzie procedurali. Deve inoltre essere possibile per gli individui far valere i propri diritti anche nei confronti dello Stato.

Il concetto di Stato di diritto nell'Unione europea presenta, oltre a una dimensione propria di ogni singolo Stato membro, una dimensione interna all'Unione, intesa – utilizzando la nota espressione della Corte – come "Comunità di diritto", in cui gli Stati membri e le istituzioni sono soggetti ad un controllo di validità dei loro atti rispetto ai Trattati istitutivi e ai principi generali del diritto[10].

L'onere di garantire un adeguato controllo giurisdizionale, in quella che oggi potremmo chiamare "Unione di diritto"[11], è affidato congiuntamente alla Corte di giustizia e ai giudici nazionali.

Il *toolbox* a disposizione dell'Unione a tutela dello Stato di diritto è piuttosto vario, comprendendo strumenti tanto di natura politica quanto di natura giurisdizionale.

Tra gli strumenti di natura politica previsti rientrano certamente le già menzionate procedure preventive e sanzionatorie previste dall'articolo 7 TUE che, come sottolineato dalla Commissione, possono essere attivate a prescindere dal settore nel quale interviene la violazione, travalicando le materie di competenza dell'Unione[12].

Altro strumento politico utilizzato nell'attività di contrasto del *Rule of Law backsliding* è la procedura prevista dal "Nuovo quadro per il rafforza-

[10] Sentenza della Corte del 23 aprile 1986, causa 294/83, *Les Verts c. Parlamento*, punto 23; si vedano anche sentenza della Corte del 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 e C-415/05, *Kadi* e *Al Barakaat International Foundation*, punti 81, 281 e 316; del 25 luglio 2002, C-50/00, *Unión de Pequeños Agricultores*, punti 38 e 39.

[11] L'espressione "Unione di diritto" è stata in tempi più recenti utilizzata dalla Corte con identità di significato della nozione di "Comunità di diritto". Vedi sentenza della Corte del 25 giugno 2018, causa C-216/18 PPU, *LM*, punto 49; del 27 dicembre 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, punto 31.

[12] Comunicazione della Commissione in merito all'articolo 7 del trattato sull'Unione europea, del 15 ottobre 2003, *Rispettare e promuovere i valori sui quali è fondata l'Unione*, COM (2003) 606def., punto 1.1.

mento dello Stato di diritto", meccanismo utilizzabile qualora gli Stati membri adottino misure o tollerino situazioni che potrebbero costituire una violazione dell'integrità, della stabilità e del funzionamento delle proprie istituzioni[13]; nonché il meccanismo europeo per lo Stato di diritto, una procedura annuale di dialogo e monitoraggio tra i governi nazionali e le istituzioni europee[14].

Merita di essere menzionato tra gli strumenti a tutela del *Rule of Law* il regolamento 2020/2092[15] che istituisce delle condizionalità relative alle minacce al *budget* europeo provocate da violazioni dello Stato di diritto; regolamento che, nonostante la sentenza della Corte che ne conferma la validità[16] e la pubblicazione delle linee guida di applicazione da parte della Commissione[17], tarda ad essere attivato.

Tra gli strumenti giurisdizionali possiamo invece annoverare le procedure di infrazione e i ricorsi in via pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia. Alla Corte è affidato un ruolo di grande rilevanza anche a tutela delle garanzie dell'individuo in materia penale e processuale penale in funzione del passaggio da un sistema di cooperazione intergovernativo ad un modello prevalentemente basato sull'applicazione del principio del riconoscimento reci-

[13] Strumento attivato dalla Commissione per la prima volta il 13 gennaio 2016 nei confronti della Polonia.

[14] Comunicazione della Commissione, del 17 luglio 2019, *Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione - Programma d'azione*, COM (2019) 343final.

[15] Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2020, relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione. Su tale atto normativo vedi *ex plurimis*, B. NASCIMBENE, *Stato di diritto, bilancio e Corte di giustizia*, in *rivista.eurojus.it*, n. 2, 2022, p. 114 ss.; B. NASCIMBENE, *Il rispetto della rule of law e lo strumento finanziario. La "condizionalità"*, in *rivista.eurojus.it*, n. 3, 2021, p. 172 ss.; K. L. SCHEPPELE, L. PECH, S. PLATON, *Compromising the Rule of Law while Compromising on the Rule of Law*, in *verfassungsblog.de*, 2020.

[16] Sentenza della Corte del 16 febbraio 2022, cause riunite C-156/21 e C-157/21, *Ungheria e Polonia c. Parlamento e Consiglio*. Per un commento vedi J. ALBERTI, *Adelante presto con juicio. Prime considerazioni sulla sentenza della Corte di giustizia che sancisce la legittimità del "Regolamento di condizionalità"*, in *rivista.eurojus.it*, n. 2, 2022, p. 25 ss.; P. MORI, *La Corte di giustizia conferma la legittimità del regolamento sulla condizionalità finanziaria. L'Italia, unico tra gli Stati fondatori, non interviene*, in *BlogDUE*, 17 febbraio 2022.

[17] Comunicazione della Commissione, del 2 marzo 2022, *Orientamenti sull'applicazione del regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione*, C (2022)1382final.

proco delle decisioni giudiziarie. Questa circolazione delle sentenze nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia amplia *ratione loci* il potere punitivo dello Stato tendendo verso un'articolazione europea della potestà punitiva, in un contesto, tuttavia, ancora caratterizzato da una scarsa armonizzazione tra gli ordinamenti.

Divengono dunque fondamentali nello spazio europeo le progressive definizioni delle nozioni autonome di "indipendenza dei giudici" e di "autorità giudiziaria" proprie del diritto dell'Unione. Indubbio interesse ha suscitato, inoltre, l'applicazione della "dottrina delle circostanze eccezionali" nell'esecuzione del mandato di arresto europeo (MAE) nella sentenza *LM*, in cui la Corte ha esteso l'ambito di applicazione del *two-step test* – elaborato in *Aranyosi e Căldăraru*[18] – qualora sussista un rischio reale di violazione del diritto del destinatario del provvedimento ad un equo processo a fronte di carenze sistemiche o generalizzate relative all'indipendenza dei giudici.

3. *Il principio di indipendenza dei giudici, una nozione* in itinere

Il principio di indipendenza dei giudici è una componente essenziale del diritto fondamentale ad un equo processo tutelato dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La Corte di giustizia lo eleva a principio cardine, garanzia della tutela complessiva dei diritti derivanti al singolo dal diritto dell'Unione e della salvaguardia dei valori comuni agli Stati membri enunciati all'articolo 2 TUE, in particolar modo dello Stato di diritto[19].

Se per lunghi anni è sembrato che i valori sanciti dai Trattati e dalla Carta dei diritti fondamentali, tra cui il rispetto dello Stato di diritto, fossero "uncontested and incontestable", negli ultimi tempi qualcosa è cambiato[20]. La necessità di preservare il principio di indipendenza dei giudici – in un momento di crisi istituzionale caratterizzato dal *Rule of Law backsliding* – è quindi, come è stato autorevolmente affermato, direttamente collegata al

[18] Sentenza della Corte del 5 aprile 2016, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, *Aranyosi e Căldăraru*.

[19] Sentenza *LM*, cit., punto 48.

[20] T. VON DANWITZ, *Values and the Rule of Law: Foundations of the European Union- An Inside Perpective from the ECJ*, *in Potchefstroomse electonic law journal*, 2018, p. 1 ss.

mantenimento dell'Unione europea come «a "Union of democracies" a "Union of rights" a "Union of justice"», al fine di garantire alle generazioni future di europei di godere della propria sfera di libertà individuale al riparo dall'ingerenza pubblica[21].

La nozione di indipendenza dei giudici nel diritto dell'Unione europea ha una triplice base giuridica nel diritto primario, una valenza "tridimensionale"[22], che – come chiarito nella sentenza *Land Hessen* – è relativa: 1) al principio dello Stato di diritto, valore su cui si fonda l'Unione *ex* articolo 2 TUE, nonché la concretizzazione di tale valore *ex* articolo 19 TUE che affida ai giudici interni degli Stati membri l'onere di garantire il controllo giurisdizionale; 2) all'articolo 47 della Carta che sancisce il diritto ad un giudice indipendente ed imparziale, che si pone a garanzia dell'insieme dei diritti conferiti ai singoli dal diritto dell'Unione; 3) all'articolo 267 TFUE, in considerazione del fatto che il meccanismo di rinvio pregiudiziale può essere attivato esclusivamente da un giudice, incaricato dell'applicazione del diritto dell'Unione, che soddisfi il criterio dell'indipendenza[23].

Nella sua costante elaborazione giurisprudenziale, la Corte ha ritenuto che le garanzie di indipendenza ed imparzialità delle Corti e dei Tribunali che statuiscono nei settori di rilevanza del diritto dell'Unione europea, necessitano di un *background* di regole relative in particolare alla composizione dell'organo, alla nomina, alla durata delle funzioni, nonché alle cause di astensione, di ricusazione e di revoca dei suoi membri[24]. Questo apparato normativo è il presupposto per dissipare i dubbi legittimi che i singoli possano porsi rispetto all'impermeabilità di quel determinato organo giurisdizionale verso pressioni ed elementi esterni, nonché relativamente alla garanzia di neutralità rispetto agli interessi contrapposti[25].

[21] K. LENAERTS, *New Horizons for the Rule of Law Within the EU*, in *German Law Journal*, 2020, p. 34.

[22] L. S. ROSSI, *op. cit.*, p. 7.

[23] Sentenza della Corte del 9 luglio 2020, causa C-272/19, *Land Hessen*, punto 45.

[24] In particolare, la Corte ritiene che sussista una riserva di legge rispetto i casi di revoca dei membri di un organo giudiziario, affinché sia soddisfatto il requisito dell'indipendenza. Sentenza *LM*, cit., punto 66; sentenza della Corte del 9 ottobre 2014, causa C-222/13, *TDC*, punto 32 e giurisprudenza *ivi* citata.

[25] Sentenza della Corte del 2 marzo 2021, causa C-824/18, *A.B. e a.*, punto 117; del 19 novembre 2019, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. e a.*, punto 123; del 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte suprema)*,

Un passo fondamentale verso la tutela del principio di indipendenza dei giudici, seppur non relativo alla cooperazione giudiziaria in materia penale, è rappresentato dalla sentenza *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*[26]. Il caso dei "giudici portoghesi", attinente ad una riduzione stipendiale, era stato inizialmente considerato una questione avente ad oggetto misure di austerità in materia di bilancio adottate da uno Stato membro nel contesto di impegni assunti nei confronti dell'Unione. Questa considerazione era suffragata anche dalle conclusioni dell'Avvocato generale Saugmandsgaard Øe[27], il quale ha sostenuto l'applicabilità della Carta alle misure relative al MES[28].

La Corte per la risoluzione del caso ha, invece, seguito una strada diversa e per nulla scontata, discostandosi dalle argomentazioni dell'AG sull'applicabilità della Carta alle misure di austerità legate al MES, ritenendo si trattasse di un caso di tutela dello Stato di diritto.

Il giudice dell'Unione ha *ivi* fatto emergere un potere dell'Unione teso a limitare la competenza degli Stati di organizzazione del potere giudiziario nazionale, utilizzando come base giuridica l'articolo 19 del TUE di cui ha esteso l'ambito di applicazione e rafforzato il contenuto sostanziale. Si tratta di una svolta cruciale, in quanto tale questione era stata fino ad allora percepita come una prerogativa degli Stati membri, profondamente radicata nel concetto di sovranità nazionale[29].

Nello specifico, la Corte ha adottato una interpretazione estensiva dell'espressione "nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione" contenuta nell'articolo 19 TUE[30], ricomprendendo nell'ambito di applicazione di tale

punto 74; sentenza *LM*, cit., punto 66; del 19 settembre 2006, causa C-506/04, *Wilson*, punto 53.

[26] Sentenza *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, cit.; vedi M. KRAJEWSKI, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses: The Court of Justice and Athena's Dilemma*, in *europeanpapers.eu*, 2018, pp. 395-407.

[27] Conclusioni dell'Avvocato generale Saugmandsgaard Øe, del 18 maggio 2017, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*.

[28] In particolare, relativamente alla decisione di esecuzione del Consiglio, del 23 aprile 2014, che modifica la decisione di esecuzione 2011/344/UE sulla concessione di assistenza finanziaria dell'Unione al Portogallo (2014/234/UE).

[29] M. KRAJEWSKI, *op. cit.*, p. 396.

[30] Art. 19 par. 1 TUE: "(…) Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione".

disposizione questioni non connesse ad alcuna competenza sostanziale dell'Unione. Il *key factor* per ricadere nella giurisdizione della Corte diviene quindi parte di una "sfera funzionale" relativa all'esercizio del potere giurisdizionale dei giudici interni come parte della magistratura europea[31], in un sistema simbiotico definito "cripto-federale"[32].

Per quanto invece attiene al contenuto sostanziale, la Corte ha di fatto allineato le previsioni dell'articolo 19 TUE a quanto sancito dall'articolo 47 della Carta, che riconosce il diritto a un tribunale indipendente, fornendo dunque una lettura di tale disposizione come contenente l'obbligo di garantire l'indipendenza dei giudici nazionali che agiscono nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione[33].

Questa sentenza rappresenta un momento centrale, aprendo la strada al giudice dell'Unione per la valutazione di qualsiasi disposizione di diritto interno che possa minare l'indipendenza del potere giudiziario[34].

La peculiarità di siffatto impianto argomentativo ha indotto una parte della dottrina a ritenere che questa sentenza – pur trattando formalmente della retribuzione dei giudici portoghesi – sia stata emessa con uno "sguardo presbite"[35] sulla questione polacca, con le sue controverse riforme del sistema giudiziario[36]. Difatti, ampliando per via interpretativa la portata del prin-

[31] M. BONELLI, M. CLAES, *Judicial Serendipity: How Portuguese Judges Came to the Rescue of the Polish Judiciary*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, p. 631.

[32] Come evidenziato in dottrina, si delinea un carattere definito "cripto-federale" dell'ordinamento giudiziario europeo, caratterizzato da una struttura ibrida che emerge da una combinazione tra i sistemi giurisdizionali nazionali e la Corte di giustizia, dando luogo ad un sistema di tutela giurisdizionale autonomo ed unitario che presenta quale collante il meccanismo del rinvio pregiudiziale. Caratteristica sotto questo profilo la contestuale appartenenza dei giudici nazionali ad entrambi i sistemi, nazionale ed europeo, e la "modifica dei loro poteri secondo linee di ripartizione che non sono chiaramente definibili sulla sola base di criteri di tipo materiale, ma che valorizzano spesso la sola dimensione funzionale". B. CORTESE, *L'ordinamento dell'unione europea, tra autocostituzione, collaborazione e autonomia*, Torino, 2018, pp. 91-96, in particolare pp. 94 e 95.

[33] M. BONELLI, *Intermezzo in the Rule of Law Play: The Court of Justice's LM Case*, in A. VON BOGDANDY ET AL. (eds.), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Berlin, 2021, p. 464.

[34] Come specificato *supra* in relazione ai giudici che agiscono nei settori regolamentati dal diritto dell'Unione, ovvero la quasi totalità delle corti e dei tribunali interni.

[35] Parafrasando la celebre espressione di Pietro Calamandrei sulla Costituzione italiana.

[36] M. BONELLI, M. CLAES, *Judicial Serendipity*, cit.; M. BONELLI, *Intermezzo in the Rule of*

cipio di indipendenza dei giudici, le riforme polacche della giustizia vengono ricomprese nel campo di applicazione del diritto dell'Unione.

Nella sentenza *Achmea* il giudice dell'Unione ha ulteriormente rafforzato il sentiero interpretativo intrapreso, richiamando quanto stabilito nel caso dei giudici portoghesi relativamente all'articolo 19, paragrafo 1, TUE e sottolineando il ruolo dei principi di fiducia reciproca e di leale collaborazione – fondati sui valori condivisi di cui all'articolo 2 TUE – al fine di garantire nei territori degli Stati membri "l'applicazione e il rispetto del diritto dell'Unione e adottare, a tal fine, ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai Trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione"[37].

Il ruolo della mutua fiducia, messo in luce nel caso *Achmea*, e il suo legame con il principio di indipendenza dei giudici è stato ulteriormente specificato, poche settimane dopo, nella sentenza *LM*, delineando una nuova eccezione al principio del riconoscimento reciproco nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale.

4. *L'applicazione della "dottrina delle circostanze eccezionali" nell'esecuzione del mandato di arresto europeo nel* Rule of Law backsliding*, il caso* LM

Il rispetto del principio dell'indipendenza del potere giudiziario nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale, relativamente all'esecuzione dei mandati di arresto europeo, è stato oggetto della nota sentenza *LM*[38], resa dalla Grande sezione della Corte il 25 luglio 2018, a seguito della domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla *High Court* irlandese.

Law Play, cit., p. 464; M. OVÁDEK, *Has the CJEU just Reconfigured the EU Constitutional Order?,* in *verfassungsblog.de*, 2018; M. TABOROWSKI, *CJEU Opens the Door for the Commission to Reconsider Charges against Poland*, in *verfassungsblog.de*, 2018; M. KRAJEWSKI, *op. cit.*, p. 402.

[37] Sentenza della Corte del 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Achmea*, punto 34. Vedi anche parere 2/13, cit., punti 168 e 173. M. FANOU, *The independence and impartiality of the hybrid CETA Investment Court System: Reflections in the aftermath of Opinion 1/17*, in *Europe and the World: A law review*, 2020, pp. 11 e 12.

[38] Per un commento della sentenza vedi P. BARD, W. VON BALLEGOIJ, *The CJEU in the Celmer case: One Step Forward, Two Steps Back for Upholding the Rule of Law Within the EU*, in *verfassungsblog.de*, 29 July 2018; M. DOROCIAK, W. LEWANDOWSKI, *A Check Move for the Principle of Mutual Trust from Dublin: The Celmer Case*, in *europeanpapers.eu*, 2018, p. 857 ss.

Il giudice dell'Unione ha in questa circostanza esteso la "dottrina delle circostanze eccezionali", elaborata nel parere 2/2013, che rappresenta un superamento della presunzione assoluta del rispetto dei diritti umani negli Stati membri basata sulla mutua fiducia, già applicata in relazione al MAE nel filone giurisprudenziale inaugurato con il *leading case Aranyosi e Căldăraru*[39].

In *Aranyosi e Căldăraru*, la Corte ha introdotto, difatti, un *test* di valutazione articolato su due livelli[40] – il c.d. *two-step test* – per verificare la sussistenza di "circostanze eccezionali", qualora l'autorità giudiziaria dello Stato membro di esecuzione disponga «di elementi che attestano un rischio concreto di trattamento inumano o degradante dei detenuti nello Stato membro emittente»[41].

La Corte di giustizia si è limitata quindi a fissare "una griglia di criteri interpretativi generali ed astratti"[42], lasciando al giudice dell'esecuzione l'onere di applicarli in relazione al caso concreto.

[39] Sulla sentenza *Aranyosi e Căldăraru* e le sue implicazioni cfr. *ex pluris* M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari "virtuosi" della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 2, 2017, p. 177 ss.; L. PANELLA, *Mandato di arresto europeo e protezione dei diritti umani: problemi irrisolti e "incoraggianti" sviluppi giurisprudenziali*, in *Freedom, Security & Justice:European Legal Studies*, n. 3, 2017, p. 5 ss.; E. ADOBATI, *La Corte di giustizia si pronuncia sulla tutela dei diritti fondamentali nell'ambito di un procedimento di mandato di arresto europeo precisando che lo stesso deve essere rinviato in caso di un serio rischio di trattamenti inumani o degradanti*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2016, p. 115 ss.; G. ASTA, *La sentenza della Corte di Lussemburgo sul caso Aranyosi e Căldăraru; una (difficile) coesistenza tra la tutela dei diritti fondamentali e mandato di arresto europeo*, in *Osservatorio AIC*, n. 2, 2016, p. 1 ss.; F. KORENICA, D. DOLI, *'No more Unconditional 'Mutual Trust' Between the Member States: An analysis of the Landmark Decision of the ECJ in Aranyosi and Ca˘lda˘raru'*, in *European Human Rights Law Review*, n. 5, 2016, p. 542 ss.; N. LAZZERINI, *Gli obblighi in materia di protezione dei diritti fondamentali come limite all'esecuzione del mandato di arresto europeo: la sentenza Aranyosi e Căldăraru*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 445 ss.; A. MARTUFI, *La Corte di giustizia al crocevia tra effettività del mandato d'arresto e inviolabilità dei diritti fondamentali*, in *Diritto penale e processo*, 2016, p. 1243 ss.

[40] Il primo livello consiste nel valutare le condizioni detentive dello Stato membro emittente, e, qualora queste siano suscettibili di costituire un rischio concreto di trattamenti inumani e degradanti il giudice dell'esecuzione dovrà compiere una valutazione individuale, di secondo livello, relativa al destinatario del MAE.

[41] Sentenza *Aranyosi e Căldăraru*, cit., punto 88.

[42] G. DE AMICIS, *Stato di diritto, garanzie europee di indipendenza della magistratura e cooperazione giudiziaria penale: quadri di un'esposizione in fieri*, in *Sistema penale*, 2021, p. 24. L'Autore rileva come questa "tecnica" sia riscontrabile sempre più di frequente nelle pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Tale "dottrina delle circostanze eccezionali" agisce come valvola di sicurezza per tutelare i valori fondamentali su cui si fonda l'Unione europea e favorire il corretto sviluppo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia[43].

La sentenza *LM*, conosciuta anche come caso *Celmer*, è significativa in relazione a due direttrici principali: in primo luogo, la Corte sviluppa le argomentazioni relative alla nozione e al significato di indipendenza dei giudici prendendo le mosse da quanto sostenuto nella sentenza *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*; in secondo luogo, viene posto un nuovo limite al principio del mutuo riconoscimento basato sulla fiducia reciproca nel contesto dell'esecuzione dei mandati di arresto europeo[44].

In tale pronuncia, il giudice dell'Unione ha, quindi, ritenuto di consentire una deroga all'esecuzione del MAE qualora si accerti l'esistenza di un rischio concreto di violazione del diritto del ricercato ad un giudice indipendente[45], tutelato dall'articolo 47, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali, che prevede il diritto ad un equo processo.

Nel giungere a questa conclusione la Corte ha fondato le sue argomentazioni su un *continuum* ermeneutico tra il diritto ad un equo processo e la tutela dei valori di cui all'articolo 2 TUE, utilizzando quale ponte tra le due norme il principio dell'indipendenza dei giudici[46].

Nel rinvio pregiudiziale il giudice irlandese – ritenendo che, "in ragione dell'incompatibilità dei poteri «ampi e incontrollati» del sistema giudiziario nella Repubblica di Polonia con quelli concessi in uno Stato democratico ret-

[43] D. GERARD, *Mutual Trust as Constitutionalism*, in E. BROUWER, D. GERARD (eds.), *Mapping Mutual Trust: Understanding and Framing the Role of Mutual Trust in EU Law*, *EUI Working Paper MWP*, n. 13, 2016, p. 69 ss.

[44] S. BIERNAT, P. FILIPEK, *The Assessment of Judicial Indipendence Following the CJEU Ruling in C-216/18 LM*, in A. VON BOGDANDY ET AL. (eds.), *op. cit.*, p. 405.

[45] Le problematiche legate al rispetto dello Stato di diritto e all'indipendenza dei giudici in Polonia sono molteplici e l'esecuzione dei mandati d'arresto europeo verso tale Stato membro ne rappresenta solo un tassello. Per un'analisi ampia vedi *ex multis*: C. CURTI GIALDINO, *op. cit.*; L. PECH, P. WACHOWIEC, D. MAZUR, *Poland's Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU's (in)Action*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2021, p. 1 ss.; P. MORI, *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi*, in *federalismi.it*, n. 8, 2020, p. 166 ss.

[46] C. DUPRÉ, *The Rule of Law, Fair Trial and Human Dignity: The Protection of EU Values After LM*, in A. VON BOGDANDY ET AL. (eds.), *op. cit.*, p. 433.

to dal principio dello Stato di diritto"[47], esistesse il rischio concreto che il destinatario del MAE venisse trattato arbitrariamente nel corso del procedimento a suo carico nello Stato emittente – ha sollevato alcune questioni interpretative sulla decisione quadro 2002/584/GAI, con riferimento alla procedura *ex* articolo 7 TUE in corso contro lo Stato membro emittente, ponendole in relazione al diritto ad un equo processo, senza sottolineare in modo specifico il principio di indipendenza dei giudici[48].

Si consideri, inoltre, che l'impatto dell'articolo 7 TUE sull'attuazione della decisione quadro 2002/584/GAI è duplice e assume una connotazione differente a seconda che il Consiglio abbia constatato una violazione grave dei valori dell'Unione in base a quanto previsto dal paragrafo 2 o qualora lo Stato membro emittente sia oggetto di una proposta motivata di un terzo degli Stati membri, del Parlamento europeo o della Commissione adottata *ex* paragrafo 1.

Relativamente alla prima fattispecie, come affermato nel considerando n. 10 della decisione quadro, il meccanismo del MAE può essere sospeso soltanto in presenza di una decisione del Consiglio europeo che constati una violazione grave e persistente nello Stato membro emittente dei princìpi sanciti all'articolo 2 TUE, e in questo caso segnatamente dello Stato di diritto, a cui ha fatto seguito una esplicita sospensione da parte del Consiglio dell'applicazione della decisione quadro 2002/584/GAI nei confronti di tale Stato membro[49]. Pertanto, in tale circostanza l'autorità giudiziaria dell'esecuzione sarebbe tenuta a rifiutare automaticamente l'esecuzione di ogni mandato d'arresto europeo emesso da quel determinato Stato membro.

[47] Sentenza *LM*, cit., punto 22.

[48] *Ibidem*, punto 25.

[49] *Ibidem*, punto 72. Cfr. T. KONSTADINIDES, *Judicial independence and the Rule of Law in the context of non-execution of a European Arrest Warrant: LM*, in *Common Market Law Review*, 2019, p. 743 ss.; P. ZINONOS, *Arrêt "L.M." de la Cour de justice: la confiance mutuelle à l'épreuve de la systématique de protection des droits et valeurs fondamentaux en cas de défaillances du système judiciaire d'un État membre*, in *Revue du Droit de l'Union européenne*, 2019, p. 205 ss.; D. AMOROSO, M.F. ORZAN, *Mandato d'arresto europeo e diritto a un giudice imparziale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2018, p. 2075 ss.; P. BÁRD, W. VAN BALLEGOOIJ, *Judicial independence as a precondition for mutual trust? The CJEU in Minister for Justice and Equality v. LM*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2018, p. 353 ss.; D. SARMIENTO, *A comment on the CJEU's judgment in LM*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, p. 385 ss.

Nella seconda circostanza, secondo il giudice dell'Unione, l'esecuzione del MAE può essere sospesa o rifiutata solo in circostanze eccezionali, attraverso una valutazione del caso concreto che accerti l'eventuale lesione del contenuto essenziale del diritto fondamentale del ricercato a un equo processo. Questa analisi, come accennato in precedenza, deve essere condotta seguendo la metodologia della valutazione su due livelli sviluppata in *Aranyosi e Căldăraru*, che in *LM* la Corte ha adattato alle specificità del diritto ad un equo processo.

In una prima fase, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione è dunque tenuta a stabilire in quale misura le carenze sistemiche o generalizzate relative all'indipendenza dei giudici nello Stato membro emittente possano avere un impatto sulle autorità giudiziarie competenti per i procedimenti a cui sarà sottoposto il destinatario del MAE[50]. In una seconda fase, invece, occorrerà accertare, con specifico riguardo all'individuo preso in considerazione, l'eventuale esistenza di "motivi seri e comprovati" tali da doversi ritenere che il ricercato corra un "rischio reale" di violazione del suo diritto fondamentale ad un equo processo, di cui l'indipendenza del giudice è un elemento essenziale[51]. Questo secondo *step* si espleta sempre attraverso il dialogo con il giudice emittente che è tenuto a fornire ogni informazione complementare necessaria per valutare tale rischio[52].

In questa valutazione il giudice dell'esecuzione deve effettuare un bilanciamento dei diritti, degli interessi e degli obiettivi in campo, tenendo conto anche della natura del reato per cui è perseguito il destinatario del MAE e delle circostanze di fatto poste alla base del mandato[53].

5. *La nozione di "autorità giudiziaria" e il principio di indipendenza dei giudici*

L'indipendenza del potere giudiziario è la nozione centrale su cui sono costruite le argomentazioni della Corte nella sentenza *LM*, che evidenzia co-

[50] Sentenza *LM*, cit., punto 74.

[51] *Ibidem*, punto 75.

[52] *Ibidem*, punti 76 e 77.

[53] *Ibidem*, punto 79. Tale bilanciamento rappresenta una chiara differenziazione rispetto alla tutela riservata dal giudice dell'Unione nel caso in cui l'esecuzione del MAE comporti il rischio di violazione di un diritto assoluto quale il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradati, contenuto nell'articolo 4 della Carta, da cui prende le mosse la creazione del *two-step test*.

me questo requisito attenga "al contenuto essenziale del diritto fondamentale a un equo processo, che riveste importanza cardinale quale garanzia della tutela dell'insieme dei diritti 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"[54]. In assenza di una piena indipendenza dei giudici l'ordinamento giuridico statale può fornire solo un'illusione di Stato di diritto, essendo compromessa la tutela dell'intero novero dei diritti dell'individuo[55].

Per valutare il requisito dell'indipendenza dei giudici deve tuttavia essere definita la nozione di "autorità giudiziaria", delineata dalla Corte nella sua funzione nomofilattica[56].

Relativamente al mandato di arresto europeo le autorità giudiziarie emittenti e di esecuzione sono determinate, sulla base del diritto interno di ciascuno Stato membro, secondo quanto stabilito *ex* articolo 6 della decisione quadro 2002/584/GAI.

Se l'individuazione dei giudici competenti in materia di MAE è appannaggio di ogni singolo Stato membro conformemente al principio di autonomia processuale, la Corte di giustizia, nella sua attività interpretativa, definisce il senso e la portata di "autorità giudiziaria" come nozione autonoma di diritto dell'Unione al fine di garantire un'applicazione uniforme della legislazione UE[57].

[54] Sentenza *LM*, cit., punto 48.

[55] S. BIERNAT, P. FILIPEK, *op. cit.*, p. 405.

[56] Sul tema vedi V. MITSILEGAS, *Autonomous concepts, diversity management and mutual trust in Europe's area of criminal justice*, in *Common Market Law Review*, 2020, p. 45 ss.; V. MITSILEGAS, *Managing Legal Diversity in Europe's Area of Criminal Justice: The Role of Autonomous Concepts*, in R. COLSON, S. FIELD (eds.), *EU Criminal Justice and the Challenges of Diversity Legal Cultures in the Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge, 2016, p. 125 ss.; L. AZOULAI, *The Europeanization of Legal Concepts*, in U. NEERGAARD, JORGEN NIELSEN (eds.), *European Legal Method in a Multi-Layered Legal Order*, Copenaghen, 2012.

[57] Tale attività, secondo la costante giurisprudenza della Corte, è da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione e della finalità perseguita dalla normativa in questione. Vedi sentenza della Corte del 10 novembre 2016, causa C-452/16 PPU, *Poltorak*, punto 32. *Mutatis mutandis* vedi anche: sentenza della Corte del 28 luglio 2016, causa C-294/16 PPU, *JZ*, punto 37; del 29 ottobre 2015, causa C-174/14, *Saudaçor*, punto 52; del 19 dicembre 2013, causa C-279/12, *Fish Legal e Shirley*, punto 42; del 14 febbraio 2012, causa C-204/09, *Flachglas Torgau GmbH*, punto 37; del 9 settembre 2003, causa C-236/01, *Monsanto Agricoltura Italia e a.*, punto 72.

Nella nozione di autorità giudiziaria sono incluse le autorità che partecipano all'amministrazione della giustizia, mentre i servizi di polizia[58] e le autorità amministrative sono da considerare nell'ambito del potere esecutivo[59].

L'attribuzione della qualifica di autorità competente ad un organo del potere esecutivo sarebbe, difatti, contraria alla *ratio* stessa della decisione quadro sul MAE, che si pone l'obiettivo di eliminare il potere discrezionale dalla procedura di consegna delle persone ricercate[60].

Il giudice dell'Unione ha, inoltre, stabilito che non possono essere considerate "autorità emittenti" le procure di uno Stato membro, qualora siano esposte al rischio di essere soggette, in modo diretto o indiretto, a ordini o istruzioni individuali da parte di organi del potere esecutivo nell'ambito dell'adozione di una decisione relativa all'emissione di un MAE[61]. La Corte ha successivamente fatti salvi i mandati emessi dalle procure che siano obbligatoriamente convalidati dalla decisione autonoma di un tribunale che controlli in modo indipendente ed obiettivo le condizioni di emissione e proporzionalità[62], o qualora l'ordinamento interno conferisca a tali organi una garanzia di indipendenza dal potere esecutivo[63].

[58] Sentenza *Poltorak*, cit.

[59] Nella sentenza della Corte del 10 novembre 2016, causa C-477/16 PPU, *Kovalkovas*, punto 39, il giudice dell'Unione ha specificato che i Ministeri di uno Stato membro rientrano nella definizione di "autorità centrale" ai sensi dell'art. 7 della decisione quadro 2002/584/GAI, che alla luce del considerando n. 9 possono svolgere un'attività di assistenza pratica e amministrativa delle autorità giudiziarie competenti. La possibilità offerta dall'articolo 7 della decisione quadro non può dunque estendersi sino a consentire agli Stati membri di sostituire tale autorità centrale alle autorità giudiziarie competenti per quanto riguarda la decisione di emettere un mandato di arresto europeo.

[60] Sentenza *Kovalkovas*, cit., punto 42.

[61] Sentenza della Corte del 27 maggio 2019, cause riunite C-508/18 e C-82/19 PPU, *OG* e *PI*, punto 90. Sulla sentenza vedi K. AMBOS, *The German Public Prosecutor as (no) judicial authority within the meaning of the European Arrest Warrant: A case note on the CJEU's judgment in OG (C-508/18) and PI (C 82/19 PPU)*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2019, p. 399 ss.

[62] Sentenza della Corte del 9 ottobre 2019, causa C-489/19 PPU, *NJ*, punto 49.

[63] Sentenza della Corte del 12 dicembre 2019, cause riunite C-566/19 PPU e C-626/19 PPU, *JR e YC*, punti 54 e 55. Nel caso di specie alla luce dell'art. 64 della Costituzione francese e dell'art. 30 e 31 del CPP francese il pubblico ministero esercita le sue funzioni, nel rispetto del principio di imparzialità, in modo obiettivo al riparo da qualsiasi istruzione individuale proveniente dal potere esecutivo. Il Ministro della Giustizia può, difatti, rivolgere ai magistrati

L'autorità giudiziaria deve inoltre essere imparziale, ovvero equidistante dalle parti della controversia e dai loro rispettivi interessi, attraverso una valutazione oggettiva che nella risoluzione della controversia attenga alla stretta applicazione della norma giuridica[64].

Infine, in *LM*, è fatto espresso richiamo al regime disciplinare applicabile a coloro che ricoprano una funzione giurisdizionale. Tale regime disciplinare deve presentare le garanzie necessarie per evitare qualsiasi rischio che esso si trasformi in uno strumento di controllo politico del contenuto delle decisioni giudiziarie[65].

6. *Indipendenti, ma non sempre. La nozione di autorità giudiziaria nell'ambito della giurisprudenza della Corte in materia di ordine europeo di indagine*

L'approccio interpretativo adottato dalla Corte di giustizia relativamente alle garanzie di indipendenza delle autorità giudiziarie emittenti risulta differente da quanto giudicato in materia di MAE in relazione all'ordine di indagine europeo (OEI)[66].

Nella questione pregiudiziale sollevata dinanzi alla Corte nel caso *A. e a.*, il giudice del rinvio aveva chiesto se l'articolo 1, paragrafo 1, e l'articolo 2, lettera c), della direttiva 2014/41/UE dovessero essere interpretati in modo da ricomprendere nelle nozioni di "autorità giudiziaria" e di "autorità di emissione" il pubblico ministero o la procura di uno Stato membro, indipendentemente dal rapporto di subordinazione legale che potrebbe esistere con il potere esecutivo di tale Stato, e dall'esposizione al rischio che tali or-

della procura solo istruzioni generali di politica penale al fine di assicurare la coerenza di tale politica in tutto il territorio. Per un'analisi critica di tale sentenza si rimanda a E. OBERTO, *La Corte di Giustizia conferma la legittimità dell'emissione del MAE da parte del pubblico ministero francese*, in *Ius in Itinere*, 2020; L. SCOLLO, *La Corte di giustizia UE si pronuncia sulla legittimità del procedimento di emissione del m.a.e. da parte del p.m. francese*, in *Sistema penale*, 2020.

[64] Sentenza *Wilson*, cit., punto 52 e giurisprudenza *ivi* citata.

[65] Sentenza *LM*, cit., punto 67.

[66] Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale.

gani siano soggetti, in modo diretto o indiretto, ad ordini o istruzioni individuali che promanano dal potere esecutivo nell'ambito dell'emissione di un ordine europeo di indagine[67].

Nella sentenza resa, il giudice dell'Unione ha stabilito che il pubblico ministero di uno Stato membro o, più in generale, la procura di uno Stato membro rientrano nelle nozioni di "autorità giudiziaria" e di "autorità di emissione" indipendentemente dall'eventuale rapporto di subordinazione legale con il potere esecutivo, anche qualora tali organi siano sottoposti ad ordini o istruzioni individuali[68].

In tale decisione, la Corte ha adottato un approccio teleologico, sottolineando il minor impatto dell'OEI sulla sfera dei diritti individuali, rispetto alla maggiore intrusività del MAE la cui esecuzione comporta una privazione della libertà personale[69]. Difatti, lo scopo dell'OEI è quello di far eseguire uno o più atti di indagine specifici con l'obiettivo di acquisire prove[70].

Se è vero che la decisione quadro 2002/584/GAI e la direttiva 2014/41/UE contengono delle differenze testuali e contestuali di qualifica dell'autorità giudiziaria emittente, includendo la seconda espressamente il pubblico ministero tra le autorità che possono emanare un OEI, ciò potrebbe non giustificare pienamente l'interpretazione del giudice dell'Unione[71].

Questa discrepanza di giudizio è stata solo parzialmente colmata dalla sentenza *HP*[72]. Il caso era relativo all'acquisizione dei tabulati relativi al traffico di comunicazioni elettroniche nell'ambito di un procedimento per reati di terrorismo. L'OEI in questione era stato emesso da un pubblico ministero

[67] Sentenza della Corte dell'8 dicembre 2020, causa C-584/19, *A. e a.*, punto 38 e 47.

[68] *Ibidem*, punto 75.

[69] *Ibidem*, punto 72.

[70] Invero, l'OEI può comportare il trasferimento temporaneo di una persona detenuta ai fini di un atto di indagine tanto nello stato di emissione (art. 22 della direttiva 2014/41/UE) quanto nello stato di esecuzione dell'OEI (art. 23), essendo quindi suscettibile di impattare anche sulla sfera della libertà personale.

[71] La dottrina processual-penalista ha espresso preoccupazione per questa sentenza relativamente alla qualifica dei connotati ordinamentali che il pubblico ministero o la procura debbano possedere come autorità emittente di un OEI. Si veda, tra gli altri, M. DANIELE, *Il controllo giurisdizionale sull'emissione dell'ordine europeo di indagine: la necessaria simmetria con la disciplina nazionale nei casi interni analoghi*, in *Sistema penale*, 2022, p. 1 ss., spec. pp. 2-4.

[72] Sentenza della Corte del 16 dicembre 2021, causa C-724/19, *HP*.

bulgaro in assenza di una richiesta di autorizzazione ad un organo giurisdizionale.

Nella sentenza resa, la Corte ha stabilito che il pubblico ministero non è competente ad emettere un OEI qualora l'adozione di un atto istruttorio analogo nel diritto interno sia di competenza di un giudice, e che l'esecuzione di un OEI così emanato non sia idonea a colmare la mancanza dell'autorizzazione di un giudice. Il giudice dell'Unione ha, quindi, fissato una simmetria tra i poteri conferiti al pubblico ministero (o alla procura) dalla direttiva 2014/41/UE e il diritto interno in relazione all'emissione di un atto istruttorio nazionale analogo.

Le dissomiglianze tra il MAE e l'OEI sono evidenti e, nell'effettuare una valutazione, si deve anche tenere in considerazione che l'elemento di prova formatosi all'estero a seguito di un OEI è soggetto al controllo e alle garanzie giurisdizionali dell'autorità preposta nello Stato membro di esecuzione[73]. Tuttavia, anche questo controllo dello Stato di esecuzione potrebbe essere inficiato qualora si agisca in un contesto di arretramento delle garanzie dello Stato di diritto.

Inoltre, gli atti di indagine compiuti ai fini dell'acquisizione di prove, anche in relazione alla sfera digitale, possono essere fortemente intrusivi rispetto alla sfera dei diritti individuali, in particolare del diritto alla vita privata e familiare e al diritto di proprietà.

7. *Sviluppi giurisprudenziali e considerazioni conclusive*

La cooperazione europea in materia penale è alla continua ricerca di un bilanciamento tra le tre componenti essenziali dello spazio europeo: libertà, sicurezza e giustizia[74]. Questo bilanciamento diviene ancor più delicato in presenza del fenomeno del *Rule of Law backsliding* che sta interessando alcuni Stati membri.

[73] S. QUATTROCCOLO, *Nozioni autonome o variabili? La Corte di giustizia e la definizione di "autorità giudiziaria" e "autorità emittente" nel sistema della cooperazione giudiziaria infraeuropea. Riflessioni a margine di due recenti pronunce*, in *Cassazione penale*, 2021, p. 1794.

[74] A. DI STASI, *Rispetto dei diritti fondamentali e Spazio europeo di giustizia: a proposito del titolo VI della Carta dei diritti fondamentali*, in L. PANELLA (a cura di), *I diritti umani nella giurisprudenza e nella prassi del diritto internazionale ed europeo*, Torino, 2013, p. 336.

Per tale ragione è necessario mantenere ferma la barra sulla tutela del principio di indipendenza dei giudici, ponendo il potere giudiziario al riparo dalle influenze dirette e indirette del potere esecutivo.

Non è, pertanto, da incoraggiare la costruzione di un assetto a "geometria variabile"[75] che vada a graduare la garanzia di indipendenza dei giudici e a delineare la nozione di "autorità giudiziaria" e di "autorità emittente" a seconda dello strumento di cooperazione giudiziaria in materia penale utilizzato.

La stessa sentenza *LM* ha suscitato reazioni contrastanti tra chi ha ritenuto che la Corte avrebbe potuto agire in modo più incisivo[76] e chi ha reputato che il caso di specie non si prestasse ad un intervento forte nella crisi costituzionale polacca[77].

Nonostante le differenti aspettative che hanno preceduto la sentenza e le riflessioni successive, quanto reso in *LM* ha trovato conferma nella giurisprudenza successiva della Corte ed applicazione nel diritto interno ad opera dei giudici dell'esecuzione.

L'esclusione di ogni tipo di automatismo nella non esecuzione dei MAE è stata confermata dalla Grande sezione nelle sentenze *L e P*[78], del dicembre 2020, e *X e Y*[79], del febbraio 2022.

Nel caso *L e P* la Corte ha escluso che la qualifica di autorità giudiziaria emittente ai sensi dell'articolo 6 paragrafo 1 della decisione quadro 2002/584/GAI possa essere negata automaticamente anche qualora il giudice dell'esecuzione disponga di elementi che mettano in luce violazioni sistemiche o generalizzate relative all'indipendenza del potere giudiziario. Un tale

[75] A. FALCONE, *Indipendenza del pubblico ministero e cooperazione internazionale in materia penale nello scenario giuridico europeo*, in *rivista.eurojus.it*, 2021, p. 78.

[76] A. ROSANÒ, *The road not taken? Recenti sviluppi sulla nozione di autorità giudiziaria emittente nell'ambito del mae*, in *La legislazione penale*, 2021, p. 16, secondo il quale "la Corte avrebbe potuto cercare di stabilire se i due tribunali polacchi che avevano emesso i MAE fossero configurabili come autorità emittenti ai sensi dell'art. 6, par. 1, della decisione quadro sul MAE".

[77] A. FRĄCKOWIAK-ADAMSKA, *Drawing Red Lines With No (Significant) Bite – Why an Individual Test Is Not Appropriate in the LM Case*, in A. VON BOGDANDY ET AL. (eds.), cit., p. 443 ss.; M. BONELLI, *Intermezzo in the Rule of Law Play*, cit., p. 457.

[78] Sentenza della Corte del 17 dicembre 2020, cause riunite C-354/20 PPU e C-412/20 PPU, *L e P*.

[79] Sentenza della Corte del 22 febbraio 2022, cause riunite C-562/21 PPU e C-563/21 PPU, *X e Y*, in particolare punti 50-53.

background non è pertanto suscettibile di concretare una presunzione di violazione del diritto ad un equo processo[80]. Di conseguenza, secondo il giudice dell'Unione una violazione per quanto sistemica o generalizzata dei valori dell'Unione non incide necessariamente su qualsiasi decisione adottata nel caso concreto dalle autorità giudiziarie di tale Stato membro[81].

Quanto stabilito in *L e P* è in linea con le conclusioni dell'avvocato generale Sánchez-Bordona, il quale ha ritenuto che non sia possibile tralasciare la valutazione individuale prevista dal *two-step test* anche qualora si riscontri l'aggravamento delle carenze sistemiche o generalizzate relative all'indipendenza dei giudici nello Stato emittente[82]. Secondo l'AG, una risoluzione di segno opposto genererebbe una duplice criticità: da un lato, si potrebbe creare una situazione di impunità, con un pregiudizio anche dei diritti delle vittime di reato; dall'altro, si tenderebbe a delegittimare l'attività professionale di tutti i giudici dello Stato membro in questione rendendo impossibile la loro partecipazione ai meccanismi di cooperazione europea in una materia sensibile come quella penale[83].

Questa seconda argomentazione risulta particolarmente importante; difatti, portandola alle estreme conseguenze non si andrebbe ad inficiare solo il dialogo orizzontale tra i giudici interni nell'ambito della cooperazione giudiziaria europea, ma anche i meccanismi verticali previsti dai Trattati, *in primis*, il potere di rinvio pregiudiziale *ex* articolo 267 TFUE, il quale presuppone che l'autorità giudiziaria che adisce la Corte sia qualificata come indipendente.

La Corte aggiunge un ulteriore tassello nella sentenza resa nel caso *X e Y*, relativamente al diritto ad un giudice precostituito per legge.

Segnatamente, il Tribunale di Amsterdam, giudice del rinvio – nell'ambito dell'esecuzione nei Paesi Bassi di due MAE emessi dalle autorità giudiziarie polacche nell'aprile 2021 – chiede se l'articolo 1, paragrafi 2 e 3, della decisione quadro 2002/584/GAI debba essere interpretato nel senso che, qualora l'autorità giudiziaria dell'esecuzione disponga di elementi che attestino l'esistenza di carenze sistemiche o generalizzate concernenti

[80] Sentenza *L e P*, cit., punto 41.

[81] *Ibidem*, punto 42.

[82] Conclusioni dell'Avvocato generale Sánchez-Bordona, del 12 novembre 2020, cause riunite C-354/20 e C-412/20, *L e P*, punto 48.

[83] *Ibidem*, punti 50-52.

l'indipendenza del potere giudiziario dello Stato membro emittente, per quanto riguarda la procedura di nomina dei giudici, l'autorità in parola possa rifiutare l'esecuzione del MAE ove sussista un rischio reale di violazione del diritto fondamentale della persona interessata a un equo processo dinanzi a un giudice precostituito per legge[84].

Il giudice del rinvio ha evidenziato come le riforme della giustizia polacche, in particolare relativamente al sistema di nomina dei giudici, hanno notevolmente minato l'indipendenza della magistratura di tale Stato membro tali da incidere sul diritto a un processo equo. Nel caso di specie non era infatti possibile escludere che i giudici polacchi nominati su richiesta della KRS[85], secondo la procedura prevista dalla legge recante modifiche della legge sul Consiglio nazionale della magistratura e di talune altre leggi dell'8 dicembre 2017 (*ustawa o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw*), avessero partecipato al procedimento penale di uno dei ricercati e potessero partecipare all'azione penale contro l'altro ricercato dopo la consegna alla Polonia. Quest'ultimo, ricercato ai fini dell'esercizio dell'azione penale, si troverebbe, inoltre, nell'impossibilità materiale di far valere dinanzi all'autorità giudiziaria di esecuzione eventuali irregolarità nel processo di nomina dei giudici chiamati a conoscere della sua causa penale, a causa delle "modalità di attribuzione aleatorie delle cause all'interno degli organi giurisdizionali polacchi"[86].

Nella risoluzione del caso *X e Y* il giudice dell'Unione, richiamando la giurisprudenza in materia della Corte EDU[87], cerca un non facile bilancia-

[84] Sentenza *X e Y*, cit., punto 39.

[85] La KRS (*Krajowa Rada Sądownictwa*) è un organo la cui indipendenza dal potere politico è stata già ritenuta dalla Corte discutibile. Vedi sentenza della Corte del 15 luglio 2021, causa C-791/19, *Commissione c. Polonia (Regime disciplinare dei giudici)*, in particolare punti 108 e 110.

[86] Sentenza *X e Y*, cit., punto 28. Inoltre, stante l'entrata in vigore, il 14 febbraio 2020, della legge che modifica la legge relativa all'organizzazione dei tribunali ordinari, la legge sulla Corte suprema e talune altre leggi della legge del 20 dicembre 2019 (ustawa o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw), i giudici polacchi non posso essere chiamati ad esaminare la validità della nomina di un giudice o la legittimità dell'esercizio delle funzioni giurisdizionali di quest'ultimo.

[87] Segnatamente riferendosi alle sentenze della Corte EDU del 1° dicembre 2020, *Ástráðsson c. Islanda*; del 22 luglio 2021, *Reczkowicz c. Polonia*; del 9 luglio 2019, *Castaño c. Belgio*; del 2 maggio 2019, *Pasquini c. San Marino*; dell'8 luglio 2014, *Biagioli c. San Marino*.

mento tra la protezione dei diritti del ricercato e delle garanzie di un equo processo e la salvaguardia del funzionamento degli strumenti di cooperazione penale, in un contesto caratterizzato dal *Rule of Law backsliding*.

La Corte conferma nuovamente l'applicazione del *two step test*, al fine di valutare se la consegna della persona ricercata allo Stato membro emittente comporti, per quest'ultima, un rischio reale di violazione del suo diritto fondamentale a un equo processo dinanzi a un giudice precostituito per legge, sancito dalla Carta all'articolo 47, paragrafo 2.

In questa circostanza, il giudice dell'Unione fornisce un elenco non esaustivo di elementi di cui il giudice dell'esecuzione dovrebbe tener conto nel valutare l'indipendenza e l'imparzialità dei membri dell'organo giurisdizionale interessato.

Nello specifico, nella prima fase del *test* dovrebbero essere valutate le informazioni contenute in una proposta motivata indirizzata dalla Commissione europea al Consiglio sulla base dell'articolo 7 TUE, paragrafo 1, la giurisprudenza pertinente sull'indipendenza della magistratura polacca[88], la giurisprudenza della Corte EDU[89], nonché la "giurisprudenza costituzionale dello Stato membro emittente, che rimette in discussione il primato del diritto dell'Unione e il carattere vincolante della CEDU, al pari dell'efficacia vincolante delle sentenze della Corte e di quelle della Corte europea dei diritti dell'uomo relative alla conformità al diritto in parola e a detta Convenzione di norme di tale Stato membro relative all'organizzazione del suo sistema giurisdizionale, segnatamente alla nomina dei giudici"[90].

Passando alla seconda fase del *test*, la Corte ha specificato che spetta alla persona oggetto del MAE addurre elementi di prova concreti che suggeriscano che le carenze individuate nel sistema giudiziario hanno avuto o possono avere un'incidenza sullo svolgimento del procedimento penale in questione[91], ponendo un onere importante in capo agli individui nella tutela del proprio diritto ad un equo processo. Tali elementi possono essere, se necessario, integrati dalle informazioni complementari fornite dall'autorità di emissione.

[88] Sentenza *X e Y*, cit., punto 78.

[89] *Ibidem*, punto 79

[90] *Ibidem*, punto 80.

[91] *Ibidem*, punto 83.

Il *two-step test* non si trasforma quindi in un *quick step test*[92], non ammettendo una valutazione che si arresti al livello generale, diversamente da quanto stabilito dal giudice dell'Unione in materia di asilo nella nota sentenza *N.S*[93].

Al momento, la giurisprudenza della Corte non ha pertanto accreditato l'ipotesi di una sospensione *de facto* dell'applicazione delle procedure di consegna del mandato d'arresto europeo in un contesto di *Rule of law backsliding* caratterizzato da problematiche inerenti all'indipendenza del potere giudiziario, non aggirando per vie traverse lo stallo della procedura politica *ex* articolo 7 TUE.

Del resto, una decisione in tal senso estenderebbe oltre le "circostanze eccezionali" i limiti ai princìpi della mutua fiducia e del riconoscimento reciproco compromettendo l'effetto utile della decisione quadro 2002/584/GAI e verosimilmente l'intero sistema europeo di cooperazione giudiziaria.

Il *two-step test* declinato sul diritto ad un equo processo sta ricevendo applicazione nel diritto interno incontrando, tuttavia, una serie di difficoltà nella prassi.

La stessa l'*High Court* irlandese, giudice del rinvio nella sentenza *LM*, dopo aver richiesto ed acquisito maggiori informazioni dall'autorità polacca emittente e aver analizzato dettagliatamente le circostanze, ha ritenuto che non vi fosse un concreto rischio individuale di violazione del diritto ad un giusto processo ed ha eseguito il mandato di arresto europeo. Il secondo livello di verifica del *two-step test* è stato, invero, ritenuto uno strumento non idoneo alla finalità perseguita per varie ragioni[94], tra cui spiccano le difficoltà oggettive alla conduzione di una valutazione individuale concreta e precisa del caso[95]. Cionondimeno, si rileva che sono presenti nella giurisprudenza

[92] T. VANDAMME, *"The two-step can't be the quick step": The CJEU reaffirms its case law on the European Arrest Warrant and the rule of law backsliding*, in *europeanlawblog.eu*, 10 February 2021.

[93] Sentenza della Corte del 21 dicembre 2011, cause riunite C-411/10 e C-493/10, *N.S.*

[94] Un'interessante analisi a riguardo è condotta da A. FRĄCKOWIAK-ADAMSKA, *Drawing Red Lines*, cit., in particolare pp. 446-447 e 448-452.

[95] Un esempio della difficoltà di applicazione del *two-step test* nell'ambito dell'indipendenza della magistratura è ben ricostruito relativamente alla Corte di Amsterdam in A. MARTUFI, D. GIGENGACK, *Exploring mutual trust through the lens of an executing judicial authority: The practice of the Court of Amsterdam in EAW proceedings*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2020, pp. 294-296 e giurisprudenza *ivi* citata.

interna degli Stati membri casi di mancata consegna del ricercato, in applicazione della "dottrina delle circostanze eccezionali", in particolare in Italia e Germania[96]. In Italia, ad esempio, la sesta sezione penale della Cassazione ha annullato una decisione di esecuzione di un MAE emesso da un giudice polacco, rilevando il deterioramento del rispetto dello Stato di diritto in Polonia[97].

In conclusione, la cooperazione giudiziaria in materia penale è solo uno dei possibili angoli visuali da cui volgere lo sguardo verso i valori dell'Unione europea, in questa analisi verso lo Stato di diritto. Questa prospettiva consente nondimeno di evincere chiaramente come il principio di indipendenza dei giudici rappresenti la pietra di volta nella garanzia di un equo processo e nella tutela dei meccanismi di cooperazione tra gli Stati dell'Unione.

Il formante giurisprudenziale ricopre un ruolo importante nella tutela dello Stato di diritto, tuttavia, è verosimile che nessuna svolta definitiva per arrestare il *Rule of Law backsliding* possa provenire dalla Corte[98], certamente non dalla sua funzione di valutazione dei ricorsi in via pregiudiziale in materia di cooperazione penale europea.

Nonostante ciò, è necessario che delle linee rosse vengano tracciate con l'auspicio che questo possa contribuire ad una risoluzione politica a salvaguardia delle garanzie dello Stato di diritto nell'intero territorio dell'Unione.

[96] Vari tribunali tedeschi (Oberlandesgerichte) hanno preso decisioni in tal senso, tra cui: HRC di Karlsruhe, decisione del 17 febbraio 2020, Ausl301AR 156/19; HRC di Brandenburgo, decisione del 18 agosto 2020, 2AR 16/20; HRC di Berlino, decisione del 3 April 2020, 151 AuslA 201/19 (234/19); HRC di Düsseldorf, decisione del 14 giugno 2019, 4AR 38/19; HRC di Brema, decisione del 7 settembre 2018 – 1Ausl.A 31/18. Per un'analisi di tale giurisprudenza si rimanda a T. WAHL, *Refusal of European Arrest Warrants Due to Fair Trial Infringements Review of the CJEU's Judgment in "LM" by National Courts in Europe*, in *Eucrim*, 2020, pp. 321 e 330; T. WAHL, *Fair Trial Concerns: German Court Suspends Execution of Polish EAW*, in *Eucrim*, 2020, pp. 27 e 28.

[97] Sentenza della Cassazione penale (sez. VI), del 21 maggio 2020, n. 15924/2020. In particolare, la Cassazione ha richiamato l'attenzione della Corte d'appello sull'eventualità che la nuova legge polacca sulla magistratura, entrata in vigore nel febbraio 2020, possa determinare una violazione di valori fondamentali dell'Unione e, così, delegittimare l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo. Per un commento della sentenza vedi E. COLOMBO, *La Cassazione pone un freno ad un MAE emesso dalla Polonia: possibile incompatibilità della nuova legge sulla magistratura con il diritto ad un processo equo*, in *rivista.eurojus.it*, 2020.

[98] Cfr. M. BLAUBERGER, R. D. KELEMEN, *Can courts rescue national democracy? Judicial safeguards against democratic backsliding in the EU*, in *Journal of European Public Policy*, 2017, p. 321 ss.

L'AZIONE DELL'UNIONE EUROPEA SUL PALCO INTERNAZIONALE: LE CLAUSOLE DI TUTELA DEI DIRITTI UMANI NEGLI ACCORDI CON GLI STATI DELL'AFRICA, DEI CARAIBI E DEL PACIFICO (ACP)

Marta Ferrari[*]

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'Accordo di Cotonou e gli APE. – 3. La struttura e l'implementazione della clausola di condizionalità nell'Accordo di Cotonou. – 4. Il recepimento della tutela dei diritti umani nei singoli accordi commerciali di partenariato. – 5. I negoziati dell'Accordo di *post*-Cotonou e la tutela dei diritti umani. – 6. La necessaria coesione interna per un'azione esterna efficace.

1. *Introduzione*

L'azione esterna dell'Unione europea si svolge nel quadro di principi e obiettivi generali e comuni agli Stati membri, propri di una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione e dalla solidarietà. In particolare, l'articolo 21 TUE al paragrafo 3 dispone, che nell'attuazione di tale azione, l'Unione "rispetta i principi e persegue gli obiettivi di cui ai paragrafi 1 e 2"[1].

I primi coincidono con i valori fondanti dell'Unione, *ex* articolo 2 TUE, quali democrazia, Stato di diritto, diritti dell'uomo, uguaglianza, libertà.

[*] Dottoranda in Diritto per l'innovazione nello spazio giuridico europeo, *curriculum* diritto dell'Unione europea, presso l'Università di Udine.

[1] Sul punto si veda in generale M. BALBONI, C. DANISI, *Human Rights and EU External Policy: in Search of Unity*, in M. BALBONI, C. DANISI (eds.), *Human Rights as a Horizontal Issue in EU External Policy*, Napoli, 2021, p. 1 ss.; R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2020, p. 833 ss.; M. CREMONA, *Structural Principles in EU External Relations Law*, 2018, p. 6 ss.; M. DICOSOLA, *Transizioni costituzionali e condizionalità politica europea*, in T. GROPPI, A. TORRE (a cura di), *Le trasformazioni costituzionali del secondo millennio*, Rimini, 2016, p. 59 ss.; M. CREMONA, *Values in EU Foreign Policy*, in E. SCISO, R. BARATTA, C. MORDIVUCCI (a cura di), *I valori dell'Unione europea e l'azione esterna*, Torino, 2016, p. 3 ss.; C. CELLINO, *Soggettività internazionale e azione esterna dell'Unione Europea*, Roma, 2015, p. 107 ss.

I secondi, contenuti nel secondo paragrafo che ribadisce con maggior dettaglio quanto espresso al paragrafo 5 dell'articolo 3 TUE, sono finalità assai generali, che vanno dall'affermazione dei valori appena citati, alla tutela della sicurezza dell'Unione, dalla salvaguardia della pace, alla promozione dello sviluppo sostenibile e della liberalizzazione degli scambi commerciali[2].

Nel perseguire tali fini, fin dagli anni '90, l'Unione inserisce negli accordi con Paesi terzi, siano essi di natura commerciale o di associazione, clausole che elevano il rispetto dei diritti umani e dei principi democratici a elementi essenziali.

La clausola sulla politica di condizionalità può essere attuata con differenti modalità. Si definisce condizionalità negativa, la pratica attraverso la quale l'UE minaccia gli Stati terzi di ritirare gli aiuti commerciali, laddove nei loro territori sia perpetuata una grave violazione dei diritti umani. Dalla prassi è emerso come questa formulazione sia contemplata soprattutto nelle convenzioni di partenariato o di cooperazione allo sviluppo. Con la locuzione condizionalità positiva si intende invece l'attività con cui l'Unione concede vantaggi commerciali addizionali o promuove accordi commerciali volti alla tutela dei diritti umani[3].

Ancorché le clausole di condizionalità europee siano ormai presenti in 50 accordi interessanti 120 Paesi, la sua politica dei diritti umani si è dimostrata molto debole, sovente disattesa e relegata a una mera retorica, finendo per estrinsecarsi in una mera influenza rispetto ai processi di transizione democratica[4]. La pratica ha dimostrato come solo con l'Accordo di Cotonou[5] si è dato seguito alle "*appropriate measures*"[6]. L'esperienza maturata grazie a tale Accordo ha certamente rafforzato la determinazione e la credibilità dell'Unione nella sua azione esterna.

A motivazione di tale generale scarsa applicazione, si possono addurre

[2] R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 833 ss.

[3] M. CREMONA, *Human Rights as a Value of EU Trade Policy*, in M. BALBONI, C. DANISI (eds.), *op. cit.*, p. 172 ss.

[4] M. DICOSOLA, *op. cit.*, p. 77 ss.

[5] 2000/483/CE accordo di partenariato tra i membri del gruppo degli Stati dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico, da un lato, e la Comunità europea e i suoi Stati membri, dall'altro, firmato a Cotonou il 23 giugno 2000, i cui dettagli saranno riportati in seguito.

[6] I. ZAMFIR, *Human Rights in EU Trade Agreements – the Human Rights Clause and its Application*, in *European Parliamentary Research Service*, 2019, p. 9.

due giustificazioni. In primo luogo, sovente, come si leggerà di seguito, le clausole di condizionalità difettano di specificità, aspetto che impedisce un'azione coerente e unitaria. In secondo luogo, l'UE deve fare i conti con la sua bilateralità: promotrice di diritti umani e partner commerciale. Due facce della stessa medaglia non sempre facilmente conciliabili, come si vedrà nell'analisi che segue.

La condizionalità trova la sua più completa espressione negli accordi di associazione, ai sensi dell'articolo 217 TFUE, come l'Accordo di Cotonou[7]. Si tratta di norma di trattati misti[8], finalizzati alla creazione di "azioni comuni" mediante "particolari procedure" e assistiti da un apparato istituzionale *ad hoc*[9].

Il presente contributo analizzerà l'Accordo di Cotonou e lo stadio di avanzamento degli accordi commerciali di partenariato a febbraio 2022. Successivamente, si concentrerà sulla clausola di condizionalità dell'Accordo, le sue implementazioni e il recepimento della clausola nei singoli accordi di partenariato economico. Infine, si approfondirà il Patto di Post-Cotonou e la sua politica dei diritti umani, nonché le tensioni interne e internazionali dovute alla sua approvazione.

2. *L'Accordo di Cotonou e gli APE*

L'accordo di Cotonou costituisce la colonna portante del partenariato commerciale tra l'Unione europea e i 79 Paesi dell'Africa, Caraibi e Pacifico (ACP). Siglato il 13 giugno 2000, in sostituzione della Convenzione di Lomé del 1975[10], e scaduto nel 2020, costituisce un *unicum* nel panorama interna-

[7] F. CHERUBINI, *I valori dell'Unione europea nella politica di cooperazione allo sviluppo*, in E. SCISO, R. BARATTA, C. MORDIVUCCI (a cura di), *op. cit.*, p. 136 ss.

[8] Si tratta di accordi internazionali conclusi a nome dell'UE e dei suoi Stati membri, nella loro qualità di soggetti autonomi di diritto internazionale. Si v. A. PISAPIA, *Gli accordi misti nel quadro delle relazioni esterne dell'Unione Europea*, Torino, 2019; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2018, p. 228 ss. e nota 10.

[9] R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 844 ss.; D. GALLO, *I valori negli accordi di associazione dell'Unione europea*, in E. SCISO, R. BARATTA, C. MORDIVUCCI (a cura di), *op. cit.*, p. 143 ss.

[10] L'Unione europea ha concluso con i Paesi dell'ACP una pluralità di accordi internazionali negli anni: le Convenzioni di Yaoundé (1964-1975), la prima conclusa tra CEE e SAMA, la seconda tra i medesimi Stati con l'aggiunta delle Mauritius; le Convenzioni di Lomé

zionale, vincolando 105 Paesi, pari a un quinto della popolazione mondiale, e oltre la metà dei membri delle Nazioni Unite[11].

L'iniziale legame tra i Paesi dell'UE e dell'ACP era dettato da ragioni prettamente politiche di mantenimento dei rapporti con i territori delle *ex* colonie[12]. Oggi, invece, l'Accordo è finalizzato alla riduzione della povertà dei detti Paesi e alla loro graduale integrazione economica nel contesto mondiale[13].

Ad oggi, l'Unione è il maggior partner economico di tali Stati, intrattenendovi rapporti commerciali superiori al 21% dei loro scambi globali. Segnatamente, in Africa l'Europa è seconda solo alla Cina, nei Caraibi agli Stati Uniti, mentre negli Stati del Pacifico alla Cina e all'Australia.

Il Patto costituisce il fondamento per la conclusione di accordi commerciali, denominati *Economic Partnership Agreements* (EPA), volti alla realizzazione di zone di libero scambio tra l'Unione europea e i singoli Paesi dell'ACP. Si tratta di accordi di sviluppo asimmetrici che offrono ai partner importanti vantaggi e garanzie e mirano alla realizzazione di un'economia avanzata, sostenibile e rispettosa dei diritti umani[14].

La fase di negoziazione si sta dimostrando più lunga e complicata del

tra CEE e ACP (Convenzione di Lomé I 1975-1980; Convenzione di Lomé II 1980-1985; Convenzione di Lomé III 1985-1990; Convenzione di Lomé IV 1990-2000); l'Accordo di Cotonou del 2000, entrato in vigore nel 2004 e valido fino al 2020, tuttora in vigore fino al 30 giugno 2022, cui seguirà l'Accordo di Post-Cotonou attualmente allo stadio della firma. Per un approfondimento storico si v. M. CARBONE, *There is Life beyond the European Union: Revisiting the Organisation of Africa, Caribbean and Pacific States*, in *Third World Quarterly*, vol. 42, 2021, pp. 2451-2460; A. PALLOTTI, *The European Union and Africa – Depoliticised Development and the Elusive Quest for Democracy and Security*, in *Globus Research Papers*, n. 13, 2018, p. 1 ss.

[11] E. PICHON, *After Cotonou: towards a New Agreement with the Africa, Caribbean and Pacific States*, in *European Parliamentary Research Service*, 2021, p. 2.

[12] M. CARBONE, *There is Life beyond the European Union*, cit., p. 2452; G. D'AGNONE, *La condizionalità economica nell'azione esterna dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2016, pp. 653 e 654.

[13] K. ONU, *An Appraisal of the EU-ACP Cotonou Partnership Agreement*, in *The Gravitas Review of Business and Property Law*, 2018, p. 5; P. GOMES, *Reshaping an Asymmetrical Partnership: ACP-EU Relations from an ACP Perspective*, in *Journal of International Development*, vol. 25, 2013, p. 716.

[14] I. ZAMFIR, *An Overview of the EU-ACP countries' economic partnership – building a new trade relationship*, in *European Parliamentary Research Service*, 2018, p. 1 ss.

previsto e, allo stato attuale, si registrano nove[15] accordi di partenariato conclusi con 51 Paesi (più della metà degli Stati parte).

La liberalizzazione commerciale dei partner dell'ACP sta avvenendo gradualmente e secondo gli studiosi si concluderà tra 15-25 anni: momento nel quale si potrà constatare l'effettivo impatto degli EPA nell'economia mondiale[16].

[15] Commissione europea, Direzione generale del Commercio, *10 Benefits of Economic Partnership Agreements (EPAs)*, in *Publications Office*, 2016. Dal *report* diffuso dalla Commissione europea di febbraio 2022, "*Overview of Economic Partnership Agreement*", www.trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/september/tradoc_144912.pdf, si evincono i seguenti EPA: a. Africa centrale: Africa Centrale-UE EPA 2009, cui ha aderito solo il Camerun e non è stato ratificato da 8 Stati membri; b. Africa Occidentale: 1. ECOWAS-UE EPA, al momento è stato firmato da tutti i Paesi Membri e 15 Paesi dell'ACP ad eccezione della Nigeria. Una volta ottenuta la sua firma, si procederà alla sua ratificazione. 2. Costa d'Avorio-UE EPA 2008, non è stato ratificato da 7 Stati membri. L'effettiva liberalizzazione dei commerci è iniziata solo nel dicembre 2019; 3. Ghana-UE EPA 2016, non ratificato da 20 Stati membri. La liberalizzazione tariffaria ha avuto inizio nel 2020 ed è stata effettivamente implementata solo nel luglio 2021. Questi due ultimi accordi sono provvisori; c. Africa Meridionale e orientale: 1. ESA-UE EPA provvisoriamente applicato dal 2012, eccetto per le Comore dal 2019. I negoziati per la redazione di un accordo più approfondito sono in corso e l'ultimo incontro si è tenuto a marzo 2022. 2. EAC-UE EPA, i cui negoziati sono stati conclusi nel 2014, al momento è firmato da tutti gli Stati membri, dal Kenya e Ruanda. In attesa delle ulteriori firme, UE e Kenya stanno discutendo proprio in questi giorni la possibilità di iniziare ad implementare provvisoriamente l'accordo tra di loro. 3. EAC-UE, i cui negoziati sono stati conclusi nel 2014, in attesa della ratificata da parte dei 15 Stati membri, è applicato provvisoriamente. Nel novembre 2021 si è deciso di dare avvio ad una fase di revisione di quest'ultimo; d. Caraibi: CARIFORUM-UE EPA 2008 costituisce l'accordo più esaustivo tra quelli conclusi, in vigore dal 2010, non è stato ratificato da tre Stati membri; e. Paesi del Pacifico: PACIFIC-UE, ratificato dalla Nuova Guinea nel 2009, applicato provvisoriamente dalle isole Figi, Samoa e Isole Salomone, che hanno aderito rispettivamente nel 2018 e nel 2020. Tonga e Timor Est hanno informato l'UE, rispettivamente nel 2018 e nel 2020, della loro intenzione di aderire all'APE. Si v. A. PALLOTTI, *op. cit.*, p. 10 ss.

[16] I. ZAMFIR, *op. cit.*, p. 1 ss. Sul punto per una più approfondita e aggiornata analisi si vedano D. CHEONG, S. Y. KIM, *Confirming the Status Quo: the Political Economy of EU-ACP Economic Partnership Agreements*, in *Journal of European Public Policy*, 2021, p. 1 ss.; M. CARBONE, *Rethinking ACP-EU Relations after Cotonou: Tensions, Contradictions, Prospects*, in *Journal of International Development*, vol. 25, 2013, pp. 746-748.

3. *La struttura e l'implementazione della clausola di condizionalità nell'Accordo di Cotonou*

L'Accordo di Cotonou contempla al suo interno un'ampia clausola di condizionalità divenuta archetipo nella prassi pattizia europea.

Tuttavia, la tutela dei diritti umani nei rapporti commerciali tra l'Unione Europea e gli Stati dell'ACP ha radici lontane nel tempo e la prima manifestazione la si fa risalire agli anni '70. Invero, la CEE nel 1977 per la prima volta bloccò gli aiuti in favore dell'Uganda, erogati sulla base della Convenzione di Lomé I, a causa delle massicce violazioni dei diritti umani perpetrate durante il regime di Idi Amin.

Tale procedura, seguita fino alla Convenzione di Lomé IV, si connotava dall'assenza di una base giuridica adeguata a sospendere gli aiuti e in decisioni unilaterali non precedute da una fase consultiva. Le ragioni che indussero le parti a mantenere il quadro giuridico invariato erano di tre differenti ordini: la riluttanza della CEE all'inserimento di clausole di condizionalità, considerata la natura economica dell'accordo e della stessa Comunità; i disaccordi interni tra i membri della Comunità sulla portata e gli effetti di dette clausole; l'opposizione degli Stati dell'ACP, che la ritenevano un'ingerenza nei loro affari interni[17].

Solamente con la Convenzione di Lomé IV (1990) e con l'adozione del Trattato di Maastricht (1993) cominciarono ad essere affiancati, alle disposizioni che accordavano scambi commerciali preferenziali, norme sulla tutela dei diritti umani e sul dialogo politico. Nella Convenzione fu inserita per la prima volta una clausola di democraticità, che esortava le parti al rispetto dei principi democratici, senza però sancire alcuna sanzione in caso di una loro violazione[18].

L'attuale "*human rights clause*" dell'Accordo di Cotonou rappresenta il fiore all'occhiello della produzione pattizia europea, giacché è l'unica[19] ad

[17] M. GIANNELLI, *La condizionalità democratica nell'Unione europea e la sua applicabilità alle istituzioni finanziarie internazionali*, in *Studi sull'integrazione europea*, vol. VIII, 2013, pp. 327-329.

[18] J. D. SALTNES, *A Break from the Past or Business as Usual? EU-ACP Relations at a Crossroad*, in *Arena Working Paper*, n. 3, 2021, p. 10 ss.; I. ZAMFIR, *op. cit.*, p. 3; M. GIANNELLI, *op. cit.*, pp. 327-329; P. GOMES, *op. cit.*, p. 715 ss.

[19] I. ZAMFIR, *op. cit.*, p. 9; J. DOHLIE SALTNES, *The EU's Human Rights Policy – Unpack-*

essere stata implementata. Precisamente, essa è stata attivata 24 volte dal 1990 ad oggi, a seguito dei violenti rovesciamenti di governo, delle violenze indiscriminate e della violazione dei diritti umani perpetratesi nei territori degli ACP[20]. Tanto è vero che l'orientamento prevalente descrive l'*aquis* di Cotonou come la più completa concretizzazione di una clausola sulla protezione dei diritti umani mai inserita in un accordo di cooperazione dell'UE[21].

L'attuale clausola di condizionalità si articola in un aspetto sostanziale e uno procedurale. Quanto al primo, la clausola di cui all'articolo 9 annovera tra gli "*essential elements*"[22]: il rispetto dei diritti umani, dello Stato di diritto e dei principi democratici.

Da questa previsione possono desumersi due aspetti: in primo luogo, i valori menzionati costituiscono il fondamento dell'accordo; in secondo luogo, i Paesi coinvolti devo astenersi dall'adottare politiche contrarie agli stessi[23]. Inoltre, l'articolo 9 include il principio del buon governo, quale amministrazione trasparente e responsabile, tra gli aspetti fondamentali dell'Accordo.

Quanto al secondo profilo, esso si suddivide a sua volta in due parti: la fase di "*political dialogue*" descritta all'articolo 8 e all'allegato VII e la fase di "*bilateral consultations*" delineata all'articolo 96(2)(a)(i)-(iii)[24].

Invero, qualora una parte ravvisi un'inottemperanza in materia di tutela dei diritti umani di un'altra, innanzitutto essa dovrà tentare la via diplomatica prevista dagli articoli 8 e 9, in conformità altresì al diritto internazionale. Una volta esaurite le possibilità di dialogo, allora potrà procedere alla fase consultiva, che si svolge a livello governativo per mezzo delle istituzioni desi-

ing the Literature on the EU's Implementation of Aid Conditionality, in *Arena Working Paper*, n. 2, 2013, p. 2.

[20] M. CREMONA, *Human Rights*, cit., in M. BALBONI e C. DANISI (eds.), *op. cit.*, pp. 172-173; M. VENTURA, *Condizionalità e realizzazione progressiva degli obblighi internazionali nelle relazioni esterne dell'Unione Europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, p. 48.

[21] J. DOHLIE SALTNES, *A Break from the Past*, cit., p. 11.

[22] Articolo 9 "Respect for human rights, democratic principles and the rule of law, which underpin the ACP-EU Partnership, shall underpin the domestic and international policies of the Parties and constitute the essential elements of this Agreement.".

[23] L. BARTELS, *Human Rights Provisions in Economic Partnership Agreements in Light of the Expiry of the Cotonou Agreement in 2020*, European Parliament, 2017, p. 9, www.data.europa.eu/doi/10.2861/408695.

[24] L. BARTELS, *op. cit.*, p. 11.

gnate dall'Accordo. In caso di insuccesso anche delle procedure di consultazione, la parte promotrice della procedura di infrazione potrà quindi adottare "*appropriate measures*" *ex* articoli 96 e 97 e, solo in ultima istanza, invocare la sospensione degli aiuti commerciali[25].

Lo strumento del dialogo politico gode un'importanza preminente nell'Accordo, confermata altresì dalla presenza nella sua struttura di un terzo pilastro ad esso dedicato, in aggiunta a quello dello sviluppo commerciale e della cooperazione, già preesistenti nella Convenzione di Lomé IV[26].

Dall'analisi complessiva della clausola si apprende come la stessa sia già in sé portatrice di due principi generali: quello di legalità internazionale, giacché il potere sanzionatorio trova in essa la sua fonte, e quello di solidarietà, recentemente elevato a principio fondamentale dell'Unione europea[27].

Nella prassi, l'attuazione della clausola, lungi dall'estrinsecarsi in una sospensione completa degli scambi commerciali, si è concretizzata in un adeguamento *in peius* dei rapporti commerciali assistenziali a scapito dello specifico Paese dell'ACP ritenuto colpevole della violazione[28].

Le procedure di constatazione delle violazioni sono supportate da un assetto istituzionale *ad hoc* predisposto nell'Accordo, articolato da un Consiglio dei ministri, formato dai rappresentati a livello governativo di tutti gli Stati membri dell'UE e dei Paesi dell'ACP, un Comitato degli Ambasciatori, con medesima composizione ma di livello inferiore, e un'Assemblea parlamentare congiunta, composta da un numero equivalente di parlamentari europei e dei Paesi dell'ACP[29].

La clausola di condizionalità in esame si profila come una tipica clausola di condizionalità negativa, esplicandosi nell'eventuale ritiro degli aiuti commerciali laddove si verifichi una seria violazione dei diritti umani[30].

[25] M. VENTURA, *op. cit.*, p. 48; L. BARTELS, *op. cit.*, p. 9; A. MOBERG, *The Condition of Conditionality – Closing in on 20 Years of Conditionality Clauses in ACP-EU Relations*, in P. WAHLGREN (ed.), *Law and Development*, vol. 60, Stoccolma, 2015, p. 283 ss.

[26] M. CARBONE, *The Calm after the Storm: Plurilateral Challenges to the Post-2020 EU-ACP Partnership*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 57, 2019, pp. 141 e 145.

[27] Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 15 luglio 2021, causa C-848/19 P, *Germania c. Commissione*, punti 38 e 39.

[28] Si veda in generale M. CREMONA, *Human Rights*, cit., pp. 172-174.

[29] R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 849.

[30] M. CREMONA, *Human Rights*, cit., pp. 172-174.

Si noti, come anticipato *supra*, che tra il 1990 e il 2022 la clausola è stata invocata 24 volte dal Consiglio, su proposta della Commissione, nei confronti di 14 Paesi (12 dei quali africani)[31]. Dalla lettura dei dati emerge come la Commissione abbia nella stragrande maggioranza dei casi richiesto l'attivazione delle procedure di consultazione in concomitanza di colpi di stato, precisamente in quattordici[32] occasioni[33].

La seconda ragione che ha spinto l'intervento dell'Unione si sussume nella categoria delle "elezioni irregolari". Con riferimento a quest'ultima, si registrano sei[34] circostanze dal 1990 in cui le elezioni si sono svolte in violazione dei principi democratici.

Nel 2009 è stata attivata la procedura di infrazione nei confronti della Nigeria, in quanto il Presidente allora in carica, pur di rimanere al potere, ha contribuito ad alterare le elezioni governative e ha dissolto il Tribunale fondamentale. Invece, nel 2004 in Guinea si è verificato un graduale deterioramento dell'ambiente democratico, avviato da un sospetto *referendum* nel novembre 2001, seguito da elezioni parlamentari antidemocratiche nel giugno

[31] A. MOBERG, *op. cit.*, p. 291; J. DOHLIE SALTNES, *The EU's Human Rights Policy* cit., p. 7.

[32] Dichiarazione del Consiglio, del 29 gennaio 1996, relativa alla Nigeria (interrogazione scritta 1735/96), comunicazione COM (1999) 350final relativa alla Nigeria, comunicazione COM (1999) 295final relativa al Comore, comunicazione COM (1999) 361final relativa alla Guinea Bissau, comunicazione COM (1999) 898final relativa alla Costa d'Avorio, comunicazione COM (2000) 460final relativa alle Isole Figi, decisione 2003/837/CE relativa alla Repubblica Centroafricana, decisione 2004/680/CE relativa alla Guinea-Bissau, decisione 2006/470/CE relativa alla Repubblica islamica di Mauritania, decisione 2007/641/CE relativa alla Repubblica delle Isole Figi, decisione 2009/472/CE relativa alla Repubblica islamica della Mauritania, decisione 2009/618/CE relativa alla Repubblica di Guinea, decisione 2010/371/UE relativa alla Repubblica del Madagascar, decisione 2011/492/UE relativa alla Repubblica della Guinea-Bissau, si v. MOBERG, *op. cit.*, pp. 293 e 294; H. HAZELZET, *Suspension of Development Cooperation: an Instrument to Promote Human Rights and Democracy?*, in *Discussion Paper*, n. 64B, European Centre for Development Policy Management, 2005.

[33] A. MOBERG, *op. cit.*, p. 291; J. DOHLIE SALTNES, *The EU's Human Rights Policy*, cit., p. 7.

[34] Comunicazione COM (1998), dell'8 luglio 1998, relativa al Togo, decisione 2001/131/CE relativa ad Haiti, decisione 2001/510/CE relativa alla Costa d'Avorio, decisione 2004/793/CE relativa alla Repubblica del Togo, decisione 2005/321/CE relativa alla Repubblica di Guinea, decisione 2010/588/UE relativa alla Repubblica di Nigeria. Si v. MOBERG, *op. cit.*, pp. 293-294.

2002 e proseguito fino all'intervento sanzionatorio europeo del 2004, cui ha fatto seguito un ulteriore intervento dell'Unione nel 2009 a seguito del golpe militare nel dicembre 2008[35].

Infine, sono ascrivibili quattro[36] applicazioni della clausola per violazione dei diritti umani e dello Stato di diritto. In quest'ultimo novero di casi la Commissione si è focalizzata su una nozione di violazione dei diritti umani di natura sistematico-generale rispetto alle prime due categorie (i cui eventi sintomatici sono di più facile identificazione)[37].

Meritano un particolare approfondimento le vicende che hanno interessato la Liberia nel 2001 e 2003 e lo Zimbabwe nel 2001.

Quanto alla prima contestazione alla Liberia, essa costituisce l'unico caso finora accertato ove la Comunità ha proceduto ai sensi sia dell'articolo 96 sia del 97. Altresì, i fatti concernenti la Liberia nel 2003 denotano una valenza particolare, invero il Consiglio ha ritenuto per la prima e unica volta di dover optare per la procedura d'urgenza, al fine di adeguare le misure adottate nel 2001, liberando i fondi europei, per contribuire finanziariamente al processo di pace in atto grazie a ECOWAS, su incarico delle Nazioni Unite[38].

Infine, in Zimbabwe la situazione era particolarmente complessa: lo confermano l'applicazione continuativa delle misure dal 2002 al 2012, misure che allo stato attuale sono sospese (pur essendo la decisione ancora in vigore)[39]. Dalla comunicazione della Commissione sulla crisi sfociata nel territorio in prossimità delle elezioni supplettive si apprendeva: uno stato di forti violenze e di insicurezza a scapito dei diritti umani e di limitazioni dei principi democratici, in particolare della libertà di espressione; la messa in dub-

[35] G. CRAWFORD, S. KACARSKA, *Aid Sanctions and Political Conditionality: Continuity and Change*, in *Journal of International Relations and Development*, n. 22, 2019, p. 213; A. MOBERG, *op. cit.*, p. 292.

[36] Decisione 2002/274/CE relativa alla Liberia, decisione 2002/148/CE relativa allo Zimbabwe, decisione 2003/631/CE relativa alla Liberia, decisione (UE) 2016/394 relativa alla Repubblica del Burundi. Si v. G. CRAWFORD, S. KACARSKA, *op. cit.*, p. 213; MOBERG, *op. cit.*, pp. 293-294; J. DOHLIE SALTNES, *The EU's Human Rights Policy*, cit., p. 7.

[37] I. ZAMFIR, *op. cit.*, p. 9; A. MOBERG, *op. cit.*, pp. 291-294; J. DOHLIE SALTNES, *The EU's Human Rights Policy*, cit., pp. 7-8.

[38] A. MOBERG, *op. cit.*, p. 293.

[39] Decisione 2014/96 del Consiglio, del 18 febbraio 2014, che proroga la validità della decisione 2012/96/UE.

bio dello Stato di diritto a causa della occupazione illegale dei terreni agricoli e delle forti pressioni politiche alla magistratura, cui sono conseguite le dimissioni del giudice supremo[40].

Da ultimo, si noti la decisione del Consiglio del febbraio 2022, che ha abrogato le misure adottate *ex* articolo 96 nel 2015 in Burundi, a fronte delle elezioni pacifiche del maggio 2020, che hanno aperto a una nuova prospettiva di speranza per la popolazione[41].

I dati sopra analizzati permettono di svolgere alcune riflessioni.

Innanzitutto, considerato il numero di casi rientranti nella categoria dei colpi di stato, a prima vista si potrebbe sostenere che l'Unione tenda ad agire ogniqualvolta abbia luogo un sovvertimento dell'ordine statale, ma non è così. Tale tesi, sebbene sia avvallata da alcuni studiosi in virtù della più agevole identificazione di detti eventi rispetto agli altri[42], è confutata dall'esperienza. Infatti, dal 1990 sino ad oggi sono stati registrati vari colpi di stato che non hanno portato all'applicazione della clausola. Si tratta dei cosiddetti "*non cases*" ossia contesti di violazione di principi democratici, dei diritti umani e della *rule of law*, che avrebbero legittimato un intervento positivo-sanzionatorio della Comunità/Unione, ma che nella pratica non hanno portato ad alcuna conseguenza per lo Stato che ha commesso la violazione.

La dottrina ha approfondito le diverse ragioni che in questi casi hanno trattenuto l'azione europea, suddividendosi in due principali scuole di pensiero. Alcuni studiosi hanno accreditato la tesi secondo cui l'Unione tenderebbe a non sanzionare Paesi che storicamente e politicamente sono più connessi con gli Stati membri, come ad esempio gli Stati delle *ex* colonie francesi[43]. Un altro orientamento, ha sostenuto che l'Unione negli anni si è

[40] A. MOBERG, *op. cit.*, p. 293; COM (2001) 623final, del 24 ottobre 2001, comunicazione della Commissione sull'avvio consultazioni con lo Zimbabwe a norma dell'articolo 96 dell'accordo di Cotonou.

[41] Decisione 2022/178 del Consiglio, dell'8 febbraio 2022, che abroga, a nome dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, la decisione (UE) 2016/394.

[42] A. MOBERG, *op. cit.*, p. 291; E. K. SMITH, *The EU, Human Rights and Relations with Third Countries: 'Foreign Policy' with an Ethical Dimension?*, in E. K. SMITH, M. LIGHT (eds.), *Ethics and Foreign Policy*, Cambridge, 2001, pp. 185-204.

[43] Vedi il caso Costa D'Avorio innescato da un colpo di stato nel 1999, elezioni irregolari 2001, seguito da una guerra civile fino al 2007, per alcuni la riluttanza dell'UE all'imporre forti sanzioni era dovuto all'influenza della Francia nelle sue *ex* colonie.

mostrata meno propensa nel promuovere le procedure sanzionatorie verso quei Paesi che mostravano stabili segni di democratizzazione e di pace[44].

Nonostante i nobili sforzi volti all'individuazione di un criterio regolatore univoco, si deve rilevare come le teorie siano frutto del dato empirico, costituendo una combinazione tra ipotesi teoriche implicite e scelte metodologiche esplicite.

Occorre evidenziare come le difficoltà applicative trovino giustificazione nella formulazione dell'articolo 9 dell'Accordo, in quanto, ancorché l'*acquis* di Cotonou sia giuridicamente vincolante per la globalità delle parti e costituisca un modello nella prassi internazionale, le sue disposizioni sono manchevoli in termini di precisione, non specificando a quali condizioni una violazione dei suoi obblighi debba ritenersi sussistente. Invero, le parti hanno intenzionalmente inserito concetti passibili di un'interpretazione più ampia possibile, nonostante negli ultimi due decenni si sia cercato di ovviare a tali problematicità mediante interventi chiarificatori[45]. In proposito, occorre citare la comunicazione della Commissione del 1998, che rappresenta uno dei più rilevanti contributi dedicato all'interpretazione degli elementi essenziali della clausola, che però, allo stato, non risulta essere mai stata invocata in sostegno alle violazioni denunciate[46].

In ultima istanza, all'atteggiamento remissivo dell'UE è sovente addebitabile altresì una connotazione politica: la tutela dei diritti fondamentali diventa strumentale al mantenimento di un ruolo competitivo sul piano internazionale[47].

[44] Elezioni irregolari tenutesi tra il 2001 e il 2010 in Ruanda, Etiopia, Nigeria, Kenya secondo alcuni analisti l'UE è rimasta inerte per il ruolo chiave giocato da questi Paesi nella lotta al terrorismo e al mantenimento della pace. In generale si v. G. CRAWFORD, S. KACARSKA, *op. cit.*, pp. 184-214; J. DOHLIE SALTNES, *The European Union's Human Rights Policy: Is the EU's Use of the Human Rights Clause Inconsistent?*, in *Global Affairs*, n. 4, 2018, pp. 277-289; J. DOHLIE SALTNES, *The EU's Human Rights Policy*, cit., p. 10 ss.; K. DEL BIONDO, *EU Aid Conditionality in ACP Countries: Explaining Inconsistency in EU Sanctions Practice*, in *Journal of Contemporary European Research*, 2010, p. 380 ss.

[45] J. DOHLIE SALTNES, *A Break from the Past*, cit., p. 11 ss.; A. MOBERG, *op. cit.*, pp. 285-286.

[46] COM (1998), final146, 12 marzo 1998, Democratizzazione, Stato di diritto, rispetto dei diritti dell'uomo e sana gestione degli affari pubblici: le sfide del partenariato tra l'Unione europea e i paesi ACP; A. MOBERG, *op. cit.*, p. 288.

[47] Vedi paragrafo 6.

4. *Il recepimento della tutela dei diritti umani nei singoli accordi commerciali di partenariato*

I singoli EPA, definitivi e provvisori, riaffermano l'impegno al rispetto dei diritti umani, dei principi democratici e dello Stato di diritto con modalità differenti.

Cariforum, SADC, ECOWAS e Pacific prevedono una specifica clausola sui diritti umani similare all'"*essential elements clause*" dell'Accordo di Cotonou e menzionano l'articolo 9 dello stesso.

ESA e EAC contemplano una previsione che si limita meramente a richiamare l'*acquis* di Cotonou. Gli EPA conclusi con la Costa d'Avorio e il Ghana rinnovano semplicemente il loro impegno al rispetto dei principi dell'Accordo, senza dedicare spazio a un'espressa clausola di condizionalità. Infine, l'EPA concluso con l'Africa Centrale non presenta alcun richiamo al rispetto dei diritti fondamentali.

Al contempo, tutti gli EPA dichiarano che nessuna disposizione in essi contenuta impedisce l'applicazione delle "*appropriate measures*" di cui all'Accordo di Cotonou[48].

Da tali disposizioni si apprende la dipendenza che i singoli accordi di partenariato hanno nei confronti dell'Accordo principale.

Il discorso può essere suddiviso sotto due aspetti.

Per quanto concerne la clausola di condizionalità in senso sostanziale, ad eccezione per Cariforum, SADC, ECOWAS e Pacific per i quali si potrebbe ipotizzare l'autonomia della loro clausola di democraticità, gli altri necessitano per forza della vigenza dell'Accordo per indirizzare la loro azione commerciale al rispetto dei diritti umani.

Mentre, per quanto attiene al meccanismo sanzionatorio, appare evidente, come la sua applicazione sia condizionata dalla vigenza dell'Accordo, che predispone una complessa procedura assistita da apposite istituzioni[49].

5. *I negoziati dell'Accordo di post-Cotonou e la tutela dei diritti umani*

Nel 2018 sono stati ufficialmente avviati i negoziati sul futuro della coo-

[48] I. ZAMFIR, *op. cit.*, p. 7.

[49] L. BARTELS, *op. cit.*, pp. 15-20.

perazione dopo il 2020, che si sono conclusi nell'aprile 2021, ad eccezione della definizione delle parti firmatarie.

Il nuovo Accordo, tra l'Unione Europea da un lato e l'Organizzazione dei Paesi dell'Africa, Caraibi e Pacifico dall'altro, si presenta oggi strutturato di un segmento generale, di cui sono parte tutti i Paesi dell'ACP, e di tre separati protocolli regionali, rispettivamente conclusi con l'Africa, i Caraibi e i Paesi del Pacifico, con particolare attenzione alle esigenze specifiche delle singole regioni[50].

La base giuridica per la conclusione dell'accordo è l'articolo 217 TFUE, in combinato disposto con l'articolo 218, paragrafo 5, e con l'articolo 218, paragrafo 8, secondo comma del TFUE[51].

Dal 2000 sono emerse nuove sfide – flussi migratori, cambiamenti climatici, terrorismo – che hanno inevitabilmente alterato le priorità delle relazioni UE-ACP. Il nuovo Accordo si fonda su sei punti chiave: diritti umani e democrazia, pace e sicurezza, sviluppo sociale e umano, economia e sviluppo sostenibile e inclusivo, cambiamenti climatici, migrazioni[52]. L'Agenda 2030 delle Nazioni Unite (OSS) e l'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici figurano al centro del Patto e dell'azione futura dei partner. Il partenariato di Post-Cotonou: contribuirà alla costruzione di società inclusive, pacifiche e resilienti; comprende impegni globali ispirati agli obiettivi di sviluppo sostenibile; riconosce la necessità di adottare misure urgenti a vari livelli per garantire la sostenibilità del pianeta[53].

Infine, in correlazione al nuovo patto sulla migrazione e asilo[54], l'Accordo adotta un'impostazione globale ed equilibrata al fine di promuo-

[50] M. CARBONE, *The Calm after the Storm*, cit., pp. 147-148; A. PALLOTTI, *op. cit.*, p. 1.

[51] COM (2021) 312final, dell'11 giugno 2021, proposta di decisione del Consiglio relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, e all'applicazione provvisoria dell'accordo di partenariato tra l'Unione europea, da una parte, e i membri dell'Organizzazione degli Stati dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico (OSACP), dall'altra.

[52] E. PICHON, *op. cit.*, p. 2 ss.

[53] COM (2021) 312final, dell'11 giugno 2021, proposta di decisione del Consiglio relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, e all'applicazione provvisoria dell'accordo di partenariato tra l'Unione europea, da una parte, e i membri dell'Organizzazione degli Stati dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico (OSACP), dall'altra.

[54] COM (2020) 609final, 23 settembre 2020, comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni.

vere una gestione corretta della migrazione regolare e irregolare[55]. Tematica particolarmente sensibile considerate le divergenze di vedute tra l'Europa e l'Africa, soprattutto in merito ai rimpatri.

La questione diritti umani giocò un ruolo preminente nella fase negoziale. Si temeva che la scadenza dell'Accordo di Cotonou, in assenza di un suo successore, avrebbe travolto la tutela dei principi democratici. Invero, gli EPA, come esposto nel paragrafo precedente, non dispongono di un'autonoma clausola di condizionalità e richiamano le disposizioni dell'accordo principale[56].

La Commissione europea insieme all'Alto Rappresentante in una comunicazione congiunta[57] avevano avanzato quattro possibili opzioni sul futuro delle relazioni tra UE-ACP: non rinnovare l'accordo; rinnovarlo strutturandolo in tre distinti trattati regionali; mantenerlo invariato; elaborare un accordo ad ombrello[58]. Quest'ultimo modello sarebbe consistito di un patto composto di una parte generale dedicata ai valori, principi e gli interessi su cui si fonda la cooperazione e tre singoli protocolli regionali di partenariato[59].

Tra gli Stati membri era dibattuto il tema sul mantenimento dell'Accordo, ritenuto a parere di alcuni ormai superato. Sul punto si registravano posizioni contrastanti: da un canto, la Germania con i Paesi del nord e dell'est Europa promuoveva la costituzione di tre singoli patti regionali limitati temporalmente; dall'altro Francia, Inghilterra e Spagna propendevano per la conservazione dell'accordo come originariamente redatto con durata illimitata[60].

[55] COM (2021) 312final, dell'11 giugno 2021, proposta di decisione del Consiglio relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, e all'applicazione provvisoria dell'accordo di partenariato tra l'Unione europea, da una parte, e i membri dell'Organizzazione degli Stati dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico (OSACP), dall'altra.

[56] J. DOHLIE SALTNES, *A Break from the Past*, cit., pp. 12-13.

[57] JOIN (2016) 52final, del 22 novembre 2016, comunicazione congiunta al Parlamento europeo e al Consiglio su un partenariato rinnovato con i Paesi dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico.

[58] G. SCHEFER, *Post-Cotonou and the EU-African Relationship - a Green Light for a Renewed Cooperation?,* in *Bruges Political Research Papers*, n. 77, 2019, p. 11 ss.

[59] J. DOHLIE SALTNES, *A Break from the Past*, cit., p. 13; M. CARBONE, *The Calm after the Storm*, cit., p. 142.

[60] G. SCHEFER, *op. cit.*, p. 11 ss.; M. CARBONE, *The Calm after the Storm*, cit., p. 143.

La scelta dipendeva da una pluralità di fattori, tra i quali ha influito la stessa uscita dall'Unione del Regno Unito.

La Commissione e l'Alto Rappresentante espressero la loro preferenza per l'ultima opzione, la struttura a ombrello, persuasi dalla considerazione che fosse l'unica garanzia per preservare il rispetto dei diritti umani, i principi democratici e lo Stato di diritto negli EPA già esistenti e futuri[61]. La posizione del Parlamento europeo era in linea con la Commissione. Nella sua risoluzione del 2016, esortava la custodia dei valori sanciti nell'Accordo nel nuovo Patto e ribadiva l'importanza della piena applicazione del suo articolo 9. Auspicava, poi, la conclusione di un Accordo di post-Cotonou che fungesse da accordo quadro, al cui interno erano fissati requisiti minimi vincolanti per gli APE in materia di buona governance, rispetto dei diritti umani e dei principi democratici[62].

Nell'ottica europea di politica dei diritti umani, l'orientamento delle istituzioni si poneva in perfetta conformità: l'Unione, infatti osta alla configurazione di clausole di condizionalità individuali timorosa di una protezione frammentata dei suoi valori[63].

Il gruppo ACP espresse una posizione in gran parte in linea con la Commissione. Due erano i punti di antitesi. Sotto il profilo formale, in luogo dei tre protocolli regionali, favoriva il mantenimento di un unico patto suddiviso in tre pilastri (dedicati al commercio, alla scienza/tecnologia e al dialogo politico). Sotto il profilo sostanziale, precisamente migratorio, richiedeva un trattamento più benevolo dei migranti provenienti dai loro Paesi, l'inclusione del carattere volontario dei rimpatri e il divieto di utilizzare l'aiuto allo sviluppo come mezzo per negoziare i controlli alle frontiere[64].

Alla fine, la posizione dei Paesi ACP venne superata e fu approvata la

[61] JOIN(2016) 52 final, del 22 novembre 2016, comunicazione congiunta al Parlamento europeo e al Consiglio su un partenariato rinnovato con i Paesi dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico.

[62] P8_TA (2016) 0371, del 4 ottobre 2016, risoluzione del Parlamento europeo, del 4 ottobre 2016, sul futuro delle relazioni ACP-UE dopo il 2020, 2016/2053(INI).

[63] L. BARTELS, *op. cit.*, p. 27.

[64] E. PICHON, *op. cit.*, pp. 3-4; S. R. HURT, *African Agency and EU-ACP Relations beyond the Cotonou Agreement*, in *Journal of Contemporary European Research*, 2020, p. 141. In generale sulle posizioni discordanti tra le parti si v. M. OREGLIA, *The future of EU-ACP Relations: Possible Scenarios after the End of the Post Cotonou Negotiations*, in *Perspectives on Federalism*, vol. 12, 2020, pp. 67-98.

struttura a ombrello sintetizzante entrambi gli indirizzi patrocinati dagli Stati membri e confacente alla politica estera dell'Unione. Per quanto concerne la durata del nuovo Accordo, fu raggiunto un compromesso tra gli Stati: il Patto di partenariato resterà in vigore per vent'anni, con la possibilità di proroga di ulteriori cinque e dovrà essere revisionato nel 2030 alla scadenza del *Sustainable Development Agenda*[65].

Sul piano della nuova clausola di condizionalità contenuta nell'accordo quadro non si registrano modifiche rilevanti. Si rinviene un rafforzamento della fase di dialogo politico al fine di prevenire la messa in atto delle "*appropriate measures*". La precisione della disposizione è notevolmente accresciuta[66].

L'attenzione prestata verso il "*political dialogue*" è legata alle numerose istanze sollevate dagli Stati dell'ACP dirette a ridurre il raggio di applicazione della procedura di consultazione. Nel corso degli anni, l'impiego dell'articolo 96 è stato fortemente contestato dalle *ex* colonie, che hanno sovente accusato l'Unione di non rispettarli e di agire sulla scia di un atteggiamento di paternalismo[67].

Per tal ragione, l'UE, consapevole dei rischi di questo approccio, con l'elaborazione della nuova clausola ha cercato di venire incontro ai desideri dei Paesi terzi[68]. Questa nuova tendenza trova ulteriore conferma nella predisposizione di un Comitato speciale congiunto, composto da un numero equivalente di rappresentanti, d'ausilio alla fase del dialogo prima dell'adozione delle "*appropriate measures*"[69].

6. *La necessaria coesione interna per un'azione esterna efficace*

L'Accordo di Cotonou, scaduto a febbraio 2020, è tuttavia ancora in vigore. Le prime due proroghe, la prima fino al 31 dicembre 2020 e la seconda fino al 31 novembre 2021, furono concesse ai partner per concludere i nego-

[65] M. CARBONE, *The Calm after the Storm*, cit., p. 143.

[66] J. DOHLIE SALTNES, *A Break from the Past*, cit., pp. 15-16.

[67] Il Presidente Kagame della Ruanda ha accusato l'Unione Europea di avere un "human rights superiority complex" durante una video intervista al France24 il 24 giugno 2019.

[68] J. DOHLIE SALTNES, *A Break from the Past*, cit., p. 16.

[69] E. PICHON, *op. cit.*, p. 8.

ziati. La terza e ultima è stata emessa a novembre 2021 a seguito delle difficoltà emerse allo stadio della firma tra gli Stati membri e statuisce l'applicazione dell'Accordo di Cotonou fino al 30 giugno 2022 o fino all'entrata in vigore del nuovo Accordo, se anteriore[70].

In tale contesto politico-diplomatico, nel 2020, i Paesi dell'ACP hanno approvato il *Revised Georgetown Agreement*, di cui è evidente il carattere funzionale alla conclusione del nuovo Patto tra UE-ACP. Detto Accordo istituisce l'OACPS (*Organization of African, Caribbean and Pacific States*) che a sua volta sostituisce il preesistente ACP *Group*[71]. L'Accordo di Georgetown del 1975 creava una forma associativa funzionale all'attuazione della Convenzione di Lomé, nella stessa logica si poneva la sua revisione del 2003. L'attuale OACPS invece specifica come la "gestione congiunta" dei rapporti con l'Unione europea non costituisca più l'obiettivo preminente dell'organizzazione. Lo conferma il suo stesso Preambolo nel quale sono dedicati meri cenni all'UE, mentre indirettamente è citata la Cina[72].

Per lungo tempo l'Unione europea ha rappresentato per i Paesi dell'ACP, specialmente per l'Africa, il principale o addirittura l'unico partner commerciale. Nel corso dell'ultimo decennio, economie emergenti come il Brasile, Russia, India, Cina e Sud Africa (BRICS *countries*) hanno acquisito una rilevante presenza nei territori dell'ACP[73]. Spinte dalle ricchezze di ri-

[70] 3/2021 del Comitato degli Ambasciatori ACP-UE, del 26 novembre 2021, che modifica la decisione n. 3/2019 del Comitato degli ambasciatori ACP-UE relativa all'adozione di misure transitorie a norma dell'articolo 95, paragrafo 4, dell'accordo di partenariato ACP-UE [2021/ 2175]; COM(2021) 312 final, dell'11 giugno 2021, proposta di decisione del Consiglio relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, e all'applicazione provvisoria dell'accordo di partenariato tra l'Unione europea, da una parte, e i membri dell'Organizzazione degli Stati dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico (OSACP), dall'altra. Da ultimo COM (2022) 259final, del 2 giugno 2022, proposta di decisione del Consiglio relativa alla posizione da adottare a nome dell'Unione europea in sede di Comitato degli ambasciatori ACP-UE, che propone di prorogare ulteriormente l'accordo fino al 31 dicembre 2022.

[71] P. PENNETTA, *Brevi note sul trattato istitutivo dell'Organization of the African, Caribbean and Pacific States*, in *La Comunità Internazionale*, vol. 3, 2020, pp. 477-499. Si v. anche M. CARBONE, *There is Life beyond*, cit., p. 2461 ss.

[72] P. PENNETTA, *op. cit.*, p. 482.

[73] Advisory Council on International Affairs presieduto da Jaap de Hoop Scheffer, *ACP-EU Cooperation after 2020 – towards a New Partnership?*, The Hague, n. 93, 2015, p. 11 ss.; M. CARBONE, *Rethinking ACP-EU Relations*, cit., p. 749.

sorse naturali delle terre, soprattutto africane, e interessate ad accedere al mercato mondiale, la loro entrata in campo, soprattutto quella della Cina, ha sconvolto gli equilibri internazionali esistenti[74].

L'influenza cinese nel continente africano è comprovata dagli investimenti sostenuti nella costruzione di nuove infrastrutture nel territorio, a riguardo è paradigmatica l'espressione di uno *stakeholder* africano "China gives us roads, EU gives us procedure"[75]. Invero, la Cina utilizza lo strumento finanziario per ottenere una leva geopolitica, così intrappolando i Paesi più poveri in prestiti insostenibili[76].

Non solo, anche la Russia gioca un ruolo da protagonista nel continente, lo confermano le recenti votazioni tenutesi il 2 marzo 2022 all'Assemblea delle Nazioni Unite per condannare l'invasione russa in Ucraina. Dei 35 Paesi astenuti molti sono africani: Angola, Congo, Mali, Mozambico, Senegal e Sudan (tutti Stati dell'ACP). Questo dato non deve sorprendere, si tratta di territori sui quali la Russia negli ultimi anni ha lavorato per estendere la propria egemonia, sviluppando legami di sostegno economico e militare con i governi locali.

Secondo alcuni analisti, l'Unione ha perso molto del proprio influsso nel settore commerciale e i Paesi dell'ACP oggi preferiscono concludere accordi con nuovi partner meno esigenti in termini di diritti umani e democrazia[77].

Ad oggi, terminati i contesi negoziati che sono durati per più di tre anni, la posizione dell'Unione europea non è condivisa da tutti gli Stati Membri.

L'interesse dell'Unione al dare il via all'implementazione del nuovo accordo è giustificata da molteplici ragioni. *In primis*, come esposto sopra, vi è il timore che la scadenza del suo predecessore possa travolgere la tutela dei diritti umani, aspetto essenziale della politica estera europea, ma non solo.

L'UE è ben consapevole delle mire espansionistiche-commerciali dei Paesi della BRICS, prima fra tutti della Cina seguita dalla Russia, e comprende che concludere l'Accordo significherebbe continuare a mantenere un ruolo competitivo in quei territori, in particolare del continente africano, in antitesi alle economie emergenti.

[74] E. PICHON, *op. cit.*, p. 2.

[75] P. PENNETTA, *op. cit.*, p. 482.

[76] A. WERE, *Debt Trap? Chinese loans and Africa's development options*, in *South African Institute of International Affairs – Policy insights*, n. 66, 2018, p. 1 ss.

[77] E. PICHON, *op. cit.*, p. 2.

Peraltro, riconosce i vantaggi della conservazione del nuovo Patto, che permette di intrattenere rapporti con un unico soggetto, OACPS, anziché dover concludere singoli accordi di partenariato commerciale con 79 differenti Paesi[78].

Per converso, alcuni Stati membri, segnatamente quelli che aderirono all'Unione europea successivamente alla conclusione del primo Patto, quali l'Ungheria e la Polonia, osteggiano la firma del nuovo Accordo. Queste opposizioni sono significative dal momento che il Consiglio nella sua decisione che autorizza la firma dell'Accordo, *ex* articolo 218, paragrafo 8, comma 2, deve deliberare all'unanimità.

Le ragioni sono di due ordini.

In primo luogo, detti Stati membri ritengono che l'Unione non abbia competenza esclusiva per concludere l'Accordo autonomamente. Invero, diversamente dal suo predecessore, in quello attuale risultano Parti solo l'UE e l'OACPS e non altresì i singoli Stati membri. Questo tuttora costituisce un aspetto ancora irrisolto, tant'è che l'Accordo è stato già concordato nei contenuti, ma non nelle sue parti firmatarie. Detti Stati hanno "minacciato" di negare l'approvazione del Patto, finché la Commissione non lo avesse modificato in un accordo misto[79]. La decisione finale spetta al Consiglio che al momento non si è ancora espresso sul punto [80].

In secondo luogo, Ungheria e Polonia si oppongono fermamente all'adozione del nuovo Accordo, poiché non ne condividono la tutela dei diritti alla salute sessuale e riproduttiva e la politica migratoria. In merito al primo aspetto, non condividono l'inclusione del diritto all'aborto tra i "sexual and reproductive health rights" voluta dalla Commissione. Per quanto concerne il profilo migratorio, sostengono che l'Accordo sia "pro-migration" e che incrementerà le tensioni entro i confini europei, già duramente compromessi dalla pandemia. Meraviglia che tale posizione sia sostenuta non solo dagli anzidetti Paesi, ma altresì dalla Danimarca e Olanda anch'essi ostili alla sua politica di accoglienza[81].

[78] M. OREGLIA, *op. cit.*, pp. 75 e 76.

[79] V. CHADWICK, *How Hungary is Keeping Brussels' Post-Cotonou Agreement in Limbo*, in *www.devex.com*, 2022, p. 1 ss; V. CHADWICK, *Eu Institutions in Power Struggle over Africa, Caribbean, Pacific pact*, in *devex.com*, 2021, p. 1 ss.

[80] E. PICHON, *op. cit.*, p. 5.

[81] N. BAUER, *Post-Cotonou Agreement: Blackmail for Development Aid*, in *European Cen-*

Occorre, però, soffermare l'attenzione su come solo un'azione congiunta tra gli Stati membri e l'Unione europea possa davvero fare la differenza. La resistenza di alcuni Stati membri alla firma dell'Accordo non è in alcun modo d'ausilio, ma anzi permette a pericolose potenze di accrescere la propria influenza nei Paesi ACP, adottando politiche contrarie ai diritti umani, e limita la rilevanza dell'azione europea sul piano mondiale con partner di lunga data.

Da ultimo, vale la pena sottolineare che l'UE sta manifestando un interesse preminente verso l'Unione africana[82], complessivamente intesa, come confermato dal recentissimo *Summit* del febbraio 2022, nel quale non è stato menzionato l'Accordo di Post-Cotonou. Non è nuova la volontà dell'UE di mantenere la relazione ACP-UE separata da quella UA-UE, ci si chiede, tuttavia, per quanto tale atteggiamento sarà ancora sostenibile[83].

tre for Law and Justice, 2021, p. 1 ss., www.eclj.org/; E. MORGAN, *OACPS/EU Post Cotonou agreement-obstacles in the path to signature*, in *Caricom*, 2021, p. 1 ss.; F. PIETRANGELI, *Is the EU-ACP partnership still suitable for Africa?*, in *federalismi.it*, n. 3, 2019, p. 6 ss.

[82] L'Unione africana (UA), composta da 55 Stati membri del continente africano, è stata ufficialmente istituita il 9 luglio 2002, in sostituzione dell'Organizzazione per l'Unità africana (OUA, 1963 – 1999). L'Unione mira ad aumentare lo sviluppo, combattere la povertà e la corruzione e porre fine ai numerosi conflitti in Africa. Tra i suoi obiettivi, *ex* articolo 3 dell'atto costitutivo, rientrano il rispetto della Carta delle Nazioni Unite e della Dichiarazione universale dei diritti umani, la promozione dei principi democratici, della pace, della sicurezza e della stabilità nel continente, la promozione e protezione dei diritti umani e dei popoli. Si v. A. PALLOTTI, N. C. CALÒ (a cura di), *Unione europea e Africa*, Milano, 2011; C. MURRAY, *Human Rights in Africa: From the OAU to the African Union*, Cambridge, 2004.

[83] V. CHADWICK, *How Hungary is*, cit., p. 1 ss.; F. PIETRANGELI, *op. cit.*, p. 6 ss.

LO STRUMENTO DELLA CONDIZIONALITÀ DEI FONDI EROGABILI NEI CONTESTI DI GESTIONE DELLE FRONTIERE ESTERNE DELL'UNIONE EUROPEA

Marilù Porchia*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'inchiesta del Mediatore europeo. – 3. I fondi destinati alla gestione di flussi migratori e delle frontiere. – 4. Il meccanismo di monitoraggio della valutazione di Schengen (SEMM). – 5. La proposta di modifica del regolamento SEMM. – 6. Le valutazioni SEMM quale strumento di condizionalità dei fondi nel regolamento (UE) 2021/1060 sulle norme finanziarie comuni. – 7. Il regolamento sulla condizionalità dello Stato di diritto. – 8. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La condizionalità è stata recentemente definita dalla dottrina come "a way for a subject to exercise power not purely through coercion, but through building consent or obedience via the control of resources"[1]. Oggetto di approfondite riflessioni accademiche a seguito dell'adozione del regolamento 2020/2092[2], lo strumento della condizionalità non è nuovo nel panorama dell'Unione. Da una parte, infatti, gli Stati europei furono tenuti a conformarsi ai vincoli macroeconomici fissati dal trattato di Maastricht per poter partecipare, agli inizi degli anni '90, alla nascente Unione economica e monetaria[3]. Dall'altra, una volta formatasi l'Unione europea, in ambito di politiche

* Dottoranda di ricerca in Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali presso l'Università di Ferrara.

[1] A. BARAGGIA, *The New Regulation on the Rule of Law Conditionality: A Controvertial Tool with Some Potential*, in *IACL-AIDC Blog*, 22 December 2020.

[2] Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2020, relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione.

[3] A. VON BOGDANDY, J. LACNY, *Suspension of EU Funds for Member States Breaching the Rule of Law – A Dose of Tough Love Needed?*, in *sieps.se*, 2020.

esterne questa ha operato nel rispetto dell'art. 21 TUE[4], vincolando all'aderenza allo Stato di diritto e ai diritti umani la concessione di aiuti umanitari o di più strette relazioni commerciali ai Paesi terzi, prevedendo sanzioni in caso di trasgressioni di tali valori e principi[5]. Solo successivamente, la prassi della condizionalità ha trovato spazio nei rapporti interni tra l'Unione e gli Stati membri, portando all'introduzione delle cosiddette "spending conditionalities" nei regolamenti disciplinanti il bilancio dell'Unione[6].

Nel quadro finanziario pluriennale (QFP) 2014-2020 vincoli di condizionalità erano previsti nei meccanismi di coesione, in quelli attinenti ai settori dell'agricoltura e alla pesca, e in quelli relativi agli affari interni[7], con lo scopo principale di garantire un uso efficiente delle risorse erogate[8]. Sia il Fondo asilo, migrazione e integrazione (FAMI) che il Fondo per la sicurezza interna (SFI)[9], richiedevano agli Stati membri che ricevevano finanziamenti di attuare politiche in conformità al pieno rispetto dei diritti fondamentali.

[4] TFUE, art. 21 "l'Unione definisce e attua politiche comuni e azioni e opera per assicurare un elevato livello di cooperazione in tutti i settori delle relazioni internazionali al fine di: […] b) consolidare e sostenere la democrazia, lo Stato di diritto, i diritti dell'uomo e i principi del diritto internazionale".

[5] Come il trattato di Cotonou, siglato nel 2000 con gli Stati dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico (ACP). Sui meccanismi di condizionalità per il rispetto dei valori nelle relaxioni esterne si veda T. P. HOLTERHUS, *The Legal Dimensions of Rule of Law Promotion in EU Foreign Policy: EU Treaty Imperatives and Rule of Law Conditionality in the Foreign Trade and Development Nexus*, in *Goettingen Journal of International Law*, 2018, p. 71.

[6] E. GALLINARO, *Il nuovo regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione: verso una più efficace tutela dello Stato di diritto?*, in *Nuovi Autoritarismi e Democrazie: Diritto, Istituzioni, Società (NAD-DIS)*, 2021, p. 139.

[7] Regolamento (UE) n. 1303/2013 del Parlamento e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, recante disposizioni comuni sul fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo, sul Fondo di coesione, sul Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale e sul Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca e disposizioni generali sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo, sul Fondo di coesione e sul Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca.

[8] L. MAŃKO, M. SAPAŁA, *Protecting the EU Budget against Rule of Law Deficiencies*, in *European Parliamentary Research Service*, 2020, p. 3.

[9] Regolamento (UE) n. 515/2014 del Parlamento e del Consiglio, del 16 aprile 2014, che istituisce, nell'ambito del Fondo sicurezza interna, lo strumento di sostegno finanziario per le frontiere esterne e i visti.

Secondo lo SFI, le risorse erogate ad uno Stato membro, comprese quelle programmate per il sostegno operativo, avrebbero dovuto essere riassegnate "in conformità dei risultati e delle raccomandazioni della relazione di valutazione Schengen"[10]. Pur non essendosi mai verificate sospensioni dei finanziamenti per mancato rispetto dei diritti in frontiera[11], il Mediatore europeo, a seguito di un'inchiesta conclusasi il 22 febbraio 2022, ha però, individuato carenze significative relative al finanziamento di emergenza per le attività di gestione delle frontiere in Croazia, in particolare per quanto riguarda il modo in cui è stato monitorato il rispetto dei diritti fondamentali[12].

Nel mentre, il quadro finanziario pluriennale 2021-2027 ha creato una nuova rubrica, dedicata a Migrazione e gestione delle frontiere (rubrica 4), comprensiva di due fondi: il Fondo asilo, migrazione e integrazione (FAMI) e il Fondo per la gestione integrata delle frontiere. In entrambi i fondi viene posto particolare accento sulla flessibilità, attraverso dispositivi di emergenza allocabili con procedimenti semplificati o riserve, attivabili in situazioni di pressione migratoria[13]. La Commissione europea afferma che il valore aggiunto della rubrica 4 dovrebbe essere quello di gestire elevati numeri di arrivi di migranti e richiedenti asilo con strumenti per la migrazione legale. Tuttavia, ciò che appare evidente è un aumento delle risorse per i rimpatri e per la gestione delle frontiere, a detrimento di quelle volte al rafforzamento del sistema comune d'asilo, all'incremento delle vie di migrazione legale e all'uniformazione dell'accoglienza[14]. Tale cambiamento sembra essere avvalorato anche dai dati forniti dalla Commissione: le spese riguardanti migrazione, asilo e gestione delle frontiere superano di oltre il 160% quelle del QFP precedente, quasi il 60% è destinato alla gestione delle frontiere e meno del 40% a migrazione e asilo. Guardando ai dati al momento disponibili,

[10] *Ibidem*, art. 12.

[11] M. WAGNER ET AL., *The state of play of Schengen governance: an assessment of the Schengen evaluation and monitoring mechanism in its first multiannual programme*, disponibile in europarl.europa.eu, 2020.

[12] European Ombudsman, *Decision concerning how the European Commission monitors and ensures respect for fundamental rights by the Croatian authorities in the context of border management operations supported by EU funds* (case 1598/2020/VS), 22 February 2022.

[13] European Parliament, *Resolution on the 2021-2027 multiannual financial framework and own resources: time to meet citizens' expectations*.

[14] European Commission, *Technical briefing on the EU's next long-term budget*.

le allocazioni per la gestione delle frontiere sono maggiori del 120% rispetto al QFP 2014-2020, mentre quelle per asilo e integrazione lo sono del 30%[15].

Il cuore della politica europea in materia di immigrazione si ritrova, quindi, nella protezione delle sue frontiere esterne e del suo spazio Schengen che, dalla sua creazione, non smette di modificarsi in composizione e configurazione, ma il cui *acquis* viene talvolta dimenticato. Partendo dall'inchiesta del Mediatore europeo, si analizzeranno i regolamenti disciplinanti i fondi destinati alla gestione di flussi migratori e delle frontiere. Dal regime di condizionalità da questi introdotto, si approfondirà il meccanismo di monitoraggio della valutazione di Schengen (SEMM) e la sua proposta di modifica. Infine, si guarderà all'esperibilità in concreto dei regimi di condizionalità attraverso la disamina del regolamento (UE) 2021/1060 sulle norme finanziarie comuni e del regolamento sulla condizionalità dello Stato di diritto.

2. *L'inchiesta del Mediatore europeo*

Il 6 novembre 2020, Amnesty International ha presentato al Mediatore dell'UE un reclamo contro la Commissione, sollevando dubbi sull'effettiva istituzione di un meccanismo indipendente di monitoraggio, individuato, nelle conclusioni della Comunicazione sulla piena applicazione dell'*acquis* Schengen da parte della Croazia, come strumento a tutela dei diritti alle frontiere[16]. Amnesty sosteneva, nella specie, che la Commissione non avesse affrontato le persistenti accuse di gravi violazioni dei diritti umani da parte delle autorità croate nel contesto delle operazioni di gestione delle frontiere per cui la Croazia aveva ricevuto fin dal 2018 finanziamenti di vario genere,

[15] European Commission, *Strategic plan 2020-2024 – Budget*.

[16] COM/2019/497, del 22 ottobre 2019, comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio riguardante la verifica della piena applicazione dell'*acquis* di Schengen da parte della Croazia, p. 15: "parte dei 6,8 milioni di euro di finanziamenti di emergenza concessi alla Croazia nel dicembre 2018 per rafforzare la gestione delle frontiere è stata dedicata a un nuovo meccanismo di monitoraggio. Ciò contribuirebbe a garantire che le attività di controllo alle frontiere da parte delle guardie di frontiera croate rimangano pienamente conformi al diritto dell'UE, agli obblighi internazionali e al rispetto dei diritti fondamentali e dei diritti derivanti dall'*acquis* dell'UE in materia di asilo, compreso il principio di non respingimento [...]".

tra cui fondi dell'Emergency Assistance Grant Scheme (EMAS), stanziati a causa dell'aumento della pressione migratoria[17]. Il Mediatore europeo ha quindi invitato la Commissione a rispondere sull'esistenza e la natura del meccanismo di monitoraggio, e in generale, sulle azioni intraprese per garantire che le operazioni di gestione delle frontiere che ricevono fondi UE rispettino i diritti fondamentali[18]. La Commissione, nella sua risposta del luglio 2021, ha dichiarato che non esisteva una definizione di "meccanismo di monitoraggio" nel contesto del finanziamento di emergenza dell'UE ai sensi dell'articolo 2 del regolamento n. 515/2014 e che l'istituzione di un meccanismo di monitoraggio indipendente non era una prerogativa per il finanziamento EMAS, in quanto rientrante nella competenza e nella responsabilità degli Stati membri[19]. Poiché gli accordi di sovvenzione iniziali non prevedevano espressamente che l'uso dei fondi dovesse essere conforme ai diritti fondamentali (la cosiddetta "condizionalità"), la Commissione non aveva i mezzi legali per sospendere e revocare i fondi alla luce di presunte violazioni dei diritti fondamentali. Nella sua decisione, il Mediatore ha ricordato come la legislazione dell'UE, sulla quale si basavano gli aiuti di emergenza erogati alla Croazia, stabiliva che qualsiasi attività finanziata dallo strumento di sostegno finanziario per le frontiere esterne dovesse rispettare i diritti fondamentali e conformarsi alle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali[20] e che, come aveva già sottolineato in altre inchieste, la Commissione è tenuta a rispettare la Carta nella sua interezza, in tutte le sue attività, anche nella distribuzione e nel monitoraggio dei fondi dell'UE, garantendo che i fondi dell'UE non sostengano azioni che non sono in linea con i valori dell'UE, in

[17] Specificamente, i fondi EMAS sono strumenti di finanziamento che rientrano nei fondi FAMI (Fondo Asilo, Migrazione ed Integrazione) gestiti direttamente dalla Commissione europea - Directorate-General for Migration and Home Affairs. Il regolamento (UE) n. 515/2014, cit., all'art. 7, stabilisce che, in risposta a una situazione di emergenza come definita nei regolamenti specifici, la Commissione può decidere di prestare assistenza emergenziale agli Stati membri e in Paesi terzi.

[18] European Ombudsman, *How the European Commission ensures that the Croatian authorities respect fundamental rights in the context of border management operations financed by EU funds*, 10 November 2020.

[19] European Ombudsman, *Report on the inspection of documents and meeting on how the European Commission ensures that the Croatian authorities respect fundamental rights in the context of border management operations financed by EU funds*, 10 September 2021.

[20] Regolamento (UE) n. 515/2014, cit., art. 3.

particolare i diritti, le libertà e i principi riconosciuti dalla Carta[21]. A conclusione dell'inchiesta, questi dichiara che "è stato deplorevole erogare i fondi senza assicurare sufficienti garanzie per i diritti fondamentali" nello stesso periodo in cui aumentavano le informazioni affidabili da parte di istituzioni e organizzazioni nazionali e internazionali per i diritti umani sul maltrattamento dei migranti e altre questioni relative ai diritti umani alle frontiere croate, ribadendo che "la natura di emergenza del finanziamento UE non significa che la Commissione non avrebbe dovuto garantire che i fondi fossero spesi nel rispetto dei diritti fondamentali"[22]. Osservato che nelle more dell'inchiesta, nel luglio del 2021, è stato annunciato un progetto pilota per "un meccanismo indipendente per il monitoraggio delle condotte degli agenti di polizia nell'area della immigrazione irregolare e della protezione internazionale"[23], che la Commissione ha chiarito dover essere sovvenzionato dai fondi EMAS per un anno (fino a maggio 2022)[24], il Mediatore ha chiuso l'inchiesta, raccomandando, tuttavia, che la Commissione "assuma un ruolo attivo e chieda alle autorità croate informazioni concrete e verificabili sui passi intrapresi per indagare sulle segnalazioni di espulsioni collettive e maltrattamenti di migranti e richiedenti asilo"[25].

3. *I fondi destinati alla gestione di flussi migratori e delle frontiere*

L'inchiesta del Mediatore europeo ha confermato la difficoltà dell'effettivo controllo dei fondi destinati alla gestione delle frontiere. Come anticipato, il quadro finanziario pluriennale 2021-2027 prevede una serie di fondi destinati alla gestione delle frontiere – di cui si fornirà una rapida panoramica – i cui regolamenti vincolano l'erogazione del finanziamento al rispetto dei diritti fondamentali e dell'*acquis* dell'Unione, prevedendo, per la

[21] European Ombudsman, *Decision*, cit.

[22] *Ibidem.*

[23] COM (2021) 590, del 12 ottobre 2021, comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni "Relazione sulla migrazione e l'asilo".

[24] T. STRIK, *Fundamental Rights as the Cornerstone of Schengen*, in *European Journal of Migration and Law*, 2021, p. 508.

[25] European Ombudsman, *Decision*, cit. L'inchiesta è stata chiusa il 22 febbraio 2022.

prima volta, uno specifico meccanismo di condizionalità legato alle valutazioni del SEEM.

Il Fondo per la gestione integrata delle frontiere[26] comprende due componenti[27]: lo Strumento relativo alle attrezzature per il controllo doganale (CCEI), e lo Strumento per la gestione delle frontiere e i visti (BMVI)[28]. Il Fondo BMVI[29] è un fondo di solidarietà che permette di sostenere finanziariamente gli Stati membri gravati nel lungo periodo da oneri rilevanti per i controlli alle frontiere esterne dello spazio Schengen, a causa dell'estensione o della rilevanza geopolitica delle loro frontiere terrestri e/o marittime[30]. Il regolamento specifica che i fondi mirano a rafforzare la gestione delle frontiere esterne, garantendo al tempo stesso il rispetto dei diritti fondamentali[31]. In particolare, l'art. 4 statuisce che "le azioni finanziate debbano garantire l'osservanza dei principi di non discriminazione e di non respingimento". Il richiamo espresso al principio di non respingimento offre un valido indizio di come le frequenti denunce di *push-back* alla frontiera, nell'ambito di operazioni finanziate dall'Unione non siano passate totalmente in sordina.

Anche il Fondo Asilo e migrazione e integrazione (FAMI) del 2021-2027[32], è un fondo di solidarietà che ha tra gli obiettivi l'aiutare gli Stati

[26] European Parliament, *Agreement on EU instrument supporting border management and common visa policy*, 10 December 2020.

[27] Si costituisce come fondo autonomo solo nel quadro di finanziamento pluriennale 2021-2017. Nel precedente quadro 2014-2020, gli obiettivi oggi confluiti in questo fondo erano finanziati dal Fondo Sicurezza interna, nella sua componente Frontiere e visti. Il primo Fondo Sicurezza interna (ISF), istituito nel 2014 si articolava in due strumenti: l'ISF - Frontiere e visti, teso a migliorare la gestione delle frontiere esterne dell'UE, e l'ISF - Polizia, volto a combattere la criminalità organizzata e le forme gravi di criminalità, compreso il terrorismo, e a gestire i rischi correlati alla sicurezza.

[28] Regolamento (UE) 2021/1149 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 luglio 2021, che istituisce il Fondo Sicurezza interna.

[29] Regolamento (UE) 2021/1148 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 luglio 2021, che istituisce, nell'ambito del Fondo per la gestione integrata delle frontiere, lo Strumento di sostegno finanziario per la gestione delle frontiere e la politica dei visti.

[30] Per il Fondo BMVI è stato fissato un importo globale pari a 6,241 miliardi di euro per il periodo 2021-2027. Consiglio dell'Unione europea, *Il quadro finanziario pluriennale per il periodo 2021-2027 è stato adottato*, comunicato stampa, del 17 dicembre 2020.

[31] Regolamento (UE) 2021/1148, cit., considerando n. 4 e n. 8.

[32] Regolamento (UE) 2021/1147 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 luglio 2021, che istituisce il Fondo Asilo, migrazione e integrazione. Attualmente del valore di 9,88

membri sottoposti a maggiori pressioni migratorie a combattere la migrazione irregolare e aumentare i rimpatri effettivi, e dotare l'Unione di mezzi più rapidi e più flessibili per reagire alle crisi[33]. I fondi EMAS di cui la Croazia è stata e continua ad essere destinataria, rientrano nella competenza di questo Fondo. Il suo regolamento sottolinea che le azioni finanziate devono garantire il rispetto dei diritti fondamentali e della dignità dei rimpatriati[34]. L'art. 7 apre il fondo alla partecipazione di Paesi terzi che hanno concluso un accordo con l'Unione sui criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno Stato membro o in tale Paese terzo, a condizione che l'accordo specifico riguardante la partecipazione si fondi, per tutta la durata del finanziamento, sui principi di non respingimento, di democrazia, dello Stato di diritto e sul rispetto dei diritti umani.

In ultimo, vi è il Fondo Sicurezza interna (SFI)[35], che pur avendo obiettivi specifici differenti, può interagire con il FAMI e l'IBMF[36]. Il nuovo regolamento garantisce una maggiore flessibilità nella gestione del fondo: il 60 % della dotazione complessiva sarà destinato ai programmi degli Stati membri e il 40 % allo strumento tematico, che finanzierà le priorità definite dalla Commissione ma potrebbe anche essere utilizzato per rispondere a sfide immediate in materia di sicurezza o a situazioni di emergenza. Verosimilmente, è in questa ultima situazione che potrebbero essere finanziate azioni potenzialmente lesive dei diritti in frontiera esterna. Spesso, invero, l'aumento del flusso migratorio da Paesi terzi è stato concepito quale situazione d'emergenza e di sfida alla sicurezza dell'Unione[37]. Sul punto, il regolamento si premura, al suo art. 4, di ribadire

miliardi di euro, sostiene le azioni già avviate nel precedente periodo di programmazione con il Fondo asilo, migrazione e integrazione (FAMI) del 2014-202. Si vd. C. W. NAM, *The Asylum, Migration, and Integration Fund of the EU*, in *CESifo Forum*, 2019, p. 40.

[33] Parlamento Europeo, comunicato stampa del 9 dicembre 2020, cit.

[34] Regolamento (UE) 2021/1147, cit., considerando n. 25.

[35] Regolamento (UE) 2021/1149 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 luglio 2021, che istituisce il Fondo Sicurezza interna. Corrisponde strutturalmente allo strumento "Polizia" del Fondo Sicurezza interna del periodo di programmazione 2013-2020.

[36] Per il quadro finanziario 2021-2027 è stato dotato di 2,5 miliardi di euro, il doppio di quello precedente. Cfr. Consiglio dell'Unione europea, comunicato stampa del 17 dicembre 2020, cit.

[37] J. J. RIJPMA, M. FINK, *The Management of The European Union's External Borders*, in P. DE BRUYCKER, L. TSOURDI (eds.), *Research Handbook on EU Asylum and Migration Law*, Cheltenham, 2021, p. 112.

come le azioni finanziate a titolo del Fondo "sono attuate nel pieno rispetto dei diritti fondamentali e della dignità umana", mentre all'art. 16, prevedendo il sostegno operativo "alle autorità pubbliche responsabili della realizzazione dei compiti e della fornitura dei servizi che costituiscono un servizio pubblico per l'Unione", richiede specifiche valutazioni relative al modo in cui questo contribuirà al conseguimento degli obiettivi del Fondo. Nell'operare tale valutazione, la Commissione deve tenere conto delle informazioni fornite dagli Stati membri, ma anche delle raccomandazioni risultanti dai meccanismi di controllo della qualità e di valutazione, tra i quali rientra il meccanismo di valutazione e monitoraggio Schengen (SEMM).

Infine, tutti e tre i regolamenti statuiscono l'obbligo di trasmissione alla Commissione, da parte degli Stati membri, di una relazione annuale in materia di performance, la quale contiene, tra le altre, informazioni riguardanti il soddisfacimento delle condizioni abilitanti e la loro applicazione durante l'intero periodo di programmazione, tra cui il rispetto dei diritti fondamentali[38]. Ancora, tutti e tre i regolamenti prevedono che si può ritenere che uno Stato membro non rispetti il pertinente *acquis* dell'Unione, tra gli altri casi, anche se "da una relazione di valutazione nel quadro del meccanismo di valutazione e monitoraggio Schengen stabilito nel regolamento (UE) n. 1053/2013 emergono carenze nel settore in questione"[39].

Dall'accuratezza dei risultati del SEMM relativi al controllo delle violazioni dei diritti fondamentali in frontiera può quindi, concretamente, derivare o meno uno stanziamento di fondi, destinati anche alle stesse autorità di frontiera che delle suddette violazioni dei diritti sono spesso artefici. Risulta pertanto opportuno approfondire gli aspetti principali del meccanismo.

4. *Il meccanismo di monitoraggio della valutazione di Schengen (SEMM)*

Il meccanismo di valutazione e di controllo (SEMM) è stato istituito dal regolamento (UE) n. 1053/2013 del Consiglio[40]. Frutto della reazione istitu-

[38] Regolamento (UE) 2021/1148 cit., art. 29; regolamento (UE) 2021/1147, cit., art. 35; regolamento (UE) 2021/1149 cit., art. 30.

[39] Regolamento (UE) 2021/1148 cit., considerando n. 41; regolamento (UE) 2021/1147, cit., considerando n. 39; regolamento (UE) 2021/1149 cit., considerando n. 29.

[40] Regolamento (UE) n. 1053/2013 del Consiglio, del 7 ottobre 2013, che istituisce un

zionale europea alle primavere arabe[41], il regolamento, divenuto operativo nel 2015, ha lo scopo di verificare l'applicazione dell'*acquis* di Schengen[42]. Questo comprende le disposizioni integrate nell'ambito dell'Unione ai sensi del protocollo n. 19 allegato al Trattato sull'Unione europea (TUE) e al Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), e gli atti basati sull'*acquis* o a esso altrimenti connessi[43]. In seguito alla sua integrazione nel quadro giuridico dell'UE, il regolamento ha sostituito la decisione istitutiva della Commissione permanente[44] che aveva il mandato di individuare le carenze nell'attuazione dell'*acquis* di Schengen e di proporre soluzioni[45]. La riforma determina il passaggio da un sistema prettamente intergovernativo, incentrato su valutazioni *inter pares* svolte dagli Stati membri aderenti, ad un meccanismo che prevede il coinvolgimento di esperti designati sia dagli Stati membri sia dalla Commissione, nonché il rafforzamento del ruolo delle Agenzie[46].

Nel SEMM, la Commissione assume la responsabilità del coordinamento generale nel contesto del processo di valutazione e di monitoraggio, e le valutazioni sono effettuate dalla Commissione stessa insieme agli esperti degli Stati membri, supportati dalle agenzie dell'UE che agiscono come osservatori[47]. Ogni Stato membro viene valutato almeno una volta ogni cinque anni, ma, se necessario, sono integrate da valutazioni *ad hoc* sotto forma di visite

meccanismo di valutazione e di monitoraggio per verificare l'applicazione dell'*acquis* di Schengen.

[41] A. DEKALCHUK, *When the Revolutionary Wave Comes: Arab Spring and the Role of the European Commission in the Schengen Reform, 2011-2013*, in *Higher School of Economics Research Paper*, 2015, p. 23.

[42] K. MCCABE, *Schengen Acquis: The Development of the Right to Free Movement of Persons within the European Union Legal Framework and the Necessary Reforms to Adapt to Evolving Security Threats in the Region*, in *Creighton International and Comparative Law Journal*, 2016, p. 107.

[43] G. HUYBREGHTS, *The Schengen Convention and the Schengen acquis: 25 years of evolution*, in *Era Forum*, 2015, p. 68.

[44] Decisione del Comitato esecutivo del 16 settembre 1998 riguardante l'istituzione della Commissione permanente della Convenzione di Schengen (SCH/Com-ex (98) 26 def.).

[45] Y. PASCOUAU, *The Schengen evaluation mechanism and the legal basis problem: breaking the deadlock*, in *European Policy Centre*, *Policy Brief*, 2012, p. 31.

[46] E. DE CAPITANI, *The Schengen system after Lisbon: from cooperation to integration*, in *ERA Forum*, 2014, p. 54.

[47] J. KAASIK, T. STEPHEN, *The Schengen evaluation mechanism: exploring the views of experts in the field of police cooperation*, in *Eur. L. Enforcement Res. Bull*, 2018, p. 53.

non annunciate o revisioni[48]. Durante il processo di valutazione, che si basa su diversi strumenti, tra i quali questionari[49], le visite in loco, i rapporti di valutazione, accompagnati da raccomandazioni e piani d'azione, gli esperti nazionali valutano le pratiche degli altri Stati membri, identificano le lacune o i problemi e propongono soluzioni o invitano ad agire. Inoltre, possono essere decise valutazioni tematiche sull'attuazione di una parte specifica dell'*acquis* di Schengen in diversi Paesi allo stesso tempo[50]. Alla fine di una valutazione, il Consiglio adotta raccomandazioni verso uno specifico Stato membro su proposta della Commissione[51]. Per attuare queste raccomandazioni, lo Stato membro interessato deve presentare un piano d'azione e riferire ogni tre mesi sui progressi dell'attuazione, ma, in caso di gravi carenze, si applicano termini più brevi[52]. Se la situazione persiste, la Commissione potrebbe infine proporre di raccomandare il ripristino dei controlli alle frontiere interne da parte di altri Stati membri, sulla base dell'articolo 29 del Codice Frontiere Schengen[53], come accaduto in Grecia nel 2016[54].

La Croazia ha stipulato l'Atto di adesione all'Unione europea nel 2011[55], e dal 2016 è soggetta al SEMM per l'ottenimento dello *status* di Paese idoneo ad accedere allo spazio Schengen[56]. Nello specifico, gli esperti nominati dagli Stati membri e dalla Commissione hanno svolto la loro azione di monitoraggio dal mese di giugno del 2016 fino a maggio del 2019[57]. Entrambe le visite

[48] Regolamento (UE) n. 1053/2013, cit., art. 5.

[49] Il questionario copre le seguenti aree: 1) Gestione delle frontiere esterne, 2) Ritorno e riammissione, 3) SIS; 4) Politica comune dei visti; 5) Cooperazione di polizia; 6) Protezione dei dati; 7) Cooperazione giudiziaria; 8) Legislazione sulle armi da fuoco; 9) Funzionamento delle autorità che applicano l'*acquis* di Schengen.

[50] Report on the functioning of the SEMM pursuant to Article 22 of Regulation 1053/13. First Multiannual Evaluation Programme (2015-2019), COM (2020) 779, 25 November 2020, par. 2.1.

[51] Regolamento (UE) n. 1053/2013, cit., art. 15.

[52] Regolamento (UE) n. 1053/2013, cit., art. 16.

[53] E. GUILD, ET AL., *What is happening to the Schengen borders?*, in *CEPS Paper in liberty and security in Europe*, 2015, p. 86.

[54] COM (2016) 120, seguito da una decisione di cinque Stati membri di reintrodurre i controlli alle frontiere interne, decisione di esecuzione (UE) 2016/1989 del Consiglio.

[55] Atto di adesione della Repubblica di Croazia, art. 2 (1).

[56] Regolamento 1053/2013 cit., art. 1 (1) (b) e COM (2020) 779, nota 8.

[57] COM (2019) 497def., del 22 ottobre 2019, comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo e al Consiglio riguardante la verifica della piena applicazione dell'*acquis* di Schengen da parte della Croazia.

di monitoraggio volte alla valutazione della gestione dei confini esterni, effettuate nel maggio del 2016 e nei mesi di novembre e dicembre 2017, hanno portato ad un giudizio negativo[58]. Solo a seguito dei rapporti di *follow up* ricevuti dalla Commissione nel corso del 2019, questa ha rilasciato alla Croazia, il 5 settembre, parere di conformità, nel quale, tuttavia, riconosceva la perdurante esistenza di "problematiche questioni della tutela dei diritti umani dei richiedenti asilo e degli altri migranti, accuse di negato accesso alla procedura di asilo e di uso della forza da parte degli agenti di contrasto alla frontiera"[59]. Invero, diverse organizzazioni non governative ed enti a tutela dei diritti umani avevano denunciato violazioni gravi e ripetute dei diritti fondamentali alla frontiera[60]. Per questa ragione, nel medesimo parere di conformità, la Commissione dichiarava di aver sostenuto attivamente gli sforzi croati per garantire il pieno rispetto dei diritti fondamentali alla frontiera, tra cui il finanziamento del meccanismo indipendente di monitoraggio[61]. La Commissione ha visitato nuovamente la Croazia a novembre e ha riconfermato il rispetto delle condizioni necessarie per l'applicazione dell'*acquis* di Schengen. Con riferimento a questa visita, il Parlamento europeo ha insistito "su una valutazione approfondita del rispetto dei diritti fondamentali a seguito delle ripetute segnalazioni da parte delle ONG e dei media di abusi, violenze e respingimenti da parte dei funzionari di frontiera" ed ha accolto con favore "l'istituzione di un meccanismo indipendente per il monitoraggio delle azioni degli agenti di polizia nei confronti verso i migranti irregolari e i richiedenti protezione internazionale"[62]. Meccanismo che, come l'inchiesta del Mediatore ha ampiamente documentato, non è ancora effettivo. Tuttavia, questo non ha minimamente scalfito la posizione croata. Prima ancora della conclusione dell'inchiesta, il Consiglio dell'Unione europea, nel

[58] COM (2017) 570def, del 27 settembre 2017, comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo e al Consiglio, Preservare e rafforzare Schengen.

[59] COM (2019) 497 def., cit., p. 12.

[60] BVMN, *Annual Torture Report 2020*, 2021; Centre for Peace Studies *Pushbacks report on children and unaccompanied children in Croatia*, 2020; F. GONZÁLEZ MORALES, N. MELZER, *Croatia: Police brutality in migrant pushback operations must be investigated and sanctioned*, UN Special Rapporteurs, 12 June 2020, disponibile in ohchr.org.

[61] Comunicazione COM/2019/497, cit., p. 14.

[62] Risoluzione del Parlamento europeo, dell'8 luglio 2021, sulla relazione annuale sul funzionamento dello spazio Schengen (2019/2196(INI)).

corso della seduta dello scorso 9 dicembre 2021, ha dichiarato concluso il percorso di adeguamento della Croazia alla piena applicazione dell'*acquis* di Schengen[63].

5. *La proposta di modifica del regolamento SEMM*

Da quanto finora esposto, la mancanza di volontà politica a livello nazionale e comunitario di riconoscere e combattere le violazioni dei diritti fondamentali in frontiera, appare insuperabile. Tuttavia, nel giugno 2021, la Commissione ha pubblicato una comunicazione dal titolo "Una strategia verso uno spazio Schengen pienamente funzionante e resiliente"[64], proprio mentre l'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera era impantanata in una controversia riguardante le accuse di violazione dei diritti umani per presunti respingimenti di potenziali rifugiati dalle isole greche verso le acque turche, suggerendo una relazione fragile tra la *governance* di Schengen e il rispetto dei diritti fondamentali[65]. Non sorprende, quindi, che tra le proposte della Commissione vi fosse anche quella di modifica del regolamento sul meccanismo di valutazione e monitoraggio Schengen[66], con il fine di rafforzare la valutazione del rispetto dei diritti fondamentali nell'ambito dell'*acquis* di Schengen. Nella sua relazione di valutazione, posta alla base della proposta di modifica, la Commissione concludeva infatti che la valutazione del rispetto dei diritti fondamentali non fosse sufficientemente integrata nel meccanismo di valutazione[67]. Il primo programma di valutazione pluriennale, che copre il periodo 2015-2019, mostra che non è stata adottata una sola raccomandazione relativa, ad esempio, ai respingi-

[63] Conclusioni del Consiglio, del 9 dicembre 2021, sull'adempimento delle condizioni necessarie per la piena applicazione dell'*acquis* di Schengen in Croazia.

[64] COM/2021/277 def., del 2 giugno 2021, comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo e al Consiglio, Una strategia verso uno spazio Schengen pienamente funzionante e resiliente.

[65] S. MANTU, *Schengen, Free Movement and Crises: Links, Effects and Challenge,* in *European Journal of Migration and Law*, 2021, p. 377.

[66] COM/2021/278 def., del 2 giugno 2021, proposta di regolamento del Consiglio sull'istituzione e sul funzionamento di un meccanismo di valutazione e monitoraggio per verificare l'applicazione dell'*acquis* di Schengen.

[67] COM (2020) 779, cit., par. 3.2.1.

menti, nonostante le numerose segnalazioni di violazioni negli Stati membri interessati[68].

La proposta di regolamento sembra, tuttavia, muoversi nella giusta direzione[69]. L'art. 10, introduce, infatti, la possibilità che la Commissione utilizzi, nel preparare le attività di valutazione e monitoraggio, anche i risultati di meccanismi e strumenti esterni, quali organi e organismi dell'Unione coinvolti nell'attuazione dell'*acquis* di Schengen; l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali; meccanismi e organismi di monitoraggio nazionali indipendenti e altri meccanismi nazionali di controllo della qualità. La Commissione potrebbe condividere con loro i dettagli delle relazioni di valutazione, dei piani d'azione e degli aggiornamenti sull'attuazione dei piani d'azione, col fine di costruire una strategia condivisa. Ai sensi dell'art. 11, anche le informazioni fornite da terzi, quali difensori civici, le autorità che monitorano il rispetto dei diritti fondamentali, le organizzazioni non governative e internazionali, potranno essere usate per la programmazione e l'attuazione delle attività di valutazione. Ancora, l'articolo 19 modifica l'attuale articolo corrispondente (articolo 13) relativo allo svolgimento delle visite. Di norma, le visite in loco senza preavviso avranno luogo senza notifica preliminare allo Stato membro interessato. Nella relazione introduttiva si evidenzia che ciò potrà avvenire anche se si presume che uno Stato membro stia gravemente trascurando gli obblighi che gli incombono in virtù dell'*acquis* di Schengen, anche a seguito di gravi accuse di potenziali violazioni dei diritti fondamentali connesse all'attuazione dell'*acquis* di Schengen[70].

Tali innovazioni, combinate con le proposte per una risposta più rapida ed efficace alle carenze, non garantiscono ancora, però, una valutazione efficace dei diritti fondamentali. Non vi sono previsioni, invero, riguardanti l'obbligazione di rendere pubblici i risultati relativi al rispetto dei diritti fondamentali e le raccomandazioni per gli Stati membri, utili a sostenere la trasparenza e una maggiore responsabilità delle pratiche degli Stati membri[71].

[68] FRA, *Fundamental Rights Report*, 2020, p. 27.

[69] J. BALLA, V. LÁSZLÓ, K. LÁSZLÓ, *Theory and Practice of the Schengen Evaluation Mechanism*, in *Magyar Rendészet*, 2019, p. 15.

[70] V. VIKOLAINEN, T. RITTER, *Improving the Schengen evaluation and monitoring mechanism*, EPRS, 2021; H. A. MADATALI, T. JAGER, *Revision of the Schengen Evaluation and Monitoring Mechanism, briefing, European Parliament*, EPRS, 2021.

[71] ECRE, *Schengen: A Club Where Fundamental Rights (Do Not) Matter,* Policy Note, 2019.

Inoltre, per ogni ciclo di valutazione pluriennale, la Commissione decide insieme agli Stati membri i settori politici specifici da valutare, così che se le competenze in materia di diritti fondamentali saranno incluse nel campo di applicazione, dipende ancora in gran parte da una decisione politica[72]. Guardando al ruolo centrale che le relazioni di valutazione nel quadro del meccanismo di valutazione e monitoraggio Schengen assumono all'interno dei regolamenti disciplinanti i fondi destinati alla gestione di flussi migratori e delle frontiere, diventa di fondamentale importanza svincolare l'adozione di tali decisioni da valutazioni d'opportunità politica.

6. *Le valutazioni SEMM quale strumento di condizionalità dei fondi nel regolamento (UE) 2021/1060 sulle norme finanziarie comuni*

Analizzati i fondi erogabili agli Stati membri per la gestione delle frontiere, e accertato il rapporto di condizionalità che lega l'erogazione di questi fondi alle valutazioni del SEMM, è necessario comprendere quali sono gli strumenti disponibili per l'esercizio di tale condizionalità. Ai sensi dei regolamenti di settore dei tre fondi da cui potrebbero derivare finanziamenti legati, a diverso titolo, alle attività di frontiera (SFI, FAMI, BMVI), è possibile stabilire che uno Stato membro non rispetti il pertinente *acquis* dell'Unione se da una relazione SEMM emergono carenze nel settore in questione. Questo è, quindi, il punto in cui le valutazioni del SEMM e i regolamenti dei fondi si vanno ad intersecare, ponendo le basi della condizionalità. Tuttavia, tale collegamento, di primo impatto immediato, è uno dei nodi problematici su cui si vuole portare l'attenzione. Invero, dalla relazione SEMM devono emergere carenze "nel settore in questione", che è, rispettivamente, a secondo del fondo preso in considerazione, il settore della gestione delle frontiere e dei visti, il settore dell'asilo, migrazione e integrazione, o quello della sicurezza interna. Come già spiegato però, i settori politici specifici da valutare cambiano per ogni ciclo di valutazione pluriennale, sulla base di una decisione della Commissione e degli Stati membri. Quindi, ci potremmo trovare di fronte a finanziamenti legati ad un fondo, il cui settore non rientra nell'ambito di valutazione pluriennale durante il periodo di ero-

[72] T. STRIK, *op. cit.*

gazione. Questo porterebbe a recidere totalmente il nesso di condizionalità risultante tra la valutazione SEMM e l'erogazione dei fondi, venendo meno la modalità di controllo sugli stessi. D'altra parte, anche ammesso che il settore del fondo erogato sia invece soggetto alla valutazione del SEMM durante il periodo di finanziamento, non è detto il rispetto dei diritti fondamentali rientri nell'ambito di valutazione dello specifico settore. Invero, allo stato attuale della proposta, il rispetto dei diritti fondamentali comparirebbe piuttosto come un settore a sé, la cui valutazione sarebbe indipendente e svincolata da quella degli altri settori. L'unico modo per rendere realmente effettivo il meccanismo di condizionalità del SEMM sarebbe quindi inserire la valutazione del rispetto dei diritti fondamentali come argomento trasversale nelle *check-list* e nei questionari standard di ogni settore di ogni ciclo di valutazione pluriennale[73]. Allo stesso tempo, si dovrebbe prevedere un meccanismo che tenga in conto l'erogazione dei fondi nella selezione dei settori politici e dei temi, così da assicurare un controllo effettivo sugli stessi, specie a fronte di relazioni sul mancato rispetto dei diritti fondamentali. Questo permetterebbe di inserire le valutazioni SEMM di settore nelle relazioni annuali di performance previste dai regolamenti di ogni singolo fondo, che a loro volta andrebbero a confluire nelle relazioni del Comitato di sorveglianza, come previsto dal regolamento contenente le disposizioni comuni sui fondi dell'Unione europea.

Invero, a tutti i fondi esaminati, si applicano le norme finanziarie comuni contenute nel regolamento (UE) 2021/1060 (di seguito RDC)[74], che prevedono misure che incidono sui finanziamenti sia in caso di mancanza di condizioni abilitanti alla ricezione di fondi, che in caso di "carenze gravi". Nella

[73] COM(2021) 0278 – C9-0349/2021 – 2021/0140(CNS), del 7 aprile 2022, risoluzione legislativa del Parlamento europeo sulla proposta di regolamento del Consiglio sull'istituzione e sul funzionamento di un meccanismo di valutazione e monitoraggio per verificare l'applicazione dell'*acquis* di Schengen, Emendamento 7 al considerando n. 10 "In particolare, la Commissione, in collaborazione con l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, dovrebbe elaborare parametri di riferimento specifici, da includere nel questionario standard, rispetto ai quali possa essere valutato il rispetto dei diritti fondamentali".

[74] Regolamento (UE) 2021/1060 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 giugno 2021, recante le disposizioni comuni applicabili al Fondo europeo di sviluppo regionale, al Fondo sociale europeo Plus, al Fondo di coesione, al Fondo per una transizione giusta, al Fondo europeo per gli affari marittimi, la pesca e l'acquacoltura, e le regole finanziarie applicabili a tali fondi e al Fondo Asilo, migrazione e integrazione, al Fondo Sicurezza interna e allo Strumento di sostegno finanziario per la gestione delle frontiere e la politica dei visti.

specie, il rispetto della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, è espressamente richiamato tra i principi orizzontali[75], ed è una "condizione orizzontale di abilitazione" ai sensi dell'articolo 15 RDC. Questo richiede l'esistenza di modalità "per garantire la conformità dei programmi sostenuti dai Fondi e della loro attuazione alle pertinenti disposizioni della Carta e modalità di rendicontazione al comitato di sorveglianza in merito a casi di operazioni sostenute dai Fondi non conformi alla Carta e denunce riguardanti la Carta presentate conformemente alle disposizioni adottate a norma dell'articolo 69, paragrafo 7". Quest'ultimo articolo impone agli Stati membri di adottare "disposizioni atte ad assicurare l'esame efficace delle denunce riguardanti i fondi". La norma prevede che la definizione della portata, delle norme e delle procedure relative a tali modalità, compete agli Stati membri conformemente ai relativi quadri istituzionali e giuridici. Tuttavia, conscia della debolezza dei quadri istituzionali e giuridici di alcuni Stati, di cui la Croazia è un chiaro esempio, si premura di sottolineare che ciò non pregiudica la possibilità generalmente prevista per i cittadini e i portatori di interesse di presentare denunce alla Commissione. L'*iter* di valutazione ordinario della presenza di condizioni abilitanti parte dallo Stato membro, il quale autonomamente notifica alla Commissione il soddisfacimento della condizione abilitante di cui all'art. 15. In questo caso, il pieno rispetto dei diritti fondamentali. Se la Commissione non dovesse condividere – *ex post* – la valutazione, non rimborsa le spese fino a quando lo Stato membro non soddisfa la condizione abilitante, salvo quelle operazioni che contribuiscono al soddisfacimento della corrispondente condizione abilitante.

Le altre misure previste dal regolamento sono adottabili in caso di "carenze gravi", definite come carenze nel funzionamento efficace del sistema di gestione e controllo di un programma per la quale risultano necessari miglioramenti sostanziali dei sistemi di gestione e controllo[76]. Le ipotesi sono disci-

[75] Regolamento 2021/1060, cit., art. 9 "Principi orizzontali 1. In sede di attuazione dei fondi, gli Stati membri e la Commissione garantiscono il rispetto dei diritti fondamentali e la conformità alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea".

[76] Regolamento 2021/1060, cit., considerando n. 32 «carenza grave»: carenza nel funzionamento efficace del sistema di gestione e controllo di un programma per la quale risultano necessari miglioramenti sostanziali dei sistemi di gestione e controllo e in base alla quale a un qualsiasi requisito fondamentale tra quelli ai numeri 2, 4, 5, 9, 12, 13 e 15 di cui all'allegato X oppure a due o più degli altri requisiti fondamentali sono attribuite le categorie 3 e 4 di detto allegato.

plinate dagli artt. 96, 97 e 104, i quali prevedono rispettivamente interruzione, sospensione, e rettifiche finanziarie del finanziamento. Ai sensi dell'art. 96, se vi sono elementi di prova che facciano presumere una carenza grave per la quale non sono state adottate misure correttive, la Commissione informa per iscritto lo Stato membro e l'autorità di gestione in merito ai motivi dell'interruzione, che può avvenire per un massimo di sei mesi, chiedendo a essi di porre rimedio alla situazione. La Commissione pone fine all'interruzione appena sono adottate le misure correttive. Se ciò non è avvenuto, ai sensi dell'art. 97, accertata una carenza grave, può sospendere la totalità o una parte dei pagamenti. Tale misura può anche essere conseguente ad un parere motivato della Commissione in relazione a una procedura di infrazione ai sensi dell'articolo 258 TFUE riguardo a una questione che mette a rischio la legittimità e la regolarità delle spese. Infine, nel caso in cui lo Stato continui a non ottemperare, in base all'art. 104, la Commissione può apportare rettifiche finanziarie riducendo il sostegno dei fondi a un programma, se essa conclude che esiste una carenza grave che ha messo a rischio il sostegno dei fondi già versato al programma. Viene data la possibilità di audizione o presentazione di informazioni aggiuntive agli Stati membri, ed entro dieci mesi da queste, la Commissione decide mediante un atto di esecuzione. La lunghezza e la macchinosità del processo è evidente. Tuttavia, questo, unitamente alle auspicate modifiche del SEMM, offre uno strumento di condizionalità di non poco conto. Le valutazioni trasversali del rispetto dei diritti fondamentali del SEMM, inserite nelle relazioni annuali di performance, andrebbero a confluire in quelle del Comitato di sorveglianza, utili, in ultima istanza, ad accertare la mancanza di condizione orizzontali abilitanti ai sensi dell'articolo 15 RDC, e al conseguente mancato rimborso di spese, o a rilevare "gravi carenze" tali da determinare interruzione, sospensione o rettifica dei finanziamenti.

7. *Il regolamento sulla condizionalità dello Stato di diritto*

Infine, in tema di meccanismi di condizionalità, non si può sottrarre alla trattazione un accenno alla condizionalità di spesa legata al rispetto dello

Stato di diritto[77], inserita all' interno del pacchetto del QFP 2021-2027 con l'approvazione del regolamento relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione[78]. Il regolamento definisce "Stato di diritto" i valori dell'Unione enucleati all'articolo 2 TUE. Per quanto riguarda i diritti fondamentali, la Corte di giustizia ha specificato che il loro riferimento è fatto solo a titolo illustrativo dei requisiti del principio della tutela giurisdizionale effettiva[79]. Questo si considera violato in caso di limitazione della disponibilità e dell'efficacia dei mezzi di ricorso, per esempio attraverso norme procedurali restrittive e la mancata esecuzione delle sentenze o la limitazione dell'efficacia delle indagini, delle azioni penali o delle sanzioni per violazioni del diritto[80]. Circostanze effettivamente riscontrabili in relazione alle violazioni verificatesi alle frontiere esterne dell'UE. A ridosso dell'approvazione del regolamento, il Consiglio europeo del 10 e 11 dicembre 2020 rendeva noto nelle sue conclusioni che la Commissione avrebbe adottato linee guida sulle modalità con le quali dare applicazione al regolamento, prevedendo che queste sarebbero state messe a punto solo dopo la pronuncia della Corte di giustizia su di un eventuale ricorso per annullamento, la cui proposizione da parte di Ungheria e Polonia risultava probabile già al momento dell'adozione delle conclusioni[81]. I due Stati hanno, effettivamente, proposto due ricorsi di annullamento *ex* art. 263 TFUE, fondati sull'assenza di una base giuridica adeguata nei Trattati e sul superamento dei

[77] M. J. RANGEL DE MASQUITA, *European Union Values, Rule of Law and the Multiannual Financial framework 2021-2027*, in *ERA Forum*, 2018, p. 288; si vedano anche J. ŁACNY, *The rule of law conditionality under regulation No 2092/2020 – is it all about the money?*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2021, p. 79; M. BLAUBERGE, V. VAN HÜLLEN, *Conditionality of EU funds: an instrument to enforce EU fundamental values?*, in *Journal of European Integration*, 2021, p. 1.

[78] Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092, cit.

[79] Sentenze della Corte del 16 febbraio 2022, causa C-156/21, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, punto 229 e causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, punto 324.

[80] G. VITALE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *federalismi.it*, 28 febbraio 2018.

[81] Parere JUR 13961/20, dell'11 dicembre 2020, Servizio giuridico, *Part I of the Conclusions of the European Council of 10 and 11 December 2020 – Conformity with the Treaties and with the Text of the Regulation on a General Regime of Conditionality for the Protection of the Union Budget*.

limiti delle competenze dell'Unione[82]. Il 16 febbraio 2022 la Corte di giustizia dell'Unione europea ha respinto i due ricorsi, ribadendo che un meccanismo di condizionalità orizzontale, come quello istituito dal regolamento, che subordina il beneficio di finanziamenti provenienti dal bilancio dell'Unione al rispetto da parte di uno Stato membro dei principi dello Stato di diritto, rientra nella competenza, conferita dai Trattati all'Unione, di stabilire "regole finanziarie" relative all'esecuzione del bilancio dell'Unione[83]. Il 2 marzo, la Commissione ha adottato le linee guida sull'applicazione del regolamento 2020/2092 (C(2022) 1382)[84]. Il regolamento è quindi, ad oggi, pienamente operativo. Pertanto, è necessario capire in che modo lo strumento di condizionalità da questo previsto potrebbe intervenire in caso di violazione dei diritti fondamentali alle frontiere esterne dell'Unione[85]. Sul punto, rileva la valutazione di opportunità rimessa alla Commissione, la quale prima di avviare la procedura valuterà "se sono misure appropriate necessarie, vale a dire se altre procedure previste dalla legislazione dell'Unione per la protezione del bilancio dell'Unione non le consentirebbero di proteggere il bilancio dell'Unione in modo più efficace, come stabilito dall'articolo 6, paragrafo 1, del regolamento sulla condizionalità"[86]. Le linee guida specificano che, nel considerare se la procedura istituita dal regolamento sulla condizionalità protegga il bilancio dell'Unione più efficacemente di altre procedure, la Commissione, basandosi sull'applicazione della legislazione settoriale specifica, terrà conto di una serie di criteri aperti, da applicare alla luce delle circostanze specifiche di ciascuna situazione. Un primo criterio riguarda "la portata dell'effetto sul bilancio dell'Unione e/o l'entità del rischio che la violazione dei principi dello Stato di diritto può comportare per l'efficienza", riferendosi, in particolare, alle situazioni in cui le procedure previste da altre norme

[82] CGUE, comunicato stampa n° 217/21, 2 dicembre 2021.

[83] Sentenza *Ungheria c. Parlamento e Consiglio* e sentenza *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, citt.

[84] C/2022/1382, del 13 marzo 2022, comunicazione della Commissione Orientamenti sull'applicazione del regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione 2022/C 123/02.

[85] M. FISICARO, *Rule of Law Conditionality in EU Funds: The Value of Money in the Crisis of European Values*, in *europeanpapers.eu*, 2020, p. 695.

[86] Regolamento (UE, Euratom) n. 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2020, relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione, cit., preambolo, par. 17 (d).

finanziarie dell'Unione possono applicarsi solo a programmi di spesa specifici e potrebbero quindi essere insufficienti, in alcuni casi, per violazioni dei principi dello Stato di diritto[87]. Un altro criterio pertinente riguarda "i tipi di rimedi disponibili e la loro adeguatezza alle diverse situazioni". Nonostante le linee guida forniscano questi criteri chiarificatori, fa dubitare della conformità del regolamento al principio della certezza del diritto il fatto che non siano stati stabiliti in modo chiaro i criteri sulla base dei quali la Commissione – cui viene lasciata un'ampia discrezionalità in merito – opererà la scelta tra l'una e l'altra procedura[88]. Nel caso di specie, le norme finanziarie contenute nell'RDC – applicabili all'IBMF, al FAMI, e allo SFI – prevedono procedure per la protezione del bilancio dell'Unione. Tuttavia, non sempre la loro applicazione consentirebbe di proteggere il bilancio dell'Unione in modo più efficace. Un esempio può essere l'*iter* procedurale ai sensi dell'articolo 15 RDC, che permette di non rimborsare le spese fino al soddisfacimento della condizione orizzontale di abilitazione. Invero, questa misura si applica solo dopo che il programma o la sua modifica siano stati approvati dalla Commissione. Di conseguenza, in caso di violazione dei principi dello Stato di diritto in relazione alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE che riguardano l'attuazione di un programma dell'Unione, il regolamento sulla condizionalità può essere più efficace nella misura in cui prevede anche la possibilità di sospendere l'approvazione o modifica di un programma, rafforzando ulteriormente la protezione del bilancio dell'Unione grazie al suo effetto preventivo.

8. *Conclusioni*

Al termine di questa analisi, rimane aperto il quesito di come gli strumenti di condizionalità siano concretamente esperibili nei contesti di violazione dei diritti fondamentali alle frontiere, e quali prospettive di tutela si aprono alla luce delle modifiche proposte al SEMM e della ritrovata operatività del regolamento sulla condizionalità dello Stato di diritto. Riprendendo le fila dal caso concreto presentato all'inizio della trattazione, a fronte di

[87] T. TRIDIMAS, *Editorial Note: Recovery Plan and Rule of Law Conditionality: A New Era Beckons?*", in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, vol. 16, 2020.

[88] E. GALLINARO, *op. cit*.

comprovate e reiterate violazioni dei diritti fondamentali alla frontiera, la Commissione non ha ritenuto di dover sospendere l'erogazione dei fondi alla Croazia, neanche a seguito dell'intervento del Mediatore europeo. Tantomeno, la Commissione ha risposto alla domanda che era alla base dell'inchiesta, e cioè in che modo sia in grado di garantire che le operazioni di gestione delle frontiere che ricevono fondi UE assicurino il rispetto dei diritti fondamentali[89].

L'RDC prevede dei meccanismi di condizionalità che non coinvolgono le valutazioni SEMM, e che la Commissione avrebbe già potuto attivare. All'art. 97 è infatti prevista la sospensione dei fondi (tra cui ISF, FAMI, ISVG) quando esiste un parere motivato della Commissione in relazione a una procedura di infrazione ai sensi dell'articolo 258 TFUE, riguardo a una questione che mette a rischio la legittimità e la regolarità delle spese. Nonostante più voci si siano levate per chiedere alla Commissione di avviare una procedura di infrazione contro la Croazia – ma anche contro la Grecia e la Polonia – per violazione del diritto dell'UE, denunciando "una situazione insostenibile creatasi alle frontiere esterne dell'Unione, relativamente alla tutela dei diritti fondamentali, in particolare del diritto alla protezione internazionale e del principio di non-respingimento", questa è rimasta sorda a tale appello[90]. Di conseguenza, sebbene il regolamento contenente le disposizioni comuni sui fondi preveda anche la possibilità generalmente prevista per i cittadini e i portatori di interesse di presentare denunce alla Commissione su eventuali violazioni dei diritti fondamentali legate all'uso dei fondi, la mancanza di volontà politica finora dimostrata dalla Commissione lascia intuire che anche tali denunce andrebbero a cadere nel vuoto.

Quanto, infine, all'utilizzo del regolamento condizionalità in caso di violazione di diritti fondamentali, spetterebbe sempre alla Commissione valutare che la mancata previsione di un meccanismo di denuncia immediata e di un raccordo diretto con le istituzioni preposte a valutare ed esercitare l'azione penale in caso di violazione dei diritti alla frontiera, possa costituire lesione del principio di tutela giurisdizionale effettiva. Anche se ciò accadesse, determinati profili del regolamento sembrano comunque destare qualche perplessità, come l'apprezzabile margine di discrezionalità di cui gode la

[89] Mediatore europeo, 10 novembre 2022, cit.

[90] R. LANNEAU, *The Commission's proposal for a new Independent Monitoring Mechanism at the external border of the EU: a necessary but limited mechanism*, in *EU Migration Blog*, 22 February 2021.

Commissione nella scelta dello strumento più efficace a garantire la protezione del bilancio UE, o nel proporre misure imperniate su un vago ed esteso catalogo di fonti di informazione, in ogni caso respingibili o emendabili dal Consiglio a maggioranza qualificata.

Come in altre situazioni, la Commissione sembra riluttante a utilizzare gli strumenti che ha a disposizione per imporre il rispetto dei diritti fondamentali alla frontiera. Una strategia per far fronte a tale immobilismo può essere la modifica del SEMM. L'attenzione deve, quindi, essere rivolta alla composizione e l'effettiva serietà ed indipendenza dei terzi coinvolti, poiché, come fatto notare già da diverse voci, la mancanza di tali elementi andrebbe a compromettere la qualità delle informazioni fornite, e di conseguenza, tutto il processo di valutazione SEMM[91]. Su tale qualità si basa, infatti, la tenuta della condizionalità, dal momento che il peso della Commissione, nel sistema di valutazione, verrebbe ad essere controbilanciato non soltanto dagli esperti degli Stati membri, supportati dalle agenzie dell'UE, ma anche dalle altre informazioni fornite da terzi.

Abbiamo assistito ad anni in cui – appellandosi ad esigenze di sicurezza[92] e salute nazionale[93] – alcuni dei principi fondanti di Schengen sono stati riconfigurati, se non nel diritto, almeno nella pratica, con effetti preoccupanti per i diritti fondamentali degli individui mobili, cittadini e migranti. La tenuta del sistema Schengen è legata alla sua capacità di assorbire e convertire diversi tipi di rischi in nuove forme di *governance*[94], che lungi dall' assecondare la tendenza a scivolare di nuovo nell'intergovernativismo, devono puntare a creare modalità di ascolto, in ossequio al principio di sussidiarietà, delle voci che arrivano dalle esperienze dirette di chi le frontiere le vive e le attraversa (o non attraversa), quotidianamente. Un sistema di condizionalità

[91] Ad esempio, il primo rapporto del meccanismo "indipendente" croato, del dicembre 2021, che accusava la polizia croata di aver "illegalmente respinto migranti in Bosnia Erzegovina", è stato rapidamente ritirato e sostituito con una versione annacquata che non faceva riferimento alle violazioni dei diritti umani da parte croata.

[92] C. FIJNAUT, *The refugee crisis: the end of Schengen?*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2015, p. 313.

[93] S. MONTALDO, *The COVID-19 emergency and the reintroduction of internal border controls in the Schengen area: Never let a serious crisis go to waste*, in *europeanpapers.eu*, 2020, p. 523.

[94] M. DE SOMER, *Schengen: Quo Vadis?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2020, p. 178.

che non tenga conto di queste voci, non potrà mai essere pienamente efficace, perché sempre vincolato alla presenza – o mancanza – di volontà politica della Commissione, che ha reso chiaro, in questi anni, di essere ben disposta a mettere da parte, in nome della tutela degli interessi dell'Unione, i diritti fondamentali di chi, dell'Unione, non è parte.

LA PROMOZIONE DEI VALORI UE IN MATERIA DI LAVORO

Gabriele Rugani*

SOMMARIO: 1. Introduzione: l'esportazione degli standard in materia di lavoro come obiettivo prioritario dell'UE per l'immediato futuro. – 2. L'esportazione degli standard UE in materia di lavoro attraverso gli accordi internazionali con Stati terzi. – 3. L'esportazione degli standard UE in materia di lavoro attraverso meccanismi di carattere unilaterale. – 4. Conclusioni: la debolezza dei meccanismi di attuazione come fattore che può compromettere la strategia dell'UE di promozione dei propri valori.

1. *Introduzione: l'esportazione degli standard in materia di lavoro come obiettivo prioritario dell'UE per l'immediato futuro*

Tra gli obiettivi dell'Unione europea per l'immediato futuro è possibile annoverare anche quello di rafforzare ulteriormente il proprio *ruolo di leader mondiale*, nonché, scendendo ancor più nello specifico, quello di continuare a promuovere a livello internazionale, con la propria *politica commerciale*, elevati standard di protezione dell'*ambiente* e del *lavoro*. Tali materie, è bene precisarlo fin da subito, vengono concepite dall'UE come inestricabilmente connesse tra loro, in quanto componenti del c.d. *sviluppo sostenibile*: entrambe sono infatti ritenute indispensabili per il benessere delle generazioni presenti e future[1].

* Assegnista di ricerca post-dottorale in Diritto dell'Unione europea e Diritto internazionale, Università di Pisa.

[1] Il fatto che l'UE concepisca la protezione dell'ambiente e del lavoro come componenti dello sviluppo sostenibile inestricabilmente connesse tra loro è esplicitato in varie sedi, tra cui anche alcuni importanti accordi internazionali conclusi con Stati terzi. Si veda, a titolo esemplificativo, l'art. 22.1, par. 1, dell'Accordo CETA ("Accordo economico e commerciale globale tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra"), in base a cui: "[…] Le parti riconoscono che lo sviluppo economico, lo sviluppo sociale e la protezione dell'ambiente sono interdipendenti e costituiscono componenti dello sviluppo sostenibile che si rafforzano reciprocamente; le parti riaffermano il loro impegno a promuovere lo sviluppo del commercio internazionale in modo da contribuire al raggiungimento dell'obiettivo dello

Gli obiettivi appena descritti sono stati esplicitati fin dal 2019 dall'allora candidata alla carica di Presidente della Commissione europea, Ursula von der Leyen, all'interno dei suoi "Orientamenti politici per la prossima Commissione europea 2019-2024", significativamente intitolati "Un'Unione più ambiziosa. Il mio programma per l'Europa"[2]. All'interno di tale documento, vengono individuate "sei tematiche ambiziose per l'Europa" su cui concentrarsi "per i prossimi cinque anni e oltre". Tra di esse, insieme a "Un Green Deal europeo", "Un'economia che lavora per le persone", "Un'Europa pronta per l'era digitale", "Proteggere il nostro stile di vita europeo" e "Un nuovo slancio per la democrazia europea", figura anche la tematica di maggior interesse ai nostri fini: "Un'Europa più forte nel mondo"[3].

A tal riguardo, l'allora candidata Presidente Ursula von der Leyen afferma espressamente di volere "un'Europa più ambiziosa che *rafforzi la leadership mondiale* responsabile che la contraddistingue". Il principale strumento attraverso cui perseguire tale obiettivo è rappresentato da "un programma di *commercio equo e aperto*"; il commercio, infatti, non viene visto come fine a sé stesso, ma anzi come "un mezzo per assicurare prosperità qui da noi e per *esportare i nostri valori nel mondo*". E per quanto riguarda, più nel dettaglio, i valori dell'UE che meritano di essere esportati oltrefrontiera, l'allora candidata Presidente Ursula von der Leyen si impegna espressamente ad adoperarsi "affinché ogni nuovo accordo concluso contenga un capitolo distinto dedicato allo *sviluppo sostenibile* e rispetti le norme più rigorose in termini di *clima, ambiente e protezione del lavoro, con tolleranza zero in fatto di lavoro minorile*"[4].

Obiettivi non dissimili vengono individuati, per il medesimo arco temporale, anche dal Consiglio europeo all'interno del suo documento "Una

sviluppo sostenibile, per il benessere delle generazioni presenti e future". Formule simili possono essere trovate, sempre a titolo esemplificativo, nell'art. 12.1, par. 2, dell'Accordo di libero scambio tra UE e Singapore, nonché nell'art. 13.1, par. 3, dell'Accordo di libero scambio tra UE e Vietnam.

[2] U. VON DER LEYEN, *Un'Unione più ambiziosa. Il mio programma per l'Europa – Orientamenti politici per la prossima Commissione europea 2019-2024*, 2019, reperibile su www.ec.europa.eu/info/sites/default/files/political-guidelines-next-commission_it.pdf.

[3] *Ibidem*, p. 4.

[4] *Ibidem*, p. 19 (enfasi aggiunta).

nuova agenda strategica 2019-2024"[5]. L'agenda è incentrata su "quattro priorità principali": tra queste, oltre a "proteggere i cittadini e le libertà", "sviluppare una base economica forte e vivace" e "costruire un'Europa verde, equa, sociale e a impatto climatico zero", troviamo enunciata ancora una volta quella di "promuovere gli interessi e i valori europei sulla scena mondiale"[6].

Su quest'ultimo punto, il documento afferma che "l'UE deve […] tutelare i propri interessi e valori e il proprio stile di vita e plasmare il futuro del pianeta". E ancora: "L'UE utilizzerà la sua influenza per guidare la risposta alle sfide mondiali, mostrando la strada da seguire nella lotta contro i cambiamenti climatici" e "promuovendo lo *sviluppo sostenibile*". Quanto allo strumento primario per realizzare una simile promozione dei valori dell'UE a livello globale, per il Consiglio europeo esso è il medesimo che abbiamo già trovato menzionato anche negli orientamenti della Commissione: "*Una politica commerciale ambiziosa e solida*"[7].

Infine, un'ulteriore conferma del fatto che per l'UE quelle appena descritte rappresentano priorità assolute può essere rinvenuta in seno alla c.d. "Conferenza sul futuro dell'Europa". Quest'ultima, come noto, è un'iniziativa congiunta del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione europea, aperta ufficialmente (e simbolicamente) il 9 maggio 2021, e concepita dalle istituzioni UE come la naturale continuazione del precedente dibattito sul futuro dell'Unione[8]. Ancor più nello specifico, come precisato sia nella "Dichiarazione comune sulla Conferenza sul futuro dell'Europa"[9], che nel "regolamento interno della Conferenza sul futuro dell'Europa"[10] all'art. 1, essa è un processo "dal basso verso l'alto", incentra-

[5] Consiglio europeo, *Una nuova agenda strategica 2019-2024*, 2019, reperibile su www.consilium.europa.eu/media/39937/a-new-strategic-agenda-2019-2024-it.pdf.

[6] *Ibidem*, p. 2.

[7] *Ibidem*, p. 6 (enfasi aggiunta).

[8] Sul punto v. F. MARTINES, *La Conferenza sul futuro dell'Europa: uno strumento innovativo di partecipazione democratica per rafforzare la legittimità dell'Unione?*, in *I Post di AISDUE*, Conferenza sul futuro dell'Europa, n. 2, 29 luglio 2021, p. 9 ss., spec. p. 11.

[9] Dichiarazione comune sulla Conferenza sul futuro dell'Europa, 2021, reperibile su www.futureu.europa.eu/uploads/decidim/attachment/file/14/IT_-_DICHIARAZIONE_COMUNE_SULLA_CONFERENZA_SUL_FUTURO_DELL.pdf .

[10] Regolamento interno della Conferenza sul futuro dell'Europa, 2021, reperibile su www.futureu.europa.eu/uploads/decidim/attachment/file/27326/it.pdf.

to sui cittadini, che consente agli europei di esprimere la loro opinione su ciò che si aspettano dall'UE.

Orbene, sia la Dichiarazione che il regolamento elencano una serie di contenuti che saranno oggetto di discussione, tra cui per l'appunto figura anche "il ruolo dell'UE nel mondo": tale argomento, esattamente come gli altri, sarà affrontato "sulla scorta dell'agenda strategica del Consiglio europeo", nonché "degli orientamenti politici 2019-2024 della Commissione europea", ovverosia proprio i due documenti precedentemente esaminati[11]. All'interno della Piattaforma digitale multilingue, che rappresenta la base della Conferenza all'interno della quale i cittadini e i portatori di interesse possono condividere idee e inviare contributi, l'argomento è poi ulteriormente specificato con indicazioni funzionali a suggerire la direzione del dibattito[12]: in particolare, si fa riferimento all'obiettivo di "*rafforzare una leadership mondiale responsabile*" in relazione a "questioni improrogabili" quali lo "*sviluppo sostenibile*"[13].

Dall'analisi appena svolta appare quindi evidente quanto già affermato in apertura, ovvero che la strategia dell'Unione prevede il consolidamento della propria posizione sul piano globale e la promozione, primariamente attraverso la politica commerciale, dello sviluppo sostenibile. Il presente contributo, tuttavia, non intende concentrarsi su entrambe le summenzionate componenti dello sviluppo sostenibile, ma esclusivamente su una delle due: la *protezione del lavoro*. Si andranno a esaminare, dunque, le modalità che l'UE già utilizza per esportare i propri standard in materia, concentrandosi innanzitutto sugli *accordi internazionali* con Stati terzi, ma senza trascurare l'esistenza di meccanismi di carattere *unilaterale*. Di tali soluzioni verranno messi in rilievo i punti di forza, ma anche le criticità, e si cercherà di comprendere dove e in che modo l'Unione dovrebbe intervenire per incrementarne l'efficacia e per meglio perseguire l'obiettivo prefissato.

[11] V. l'art. 2, in base a cui: "[…] Sulla scorta dell'agenda strategica del Consiglio europeo, degli orientamenti politici 2019-2024 della Commissione europea e in considerazione delle sfide poste dalla pandemia di COVID-19, le discussioni riguarderanno, tra l'altro: […] il ruolo dell'UE nel mondo […]".

[12] Sul punto v. F. MARTINES, *op. cit.*, p. 24.

[13] Corsivo aggiunto. Si veda la pagina del sito della Conferenza sul futuro dell'Europa dedicata a "L'UE nel mondo", reperibile su www.futureu.europa.eu/processes/EUInTheWorld.

2. *L'esportazione degli standard UE in materia di lavoro attraverso gli accordi internazionali con Stati terzi*

Prendendo le mosse dagli accordi commerciali dell'UE con Stati terzi, occorre preliminarmente ricordare come il loro contenuto, nel corso degli anni, sia andato progressivamente ad arricchirsi. Gli accordi conclusi fino al 2006, anche detti di "prima generazione", avevano lo scopo pressoché esclusivo di eliminare (o quantomeno ridurre) le barriere tariffarie agli scambi commerciali; al contrario, quelli di "nuova generazione" ("*New Generation Free Trade Agreements*" o NGFTA), che hanno iniziato a diffondersi in particolar modo nel secondo decennio del XXI secolo, si presentano come ben più ambiziosi[14]. Questi ultimi, infatti, mirano anche a *esportare oltrefrontiera i valori e i principi dell'Unione*, in linea con le pertinenti disposizioni dei Trattati in materia di azione esterna dell'UE: ci si riferisce, segnatamente, all'art. 21 TUE[15] e all'art. 205 TFUE[16]. In tale ottica, simili strumenti contengono norme finalizzate a promuovere, *inter alia*, i diritti di proprietà intellettuale, la crescita inclusiva, la ricerca e lo sviluppo, la tutela dei diritti umani, nonché per l'appunto lo *sviluppo sostenibile*, implementando valori come la protezione dell'ambiente (compresa la politica sui cambiamenti climatici) e, ancor più rilevante ai nostri fini, la *tutela dei lavoratori*[17].

[14] Sul punto v. L. PASQUALI, *The EU-MERCOSUR Agreement as Source of Development of Specific Global Norms and Standards*, in C. GARCÍA SEGURA, J. IBÁÑEZ, P. PAREJA (dirs.), *Actores Regionales y Normas Globales: la Unión Europea y los BRICS como Actores Normativos*, Valencia, 2021, p. 131 ss., spec. p. 133.

[15] Trattato sull'Unione europea, art. 21, in base a cui: "1. L'azione dell'Unione sulla scena internazionale si fonda sui principi che ne hanno informato la creazione, lo sviluppo e l'allargamento e che essa si prefigge di promuovere nel resto del mondo: democrazia, Stato di diritto, universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rispetto della dignità umana, principi di uguaglianza e di solidarietà e rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale […]".

[16] Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, art. 205, in base a cui: "L'azione dell'Unione sulla scena internazionale, ai sensi della presente parte, si fonda sui principi, persegue gli obiettivi ed è condotta in conformità delle disposizioni generali […] del Trattato sull'Unione europea".

[17] L. PASQUALI, *The EU-MERCOSUR Agreement*, cit., p. 133, secondo cui: "[…] the EU aim is also to promote a sustainable development, implementing values such as the protection of the environment (including the climate change policy) and of workers, intellectual property

È ora possibile, dunque, prendere più dettagliatamente in esame le disposizioni dei NGFTA concernenti quest'ultima materia. Nonostante alcune differenze di formulazione, talvolta significative, da un trattato all'altro, vi sono infatti varie tipologie di previsioni che tendono a ricorrere[18].

In primo luogo, gli accordi commerciali di nuova generazione tra UE e Stati terzi incoraggiano a osservare e implementare obblighi internazionali in materia di lavoro *già esistenti*. Nello specifico, le parti si impegnano a rispettare, promuovere e attuare, all'interno delle loro legislazioni e delle loro prassi, le quattro norme fondamentali che contraddistinguono il *corpus* normativo dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL), ovvero: libertà di associazione e riconoscimento effettivo del diritto di contrattazione collettiva; eliminazione di ogni forma di lavoro forzato od obbligatorio; abolizione effettiva del lavoro minorile; eliminazione della discriminazione in materia di impiego e professione[19].

Disposizioni così strutturate possono essere rinvenute, *inter alia*, nell'Accordo di libero scambio con la Repubblica di Corea, del 2010[20]; nell'Accordo commerciale con Colombia e Perù, del 2012[21]; nell'Accordo economico e commerciale globale (CETA) con il Canada, del 2016[22];

rights, inclusive growth, research and development and the protection of human rights. Provisions regulating these aspects can be found in each "new generation" agreement […]". Sulle previsioni in materia di sviluppo sostenibile all'interno degli accordi commerciali di nuova generazione, v. anche, *inter alios*: I. BARTHESAGHI, N. DE MARIA CALVELO, N. MELGAR ALASSIO, M. A. PEREIRA, *La nueva generación de acuerdos de la Unión Europea y sus implicancias en el sistema internacional*, in E. TREMOLADA ALVAREZ (dir.), *Gobernanza, cooperación internacional y valores democráticos comunes*, Bogotà, 2019, p. 445 ss., spec. p. 452.

[18] M. BRONCKERS, G. GRUNI, *Taking the enforcement of labour standards in the EU's free trade agreements seriously*, in *Common Market Law Review*, vol. 56, n. 6, 2019, p. 1591 ss., spec. p. 1595.

[19] *Ibidem*.

[20] Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea, dall'altra, 6 ottobre 2010, art. 13.4 ("Norme e accordi multilaterali in materia di lavoro"), par. 3.

[21] Accordo commerciale tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Colombia e il Perù, dall'altra, 26 giugno 2012, art. 269 ("Norme e accordi multilaterali in materia di lavoro"), par. 3.

[22] Accordo economico e commerciale globale (CETA) tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra, 30 ottobre 2016, art. 23.3 ("Norme e accordi multilaterali in materia di lavoro"), par. 1.

nell'Accordo per un partenariato economico (EPA) con il Giappone, del 2018[23]; nell'Accordo di libero scambio con la Repubblica di Singapore, del 2018[24]; nell'Accordo di libero scambio con la Repubblica socialista del Vietnam, del 2019[25]; e anche nell'Accordo commerciale con il MERCOSUR, del 2019[26].

In tali strumenti, inoltre, le parti si impegnano anche ad adoperarsi con costanza e assiduità per ratificare convenzioni dell'OIL di particolare importanza, come le convenzioni fondamentali o le altre convenzioni classificate dalla medesima organizzazione come "aggiornate"[27]; oppure, quantomeno, si obbligano a scambiarsi informazioni riguardanti i progressi compiuti relativamente alla ratifica delle convenzioni OIL suddette[28].

Tra gli accordi commerciali di nuova generazione poc'anzi elencati, tuttavia, ve ne sono alcuni che rispetto agli altri risultano essere particolarmente avanzati, e che vanno dunque ancora oltre. Ci si riferisce, ad esempio, al CETA e all'*EU-Mercosur Trade Agreement*, i quali, infatti, annoverano pure previsioni concernenti aspetti ulteriori: tra questi, la salute e la sicurezza sul lavoro, con ciò intendendo anche la prevenzione di infortuni o malattie professionali e il risarcimento in caso di tali infortuni o malattie[29]; le ispezioni sul

[23] Accordo tra l'Unione europea e il Giappone per un partenariato economico (EPA), 17 luglio 2018, art. 16.3 ("Norme e convenzioni internazionali in materia di lavoro"), par. 2.

[24] Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica di Singapore, 19 ottobre 2018, art. 12.3 ("Norme e accordi multilaterali in materia di lavoro"), par. 3.

[25] Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica socialista del Vietnam, 30 giugno 2019, art. 13.4 ("Norme e accordi multilaterali in materia di lavoro"), par. 2.

[26] EU-Mercosur Trade Agreement, 28 June 2019, "Trade and Sustainable Development" Chapter, art. 4 ("Multilateral Labour Standards and Agreements"), par. 3.

[27] Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea, dall'altra, cit., art. 13.4, par. 3; Accordo economico e commerciale globale (CETA) tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra, cit., art. 23.3, par. 4; Accordo tra l'Unione europea e il Giappone per un partenariato economico (EPA), cit., art. 16.3, par. 3; Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica di Singapore, cit., art. 12.3, par. 3; Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica socialista del Vietnam, cit., art. 13.4, par. 3; EU-Mercosur Trade Agreement, cit., "Trade and Sustainable Development" Chapter, art. 4 ("Multilateral Labour Standards and Agreements"), par. 4.

[28] Accordo commerciale tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Colombia e il Perù, dall'altra, cit., art. 269, par. 4.

[29] Accordo economico e commerciale globale (CETA) tra il Canada, da una parte, e

lavoro[30]; la non discriminazione, per quanto riguarda le condizioni di lavoro, anche per i lavoratori migranti[31]. Pure gli obblighi concernenti questi ultimi aspetti, va evidenziato, si basano su preesistenti strumenti adottati dall'OIL[32]. Comunque sia, la loro presenza in alcuni dei più recenti accordi commerciali conclusi dall'UE con Paesi terzi è sintomatica della sempre crescente attenzione rivolta alle tematiche dello sviluppo sostenibile e della protezione del lavoro, di cui si è detto in apertura.

Alle disposizioni appena menzionate, inoltre, se ne aggiungono talvolta altre di diversa tipologia. A titolo esemplificativo, le parti si impegnano spesso a non indebolire o ridurre la protezione in materia di lavoro garantita dalla loro legislazione per favorire gli scambi o gli investimenti: ciò avviene, *inter alia*, negli accordi con Repubblica di Corea, Canada, Giappone e Repubblica di Singapore[33].

Si possono poi rinvenire pure obblighi di informazione e sensibilizzazione del pubblico (come nel CETA)[34], nonché mere dichiarazioni d'intenti in

l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra, cit., art. 23.3 ("Norme e accordi multilaterali in materia di lavoro"), par. 2; EU-Mercosur Trade Agreement, cit., "Trade and Sustainable Development" Chapter, art. 4 ("Multilateral Labour Standards and Agreements"), par. 10.

[30] Accordo economico e commerciale globale (CETA) tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra, cit., art. 23.5 ("Procedure di esecuzione, procedimenti amministrativi e riesame dei provvedimenti amministrativi"), par. 1; EU-Mercosur Trade Agreement, cit., "Trade and Sustainable Development" Chapter, art. 4 ("Multilateral Labour Standards and Agreements"), par. 10.

[31] Accordo economico e commerciale globale (CETA) tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra, cit., art. 23.3 ("Norme e accordi multilaterali in materia di lavoro"), par. 2; EU-Mercosur Trade Agreement, cit., "Trade and Sustainable Development" Chapter, art. 4 ("Multilateral Labour Standards and Agreements"), par. 10.

[32] Sul punto v. M. BRONCKERS, G. GRUNI, *op. cit.*, p. 1595.

[33] Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea, dall'altra, cit., art. 13.7 ("Mantenimento dei livelli di protezione nell'applicazione e nell'esecuzione di leggi, regolamenti o norme"), par. 2; Accordo economico e commerciale globale (CETA) tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra, cit., art. 23.4 ("Mantenimento dei livelli di protezione"), par. 1; Accordo tra l'Unione europea e il Giappone per un partenariato economico (EPA), cit., art. 16.2 ("Diritto di legiferare e livelli di protezione"), par. 2; Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica di Singapore, cit., art. 12.1 ("Contesto e obiettivi"), par. 3.

[34] Accordo economico e commerciale globale (CETA) tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra, cit., art. 23.6 ("Informazione e sensibilizzazione del pubblico").

base a cui le parti, ad esempio, "confermano che il commercio deve promuovere lo sviluppo sostenibile in tutte le sue dimensioni" (come nell'accordo con Repubblica di Corea)[35]; il valore giuridico di queste ultime, a onor del vero, parrebbe essere assai limitato[36].

A questo punto, dunque, sono state passate in rassegna le più rilevanti tipologie di previsioni in materia di lavoro presenti nei NGFTA conclusi dall'UE. Come si è detto, alcune di esse sono rinvenibili pressoché in tutti gli accordi commerciali di nuova generazione, mentre altre solo in taluni, e segnatamente in quelli che si presentano come più evoluti. Ma al di là delle differenze sussistenti, occorre sottolineare che le disposizioni prese in esame rappresentano lo strumento principale, quantomeno nell'ambito delle relazioni di carattere bilaterale, finora utilizzato dall'UE per esportare i propri standard in tema di protezione dei lavoratori verso Stati terzi. E, come autorevolmente sostenuto, parrebbe che esse abbiano sortito pure risultati apprezzabili: secondo certa dottrina, infatti, in quei Paesi terzi con cui l'UE ha concluso i propri accordi commerciali vi sarebbero prove di un miglioramento sul piano dei diritti dei lavoratori, che dipenderebbe anche dal contributo apportato da attori della società civile durante la fase di implementazione delle suddette previsioni in materia di lavoro[37].

Di queste ultime, tuttavia, non è neppure possibile tacere le criticità, una delle quali appare particolarmente evidente.

Come noto, i NGFTA contengono appositi Capi dedicati alla risoluzione delle controversie che possono sorgere tra le parti circa l'interpretazione e l'applicazione degli accordi medesimi. Si prenda, a titolo puramente esemplificativo, il CETA: ai sensi del Capo 29[38], dopo aver compiuto ogni sforzo per

[35] Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea, dall'altra, cit., art. 13.6 ("Il commercio come fattore che favorisce lo sviluppo sostenibile"), par. 1.

[36] Sul punto v. R. ZANDVLIET, *Trade, Investment and Labour: Interactions in International Law*, Leiden, 2019, p. 241; M. BRONCKERS, G. GRUNI, *op. cit.*, p. 1595.

[37] S. VELLUTI, *The Role of the EU in the Promotion of Human Rights and International Labour Standards in Its External Trade Relations*, Cham, 2020, p. 185. Sul punto v. anche: E. POSTNIKOV, I. BASTIAENS, *Does dialogue work? The effectiveness of labor standards in EU preferential trade agreements*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 21, n. 6, 2014, p. 923 ss.

[38] Accordo economico e commerciale globale (CETA) tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra, cit., Capo 29 ("Risoluzione delle controversie"), artt. 29.1-29.19.

giungere a una soluzione reciprocamente soddisfacente[39], le parti possono chiedere la costituzione di un collegio arbitrale[40]. In tal caso, qualora vengano riconosciute le ragioni della parte richiedente, la parte chiamata a rispondere deve adottare le misure necessarie per dare esecuzione alla relazione finale del collegio arbitrale[41]; se ciò non avviene, la parte richiedente ha il diritto di sospendere gli obblighi o ricevere una compensazione[42]. Emergono dunque chiaramente le possibili conseguenze negative in capo alla parte che si rendesse inadempiente rispetto agli obblighi sanciti nel CETA.

Capi pressoché analoghi, giova precisarlo, possono essere rinvenuti in tutti gli accordi commerciali di nuova generazione presi in considerazione nel presente contributo[43]: la violazione degli obblighi in essi contenuti, di conseguenza, può determinare in capo alle parti conseguenze giuridiche negative anche rilevanti.

Orbene, quella che è con tutta probabilità la più grande debolezza delle norme in materia di lavoro contenute nei NGFTA risiede nel fatto che le controversie che le riguardano non possono essere risolte attraverso i meccanismi appena descritti[44].

Ancora una volta, si prenda a titolo puramente esemplificativo il CETA. L'art. 23.11 di tale accordo prevede che, per qualsiasi controversia insorta nell'ambito del Capo 23, dedicato appunto a "Commercio e lavoro", le parti si avvalgono unicamente delle regole e delle procedure di cui allo stesso Capo 23, e dunque non di quelle del precedentemente menzionato Capo 29[45].

[39] *Ibidem*, art. 29.4 ("Consultazioni").

[40] *Ibidem*, art. 29.6 ("Richiesta di costituzione di un collegio arbitrale").

[41] *Ibidem*, art. 29.12 ("Esecuzione del disposto della relazione finale del collegio arbitrale").

[42] *Ibidem*, art. 29.14 ("Misure correttive temporanee in caso di mancata esecuzione").

[43] Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea, dall'altra, cit., Capo 14 ("Risoluzione delle controversie"), artt. 14.1-14.20; Accordo commerciale tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Colombia e il Perù, dall'altra, cit., Titolo XII ("Risoluzione delle controversie"), artt. 298-323; Accordo tra l'Unione europea e il Giappone per un partenariato economico (EPA), cit., Capo 21 ("Risoluzione delle controversie"), artt. 21.1-21.30; Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica di Singapore, cit., Capo 14 ("Risoluzione delle controversie"), artt. 14.1-14.23; Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica socialista del Vietnam, cit., Capo 15 ("Risoluzione delle controversie"), artt. 15.1-15.26; EU-Mercosur Trade Agreement, cit., Title XXX ("Dispute Settlement"), articles 1-24.

[44] Sul punto v.: M. BRONCKERS, G. GRUNI, *op. cit.*, p. 1592.

[45] Accordo economico e commerciale globale (CETA) tra il Canada, da una parte, e

Sono dunque previsti meccanismi alternativi, che consistono nelle "consultazioni"[46] e, per qualsiasi questione che non sia stata adeguatamente risolta con queste, nella costituzione di un "gruppo di esperti" cui sottoporre la materia oggetto del contendere. I poteri del gruppo di esperti, tuttavia, sono ben meno incisivi rispetto a quelli analizzati parlando del Capo 29: esso si limita a produrre una relazione, sulla base della quale le parti "avviano discussioni e si adoperano per individuare misure appropriate"[47]; non si arriva dunque né alla sospensione degli obblighi né a una compensazione.

Essenziale ricordare che questa diversa, e meno efficace, modalità per dirimere le controversie in materia di lavoro non è una caratteristica propria del solo CETA, ma anche di tutti gli altri accordi commerciali di nuova generazione fin qui esaminati: le norme in materia di lavoro, anzi, più in generale quelle in materia di sviluppo sostenibile, non sono soggette alle procedure generali di risoluzione delle controversie, bensì a procedure *ad hoc* meno incisive[48].

Tali procedure *ad hoc*, è bene evidenziarlo, hanno anche avuto modo di essere attivate: in particolare, nel dicembre 2018, l'UE ha per la prima volta avviato il meccanismo delle consultazioni con uno Stato terzo, segnatamente la Repubblica di Corea, ai sensi dell'art. 13.14 del relativo accordo, ritenendo che quest'ultima avesse violato i propri obblighi in materia di lavoro. Nel luglio 2019, poi, l'Unione ha richiesto la convocazione di gruppo di esperti, *ex* art. 13.15. I dialoghi, nel caso di specie, hanno apparentemente sortito alcuni effetti apprezzabili, dato che in seguito agli stessi la Corea ha proceduto alla

l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra, cit., art. 23.11 ("Risoluzione delle controversie"), par. 1, in base a cui: "Per qualsiasi controversia insorta nell'ambito del presente capo, le parti si avvalgono unicamente delle regole e delle procedure di cui al presente capo".

[46] *Ibidem*, art. 23.9 ("Consultazioni").

[47] *Ibidem*, art. 23.10 ("Gruppo di esperti").

[48] Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea, dall'altra, cit., artt. 13.14-13.16; Accordo commerciale tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Colombia e il Perù, dall'altra, cit., artt. 283-285; Accordo tra l'Unione europea e il Giappone per un partenariato economico (EPA), cit., artt. 16.17-16.18; Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica di Singapore, cit., artt. 12.16-12.17; Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica socialista del Vietnam, cit., artt. 13.16-13.17; EU-Mercosur Trade Agreement, cit., "Trade and Sustainable Development" Chapter, articles 15-17.

ratifica di alcune convenzioni, nonché alla riforma della propria normativa[49]. Si tratta quindi di una vicenda da cui trarre segnali positivi, e che rappresenta l'ennesima conferma della maggior attenzione rivolta alle tematiche in questione negli ultimi anni.

Tuttavia, non si può tacere come la debolezza dei meccanismi di "*enforcement*" in questione rischi, irrimediabilmente, di compromettere la capacità dell'UE di promuovere oltrefrontiera elevati standard di protezione dei diritti dei lavoratori attraverso gli accordi commerciali, minando così la fiducia della società civile e degli altri portatori di interesse nei NGFTA e affievolendo il loro sostegno nei confronti di tali iniziative di liberalizzazione degli scambi[50].

3. *L'esportazione degli standard UE in materia di lavoro attraverso meccanismi di carattere unilaterale*

Come si è detto, gli accordi internazionali con Stati terzi non sono però l'unica modalità per esportare gli standard UE in materia di lavoro: vi sono, infatti, anche meccanismi di carattere *unilaterale* che concorrono al perseguimento di tale scopo e, segnatamente, ci si riferisce al Sistema di preferenze generalizzate dell'Unione europea (SPG).

Come noto, il SPG è uno strumento predisposto autonomamente dall'UE, che dunque non ha carattere contrattuale e che difetta del requisito della reciprocità, attraverso cui fin dal 1971 l'UE concede un accesso preferenziale al proprio mercato a un certo numero di Paesi in via di sviluppo (PVS); ciò avviene mediante riduzioni tariffarie che vanno ad agevolare i prodotti esportati da tali Paesi verso l'Europa[51]. Attualmente, il SPG è disciplinato dal regolamento (UE) n. 978/2012 "relativo all'applicazione di un si-

[49] Sul punto v., *inter alia*: *Report on the meeting of the European Ombudsman's strategic initiative team with representatives of the European Commission and the European External Action Service*, 2 February 2022, p. 6.

[50] Sul punto v. M. BRONCKERS, G. GRUNI, *op. cit.*, p. 1592.

[51] Sul SPG, si veda la pagina del sito della Commissione europea dedicata al "*Generalised Scheme of Preferences (GSP)*", reperibile su: www.trade.ec.europa.eu/access-to-markets/en/content/generalised-scheme-preferences-gsp.

stema di preferenze tariffarie generalizzate"[52], che tuttavia, lo si segnala, è attualmente in corso di revisione: sulla proposta presentata dalla Commissione, nel settembre 2021, si tornerà in seguito[53].

Il primo obiettivo del SPG è ovviamente quello di contribuire alla crescita delle economie dei PVS, aiutandoli a ridurre la povertà in linea con quanto previsto dall'art. 208, par. 1, del TFUE in materia di cooperazione allo sviluppo[54]. Ma vi è anche un altro obiettivo, ovvero quello di migliorare la situazione politica e sociale degli Stati suddetti, promuovendo il buon governo, nonché lo *sviluppo sostenibile*[55].

Proprio a tal proposito, è opportuno ricordare che il SPG consiste in tre regimi: uno generale e due speciali[56]. Il regime generale viene accordato a tutti i PVS che condividono un bisogno comune sul piano dello sviluppo e che si trovano a uno stadio simile di sviluppo economico[57]. Vi è poi un "regime speciale per i Paesi meno sviluppati", finalizzato a garantire l'accesso in esenzione dai dazi al mercato UE per i prodotti originari dei Paesi meno sviluppati, fatta eccezione per il commercio delle armi (proprio per questo si parla di "Tutto tranne armi" o "*Everything But Arms*", EBA)[58]. Ma ancor più rilevante ai fini della presente trattazione è l'altro regime speciale, ovvero quello di incentivazione per lo sviluppo sostenibile e il buon governo (SPG+). Quest'ultimo accorda preferenze

[52] Regolamento (UE) n. 978/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, relativo all'applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate e che abroga il regolamento (CE) n. 732/2008 del Consiglio.

[53] COM (2021) 579final, del 22 settembre 2021, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate e che abroga il regolamento (UE) n. 978/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio.

[54] Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, art. 208, par. 1, in base a cui: "La politica dell'Unione nel settore della cooperazione allo sviluppo è condotta nel quadro dei principi e obiettivi dell'azione esterna dell'Unione. La politica di cooperazione allo sviluppo dell'Unione e quella degli Stati membri si completano e si rafforzano reciprocamente. L'obiettivo principale della politica dell'Unione in questo settore è la riduzione e, a termine, l'eliminazione della povertà […]".

[55] Regolamento (UE) n. 978/2012, cit., considerando n. 7, in base a cui: "Accordando un accesso preferenziale al mercato dell'Unione, il sistema dovrebbe sostenere i Paesi in via di sviluppo nei loro sforzi per ridurre la povertà e promuovere il buon governo nonché lo sviluppo sostenibile […]".

[56] *Ibidem*, considerando n. 8.

[57] *Ibidem*, considerando n. 9.

[58] *Ibidem*, considerando n. 16.

tariffarie aggiuntive, rispetto al regime generale, ai PVS particolarmente vulnerabili, "al fine di aiutarli a sostenere gli oneri e le responsabilità speciali risultanti dalla *ratifica delle principali convenzioni internazionali relative ai diritti umani e del lavoro* [enfasi aggiunta], nonché alla protezione dell'ambiente e al buon governo e dall'attuazione effettiva delle stesse"[59].

Per rientrare nel regime speciale SPG+ lo Stato terzo deve dunque ratificare, nonché implementare, determinati trattati, tra cui ai nostri fini spiccano in modo particolare le *convenzioni fondamentali dell'OIL*[60]; e là dove un Paese beneficiario del regime SPG+ non rispetti gli impegni presi, le preferenze tariffarie possono essere revocate[61].

Attraverso il Sistema di preferenze generalizzate, dunque, l'Unione europea esercita unilateralmente, grazie alla propria posizione centrale nell'economia globale, un'influenza sulle normative di Paesi terzi: un chiaro esempio di quel fenomeno che l'autrice Anu Bradford ha definito con la nota espressione "*Brussels effect*"[62].

Tale influenza unilaterale, in via generale, è possibile solo in ragione della presenza di determinate condizioni (che, a seconda dei casi, possono essere presenti in misura differente). In particolare, un mercato interno di grandissime dimensioni ("*market power*"); un'efficace capacità di regolamentazione ("*regulatory capacity*"); una certa rigidità degli standard ("*strict rules*"); il fatto che la regolamentazione sia rivolta a obiettivi anelastici ("*inelastic targets*"), come i consumatori (mentre i capitali, ad esempio, sono mobili, e là dove le regole siano ritenute sfavorevoli possono essere trasferiti in un'altra giurisdizione, ciò non vale per i consumatori, che sono tipicamente immobili; chi intenda offrire loro i propri prodotti, non potendo "spostarli", non può neppure scegliere la normativa da applicare); e la non divisibilità degli standard ("*non divisibility of standards*"): non si può cioè decidere di applicare gli standard in questione solo nei rapporti con l'UE; al contrario, una volta abbracciati, essi devono essere applicati globalmente[63].

[59] *Ibidem*, considerando n. 11.

[60] *Ibidem*, Allegato VIII, Parte A.

[61] *Ibidem*, considerando n. 24.

[62] A. BRADFORD, *The Brussels Effect*, in *Northwestern University Law Review*, vol. 107, n. 1, 2012, p. 1 ss.; A. BRADFORD, *The Brussels effect: How the European Union rules the world*, Oxford, 2020.

[63] A. BRADFORD, *The Brussels Effect*, 2012, cit., pp. 11-19.

Nel caso di specie, i presupposti del "*Brussels effect*" appaiono presenti: i Paesi terzi di cui trattasi, al fine di beneficiare di un accesso privilegiato al vasto mercato UE, e per poter offrire ai consumatori europei i propri prodotti a condizioni più vantaggiose, sono spinti ad adottare, e ad applicare in via generale, gli elevati standard in materia di lavoro indicati dall'Unione.

Anche in questo caso, tuttavia, non è possibile tacere alcune *criticità*, che pregiudicano l'efficacia del Sistema di preferenze generalizzate come strumento per esportare oltrefrontiera gli standard UE.

La prima problematica risiede proprio nella formulazione del regolamento (UE) n. 978/2012, e segnatamente del suo art. 9, che sancisce a quali condizioni un Paese terzo può beneficiare del regime SPG+: il par. 1, lett. b), nello specifico, richiede che lo Stato in questione abbia ratificato tutte le convenzioni elencate (come si è detto), e che non siano rilevate "*gravi carenze* nell'attuazione effettiva di tali convenzioni"[64]. Il dato testuale del regolamento, dunque, non esige una piena e completa implementazione delle convenzioni, ma si limita a richiedere che non vi siano carenze che vengono addirittura definite "gravi": in caso vi siano violazioni, ma queste ultime non raggiungano tale soglia, il Paese terzo potrà dunque beneficiare a pieno titolo del regime SPG+, indebolendo così il funzionamento dell'intero meccanismo[65].

Un altro problema riguarda poi la *revoca* dei benefici. Essa è disciplinata in parte nel regolamento (UE) n. 978/2012, segnatamente nei suoi articoli 15 e 19, in parte nel regolamento delegato (UE) n. 1083/2013, che per l'appunto stabilisce norme relative alla procedura di revoca delle preferenze tariffarie[66]. Orbene, la procedura delineata dal combinato disposto dei due

[64] Regolamento (UE) n. 978/2012, cit., art. 9, par. 1, in base a cui: "Un paese beneficiario dell'SPG può beneficiare delle preferenze tariffarie previste a titolo del regime speciale di incentivazione per lo sviluppo sostenibile e il buon governo […], se: a) è considerato vulnerabile a causa di una mancanza di diversificazione e di un'integrazione insufficiente nel sistema commerciale internazionale […]; b) ha ratificato tutte le convenzioni elencate nell'Allegato VIII («convenzioni pertinenti») e le conclusioni disponibili più recenti degli organi di controllo competenti a norma di tali convenzioni («organi di controllo competenti») non rilevano gravi carenze nell'attuazione effettiva di tali convenzioni […]" (corsivo aggiunto).

[65] Sul punto v. S. VELLUTI, *op. cit.*, p. 221. V. anche J. S. VOGT, *The Bangladesh Sustainability Compact: An Effective Tool for Promoting Workers' Rights?*, in *Politics and Governance*, vol. 5, n. 4, 2017, p. 80 e ss.

[66] Regolamento delegato (UE) n. 1083/2013 della Commissione, del 28 agosto 2013, che

strumenti attribuisce una grandissima discrezionalità alla Commissione europea: essa ha la completa libertà di astenersi dall'apertura di un'indagine anche là dove vi siano prove sufficienti circa l'esistenza di violazioni che potrebbero giustificare una revoca[67].

E infatti, in concreto, la Commissione ha utilizzato il proprio potere di revoca delle preferenze tariffarie estremamente di rado[68]. Ciò ha portato certi autori ad affermare non solo che l'UE applica il SPG a propria discrezione, ma perfino che esso è utilizzato strumentalmente per perseguire obiettivi di politica estera, anziché per garantire la protezione dei diritti del lavoro[69]. Indipendentemente da ciò, quello che in ogni caso appare evidente è che nei fatti il sistema di preferenze generalizzate finisce per attribuire benefici significativi anche a Paesi responsabili di rilevanti abusi nei confronti dei lavoratori[70].

4. *Conclusioni: la debolezza dei meccanismi di attuazione come fattore che può compromettere la strategia dell'UE di promozione dei propri valori*

Nel presente contributo si è visto, innanzitutto, come la strategia dell'Unione europea per l'immediato futuro preveda il rafforzamento ulteriore del proprio ruolo di leader mondiale, nonché la promozione a livello internazionale, con la propria politica commerciale, dello sviluppo sostenibi-

stabilisce norme relative alla procedura di revoca temporanea delle preferenze tariffarie e di adozione di misure di salvaguardia generale a norma del regolamento (UE) n. 978/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate.

[67] S. VELLUTI, *op. cit.*, p. 208, secondo cui: "[…] The Commission is at complete liberty to refrain from opening an investigation even if there is sufficient information documenting human rights violations, which could justify a withdrawal […]".

[68] *Ibidem*, p. 209, secondo cui: "[…] The Commission has used its power to withdraw access from beneficiary countries very rarely […]"; p. 216, secondo cui: "[…] With regard to the GSP+, benefits are seldom withdrawn […]".

[69] Sul punto v. J. ORBIE, F. DE VILLE, *Core labour standards in the GSP regime of the European Union: overshadowed by other considerations*, C. FENWICK, T. NOVITZ (eds.), *Human rights at work. Perspectives on law and regulation*, Oxford, 2010, p. 487 ss.; S. VELLUTI, *op. cit.*, p. 216.

[70] Sul punto v. S. VELLUTI, *op. cit.*, p. 185 e p. 226.

le, e dunque di elevati standard di protezione dell'ambiente e del lavoro. Gli obiettivi in questione risultano sanciti, in particolare, all'interno degli "Orientamenti politici per la prossima Commissione europea 2019-2024" di Ursula von der Leyen, nel documento "Una nuova agenda strategica 2019-2024" del Consiglio europeo, e anche nell'ambito della Conferenza sul futuro dell'Europa, iniziativa congiunta del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione europea aperta ufficialmente il 9 maggio 2021.

La presente trattazione si è poi concentrata esclusivamente sull'esportazione degli standard UE in materia di lavoro. Sono state dunque esaminate le modalità che l'Unione utilizza già da diversi anni per perseguire tale obiettivo, concentrandosi primariamente sugli accordi internazionali con Stati terzi, ma senza trascurare l'esistenza di meccanismi di carattere unilaterale. Lo scopo di una simile indagine era, ovviamente, quella di comprendere i punti di forza degli strumenti in esame, che rendono opportuno continuare ad avvalersi degli stessi, ma anche le loro criticità, su cui invece l'UE dovrebbe intervenire per meglio perseguire la propria strategia.

Per quanto riguarda i trattati internazionali, sono stati presi in considerazione gli accordi commerciali di nuova generazione con Repubblica di Corea, Colombia e Perù, Canada (CETA), Giappone (EPA), Singapore, Vietnam e MERCOSUR, e si è visto come in tali strumenti le parti si impegnino sistematicamente a rispettare e promuovere le norme fondamentali dell'OIL. In alcuni di essi, che si presentano come più avanzati (CETA, EU-Mercosur Trade Agreement), sono presenti addirittura obblighi ulteriori. Orbene, le norme appena ricordate, che nell'ambito delle relazioni bilaterali rappresentano lo strumento principale finora utilizzato dall'UE per esportare oltrefrontiera i propri standard in materia di lavoro, hanno sicuramente sortito certi effetti positivi, essendo riscontrabili nei Paesi terzi interessati alcuni miglioramenti sul piano dei diritti dei lavoratori. Al tempo stesso, sono presenti pure rilevanti limiti: in particolare, le norme in materia di lavoro non sono soggette alle procedure generali di risoluzione delle controversie, bensì a procedure *ad hoc* indubbiamente meno incisive. E tale debolezza dei meccanismi di "*enforcement*", come è ovvio, rischia di compromettere la strategia UE di promozione dei propri valori.

Per quanto invece concerne le soluzioni di carattere unilaterale, ci si è soffermati sul Sistema di preferenze generalizzate dell'UE. Quest'ultimo (e segnatamente il regime speciale SPG+) accorda a certi Paesi terzi preferenze

tariffarie particolarmente vantaggiose, a condizione che essi ratifichino e implementino determinati trattati, tra cui ai nostri fini spiccano le convenzioni fondamentali dell'OIL. Ci si trova di fronte, in buona sostanza, a un esempio del c.d. "*Brussels effect*", ovvero a un tentativo dell'Unione di esercitare unilateralmente, grazie alla propria posizione centrale nell'economia globale, un'influenza sulle normative di Stati extra-UE. Anche in questo caso, tuttavia, non è stato possibile tacere problematiche non certo trascurabili: sia in ragione della formulazione letterale della normativa, che a causa del fatto che in concreto la Commissione europea ha utilizzato il suo potere di revoca delle preferenze assai di rado, il Sistema di preferenze generalizzate ha attribuito importanti benefici anche a Paesi responsabili di significative violazioni dei diritti dei lavoratori.

Se l'Unione europea, dunque, intende realmente promuovere in modo ancor più incisivo i propri standard in materia di lavoro, appare del tutto evidente come debba cercare di intervenire sulle suesposte criticità.

Deve essere evidenziato come, in effetti, un dialogo sul punto sia attualmente aperto in seno all'Unione. Partendo dai NGFTA, sono numerosi gli attori politici e istituzionali, uno su tutti il Parlamento europeo, che già da diversi anni insistono affinché le previsioni in materia di sviluppo sostenibile siano accompagnate da meccanismi di attuazione più efficaci[71].

Anche a livello di dottrina, sono state formulate varie proposte per migliorare l'implementazione delle suddette norme. A titolo puramente esem-

[71] Si veda, *inter alia*: risoluzione del Parlamento europeo, del 25 novembre 2010, sui diritti umani e le norme sociali e ambientali negli accordi commerciali internazionali (2009/2219(INI)), par. 22, in base a cui: "riconosce che, negli accordi bilaterali attualmente negoziati, il capitolo sullo sviluppo sostenibile è vincolante, ma che esso potrebbe essere rafforzato mediante: […] c) il ricorso a un meccanismo di risoluzione delle controversie, come nelle altre parti dell'accordo, che preveda sanzioni volte a migliorare la situazione nei settori interessati o a sospendere almeno temporaneamente taluni vantaggi commerciali previsti nell'accordo in caso di violazione aggravata degli standard succitati"; risoluzione del Parlamento europeo, del 5 luglio 2016, sull'attuazione delle raccomandazioni 2010 del Parlamento sulle norme sociali e ambientali, i diritti umani e la responsabilità delle imprese (2015/2038(INI)), par. 21, in base a cui: "[…] invita […] la Commissione […] a introdurre capitoli sugli scambi e lo sviluppo sostenibile con le seguenti caratteristiche: […] d) misure deterrenti efficaci, anche sotto forma di misure correttive pecuniarie, in caso di violazioni gravi e accertate delle disposizioni del capitolo sullo sviluppo sostenibile contenuto in un accordo […]".

plificativo, Stoll, Gött e Abel sostengono che sarebbe opportuno prevedere, all'interno degli accordi commerciali di nuova generazione, procedure simili a quelle di risoluzione delle controversie tra investitore e Stato ("*Investor-State Dispute Settlement*" o ISDS) anche in materia di lavoro, consentendo a singoli lavoratori, oppure a gruppi, di instaurare una controversia contro il Paese inadempiente direttamente davanti a un tribunale internazionale[72]. In modo probabilmente più realistico, Bronckers e Gruni, propongono che i rappresentanti della società civile possano innescare un'indagine a livello UE, dove poi sarà la Commissione, in presenza dei requisiti richiesti, ad attivare una procedura per risolvere controversia[73]; la necessità di un maggior coinvolgimento della società civile è sostenuta pure da Velluti[74]. Portela, invece, suggerisce meccanismi che traggano ispirazione da quelli già esistenti nell'ambito della Politica estera e di sicurezza comune dell'UE[75]. E così via.

Ciò che, però, accomuna tutte le proposte avanzate, sia a livello istituzionale che di dottrina, è la necessità di estendere l'applicazione delle procedure generali di risoluzione delle controversie anche alle norme in materia di sviluppo sostenibile, e dunque di lavoro[76], o comunque di prevedere delle vere e proprie sanzioni, in caso di violazioni delle previsioni in esame, per i Paesi terzi oppure per i singoli privati (individui o imprese) responsabili di tali violazioni[77]. Quello appena descritto appare dunque come un passaggio obbligato per restituire efficacia, nonché credibilità, alle disposizioni in materia di lavoro inserite negli accordi commerciali di nuova generazione.

Ragionamento molto simile può essere svolto anche in merito al Sistema di preferenze generalizzate: in riferimento a queste ultime, è avvertita l'esigenza di assicurare che la Commissione si attivi, sistematicamente e in modo incisivo, in caso di violazioni dei diritti del lavoro, magari prevedendo che, là dove i documenti adottati dall'OIL segnalino infrazioni, vi sia un in-

[72] P. T. STOLL, H. GOTT, P. ABEL, *Model Labour Chapter for EU Trade Agreements*, 2017, reperibile su www.asia.fes.de/fileadmin/user_upload/documents/2017-06-Model_Labour_Chapter_DRAFT.pdf.

[73] M. BRONCKERS, G. GRUNI, *op. cit*.

[74] S. VELLUTI, *op. cit.*, p. 266.

[75] C. PORTELA, *Enforcing Respect for Labour Standards with Targeted Sanctions*, 2018, reperibile su www.library.fes.de/pdf-files/bueros/singapur/14689.pdf.

[76] Sul punto v. S. VELLUTI, *op. cit.*, p. 266; M. BRONCKERS, G. GRUNI, *op. cit.*, p. 1610.

[77] Sul punto v. M. BRONCKERS, G. GRUNI, *op. cit.*, p. 1621.

tervento automatico, circostanza che ridurrebbe il margine di discrezionalità[78].

Gli auspici appena descritti rischiano, tuttavia, di rimanere senza un seguito. Sul fronte degli accordi commerciali, innanzitutto, la Commissione parrebbe al momento piuttosto ferma nel ritenere che nell'ambito in questione l'utilizzo delle sanzioni non sia desiderabile[79], sostenendo che sia al contrario preferibile la creazione di una piattaforma di discussione che incentivi i Paesi terzi a instaurare un dialogo proficuo[80] e, in generale, puntando su meccanismi meno penetranti: tra questi, si cita il c.d. "Responsabile dell'esecuzione degli accordi commerciali", figura nominata per la prima volta nel 2020[81] e avente *inter alia* funzioni di monitoraggio del rispetto degli impegni in materia di sviluppo sostenibile contenuti negli accordi commerciali e di redazione di relazioni sul punto[82].

E pure in tema di Sistema di preferenze generalizzate, la proposta presentata nel settembre 2021 dalla stessa Commissione, pur contenendo alcune apprezzabili novità, non appare intervenire su numerose delle criticità esaminate. È vero che essa introduce delle disposizioni finalizzate a rendere la procedura di revoca delle preferenze più rapida nei casi urgenti (segnatamente, i paragrafi 16 e 17 dell'art. 19). Al tempo stesso, rimane ampio il margine di discrezionalità nell'attivazione della medesima procedura; inoltre, affinché un Paese possa avvalersi del regime speciale SPG+, continua ad essere sufficiente che non vi siano "*gravi carenze*" nell'attuazione delle rilevanti

[78] S. VELLUTI, *op. cit.*, p. 254.

[79] Sul punto v., *inter alios*, M. BRONCKERS, G. GRUNI, *op. cit.*, p. 1593.

[80] Sul punto v., *inter alia*, Comments of the Commission on a request for information from the European Ombudsman – Subject: SI/5/2021/VS on how the European Commission ensures respect for human rights in the context of international trade agreements, p. 12.

[81] Comunicato stampa della Commissione europea, *La Commissione europea nomina il primo responsabile dell'esecuzione degli accordi commerciali*, 2020, reperibile su www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/IP_20_1409.

[82] Sul punto v, *inter alios*: J. W. KIM, *Shedding Light on the Role of the EU's Chief Trade Enforcement Officer: Dispute Over Labor Commitments Under EU – Korea FTA and EU Enforcement Regulation*, in *European Law Blog*, 2 March 2020, reperibile su www.europeanlawblog.eu/2020/03/02/shedding-light-on-the-role-of-the-eus-chief-trade-enforcement-officer-dispute-over-labor-commitments-under-eu-korea-fta-and-eu-enforcement-regulation.

convenzioni (art. 9, lett. b)[83]: facile prevedere che, così facendo, del regime in questione beneficeranno ancora Paesi responsabili di violazioni pure significative in materia di lavoro.

In definitiva, si può affermare che, da un lato, è vero che le istituzioni dell'Unione europea, tra cui anche la Commissione, si sono date come obiettivo per i prossimi anni quello di promuovere in modo ancor più vigoroso rispetto al passato gli standard UE in materia di protezione del lavoro; dall'altro lato, tuttavia, è pure vero che la stessa Commissione sembra, paradossalmente, restia a insistere per l'introduzione di meccanismi di "enforcement" più incisivi, che potrebbero permettere un miglior conseguimento del summenzionato obiettivo.

Si ritiene dunque, in conclusione, di formulare un ulteriore interrogativo, senza pretesa alcuna di fornire una risposta certa. È infatti opportuno chiedersi se la scelta della Commissione di non forzare la mano per l'introduzione di simili meccanismi sia dettata esclusivamente dalla convinzione (di segno opposto rispetto a quella di vasta parte della dottrina, nonché di rilevanti attori istituzionali come il Parlamento europeo) che la strada del dialogo sia davvero preferibile e le sanzioni non necessarie, oppure se dietro una simile posizione si celino anche considerazioni ulteriori.

Per poter anche solo ipotizzare una risposta, occorre prima segnalare una circostanza non di poco conto: le violazioni delle norme internazionali in materia di lavoro non sono commesse solo da Paesi terzi, ma talvolta anche da Stati della stessa Unione europea. In più di un'occasione, infatti, gli organi dell'OIL hanno ritenuto che alcuni membri UE avessero infranto gli obblighi sanciti dalle convenzioni dell'organizzazione, perfino dalle convenzioni fondamentali[84]. Tra i Paesi che si sono resi responsabili di violazioni, ad esempio, si può citare addirittura la Germania, che, non garantendo pienamente il diritto di sciopero, non ha rispettato le norme OIL in materia di libertà di associazione.

Non parrebbe dunque eccessivamente azzardato congetturare che alcune delle preoccupazioni dell'Unione europea legate all'eventuale introduzione di meccanismi più efficaci per far rispettare gli impegni internazionali in materia di lavoro possano derivare anche dal timore che siano gli Stati terzi a

[83] COM (2021) 579final, del 22 settembre 2021, cit.

[84] S. VELLUTI, *op. cit.*, p. 263.

contestare gli standard dell'UE[85], avvalendosi magari di quegli stessi meccanismi.

Orbene, là dove l'ipotesi appena descritta fosse veritiera, si dovrebbe affermare che alcuni dei freni che, allo stato attuale, rischiano di pregiudicare la strategia dell'UE di promozione a livello internazionale dei propri valori risiederebbero, prima ancora che nella sua azione esterna, proprio nella difficoltà di sviluppare sul piano interno una dimensione sociale robusta e coesa[86]. Solo ottenendo il rispetto sistematico, da parte di tutti i suoi Stati membri, degli impegni internazionali in materia di lavoro, l'Unione potrebbe porsi come un interlocutore più forte e credibile, pretendere l'utilizzo di meccanismi di attuazione più incisivi e, a quel punto, perseguire in modo più efficace il dichiarato obiettivo di esportazione dei propri standard.

[85] M. BRONCKERS, G. GRUNI, *op. cit.*, p. 1613.

[86] Sul punto v. S. VELLUTI, *op. cit.*, p. 269.

Recenti sviluppi della politica ambientale dell'UE
tra lotta ai cambiamenti climatici e accesso alla giustizia
Webinar, 17 giugno 2022

RIFLESSIONI SULL'EFFETTIVITÀ DELL'ACCESSO DELLA SOCIETÀ CIVILE ALLA GIUSTIZIA IN MATERIA AMBIENTALE DOPO LA RIFORMA DEL REGOLAMENTO DI AARHUS

Alessandra Favi[*]

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il contesto e le principali novità introdotte dalla riforma del regolamento di Aarhus. – 3. Riesame interno e impugnazione degli atti dell'Unione quali rimedi "autonomi". – 4. Riesame interno e impugnazione degli atti dell'Unione quali rimedi "combinati". – 5. Riflessioni conclusive.

1. *Introduzione*

Il regolamento 2021/1767[1], del 6 ottobre 2021, è stato adottato dal legislatore dell'Unione al fine di apportare alcune modifiche al precedente regolamento 1367/2006 "sull'applicazione alle istituzioni e agli organi comunitari delle disposizioni della convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale"[2] (d'ora in avanti, "regolamento di Aarhus"). Tali modifiche appaiono volte, da un lato, ad assicurare una migliore attuazione, da

[*] Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Firenze.

[1] Regolamento (UE) 2021/1767 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 ottobre 2021, relativo alla modifica del regolamento (CE) n. 1367/2006 sull'applicazione alle istituzioni e agli organi comunitari delle disposizioni della convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale. Per dei primi commenti alla misura, si vedano I. ANRÒ, *Il difficile accesso alla giustizia ambientale per le ONG e la riforma del Regolamento di Aarhus: nuove vie verso la Corte di giustizia dell'Unione europea?*, in *federalismi.it*, n. 11, 2022, p. 17 ss.; G. C. LEONELLI, *Access to the EU Courts in Environmental and Public Health Cases and the Reform of the Aarhus Regulation: Systemic Vision, Pragmatism, and a Happy Ending*, in *Yearbook of European Law*, 2021, pp. 1-35.

[2] Regolamento (CE) n. 1367/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 settembre 2006.

parte del diritto dell'Unione, degli obblighi discendenti dalla Convenzione di Aarhus[3] di cui l'Unione e i suoi Stati membri sono parte. Dall'altro lato, esse si inseriscono nel più ampio contesto del progressivo riconoscimento, da parte dell'Unione, del ruolo della società civile quale attore essenziale per la realizzazione degli obiettivi posti dalla transizione verde, come individuati di recente dal *Green Deal europeo*[4].

In particolare, il legislatore dell'Unione ha modificato la disciplina relativa al riesame interno di atti che abbiano un collegamento qualificato con il diritto ambientale, adottati da istituzioni o organi dell'Unione. Le modifiche più rilevanti sono andate nel senso di ampliare l'ambito di applicazione del meccanismo di riesame interno, sia dal punto di vista degli atti delle istituzioni o organi dell'Unione che possono esserne l'oggetto, sia rispetto al novero dei soggetti legittimati a proporre domanda di riesame, che comprende ora non solo le organizzazioni non governative (d'ora in avanti, "ONG") ma anche "altri membri del pubblico".

Il riesame interno, di natura amministrativa, va quindi ad integrare il sistema di rimedi giurisdizionali predisposto dai Trattati, il quale permette alle persone fisiche o giuridiche, sia di contestare la legittimità degli atti dell'Unione attraverso impugnazioni dirette alla Corte di giustizia dell'Unione europea (d'ora in avanti, "Corte") alle condizioni previste dall'art. 263, par. 4, TFUE, sia di poter ottenere un controllo indiretto sulla validità di tali atti da parte della Corte attraverso il rinvio effettuato dagli organi giurisdizioni nazionali sulla base dell'art. 267 TFUE[5].

In particolare, la procedura di riesame interno era stata intesa sin dall'origine con l'obiettivo di agevolare la tutela in materia ambientale a sog-

[3] Convenzione della commissione economica per l'Europa delle Nazioni Unite (UNECE) sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, firmata ad Aarhus (Danimarca), il 25 giugno 1998.

[4] COM/2019/640 fin., dell'11 dicembre 2019, comunicazione della Commissione, *Il Green Deal europeo*.

[5] A tali rimedi, si aggiunge anche l'eccezione di invalidità disciplinata dall'art. 277 TFUE. Per una panoramica dei rimedi a disposizione delle persone fisiche o giuridiche in ambito ambientale, si veda, tra gli altri, J. HADJIYANNI, *Judicial Protection and the Environment in the EU Legal Order: Missing Pieces For a Complete Puzzle of Leal Remedies*, in *Common Market Law Review*, 2021, pp. 777-812; S. BOGOJEVIC, *Judicial Protection of Individual Applicants Revisited: Access to Justice through the Prism of Judicial Subsidiarity*, in *Yearbook of European Law*, 2015, pp. 5-25.

getti, quali le ONG, che difficilmente avrebbero potuto beneficiare del rimedio di cui all'art. 263, par. 4, TFUE, in ragione dell'interpretazione restrittiva fornita dalla Corte ai requisiti per l'impugnazione degli atti da parte delle associazioni di tutela dell'ambiente[6]. Tuttavia, i limiti derivanti dalla disciplina contenuta nel regolamento di Aarhus, nonché lo stretto collegamento con il ricorso per annullamento[7], hanno determinato un eccessivo restringimento dell'accesso al riesame interno da parte dei privati, che ha portato di fatto a vanificare l'obiettivo perseguito da tale normativa.

Le novità introdotte nel 2021 dal legislatore dell'Unione al regolamento di Aarhus conducono pertanto ad interrogarsi sull'impatto che tale rimedio può avere nel favorire l'effettiva tutela delle persone fisiche e giuridiche in ambito ambientale, sia nel rapporto con il ricorso di cui all'art. 263, par. 4, TFUE, sia combinato con esso, cioè nel caso in cui i privati intendano impugnare il rigetto della domanda di riesame interno da parte delle istituzioni o organi dell'Unione[8].

Dopo un breve esame del contesto che ha portato alla modifica del regolamento di Aarhus (sezione 2), ci si concentrerà sulle principali novità introdotte alla disciplina del riesame interno, sia come rimedio "autonomo" (sezione 3), sia come rimedio "combinato" con il ricorso di cui all'art. 263 TFUE (sezione 4). Questo permetterà di formulare alcune considerazioni circa l'impatto delle modifiche introdotte alla disciplina del riesame interno nel contribuire ad assicurare l'effettiva tutela della società civile in materia ambientale (sezione 5).

[6] COM/2003/622 fin., del 24 ottobre 2003, proposta di regolamento. Si vedano anche le conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar, del 17 ottobre 2018, causa C-82/17 P, *TestBioTech*, punto 36, e le conclusioni dell'Avvocato generale Jääskinen, dell'8 maggio 2014, cause riunite da C-401/12 P a C-403/12 P, *Vereniging Milieudefensie*, punto 123 ss.

[7] Come sarà meglio affrontato nel contributo, il riesame interno appare strettamente collegato con il rimedio dell'impugnazione, in quanto la domanda di riesame mira, tra l'altro, a far accertare l'illegittimità sostanziale e procedurale dell'atto dell'Unione. Inoltre, la decisione di eventuale rigetto della domanda di riesame interno può essere successivamente impugnata dai privati "a norma delle pertinenti disposizioni del Trattato", ovvero attraverso il ricorso disciplinato dall'art. 263 TFUE.

[8] Pur non essendo oggetto di specifica trattazione nel contributo, va rilevato che qualora l'istituzione non provveda, entro i termini stabiliti dal regolamento, a rispondere alla richiesta di riesame interno e siano integrate le ulteriori condizioni previste dal Trattato, potrà essere proposto ricorso in carenza ai sensi dell'art. 265 TFUE (art. 12, par. 2, regolamento di Aarhus).

2. *Il contesto e le principali novità introdotte dalla riforma del regolamento di Aarhus*

Come noto, nel 2005, l'Unione ha aderito alla Convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale[9]. Al fine di contribuire al raggiungimento degli obiettivi posti da tale strumento di diritto internazionale, l'Unione ha adottato il regolamento 2006/1367 che è andato a disciplinare, in un unico atto normativo, i tre pilastri su cui si basa la Convenzione. In particolare, rispetto al pilastro dell'accesso alla giustizia in materia ambientale, il regolamento di Aarhus ha l'obiettivo di contribuire ad assicurare l'adempimento di quanto previsto dall'art. 9, par. 3, della Convenzione in base al quale "ciascuna Parte contraente provvede affinché i membri del pubblico che soddisfino i criteri eventualmente previsti dal diritto nazionale possano promuovere procedimenti di natura amministrativa o giurisdizionale per impugnare gli atti o contestare le omissioni dei privati o delle pubbliche autorità compiuti in violazione del diritto ambientale nazionale"[10].

La procedura di riesame interno, come disciplinata dall'art. 10 del regolamento di Aarhus, era quindi intesa ad assicurare che ogni ONG che integrasse determinate condizioni, potesse presentare una richiesta di riesame all'istituzione o all'organo dell'Unione che aveva adottato - o, in caso di presunta omissione, che avrebbe dovuto adottare - l'atto amministrativo, inteso come "qualsiasi provvedimento di portata individuale nell'ambito del diritto ambientale […] avente effetti esterni e giuridicamente vincolanti"[11]. Tale richiesta motivata doveva essere successivamente esaminata dall'istituzione o dall'organo dell'Unione interessato entro un termine massimo indicato dal

[9] Decisione del Consiglio, del 17 febbraio 2005, relativa alla conclusione, a nome della Comunità europea, della convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale.

[10] Sul tema, si vedano *ex multis*: A. TANZI, E. FASOLI, L. IAPICHINO, *La convenzione di Aarhus e l'accesso alla giustizia in materia ambientale*, Padova, 2011; M. MONTINI, *Accesso alla giustizia per ricorsi ambientali*, in F. FRANCIONI, M. GESTRI, N. RONZITTI, T. SCOVAZZI (a cura di), *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Milano, 2008, pp. 391-418.

[11] Art. 2, par. 1, lett. g).

regolamento, a meno che essa non fosse ritenuta chiaramente infondata[12]. L'art. 12 del regolamento precisava inoltre che, nel caso di rigetto della domanda di riesame interno, l'ONG che aveva formulato la richiesta poteva poi "proporre ricorso dinanzi alla Corte di giustizia a norma delle pertinenti disposizioni del trattato"[13]. Essa poteva pertanto impugnare l'eventuale rigetto attraverso il rimedio di cui all'art. 263, par. 4, prima ipotesi, TFUE, essendo la decisione adottata nei suoi confronti o, nel caso in cui l'istituzione o organo dell'Unione non si fosse pronunciato entro il termine impartito, poteva essere presentato ricorso in carenza ai sensi dell'art. 265 TFUE avente ad oggetto tale omissione[14].

La procedura così descritta soffriva tuttavia di diversi limiti[15]. Innanzitutto, l'ambito *ratione materiae* del riesame interno risultava estremamente circoscritto. In primo luogo, esso riguardava i soli atti amministrativi, ad esclusione quindi degli "atti adottati dalle istituzioni o dagli organi comunitari nell'esercizio del potere […] legislativo", nonché delle "procedure di inchiesta nelle quali le istituzioni o gli organi comunitari agiscano in qualità di organi di controllo amministrativo ai sensi delle disposizioni del trattato"[16]. In secondo luogo, l'atto oggetto di riesame doveva essere a "portata individuale". Rispetto alla definizione di tale requisito, nessuna indicazione era

[12] L'art. 10, paragrafi 2 e 3 prevedevano che: "1. L'istituzione o l'organo comunitario di cui al paragrafo 1 esamina tale richiesta a meno che essa sia chiaramente infondata. Non appena possibile, e comunque entro dodici settimane dal ricevimento della richiesta, l'istituzione o l'organo comunitario risponde per iscritto adducendo le sue motivazioni.

3. Qualora, nonostante la dovuta diligenza, l'istituzione o l'organo comunitario non sia in grado di agire a norma del paragrafo 2, non appena possibile, e in ogni caso entro i termini di cui al suddetto paragrafo, detta istituzione o detto organo comunitario informa l'organizzazione non governativa che ha formulato la richiesta dei motivi di impedimento e di quando intende porvi rimedio".

[13] Art. 12, par. 1.

[14] Art. 12, par. 2.

[15] Sui limiti della precedente disciplina del regolamento di Aarhus, si veda, tra gli altri, G. C. LEONELLI, *A Threefold Blow to Environmental Public Interest Litigation: The Urgent Need to Reform the Aarhus Regulation*, in *European Law Review*, 2020, pp. 324-347; G. J. HARRYVAN, *Internal Review of EU Environmental Measures. It's True: Baron van Munchausen Doesn't Exist! Some Remarks on the Application of the So-Called Aarhus Regulation*, in *Review of European Administrative Law*, 2010, pp. 53-63.

[16] Considerando n. 11 e art. 2, par. 2.

contenuta all'interno del regolamento di Aarhus, rendendo il significato di tale nozione difficile da delimitare. La Corte, riprendendo quanto già affermato rispetto all'impugnazione degli atti normativi dell'Unione[17], aveva chiarito *a contrario* che è esclusa dall'ambito di applicazione del riesame una misura di portata generale, la quale "si applica a situazioni determinate oggettivamente e spiega i suoi effetti giuridici nei confronti di categorie di persone considerate in modo generale ed astratto"[18]. Tale condizione aveva quindi determinato le maggiori limitazioni all'accesso al riesame interno, in quanto in una materia quale quella relativa al diritto ambientale, ove le ONG spesso agiscono a tutela dell'interesse pubblico[19], risultava difficile che il requisito della portata individuale dell'atto fosse integrato[20].

[17] Si vedano, *ex multis*, sentenze della Corte del 15 gennaio 2002, causa C-171/00 P, *Libéros c. Commissione*, punto 28, e del 21 novembre 1989, causa C-244/88, *Usines coopératives de déshydratation du Vexin e a. c. Commissione*, punto 13.

[18] Sentenza del Tribunale del 27 settembre 2018, causa T-12/17, *Mellifera*, punti 54 e 55. Si veda anche COM (2020) 642fin., del 6 settembre 2006, proposta di regolamento, ove la Commissione afferma espressamente che "La proposta amplia il novero dei casi in cui le ONG possono chiedere un riesame amministrativo. Laddove al momento ciò è possibile solo per gli atti di «portata individuale» (*vale a dire direttamente rivolti a qualcuno, o i cui effetti interessano una persona identificabile*), in futuro le ONG potranno anche chiedere il riesame di atti amministrativi di "portata generale" (corsivo aggiunto).

[19] Sentenza della Corte del 12 maggio 2011, causa C-115/09, *Trianel*, punto 46. Si vedano anche le conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston, del 12 ottobre 2017, causa C-664/15, *Protect Natur*, punto 77, nelle quali l'Avvocato generale ha affermato, in maniera evocativa, che "[l]'ambiente naturale appartiene a tutti noi e della sua protezione siamo responsabili collettivamente. La Corte ha riconosciuto che il diritto ambientale dell'Unione riguarda, per la maggior parte, l'interesse pubblico e non semplicemente la tutela degli interessi dei singoli in quanto tali. Non possono comparire in giudizio né l'acqua né i pesci che vi nuotano. Analogamente, gli alberi non sono legittimati ad agire".

[20] Si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale Jääskinen, dell'8 maggio 2014, cit., punto 129, nelle quali si dà conto che "la portata assai limitata delle contestazioni vertenti su violazioni del diritto dell'ambiente, ai sensi dell'articolo 10 del regolamento di Aarhus è stata confermata in udienza dalla Commissione, che ha fornito, non senza difficoltà, un solo esempio di applicazione concreta della procedura di riesame, ossia l'autorizzazione all'immissione in commercio di un OGM. È giocoforza constatare, del resto, che il settore degli OGM nonché l'immissione sul mercato dei prodotti chimici conformemente al regolamento REACH sembrano costituire l'ambito principale in cui la procedura di riesame trova effettivamente applicazione. La prassi della Commissione conferma così l'interpretazione restrittiva del regolamento di Aarhus".

In terzo luogo, tale atto doveva essere produttivo di "effetti esterni e giuridicamente vincolanti", criterio interpretato dalla Corte in maniera analoga a quanto previsto per l'impugnazione degli atti dell'Unione, i quali devono essere destinati "a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi"[21]. Infine, l'atto doveva essere stato adottato (o avrebbe dovuto essere adottato) "nell'ambito del diritto ambientale" o "ai sensi del diritto ambientale"[22]. Tale requisito era chiarito dall'art. 2, par. 1, lett. f) del regolamento di Aarhus, il quale precisava che con "diritto ambientale" si intendeva "la normativa comunitaria che, a prescindere dalla base giuridica, contribuisce al raggiungimento degli obiettivi della politica comunitaria in materia ambientale, stabiliti nel trattato: salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente, protezione della salute umana, utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali e promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale e mondiale".

Le condizioni anzidette avevano determinato non solo uno scarso utilizzo del rimedio da parte delle ONG ma, anche nelle ipotesi in cui era stata presentata domanda di riesame, i requisiti richiesti si erano tradotti, di fatto, in una restrizione all'accesso a tale strumento di tutela[23]. A ciò si aggiunga che, rispetto all'ambito *ratione personae*, il regolamento di Aarhus assicurava l'accesso al riesame interno alle sole ONG che integrassero i requisiti cumulativi di cui all'art. 11 del regolamento stesso, segnatamente il fatto che "a) sia una persona giuridica indipendente senza fini di lucro a norma del diritto nazionale o della prassi di uno Stato membro; b) abbia come obiettivo primario dichiarato di promuovere la tutela dell'ambiente nell'ambito del diritto ambientale; c) sia stata costituita da più di due anni e persegua attivamen-

[21] Si veda, ad esempio, sentenza del Tribunale del 27 gennaio 2021, causa T-9/19, *ClientEarth c. BEI*, punti 152 e 153.

[22] Rispettivamente, art. 2, par. 1, lett. g) e art. 10, par. 1.

[23] SWD (2019) 378fin., del 10 ottobre 2019, Report on European Union implementation of the Aarhus Convention in the area of access to justice in environmental matters. Nel report della Commissione si dà atto, in particolare, che dall'entrata in vigore del regolamento, le domande di riesame presentate alla Commissione sono state solo 43, 29 delle quali ritenute inammissibili in quanto, per la maggioranza dei casi, non era stato ritenuto integrato il requisito dell'atto a portata individuale. A seguito della riforma del regolamento di Aarhus sono presentate alcune domande di riesame da parte di associazioni di tutela ambientale, consultabili online: www.consilium.europa.eu/it/documents-publications/requests-for-internal-review-under-the-aarhus-regulation/.

te l'obiettivo di cui alla lettera b); d) l'oggetto della richiesta di riesame interno rientri nel suo obiettivo e nelle sue attività".

In tale contesto, il regolamento di Aarhus era stato considerato dal comitato di controllo dell'osservanza della Convenzione di Aarhus ("ACCC"[24]) eccessivamente restrittivo e incompatibile con tale Convenzione[25]. I problemi riscontrati dal comitato riguardavano, in particolare, l'ambito di applicazione personale[26] e materiale[27] del riesame interno.

La Corte di giustizia, nella sua giurisprudenza[28], aveva escluso che l'art. 9, par. 3, della Convenzione di Aarhus avesse il carattere di sufficiente chiarezza e precisione per poter produrre effetti diretti e costituire così parametro di legittimità degli atti di diritto derivato dell'Unione. In particolare, nella sentenza *Stichting Natuur*[29], la Corte di giustizia era stata adita a seguito di impugnazione di una sentenza del Tribunale con la quale quest'ultimo aveva

[24] Aarhus Convention Compliance Committee.

[25] Si vedano i Findings and recommendations of the Compliance Committee with regard to communication ACCC/C/2008/32 (part I) concerning compliance by the European Union, del 24 agosto 2011, e Findings and recommendations of the Compliance Committee with regard to communication ACCC/C/2008/32 (part II) concerning compliance by the European Union, del 17 marzo 2017 (reperibile online: www.unece.org/env/pp/cc/accc.c.2008.32 _european-union.

[26] Si veda ACCC/C/2008/32 findings (Part II), cit., punto 93: "The Committee notes that article 9, paragraph 3, may not be used to effectively bar almost all members of the public from challenging acts and omissions. The term "members of the public" in the Convention includes, but is not limited to, NGOs. It follows that, by barring all members of the public except NGOs meeting the criteria of its article 11, the Aarhus Regulation fails to correctly implement article 9, paragraph 3".

[27] Il comitato si era soffermato sulla "portata individuale dell'atto", nonché sul legame caratterizzato con il diritto ambientale e sulla tipologia di effetti giuridici che l'atto è destinato a produrre. Si veda SWD (2019) 378fin., cit., p. 18 ss.

[28] Sentenza della Corte del 13 gennaio 2015, cause riunite da C-401/12 P a C-403/12 P, *Vereniging Milieudefensie*, punti 52 ss.; sentenza della Corte dell'8 marzo 2011, causa C-240/09, *Lesoochranárske zoskupenie*, punti 41 e 47; sentenza *Mellifera*, cit., punti 78 ss. Su questo aspetto, si veda C. PITEA, *Il caso Mellifera dinanzi alla Corte di giustizia e l'accesso alla giustizia ambientale nell'Unione europea: prime considerazioni in una prospettiva internazionalistica*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 2020, pp. 817-829.

[29] Sentenza della Corte del 13 gennaio 2015, cause riunite C-404/12 P e C-405/12 P, *Stichting Natuur*. Per un commento alla sentenza, si veda, *ex multis*, G. GARÇON, *Limits of NGO Rights to Invoke Access to Justice under the Aarhus Convention*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2015, pp. 458-469.

annullato due decisioni adottate dalla Commissione per contrasto con l'art. 9, par. 3, della Convenzione di Aarhus, disposizione che il Tribunale aveva ritenuto produttiva di effetti diretti. Le decisioni della Commissione oggetto di impugnazione avevano infatti dichiarato irricevibili le domande di riesame presentate da due fondazioni a tutela dell'ambiente, a motivo che l'atto oggetto della richiesta di riesame non costituiva un "atto amministrativo" ai sensi del regolamento di Aarhus. La Corte di giustizia, tuttavia, ha annullato la sentenza del Tribunale, ritenendo che l'art. 9, par. 3, della Convenzione di Aarhus non contenesse "alcun obbligo incondizionato e sufficientemente preciso idoneo a disciplinare direttamente la situazione giuridica dei singoli"[30]. Secondo la Corte, solo "i membri del pubblico che soddisfino i criteri eventualmente previsti dal diritto nazionale" sono titolari dei diritti sanciti dall'art. 9, par. 3, e, pertanto, "tale disposizione è subordinata, nella sua esecuzione o nei suoi effetti, all'intervento di un atto ulteriore"[31].

In tale contesto, era stata pertanto avvertita la necessità da parte delle istituzioni dell'Unione[32] di procedere alla riforma del regolamento di Aarhus. Questa esigenza ha trovato riscontro nella proposta presentata dalla Commissione il 14 ottobre 2020[33] che ha dato avvio all'*iter* legislativo e ha portato all'adozione, il 6 ottobre 2021, del già citato regolamento 2021/1767.

Le principali novità introdotte da tale regolamento, e che saranno oggetto di specifica trattazione nei prossimi paragrafi, riguardano, da un lato, l'oggetto del riesame, che ora comprende "qualsiasi atto non legislativo adottato da un'istituzione o da un organo dell'Unione, avente effetti giuridici ed esterni e contenente disposizioni che potrebbero configurare una violazione

[30] *Ibidem*, punto 47.

[31] *Ibidem*.

[32] Decisione (UE) 2018/881 del Consiglio, del 18 giugno 2018, che invita la Commissione a presentare uno studio sulle opzioni dell'Unione per rispondere alle conclusioni del comitato di controllo dell'osservanza della Convenzione di Aarhus relative al caso ACCC/C/2008/32 e, se del caso tenendo conto dei risultati dello studio, una proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifichi il regolamento (CE) n. 1367/2006. Il Parlamento europeo aveva richiesto la modifica del regolamento di Aarhus nelle risoluzioni del 15 novembre 2017 su un piano d'azione per la natura, i cittadini e l'economia, del 16 novembre 2017 sul riesame dell'attuazione delle politiche ambientali dell'UE e del 15 gennaio 2020 sul *Green Deal europeo*.

[33] COM (2020) 642fin., cit.

del diritto ambientale"[34]. Dall'altro lato, le modifiche attengono anche ai soggetti legittimati a proporre domanda di riesame, che non sono più solamente le ONG ma anche "altri membri del pubblico" i quali, ove soddisfino i criteri enunciati nel regolamento, hanno "il diritto di presentare una richiesta di riesame interno all'istituzione o all'organo dell'Unione che ha adottato l'atto amministrativo o, in caso di presunta omissione amministrativa, che avrebbe dovuto adottarlo"[35]. Altre modifiche hanno poi riguardato sia la proroga dei termini, sia le modalità di svolgimento della procedura di riesame[36].

È quindi opportuno domandarsi se tali interventi legislativi possano garantire, a differenza della precedente disciplina, una tutela effettiva in materia ambientale, soprattutto nel rapporto con l'ulteriore via, di tipo giudiziale, a disposizione delle persone fisiche o giuridiche costituita dal ricorso per annullamento ai sensi dell'art. 263, par. 4, TFUE.

3. *Riesame interno e impugnazione degli atti dell'Unione quali rimedi "autonomi"*

Come già accennato, il riesame interno degli atti amministrativi va ad integrare, in ambito ambientale, il sistema di tutela giurisdizionale previsto dai Trattati. In particolare, il riesame interno si pone quale rimedio, di natura amministrativa, a disposizione dei privati finalizzato a contestare la legittimità procedurale e sostanziale di un atto non legislativo dell'Unione che abbia determinate caratteristiche[37]. Esso è quindi uno strumento ulteriore che si affianca al rimedio giudiziale previsto dall'art. 263 TFUE, nei confronti del quale il riesame interno dovrebbe concorrere[38] a colmare le lacune esistenti nell'accesso alla giustizia per i privati in materia ambientale.

[34] Art. 1, par. 1, lett. g), regolamento 2021/1767.

[35] Art. 1, par. 2, lett. a), regolamento 2021/1767.

[36] Art. 1, par. 2, lett. a e b), regolamento 2021/1767.

[37] Si veda il considerando n. 15 del regolamento 2021/1767, che recita "[l]'ambito di applicazione del procedimento di riesame a norma del regolamento (CE) n. 1367/2006 dovrebbe includere la legittimità sostanziale e procedurale dell'atto impugnato".

[38] Insieme al rinvio pregiudiziale di validità ai sensi dell'art. 267 TFUE e all'eccezione di invalidità di cui all'art. 277 TFUE.

Se alla luce di quanto detto, siffatto obiettivo non era stato raggiunto sulla base della precedente disciplina, è opportuno interrogarsi su tale aspetto a seguito delle modifiche apportate al regolamento di Aarhus.

Un primo elemento attraverso il quale valutare l'effettività della tutela offerta ai singoli in materia ambientale attiene all'oggetto di tale riesame che, a seguito delle novità introdotte, riguarda "qualsiasi atto non legislativo adottato da un'istituzione o da un organo dell'Unione, avente effetti giuridici ed esterni e contenente disposizioni che potrebbero configurare una violazione del diritto ambientale"[39].

Per quanto riguarda l'ampliamento agli atti non legislativi anche a portata generale, tale modifica è intervenuta proprio a fronte del fatto che la limitazione agli "atti a portata individuale" presente nella precedente disciplina era stata il principale motivo di non ammissibilità delle richieste di riesame interno presentate dalle ONG impegnate a tutela dell'ambiente. La definizione di tale nozione non è tuttavia contenuta nel regolamento, ma si può ritenere che debba essere interpretata, come emerge dalla proposta della Commissione[40], tenendo conto di quanto previsto dall'art. 263 TFUE e, in particolare, dal suo par. 4 come modificato a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Infatti, in base a tale disposizione, possono essere ora oggetto di impugnazione da parte delle persone fisiche o giuridiche anche "gli atti regolamentari […] che non comportano alcuna misura d'esecuzione". A questo riguardo, la nozione di "atto regolamentare" è stata interpretata dalla Corte di giustizia come riferita a "tutti gli atti non legislativi di portata generale"[41]. Tuttavia, a differenza degli atti cui si riferisce la disposizione contenuta nel Trattato, gli atti oggetto di riesame interno potranno comportare delle misure di esecuzione, sia da parte degli Stati membri, sia da parte dell'Unione. Infatti, sebbene tale limitazione fosse stata prevista all'interno della proposta della Commissione anche per gli atti oggetto di riesame[42], essa è stata successivamente abbandonata durante l'*iter* legislativo.

[39] La definizione di "atto amministrativo", come modificata, è contenuta nell'art. 1, par. 1, lett. a), del regolamento 2021/1767.

[40] COM (2020) 642fin., cit., punto IV.

[41] Sentenza della Corte del 6 novembre 2018, cause riunite da C-622/16 P a C-624/16 P, *Montessori*, punti 23 e ss.; si veda anche sentenza della Corte del 3 ottobre 2013, causa C-583/11 P, *Inuit Tapiriit*, punti 58-61.

[42] COM (2020) 642fin., cit., punto IV a).

Questo determina un ambito di applicazione materiale più esteso rispetto a quello del ricorso per annullamento presentato sulla base della terza ipotesi contemplata dall'art. 263, par. 4, TFUE. Invece, ove l'oggetto del riesame interno sia un atto non legislativo "a portata individuale", troveranno applicazione le stesse limitazioni già menzionate in precedenza.

In relazione agli effetti giuridici che l'atto è destinato a produrre, il regolamento di Aarhus prevede ora che esso debba avere "effetti giuridici ed esterni", venendo meno la precisazione contenuta nella precedente disciplina del 2016 che indicava la necessità che l'atto in questione producesse effetti "giuridicamente vincolanti". Tuttavia, l'attuale formulazione del considerando n. 11 richiama espressamente la giurisprudenza della Corte rispetto agli atti impugnabili ai sensi dell'art. 263 TFUE e precisa che "[g]li atti preparatori, le raccomandazioni, i pareri e altri atti non vincolanti che non producono effetti giuridici nei confronti di terzi e che quindi non possono essere considerati aventi effetti esterni, in conformità della giurisprudenza della CGUE, non dovrebbero pertanto essere considerati alla stregua di atti amministrativi ai sensi del regolamento (CE) n. 1367/2006". In questo modo, vengono assicurate sia una sostanziale continuità con quanto previsto dalla precedente disciplina sia la coerenza con l'interpretazione costante della Corte circa le caratteristiche degli atti impugnabili ai sensi dell'art. 263 TFUE[43].

Infine, perché un atto possa essere oggetto di riesame, esso deve poter configurare una violazione del diritto ambientale, nozione la cui definizione è invece rimasta immutata rispetto a quella contenuta nella precedente disciplina. I considerando n. 9 e n. 10 del regolamento di Aarhus, come recentemente modificati, forniscono alcune indicazioni circa l'interpretazione di tale requisito. In particolare, ciò che rileva sono gli *effetti* che l'atto amministrativo potrebbe produrre. È, in particolare, necessario "valutare se tali disposizioni possano incidere negativamente sul raggiungimento degli obiettivi della politica dell'Unione in materia ambientale elencati all'art. 191 TFUE". Pertanto, gli atti oggetto di riesame non saranno più, come prevedeva la norma-

[43] Per una lettura diversa della disposizione rispetto al requisito degli effetti vincolanti, si veda I. ANRÒ, *Il difficile accesso alla giustizia ambientale per le ONG*, cit., p. 17 e ss. In base a tale lettura, l'assenza di un riferimento esplicito alla parola "vincolante" comporterebbe "un ampliamento della possibilità di riesame per gli atti di *soft law*, i quali possono avere – in linea di principio – un impatto negativo sulla tutela dell'ambiente, pur senza essere strettamente vincolanti per i destinatari" (p. 18).

tiva precedente, solo quelli adottati "nell'ambito del diritto ambientale" o "ai sensi del diritto ambientale", ma potranno comprendere anche atti "adottati per attuare politiche diverse dalla politica dell'Unione in materia ambientale"[44]. In assenza, per il momento, di chiarimenti interpretativi da parte della Corte, l'aspetto che rimane più incerto riguarda la modalità di valutazione degli effetti "potenzialmente negativi" dell'atto amministrativo rispetto al diritto ambientale e l'onere della prova che spetterà alle persone fisiche o giuridiche che abbiano presentato domanda di riesame interno[45].

Da quanto detto finora, emerge come le modifiche introdotte al regolamento di Aarhus vadano nel senso di ampliare l'accesso al riesame interno degli appartenenti alla società civile. Pur richiamando, almeno in parte, l'interpretazione fornita dalla Corte rispetto ai requisiti per l'impugnazione degli atti dell'Unione ai sensi dell'art. 263 TFUE, la nuova disciplina sembra tuttavia "emanciparsi" dalle caratteristiche che contraddistinguono tale rimedio, delineando una via alternativa per le persone fisiche e giuridiche per accedere alla tutela in materia ambientale.

Peraltro, il rischio di un "allineamento" del riesame interno rispetto a quanto previsto per il ricorso di cui all'art. 263 TFUE sembra non presentarsi neanche riguardo alla legittimazione degli "altri membri del pubblico". Va innanzitutto rilevato come non vi siano modifiche rispetto alla disciplina prevista per le ONG. Le associazioni e organizzazioni dovranno quindi dimostrare di integrare i requisiti già enunciati all'art. 11, par. 1, del regolamento di Aarhus. Nell'ambito dell'impugnazione degli atti dell'Unione, invece, l'interpretazione fornita dalla Corte ai requisiti per riconoscere la legittimazione ad agire delle associazioni di tutela dell'ambiente è sempre apparsa molto restrittiva. Al di là delle ipotesi di impugnazione di atti che siano adottati "nei loro confronti" ai sensi dell'art. 263, par. 4, prima ipotesi, TFUE, la Corte ha sempre ritenuto di applicare i criteri elaborati sin dalla sentenza *Plaumann*[46], e ora previsti dall'art. 263, par. 4, seconda ipotesi TFUE, richie-

[44] Considerando n. 10, regolamento 1367/2021.

[45] Considerando n. 14, regolamento 1367/2021 il quale indica che "le organizzazioni non governative impegnate a favore dell'ambiente o altri membri del pubblico che chiedono il riesame interno di un atto amministrativo sono tenuti, nell'esporre i motivi della richiesta di riesame, a indicare gli elementi di fatto o gli argomenti di diritto sostanziali che possono far sorgere dubbi plausibili, ossia seri".

[46] Sentenza della Corte del 15 luglio 1963, causa 25/62, *Plaumann*. La (storica) espres-

dendo che le associazioni e ONG di tutela dell'ambiente siano "direttamente e individualmente" riguardate dall'atto dell'Unione che intendevano impugnare. In particolare, in riferimento alle associazioni di tutela dell'ambiente, la Corte ha ritenuto integrati i criteri e ammesso la ricevibilità dei ricorsi presentati da tali soggetti in almeno tre fattispecie tipiche, che tuttavia appaiono difficilmente soddisfatte, ovvero: "a) quando una disposizione di natura normativa riconosca espressamente alle associazioni professionali una serie di facoltà di carattere procedurale […]; b) quando l'associazione rappresenti gli interessi di imprese che, a loro volta, siano legittimate ad agire […]; c) quando l'associazione sia identificata per il pregiudizio arrecato ai propri interessi in quanto associazione, in particolare in quanto la sua posizione di negoziatrice sia stata pregiudicata dall'atto di cui è richiesto l'annullamento […]"[47]. Peraltro, l'art. 263, par. 4, terza ipotesi, TFUE, introdotto a seguito delle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona, non ha determinato un cambiamento incisivo nella legittimazione ad agire delle persone fisiche o giuridiche, anche a causa dell'interpretazione restrittiva fornita dalla Corte alla nozione di "atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione" [48].

Appaiono invece più oscuri i requisiti introdotti dalle modifiche al regolamento di Aarhus per gli "altri membri del pubblico". Il nuovo art. 11, par. 1 bis, precisa infatti che gli altri membri del pubblico potranno presentare domanda di riesame in due ipotesi. La prima richiede che essi dimostrino "un pregiudizio dei loro diritti causato dalla presunta violazione del diritto ambientale dell'Unione e che, diversamente dal pubblico in generale, [siano]

sione coniata dalla Corte in tale sentenza prevede che "[c]hi non sia destinatario di una decisione può sostenere che questa lo riguarda individualmente soltanto qualora il provvedimento lo tocchi a causa di determinate qualità personali, ovvero di particolari circostanze atte a distinguerlo dalla generalità, e quindi lo identifichi alla stessa stregua dei destinatari".

[47] Ordinanza del Tribunale del 30 settembre 1997, causa T-122/96, *Federolio c. Commissione*, punto 61. Si veda anche sentenza della Corte del 2 aprile 1998, causa C-321/95 P, *Greenpeace*, punto 27 ss.

[48] Si veda, ad esempio, la sentenza della Corte del 3 dicembre 2020, causa C-352/19 P, *Région de Bruxelles-Capitale*, punti 30 ss. Sullo scarso impatto delle modifiche intervenute a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si veda *ex multis* M. ELIANTONIO, *Towards an ever dirtier Europe? The restrictive standing of environmental NGOs before the European Courts and the Aarhus Convention*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2011, pp. 69-85.

direttamente interessati da tale pregiudizio". La seconda ipotesi, invece, richiede che gli altri membri del pubblico dimostrino "che la richiesta è giustificata da un interesse pubblico sufficiente ed è sostenuta da almeno 4000 membri del pubblico residenti o stabiliti in almeno cinque Stati membri, con almeno 250 membri del pubblico provenienti da ciascuno di tali Stati membri".

In entrambi i casi, la disposizione, come modificata, precisa poi che i membri del pubblico, ove presentino domanda di riesame, debbano essere rappresentati da una ONG che soddisfi i requisiti di cui all'art. 11, par. 1, del regolamento o "da un avvocato abilitato a patrocinare dinanzi a un tribunale di uno Stato membro"[49].

Soffermandosi in particolare sulla prima ipotesi, va innanzitutto sottolineato che tale previsione si applicherà a decorrere dal 29 aprile 2023[50]. Tuttavia, è possibile formulare alcune considerazioni circa i due requisiti previsti, segnatamente che gli altri membri del pubblico siano tenuti a dimostrare un "pregiudizio dei loro diritti causato dalla presunta violazione del diritto ambientale" e che siano "direttamente interessati", rispetto al pubblico in generale, da tale pregiudizio.

Per quanto riguarda il pregiudizio di un loro diritto, il considerando n. 18 del regolamento specifica che "i membri del pubblico dovrebbero dimostrare una violazione dei loro diritti", e ciò può includere "una restrizione o un ostacolo ingiustificato di tali diritti". Tale requisito, che riprende quanto previsto dall'art. 9, par. 2, della Convenzione di Aarhus[51], aveva già fatto la sua comparsa in un emendamento adottato in prima lettura dal Parlamento europeo in relazione alla proposta di regolamento del 2006 della Commissione, il quale prevedeva che "[i] membri del pubblico che vantino un interesse sufficiente o facciano valere la violazione di un diritto hanno la facoltà di presentare una richiesta di riesame interno […]"[52]. Questa previsione, che

[49] Art. 1, par. 3, lett. b), regolamento 1767/2021.

[50] Art. 2, regolamento 2021/1767.

[51] L'art. 9, par. 2, della Convenzione di Aarhus si riferisce però ai ricorsi volti a contestare la legittimità sostanziale o procedurale di decisioni, atti od omissioni soggetti alle disposizioni dell'articolo 6 (relativo alla partecipazione del pubblico alle decisioni su specifiche attività) e ad altre pertinenti disposizioni della convenzione.

[52] A5/2004/190 del 19 marzo 2004, posizione del Parlamento europeo in prima lettura, emendamento n. 29.

ora trova, in una formulazione leggermente differente, la sua definitiva collocazione all'interno del regolamento di Aarhus, si discosta quindi dalla giurisprudenza della Corte relativa alla legittimazione ad agire delle persone fisiche o giuridiche, e va al di là della logica del "direttamente e individualmente" interessato.

Infatti, il considerando n. 19 precisa che "[i] membri del pubblico non sono tenuti a dimostrare di essere direttamente e individualmente interessati ai sensi dell'art. 263, par. 4, TFUE, come interpretato dalla CGUE". Tuttavia, "allo scopo di evitare che i membri del pubblico abbiano il diritto incondizionato di chiedere un riesame interno («actio popularis»), che non è richiesto a norma della convenzione di Aarhus, essi dovrebbero dimostrare di essere *direttamente interessati rispetto al pubblico in generale*, per esempio nel caso di una minaccia imminente alla propria salute e sicurezza, o di pregiudizio causato a un diritto spettante ai sensi della legislazione dell'Unione, derivante dalla presunta violazione del diritto ambientale […]"[53]. La nozione di "direttamente interessato rispetto al pubblico in generale", pur non definita dal regolamento[54], non sembra quindi iscriversi nella giurisprudenza costante della Corte relativa al requisito di "direttamente riguardato" ai sensi dell'art. 263, par. 4, seconda e terza ipotesi, TFUE[55]. Tale nozione sembra richiamare anche la definizione di "individualmente interessato", ma in una declinazione diversa da quella tradizionalmente fornita e applicata dalla Corte. Infatti, il requisito in parola riporta alla mente quanto affermato dall'Avvocato generale Jacobs nelle conclusioni rese nella causa *Unión de*

[53] Considerando n. 19 del regolamento 2021/1767.

[54] I riferimenti contenuti nella nota 16 del regolamento 2021/1767 ad alcune pronunce della Corte non chiariscono cosa debba intendersi con "direttamente interessato rispetto al pubblico in generale". Le sentenze citate fanno riferimento alla nozione di "direttamente interessato", senza tuttavia definirla, nel contesto di rinvii pregiudiziali di interpretazione di alcune direttive in materia ambientale.

[55] Si veda quanto affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Montessori*, cit., secondo la quale "[s]econdo costante giurisprudenza della Corte, il requisito secondo cui una persona fisica o giuridica dev'essere direttamente interessata dalla decisione oggetto del ricorso, requisito previsto all'articolo 263, quarto comma, TFUE, richiede la compresenza di due criteri cumulativi, ossia che la misura contestata, da un lato, produca direttamente effetti sulla situazione giuridica del singolo e, dall'altro, non lasci alcun potere discrezionale ai destinatari incaricati della sua attuazione, la quale deve avere carattere meramente automatico e derivare dalla sola normativa dell'Unione, senza intervento di altre norme intermedie" (punto 42).

Pequeños Agricultores, il quale aveva ritenuto che un soggetto potesse essere considerato individualmente riguardato da un atto comunitario "nel caso in cui, in ragione delle circostanze di fatto a lui peculiari, *tale atto pregiudichi o possa pregiudicare in modo sostanziale i suoi interessi*"[56]. In tale logica, non seguita dalla Corte[57], l'attenzione era quindi rivolta agli effetti della norma dell'Unione, ed era il pregiudizio che il privato potesse subire o avesse subito a causa della stessa a distinguerlo dalla generalità degli altri soggetti interessati.

In ogni caso, da quanto detto, emerge come le modifiche introdotte al regolamento di Aarhus appaiono, nel complesso, un passo in avanti nell'assicurare l'effettiva tutela dei privati in materia ambientale, andando a compensare le rigide condizioni previste per l'impugnazione degli atti dell'Unione da parte delle persone fisiche e giuridiche ai sensi dell'art. 263, par. 4, TFUE, come interpretate dalla Corte.

4. *Riesame interno e impugnazione degli atti dell'Unione quali rimedi "combinati"*

La procedura di riesame interno, sebbene rappresenti un rimedio con caratteristiche che sembrano ora aver acquisito una propria "autonomia" rispetto alle condizioni previste per l'impugnazione degli atti dell'Unione, rimane comunque strettamente collegata a tale ultimo rimedio. L'art. 12 del regolamento di Aarhus prevede infatti al suo paragrafo 1, rimasto immutato a seguito delle modifiche legislative, che "[l]'organizzazione non governativa che ha formulato la richiesta di riesame interno […] può proporre ricorso dinanzi alla Corte di giustizia a norma delle pertinenti disposizioni del trattato". Mentre il successivo par. 2, dell'art. 12, è stato modificato prevedendo la possibilità per le ONG e gli altri membri del pubblico di proporre ricorso in carenza qualora l'istituzione o l'organo non proceda, entro i termini previsti dal regolamento, all'esame della domanda.

Il par. 1 della disposizione in parola, come detto, non è stato modificato

[56] Conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs, del 21 marzo 2002, causa C-50/00, *Unión de Pequeños Agricultores*, punto 60.

[57] Sentenza della Corte del 25 luglio 2002, causa C-50/00, *Unión de Pequeños Agricultores*.

rispetto alla precedente formulazione e ha mantenuto pertanto il riferimento alle sole ONG, ma non anche agli altri membri del pubblico. Tuttavia, le medesime considerazioni che saranno svolte nella presente sezione sembrano potersi applicare anche a questi ultimi.

Nel caso in cui la domanda di riesame sia rigettata dalle istituzioni o organi dell'Unione, infatti, essa costituisce una decisione adottata nei confronti del soggetto che ha presentato la richiesta, il quale sarà quindi legittimato a impugnare tale atto ai sensi dell'art. 263, par. 4, prima ipotesi, TFUE. L'estensione dei soggetti legittimati così come le condizioni meno rigide per presentare domanda di riesame, introdotte a seguito delle modifiche apportate al regolamento di Aarhus, hanno quindi conseguenze anche rispetto al ricorso giudiziale successivo. Il regolamento di Aarhus infatti "not only created a new remedy, the administrative review, it also established a means whereby environmental NGOs could use the first limb of Article 263(4) TFEU"[58]. Quindi, ove il soggetto sia legittimato a proporre domanda di riesame interno sulla base del regolamento di Aarhus, sarà anche di conseguenza legittimato ad agire ai sensi dell'art. 263, par. 4, TFUE.

I due rimedi "combinati" sembrano quindi andare nel senso di assicurare un ampliamento dell'accesso al rimedio giudiziale per i privati, il quale è diretta conseguenza dell'ampliamento dell'accesso al rimedio di natura amministrativa. Tuttavia, tale ricostruzione incontra alcuni limiti derivanti dalla giurisprudenza della Corte.

Infatti, quest'ultima ha interpretato la portata del ricorso giudiziale in maniera restrittiva, limitando il suo sindacato alla sola legittimità della decisione che rigetta la richiesta di riesame interno, senza comprendere anche l'esame nel merito dell'atto all'origine di tale domanda[59]. Inoltre, la Corte ha precisato che il ricorso non potrà essere fondato su motivi nuovi o elementi

[58] SWD (2019) 378fin., cit., p. 20.

[59] Sentenza della Corte del 12 settembre 2019, causa C-82/17, *TestBioTech*, punto 38: "La domanda di riesame interno di un atto amministrativo è diretta quindi a far accertare l'asserita illegittimità o l'infondatezza dell'atto considerato. Il richiedente può in seguito adire, conformemente all'articolo 12 del regolamento n. 1367/2006, in combinato disposto con l'articolo 10 di tale regolamento, il giudice dell'Unione proponendo un ricorso per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione o per sviamento di potere *avverso la decisione che rigetta in quanto infondata la richiesta di riesame interno*" (corsivo aggiunto).

di prova che non compaiono nella domanda di riesame, "salvo privare il requisito relativo alla motivazione di una siffatta domanda, di cui all'art. 10, par. 1, del regolamento n. 1367/2006, del suo effetto utile e modificare l'oggetto del procedimento avviato con tale domanda"[60].

In definitiva, quindi, l'estensione dell'accesso alla giustizia assicurato alle persone fisiche o giuridiche attraverso il regolamento di Aarhus non sembra tradursi, in caso di impugnazione, in un rimedio che abbia ricadute significative sulla tutela richiesta dai singoli, i quali intendono contestare la legittimità, procedurale e sostanziale, dell'atto. Ciò è ulteriormente confermato dal fatto che il riesame interno è svolto dalla stessa istituzione o organo che ha adottato l'atto oggetto della domanda. La possibilità di impugnare non solo il rigetto della richiesta, ma anche l'atto interessato, infatti, avrebbe potuto assicurare maggiore tutela per i privati, garantendo un giudizio indipendente rispetto a quello della stessa istituzione che ha adottato l'atto oggetto di riesame.

5. *Riflessioni conclusive*

Alla luce di quanto detto, emerge come le modifiche introdotte al regolamento di Aarhus rispetto all'accesso alla società civile alla giustizia in materia ambientale siano da accogliersi, nel loro complesso, positivamente. L'ampliamento dell'ambito di applicazione materiale e personale del riesame interno appare come un tentativo di superare i limiti derivanti dalla precedente disciplina e consentire così a tale rimedio di assumere carattere "autonomo" rispetto all'impugnazione di cui all'art. 263, par. 4, TFUE.

Tuttavia, se considerato invece in un'ottica "combinata" con il ricorso per annullamento, il riesame interno presenta ancora alcuni limiti che vanno ad incidere sull'effettività di tale rimedio rispetto alla tutela offerta alle persone fisiche o giuridiche. Infatti, l'estensione dell'accesso alla giustizia assicurato a tali soggetti attraverso il regolamento di Aarhus rischia di essere pregiudicato dall'ambito oggettivo del ricorso in caso di impugnazione del rigetto, come interpretato dalla Corte di giustizia, sostanziandosi, in definitiva, come un rimedio incapace di avere ricadute significative sulla tutela richiesta dai singoli.

[60] Sentenza *TestBioTech*, cit., punto 39.

Tale ostacolo potrebbe essere superato assicurando anche l'esame della legittimità dell'atto amministrativo, a seguito di impugnazione della decisione di rigetto del riesame, in una vera e propria ottica di complementarità tra i due rimedi. Un siffatto risultato potrebbe peraltro essere raggiunto attraverso un *revirement* da parte della Corte della sua giurisprudenza relativa all'interpretazione dell'art. 12 del regolamento di Aarhus, in quanto la lettera della disposizione, come già ricordato, si limita a prevedere la possibilità di proporre "ricorso dinanzi la Corte di giustizia a norma delle pertinenti disposizioni dei Trattati".

Ciò, infatti, non andrebbe a modificare la logica sottostante il sistema giurisdizionale predisposto dai Trattati. Infatti, le preoccupazioni della Corte sembrano attenere al fatto che, aprendo alla possibilità di contestare anche la legittimità dell'atto amministrativo attraverso l'impugnazione della decisione negativa sul riesame interno, verrebbero aggirate le condizioni più restrittive per l'impugnazione degli atti dell'Unione previste dall'art. 263, par. 4, TFUE. Tuttavia, il regolamento di Aarhus, come detto, richiede che sia in ogni caso dimostrato un interesse qualificato sia da parte delle ONG, sia da parte degli altri membri del pubblico per presentare domanda di riesame, il quale, se soddisfatto, induce a poter ritenere integrati i presupposti della legittimazione a presentare ricorso alla Corte sulla base dell'art. 263, par. 4, prima ipotesi, TFUE.

In ogni caso, sembra difficile prevedere un allentamento, in via generale, dell'interpretazione restrittiva fornita dalla Corte rispetto ai requisiti per l'impugnazione degli atti dell'Unione da parte delle persone fisiche o giuridiche sulla scia delle modifiche apportate al regolamento di Aarhus. Potrebbe essere invece ipotizzabile un'apertura della Corte in questo senso nel perimetro applicativo di tale regolamento, proprio in virtù degli strumenti più favorevoli che quest'ultimo prevede. In questo modo, il regolamento di Aarhus non solo contribuirebbe ad ampliare l'accesso al riesame interno di natura amministrativa ma avrebbe anche un impatto sull'accesso al rimedio giudiziale per gli appartenenti alla società civile, in ambito ambientale.

LA DIRETTIVA RED II TRA NOVITÀ E CONFERME

Benedetta Minucci[*]

SOMMARIO: 1. Premessa: il quadro normativo. – 2. Dalla RED I alla RED II: i principali aspetti di riforma. – 2.1. Oggetto e ambito di applicazione. – 2.2. L'autoconsumo di energia elettrica e le Comunità di energia rinnovabile. – 3. Il recepimento in Italia della direttiva RED II. – 4. Il Pacchetto "Fit for 55". – 5. La proposta della Commissione europea. – 6. Il REPowerEU e brevi riflessioni conclusive.

1. *Premessa: il quadro normativo*

Come evidenziato dal G20 di Roma[1] e dalla Conferenza delle Nazioni Unite sul cambiamento climatico (COP26) di Glasgow[2], è piuttosto urgente una risposta alle emergenze che minacciano il clima e la biodiversità.

Si tratta di un tema dai confini oltremodo estesi, contraddistinto da innumerevoli risvolti e forti contraddizioni che, però, non ammette più rinvii circa l'adozione di concrete misure. Infatti, come eloquentemente dichiarato dal Parlamento europeo, in una risoluzione approvata il 28 novembre 2019, siamo a tutti gli effetti in presenza di un'emergenza climatica e ambientale in Europa e nel mondo. Per questa ragione, la Commissione, gli Stati membri e tutti gli attori globali sono stati invitati a intraprendere azioni concrete necessarie per combattere e contenere tale minaccia prima che sia troppo tardi.

Occorre ricordare che, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, lettera e) TFUE, la realizzazione della tutela dell'ambiente grava sull'Unione e sugli Stati in maniera concorrente e va, dunque, esercitata nel rispetto del princi-

[*] Dottoranda di ricerca in Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

[1] Il vertice del G20 di Roma del 2021 è stato il sedicesimo incontro del Gruppo dei Venti (G20), che si è svolto a Roma, dal 30 al 31 ottobre 2021.

[2] La Conferenza delle Nazioni Unite del 2021, conosciuta anche come COP26, è stata la XXVI Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, programmata a Glasgow (Scozia) dal 31 ottobre al 12 novembre 2021, sotto la presidenza del Regno Unito.

pio di sussidiarietà. Pertanto, gli obiettivi possono essere oggetto d'interventi nazionali a patto che non riguardino settori già coperti da misure comuni e non pregiudichino l'esercizio delle competenze dell'Unione. Al tempo stesso, le misure dell'Unione non possono precludere agli Stati membri di prevedere una protezione maggiore dell'ambiente, purché compatibile con i trattati[3].

Oltre al titolo XX del TFUE (artt. 191-193), che contiene la disciplina primaria in materia ambientale, diretta ad assicurare un elevato livello di tutela ed a tenere conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell'Unione, va fatto riferimento all'articolo 3, paragrafo 3, TUE[4] e all'articolo 37 della Carta dei diritti fondamentali[5].

E, ancor di più, all'articolo 11 TFUE che impone che le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente siano integrate nella definizione e nell'attuazione delle (altre) politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile. Il principio di integrazione risulta infatti essere lo strumento primario per attuare la sostenibilità ambientale, giacché quest'ultima esige uno sviluppo equilibrato, che contemperi le esigenze economiche con la conservazione dell'ambiente, anche in una dimensione di equità intergenerazionale[6].

Tali disposizioni segnano dunque il passaggio di tale politica da materia autonoma a componente trasversale del diritto dell'Unione, così da incidere e condizionare con i propri fini l'elaborazione di altre importanti politiche e azioni europee, *in primis* quella energetica. Invero, il *fil rouge* che lega l'ambiente ad un sistema energetico libero dai combustibili fossili è quanto mai evidente. Al riguardo, è sufficiente considerare che l'uso dell'energia è all'origine del 75% delle emissioni dell'Unione. E che l'art. 194 TFUE, che rubrica in maniera dettagliata gli obiettivi dell'Unione e gli strumenti

[3] Per una puntuale disamina sulle competenze dell'Unione in materia ambientale, v. C. PESCE, *Ambiente*, in G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE E F. FERRARO, vol. II, Napoli, 2021, p. 511 ss.

[4] Ai sensi del quale, l'Unione si adopera "per lo sviluppo sostenibile dell'Europa", basato "su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente".

[5] Tale articolo – relativo alla "tutela dell'ambiente" e dotato di forza primaria per effetto dell'art. 6 TUE novellato dal Trattato di Lisbona – contiene un principio di tutela ambientale rafforzata.

[6] Per un approfondimento, v. S. AMADEO, *Commento all'art. 11 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *I Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014, p. 47 ss.

all'uopo preposti, annovera accanto al funzionamento del mercato dell'energia ed alla sicurezza dell'approvvigionamento energetico, il risparmio energetico, l'efficienza energetica, lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili e, non ultima, l'interconnessione delle reti energetiche[7]. Di talché, la disposizione in esame formalizza lo stretto collegamento fra le due politiche, più volte sottolineato nei documenti della Commissione e oggetto di notevole interesse anche sul piano dottrinario[8]. D'altronde, il rilievo giuridico di tale nesso è testimoniato anche dai richiami che le disposizioni in materia di ambiente e quelle in materia di energia operano reciprocamente[9]. Tra i più rilevanti, l'art. 191 TFUE che prescrive che la politica in materia di ambiente persegua l'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali, quindi di quelle energetiche[10].

2. *Dalla RED I alla RED II: i principali aspetti di riforma*

In tale direzione, la legislazione dell'Unione sulla promozione delle energie rinnovabili si è evoluta in maniera significativa e negli ultimi quindici anni si è notevolmente intensificato il dibattito sugli obiettivi e gli strumenti di tale politica, divenendo la sfida energetica una delle prove più dure che l'Unione europea è costretta ad affrontare.

Al perseguimento di tale obiettivo contribuisce la direttiva 2018/2001, adottata dal Parlamento europeo e dal Consiglio l'11 dicembre 2018, che concerne la promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili (d'ora in avanti RED II) e realizza la tanto attesa rifusione della direttiva 2009/28/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (d'ora in avanti RED I).

In particolare, la nuova direttiva stabilisce un sistema comune per pro-

[7] Per un approfondimento della politica energetica, v. M. MARLETTA, *Commento all'art. 194 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 1290 ss.

[8] V. L. AMMANNATI, *La transizione dell'Unione Europea verso un nuovo modello energetico eco-sostenibile tra scelte politiche, regolazione e dinamiche di mercato*, in *Energia, ambiente e innovazione*, n. 2, 2018, p. 86 ss.

[9] Cfr. F. FERRARO, *L'evoluzione della politica ambientale dell'Unione: effetto Bruxelles, nuovi obiettivi e vecchi limiti*, in *I Post di AISDUE*, n. 9, 2022.

[10] Cfr. F. MUNARI, L. SCHIANO DI PEPE, *Tutela transnazionale dell'ambiente: principi, regole, problemi*, Bologna, 2012, spec. cap. II.

muovere l'energia ottenuta da fonti rinnovabili. Essa fa parte del pacchetto legislativo "Energia pulita per tutti gli europei", diretto a fornire norme nuove e complete in materia di energia e clima per il prossimo decennio. Con la presentazione di tale pacchetto di misure, nel novembre 2016, la Commissione ha inteso impegnarsi affinché l'Unione europea non soltanto si adatti alla transizione energetica, ma la guidi, mostrandosi all'altezza delle proprie ambizioni di leadership.

Il presente lavoro intende soffermarsi sui principali aspetti di riforma della RED I, per accertare se essi siano realmente in grado di realizzare gli obiettivi prefissati. In tale ottica, sia pure in maniera sintetica, si esaminerà l'estensione dell'ambito di applicazione della nuova disciplina; per poi passare all'analisi delle norme per l'uso delle energie rinnovabili nei settori dell'elettricità, del riscaldamento e del raffreddamento nell'UE. Al riguardo, attenzione sarà dedicata all'inserimento, per la prima volta, di norme relative all'autoconsumo di energia elettrica. La disamina riguarderà altresì l'emersione di un nuovo regime energetico, non più centralizzato e gerarchico, ma distribuito e collaborativo, reso possibile dall'introduzione di Comunità Energetiche Rinnovabili (CER). Infine, alla luce del quadro delineato, saranno tratte talune conclusioni sull'efficacia del nuovo sistema, per porre in evidenza le zone d'ombra che ancora sussistono.

2.1. *Oggetto e ambito di applicazione*

L'ambito di applicazione[11] *ratione materiae* della direttiva RED II è stato ampliato ed adeguato alle numerose emergenze intervenute nel tempo; anzitutto, per far fronte a quelle emerse a norma dell'Accordo sul clima di Parigi[12]. Infatti, per aiutare l'Unione a rispettare i propri impegni di riduzione delle emissioni, la direttiva ha fissato un obiettivo complessivo vincolante ben più ampio rispetto alle precedenti normative. Così, ad oggi, gli Stati membri devono provvedere collettivamente a far sì che la quota di energia da fonti rinnovabili, nel consumo finale lordo di energia dell'Unione nel 2030,

[11] V. A. CARAMIZARU, A. UIHLEIN, *Energy communities: an overview of energy and social innovation*, in *JRC science for policy report*, 2020.

[12] L'accordo di Parigi è un accordo globale tra gli Stati membri della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (UNFCCC), riguardo alla riduzione di emissione di gas serra, raggiunto il 12 dicembre 2015.

sia almeno pari al 32%. Pure, è previsto che la Commissione valuti costantemente tale obiettivo, al fine di presentare, entro il 2023, una proposta legislativa intesa ad un ulteriore rialzo nel caso di nuove modifiche dei costi della produzione di energia rinnovabile, se ciò risulta necessario per rispettare gli impegni internazionali dell'Unione a favore della decarbonizzazione o, ancora, se tale rialzo sia giustificato da un significativo calo del consumo energetico all'interno dell'Unione europea.

Orbene, seppur ad uno sguardo necessariamente sommario, appaiono già netti i progressi compiuti rispetto alla RED I che invero richiedeva a ciascuno Stato membro l'osservanza di una quota pari solo al 20% di energia rinnovabile del consumo finale lordo, da raggiungere nel 2020[13].

Nella stessa scia si colloca la direttiva RED II che prevede un incremento dell'utilizzo dell'energia rinnovabile nel settore dei trasporti. Infatti, il suo articolo 25 impone un obbligo in capo ai fornitori di carburante volto ad assicurare che, entro il 2030, la quota di energia da fonti rinnovabili sia almeno il 14% del consumo finale di energia in tale settore (quota minima), con un sub-obiettivo specifico per i biocarburanti avanzati del 3,5%. Dunque, un apprezzabile passo in avanti rispetto al 10% previsto dalla direttiva 2009/28/CE.

Più in generale, a fronte della precedente legislazione, ove vi era un'unica norma che dettava disposizioni specifiche sui trasporti (articolo 21), nella RED II vi sono almeno tre articoli rilevanti: oltre all'articolo 25 sull'utilizzo dell'energia da fonti rinnovabili, l'articolo 27 sui criteri di calcolo riguardo alle quote minime appena accennate e l'articolo 28 che introduce altre disposizioni relative all'energia rinnovabile in tale settore.

Non meno importanti sono le misure che riguardano il settore del riscaldamento e del raffrescamento che, rappresentando circa la metà del consumo di energia finale dell'Unione, è considerato di fondamentale importanza nell'accelerare la decarbonizzazione del sistema energetico. Il settore è strategico anche in termini di sicurezza energetica, in quanto in base alle proiezioni, circa il 40% del consumo di energia da fonti rinnovabili, entro il 2030, sarà imputabile al riscaldamento e al raffrescamento. D'altra parte, in assenza di una strategia armonizzata a livello dell'Unione, la mancata internalizzazione dei costi esterni e la frammentarietà dei mercati del riscaldamento

[13] Cfr. M. MARLETTA, *Il quadro giuridico europeo sulle energie rinnovabili,* in *Il diritto dell'Unione europea,* n. 3, 2014, p. 465 ss.

e raffrescamento hanno finora rallentato in maniera vistosa i progressi in questo ambito.

2.2. *L'autoconsumo di energia elettrica e le Comunità di energia rinnovabile*

Novità assoluta della RED II è data dall'inserimento di norme relative all'autoconsumo di energia rinnovabile (articolo 21) e alle Comunità Energetiche Rinnovabili (articolo 22), vale a dire due strumenti di assoluta rilevanza per favorire il coinvolgimento attivo dei cittadini e per contrastare il fenomeno dell'aumento dei prezzi dell'energia[14].

Quanto alla prima novità, gli Stati membri provvedono affinché i consumatori siano autorizzati a divenire autoconsumatori di energia rinnovabile, in modo da consentire loro di prendere parte alla transizione energetica.

Si tratta di un cambiamento significativo se si considera che la precedente direttiva offriva scarso aiuto ai cittadini che desideravano impegnarsi nella produzione di energia rinnovabile, lasciando alle politiche locali e nazionali le uniche forme di sostegno[15].

Al contrario – e ciò va salutato con favore – la nuova legislazione ha introdotto e riconosciuto modalità innovative e talune garanzie che rendono i cittadini protagonisti degli obiettivi di sviluppo sostenibile. La direttiva sostiene esplicitamente gli utilizzatori finali, favorendo così il ricorso alle rinnovabili. Più precisamente, gli autoconsumatori di energia rinnovabile (*rectius* i clienti finali), operando in propri siti ubicati entro confini definiti, producono energia elettrica rinnovabile per il proprio consumo, ma possono altresì immagazzinarla o venderla, purché tali attività non costituiscano l'attività commerciale o professionale principale.

La nuova disciplina non trascura la possibilità che un gruppo di autoconsumatori (composto da almeno due autoconsumatori) agisca collettivamente, in virtù di un accordo privato, e a condizione che si trovi nello stesso edificio o condominio.

In proposito, l'articolo 22 della direttiva RED II – fulcro della novellata

[14] P. MENGOZZI, *Le regole comuni per il mercato interno del gas naturale ed il principio di solidarietà energetica*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2021, pp. 306 e 307.

[15] Cfr. R. J. HEFFRON, *Legal aspects of EU Energy Regulation: the consolidation of energy law across europe*, Oxford, 2016, *passim*.

cornice giuridica – disciplina le cc.dd. "Comunità di energia rinnovabile" (CER), basate sulla condivisione dell'energia prodotta, che sono qualificate come veri e propri soggetti giuridici autonomi, costituiti da un insieme di membri (come ad esempio persone fisiche, autorità locali e amministrazioni comunali) situati nelle vicinanze degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili che, su base volontaria, si riuniscono per produrre e consumare energia elettrica pulita, secondo il principio di autosufficienza energetica[16].

Più precisamente, le Comunità rinnovabili possono associare i loro membri con qualsiasi forma ammessa dalla normativa e devono obbligatoriamente essere "aperte". Vale a dire che deve essere possibile a qualsiasi soggetto residente nel quartiere poter aderire. E le condizioni di adesione devono essere tali da non pregiudicare il potenziale ingresso anche di soggetti vulnerabili e in stato di povertà energetica, consentendo loro di condividere i benefici della installazione di un impianto a fonte rinnovabile. Gli importi che i soggetti in situazione di povertà energetica possono effettivamente ottenere sono tanto più alti quanto minore è il costo di investimento supportato dalla Comunità. Il massimo contribuito si può, dunque, ottenere ogni qualvolta si utilizzino impianti messi a disposizione, anche grazie a contribuiti pubblici, dai Comuni gratuitamente o a condizioni molto favorevoli.

Nel dare attuazione alla direttiva, gli Stati membri sono, dunque, chiamati a provvedere, affinché gli autoconsumatori siano autorizzati a produrre, anche per il proprio consumo, immagazzinare e vendere le eccedenze di produzione di energia elettrica rinnovabile, senza incorrere in procedure discriminatorie o sproporzionate e a oneri o tariffe. Inoltre, devono far in modo che gli autoconsumatori che si trovino nello stesso edificio, compresi condomini, possano esercitare collettivamente le attività di produzione e installazione dei sistemi di stoccaggio ed organizzare tra di loro lo scambio di energia rinnovabile prodotta presso il loro sito o i loro siti. A livello nazionale è, perciò, possibile distinguere tra autoconsumatori individuali e autoconsumatori collettivi di energia rinnovabile, purché eventuali trattamenti diversi siano debitamente giustificati. È ben evidente che il coinvolgimento di cittadini e autorità locali, non più soltanto nella veste di consumatori, ma altresì

[16] V. P. MENGOZZI, *La politica energetica della Commissione alla luce della pronuncia OPAL della Corte di giustizia del 15 luglio 2021 e della rottura dei rapporti tra l'Unione e la Russia*, in *BlogDUE*, 30 marzo 2022.

come produttori e gestori di energia pulita, rappresenta un valore aggiunto significativo, destinato sia ad attrarre maggiori investimenti a livello locale sia a determinare una maggiore responsabilizzazione della popolazione alla sfida della neutralità climatica.

Ed è pure apprezzabile che, gli Stati membri delineando un quadro di sostegno atto a promuovere e agevolare lo sviluppo delle Comunità di energia rinnovabile (art. 22, par. 4, della direttiva), determinano una sempre più ampia inclusione della cittadinanza e concretizzano il principio di prossimità, avvicinando l'Unione europea ai suoi cittadini e assicurando un coinvolgimento delle amministrazioni nazionali e locali.

In effetti, per i singoli cittadini o per gruppi di aziende, era già possibile unirsi per finanziare l'installazione di un impianto condiviso e alimentato da fonti rinnovabili, ma non era assolutamente previsto che tale impianto potesse fornire periodicamente energia a più utenze. Ma se esiste una certezza rispetto all'evoluzione del settore energetico è che esso dovrà essere sempre più improntato alla condivisione.

D'altro canto è chiaro che lo sviluppo di queste nuove configurazioni permette di contrastare in modo diretto anche il problema della povertà energetica e dei costi di produzione elevati, tracciando – sempre più nettamente – la strada verso l'autosostenibilità e l'efficientamento energetico[17].

Il nuovo corso si traduce, quindi, in una vera e propria resilienza territoriale, laddove maggiore produzione di energia rinnovabile, prodotta e consumata localmente, porta a ridurre i costi per il suo trasporto, la dipendenza dalla rete e l'approvvigionamento da centrali a gas, con evidenti benefici a livello ambientale, sociale ed economico[18].

3. *Il recepimento in Italia della direttiva RED II*

Se il quadro appena delineato pone in luce le potenzialità delle Comunità energetiche, la cui introduzione sembra aver perfettamente colto il punto

[17] Al riguardo, *ex multis*, C. CANDELISE, *Smart financing and empowerment: the use of crowdfunding in the energy sector*, 9th International Conference Improving Energy Efficiency in Commercial Buildings and Smart Communities, 2016.

[18] Cfr. A. BOLLE, *How Cities Can Back Renewable Energy Communities: Guidelines For Local And Regional Policy Makers*, in *energy-cities.eu*, 2019.

focale della questione e gli impellenti bisogni di inclusione, evidenziando una realtà promettente e in via di sviluppo in diversi Paesi del Nord Europa (Germania, Danimarca, Paesi Bassi), è pur vero che altrettanti Stati membri, tra cui l'Italia, potrebbero scontare il ritardo accumulato nella stesura dell'impianto normativo nazionale. Tant'è che, lo scorso 26 luglio, la Commissione europea ha avviato una serie di procedure di infrazione per il mancato recepimento di alcune direttive, tra cui proprio quella sulle Comunità energetiche, a cui l'Italia ha posto riparo con il decreto legislativo 199/2021, di revisione della legislazione nazionale.

Si tratta di un testo complesso e particolarmente atteso che rappresenta un cambio di rotta sulle energie rinnovabili e arriva in un momento di fermento e di incessanti richieste di incentivi da parte di tutti gli operatori del mercato[19]. Nello specifico, il decreto ha l'obiettivo di accelerare il percorso di crescita sostenibile del Paese, recando disposizioni in materia di energia da fonti rinnovabili, in coerenza con gli obiettivi di decarbonizzazione del sistema energetico al 2030 e di completa decarbonizzazione al 2050.

È, però, il caso di evidenziare che la normativa italiana di adeguamento presenta alcune deviazioni rispetto alla normativa dettata dall'Unione. Infatti, l'Italia contribuirà all'obiettivo europeo da una posizione di retroguardia, vale a dire che provvederà a far sì che la quota complessiva di energia da fonti rinnovabili sul consumo finale lordo sia pari al 30%.

Molto più attento e puntuale è l'adeguamento delle disposizioni relative alle Comunità energetiche rinnovabili (art. 31 del decreto). In particolare, vengono definiti i requisiti che i clienti finali dovranno rispettare per la loro costituzione. Pure, è stabilito che la Comunità, in quanto soggetto di diritto autonomo, deve tendere ad apportare benefici ambientali, economici o sociali ai suoi soci o membri o alle aree locali in cui opera, non essendo direttamente finalizzata a realizzare profitti di natura finanziaria. La partecipazione ad esse deve essere aperta a tutti i consumatori, inclusi soggetti appartenenti a famiglie a basso reddito e vulnerabili e l'energia autoprodotta da tali Comunità dovrà essere prioritariamente utilizzata per l'autoconsumo istantaneo in sito, ovvero per la condivisione con i suoi membri, mentre l'energia even-

[19] Pubblicato sulla Gazzetta ufficiale del 30 novembre 2021, il d.lgs 199/2021 – che ne dà attuazione – è finalmente approdato lo scorso 15 dicembre, con due anni di ritardo, nel *corpus* normativo del nostro ordinamento e mira ad accelerare gli obiettivi verdi nazionali.

tualmente eccedentaria potrà essere accumulata e venduta anche tramite accordi di compravendita di energia elettrica rinnovabile.

Ugualmente rilevano le modifiche apportate rispetto al passato all'estensione della potenza degli impianti fino ad 1 MW e perfettamente rispondenti al progetto dell'Unione, con ciò superando la principale critica della pregressa disciplina, ossia la potenza massima di 200 kW, ritenuti eccessivamente limitanti.

Nel complesso, le disposizioni varate dal legislatore italiano sono piuttosto in linea con i temi caldi del momento ed è chiara l'intenzione di proseguire la semplificazione del processo burocratico volto a recuperare il forte ritardo accumulato per installare i nuovi impianti rinnovabili e proseguire il percorso di decarbonizzazione.

Sicuramente l'entrata in vigore del decreto rappresenta un traguardo importante e impegnativo, ma non così lontano dalla portata dell'Italia che si approccia ad esso con un ampio bagaglio, considerando che ha già pienamente raggiunto gli obiettivi assegnati dalla RED I[20]. Nondimeno, va precisato che, salvo per alcune previsioni immediatamente operative, il decreto RED II rinvia ad una nutrita serie di decreti ministeriali attuativi e, pertanto, il periodo di frenetica attività regolamentare non si è ancora concluso.

4. *Il Pacchetto "Fit for 55"*

Ad ogni modo, mentre l'Italia era occupata a recepire (in ritardo) la direttiva RED II, in ambito sovranazionale i lavori continuavano a pieno ritmo verso la direttiva RED III, preceduta dal lancio da parte della Commissione europea del Pacchetto "Fit for 55", presentato il 14 luglio 2021[21]. Il pacchetto include una serie di proposte legislative per la definizione di politiche climatiche idonee a raggiungere, entro il 2030, il nuovo *target* di riduzione delle emissioni di gas serra del 55%, rispetto ai livelli del 1990, con l'obiettivo di arrivare alla "carbon neutrality" per il 2050.

[20] Nel 2020, infatti, il contributo delle energie rinnovabili al consumo energetico complessivo si è assestato in Italia al 20 percento, superando gli obiettivi fissati dalla prima direttiva europea sulle energie rinnovabili.

[21] Cfr. F. MORRA, V. NOBILE, *Aiuti di Stato a energia, clima e ambiente. La Commissione europea cambia nome e accelera il passo*, in *ilSole24ore*, 22 gennaio 2022.

In quest'ottica, il pacchetto di proposte "Pronti per il 55%" mira a far sì che l'Unione europea sia pronta a realizzare i cambiamenti trasformativi necessari nella sfera sociale, economica e industriale attraverso un approccio innovativo. In altri termini, l'ambizioso obiettivo è quello di attribuire un ruolo centrale alle città e agli enti locali e regionali, convergendo verso di essi cospicui finanziamenti, idonei a rendere concreta ed effettiva la loro partecipazione alla transizione. Si tratta di una responsabilità collettiva e di una questione di solidarietà intergenerazionale e intragenerazionale; infatti, per guidare attivamente la trasformazione piuttosto che subirla passivamente è doveroso che ciascuno (cittadini, enti, comunità etc) agisca secondo le proprie capacità e competenze, rispettando le diverse specificità nazionali e i diversi *background*. Le proposte sono altresì orientate a garantire una transizione equa (per combattere le disuguaglianze e la povertà energetica), competitiva (per offrire nuove opportunità grazie a cambiamenti industriali e settoriali) e verde (per proteggere la natura).

L'azione della Commissione non si è comunque arrestata qui. Infatti, va segnalata la recentissima proposta volta ad inserire l'energia nucleare tra le possibili fonti rinnovabili. Tale proposta, giunta nei primissimi giorni di gennaio, muove dal presupposto che il nucleare sia fondamentale per favorire la transizione verso un'energia più pulita rispetto ai classici combustibili fossili. Ma, quantunque la Commissione ritenga necessario riconoscere che tale settore possa contribuire in modo determinante alla decarbonizzazione dell'economia dell'Unione, la proposta non ha ricevuto solo riscontri favorevoli; al contrario, essa ha scatenato più di una reazione contraria e ha dato vita ad una profonda spaccatura in Europa, che vede protagoniste, per ragioni antitetiche, Parigi e Berlino.

Se, invero, tale iniziativa è sostenuta con fermezza dalla Francia, che dal nucleare ricava il 70% circa della propria energia e sottolinea l'assenza di qualunque tipo di inquinamento atmosferico[22], lo stesso non può dirsi per la Germania che si è espressa incondizionatamente e in più occasioni contro il nucleare, lamentando la produzione delle famose scorie radioattive e l'altissima necessità di acqua per il raffreddamento, che viene poi rilasciata ad alte temperature rispetto a quelle presenti in natura, causando uno sbilanciamento termico che provoca squilibri all'ambiente circostante.

[22] Essa non sfrutta alcun processo di combustione per ricavare l'energia.

Al di là del dibattito che ancora impegna studiosi e scienziati di diversa provenienza sull'opportunità dell'utilizzo dell'energia nucleare, valutazione che andrebbe lasciata soltanto agli esperti e non rimessa al chiacchiericcio di letteratura non specifica, il punto focale non è comunque impedire agli Stati che lo ritengono opportuno di investire nel nucleare, ma se considerare o meno tali investimenti sostenibili e, pertanto, accreditarli nel bilancio ordinario dell'Unione.

La lotta per il nucleare non ha, però, ancora raggiunto il suo *round* finale e il confronto su tale fonte di energia è destinato a tenere banco a lungo, anche perché la proposta deve essere ancora esaminata dal Parlamento europeo e dal Consiglio, che avranno quattro mesi di tempo per compiere le loro valutazioni.

5. *La proposta della Commissione europea*

Il contesto appena descritto è stato investito con violenza dall'onda lunga della guerra in Ucraina che, come noto, vede l'Unione europea protagonista con pacchetti di sanzioni, che si susseguono oramai quasi ogni giorno, diretti a colpire principalmente l'economia russa, con la consapevolezza, però, che essa sarebbe messa in ginocchio soltanto se si interrompesse completamente l'importazione di gas.

Significativa e rappresentativa della posizione della Commissione europea è la comunicazione presentata lo scorso 8 marzo, il cd. REPowerEU, per far fronte ai nuovi scenari geopolitici. Comunicazione piuttosto articolata e che si presta a numerosi spunti di riflessione.

In particolare, il piano prevede un quadro di aiuti immediato per cercare di riportare in equilibro l'economia e per diversificare gli approvvigionamenti. Infatti, secondo la Commissione è possibile ricorrere a meccanismi di regolamentazione e trasferimento dei prezzi che contribuiscano a proteggere i consumatori oltreché il sistema economico.

Più precisamente, l'organo esecutivo dell'Unione è dell'avviso che, in risposta all'attuale situazione del mercato dell'energia e all'approccio restrittivo sulla possibilità per gli Stati membri di interferire, sia necessaria un'interpretazione estensiva dell'articolo 5 della direttiva 2019/944

sull'energia elettrica[23], in modo da concedere un margine di manovra maggiore alle autorità nazionali, soprattutto per quanto attiene la fissazione dei prezzi[24]. Tale disposizione consentirebbe cioè agli Stati membri, alla luce delle attuali circostanze eccezionali, di fissare prezzi al dettaglio per le famiglie e per le microimprese. Come è facile intuire, la Commissione non omette di ricordare che gli interventi derogatori devono essere temporanei, trasparenti, non discriminatori e verificabili e devono essere conformi al principio di proporzionalità.

6. *Il REPowerEU e brevi riflessioni conclusive*

Il RePowerEU avanza pure una serie di proposte legislative, tutte accomunate dall'intento di raggiungere gradualmente l'indipendenza dalla fornitura di energia dalla Russia, riducendo fino a due terzi l'importazione di gas da tale continente entro la fine di quest'anno. L'Unione europea ha paventato la possibilità di fare incetta di gas naturale in tempi rapidi per garantire un uso intelligente delle infrastrutture esistenti e la sufficienza delle scorte entro il prossimo inverno, anche in caso di interruzione totale dagli impianti russi. A tal proposito, la Commissione si è impegnata a presentare una proposta legislativa, per assicurare un livello annuale di stoccaggio adeguato, garantendo che le infrastrutture presenti sul territorio dell'Unione siano riempite fino ad almeno il 90% della capacità entro il primo ottobre di ogni anno (ad oggi la media è del 25-30%).

In attesa dell'esito del processo legislativo, gli Stati membri dovrebbero muoversi come se la normativa fosse già stata disposta e adottare misure che assicurino tale accumulo di riserve in tempo utile per il prossimo inverno.

L'Italia, in prima linea, ha agito rapidamente per far fronte a tale contesto emergenziale e per difendere i cittadini e le imprese dalle conseguenze del conflitto, concordando con il governo algerino un aumento delle forniture di gas. Entro il 2024, essa riceverà circa 9 miliardi di metro cubi di gas in più all'anno e tale operazione dovrebbe consentire di ridurre di gran lunga le importazioni di gas dalla Russia.

[23] Direttiva (UE) 2019/944 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 giugno 2019, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica.

[24] Cfr. considerando n. 23 della direttiva (UE) 2019/944.

Il conflitto può essere, dunque, un banco di prova utile a comprendere come cambieranno le politiche energetiche in Europa e nel mondo[25].

Vero è, infatti, che l'invasione dell'Ucraina e la connessa situazione di instabilità hanno evidenziato la necessità di accelerare la transizione e l'impellente bisogno di fornire un'ulteriore ed ennesima spinta alle energie rinnovabili, al fine di rendere il lento e virtuoso cammino verso la transizione energetica una vera e propria corsa di velocità. Ma altrettanto vero e facilmente intuibile è comprendere come la nuova minaccia rischi di provocare l'effetto contrario, imponendo all'Unione europea una brusca modifica dei suoi piani energetici e una riconsiderazione delle politiche adottate in questo campo.

A distanza di poche settimane dalle pressioni politiche sull'Unione provenienti dal continente russo e finalizzate a diminuire le esportazioni di gas, l'Unione è compatta nel voler dipendere sempre meno da tali forniture. Purtuttavia, un potenziale e definitivo *stop* di forniture di gas russo avrebbe inevitabilmente un impatto diverso sugli Stati membri – caratterizzati da *mix* energetici diversi – e molti Paesi potrebbero avvertire l'esigenza di ricorrere a fonti più inquinanti, come il carbone o l'aumento dell'uso del petrolio.

Pertanto, se prima della guerra il processo energetico perseguiva soltanto l'obiettivo ambientale, consistente nell'affrancare le economie dai combustibili fossili, attualmente all'Unione serve modificare il suo approvvigionamento energetico e ridurre la dipendenza dalle materie prime russe e ciò potrebbe divenire l'alibi per il *revival* delle fonti inquinanti che sembra invece pronta ad abbandonare[26].

[25] In tal senso, E. TRIGGIANI, *La "nostra" Europa contro la guerra*, in *BlogDUE*, 20 aprile 2022.

[26] Alla luce di quanto brevemente illustrato, il gas costituisce una vera e propria arma in mano alla Russia. Arma che il Presidente della Federazione Russa, Putin, non ha tardato ad utilizzare, lo scorso 27 aprile, tagliando la fornitura alla Polonia e la Bulgaria, dopo che questi due Paesi si erano dichiarati non disposti a pagare le tasse nella valuta russa. E se la risposta della Polonia è stata sin da subito molto netta, anche e soprattutto considerando che essa possiede uno dei più grandi giacimenti di gas liquido d'Europa, altrettanto non può dirsi per la Bulgaria, per cui sarà più complesso sopperire nell'immediato alla fornitura russa.

LA CONSERVAZIONE DELLE RISORSE DEL MARE NELL'UNIONE EUROPEA: LIMITI E PROSPETTIVE IN OTTICA (ECO)SISTEMICA

Susanna Villani[*]

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La conservazione delle risorse biologiche del mare tra politica comune della pesca e disciplina ambientale. – 3. I regolamenti del Consiglio che fissano le possibilità di pesca: la conservazione delle risorse marine naviga in acque agitate. – 4. Osservazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Laddove la variabilità cui sono esposte le risorse naturali a causa del cambiamento climatico sta imponendo interventi volti a un loro sempre più accorto utilizzo, anche il tema della conservazione e della gestione sostenibile delle risorse biologiche del mare sta acquistando un'importanza crescente e trasversale. Crescente perché si inquadra nelle aspettative e negli impegni assunti sul piano internazionale in riferimento, tra tutti, alla Convenzione sulla diversità biologica[1] nonché agli obiettivi di sviluppo sostenibile per la vita sott'acqua stabiliti nell'Agenda 2030[2]; trasversale perché non può fare a me-

[*] Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Bologna.

[1] La Convenzione sulla diversità biologica è stata firmata a Rio de Janeiro nel giugno 1992. L'Unione europea ha aderito alla Convenzione tramite la decisione 93/626/CEE del Consiglio, del 25 ottobre 1993, relativa alla conclusione della convenzione sulla diversità biologica.

[2] L'adozione dell'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile e dei correlati *Sustainable Development Goals* (SDGs) è avvenuta con la risoluzione 70/1 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite *Transforming Our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, del 25 settembre 2015. Per un'analisi di carattere generale ed introduttivo sugli SDGs, si veda, *ex multis*, M. MONTINI, F. VOLPE, *Sustainable Development Goals: "molto rumore per nulla?"*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 2015, p. 489 ss. In riferimento all'azione dell'Unione europea, si veda, Commission Staff Working Document, *Delivering on the UN's Sustainable Development Goals – A comprehensive approach*, SWD (2020)400 fin., del 18 novembre 2020.

no di interagire con altri settori rilevanti come, ad esempio, quello della pesca. Infatti, l'*escalation* della pesca industriale ha avuto un impatto cruciale, portando al crollo di alcuni *stock* ittici e dunque alla necessità di adottare un approccio di ricostruzione sostenibile della biodiversità marina[3].

Nel quadro giuridico dell'Unione europea (UE), l'impronta in favore di una maggior tutela delle risorse biologiche del mare trova spazio in vari atti e documenti, riconducibili specialmente alla disciplina ambientale. Tra questi, è opportuno ricordare – in primo luogo – la direttiva quadro sulla strategia per l'ambiente marino[4] che, tra le altre cose, designa regioni e sotto-regioni marine e impone agli Stati membri di conseguire un "buono stato ecologico" nei propri mari, in cooperazione con altri Stati membri con cui condividono una regione o una sotto-regione marina. Sempre nell'ottica di creazione di aree poste a tutela di un patrimonio ambientale comune, acquisisce rilevanza la direttiva sull'istituzione di un quadro per la pianificazione marittima che promuove la crescita sostenibile delle economie marittime[5]. L'atto richiede agli Stati membri di contribuire allo sviluppo sostenibile dei settori energetici del mare, dei trasporti marittimi e del settore della pesca e dell'acquacoltura, per la conservazione, la tutela e il miglioramento dell'ambiente, compresa la resilienza all'impatto del cambiamento climatico.

Più recentemente, una maggiore consapevolezza sull'urgenza di trattare

[3] D. PAULY, V. CHRISTENSEN, S. GUÉNETTE, T. J. PITCHER, U. R. SUMAILA, C. J. WALTERS, R. WATSON, D. ZELLER, *Towards sustainability in world fisheries*, in *Nature*, 2002, p. 689 ss.

[4] Direttiva 2008/56/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, che istituisce un quadro per l'azione comunitaria nel campo della politica per l'ambiente marino. Occorre sottolineare che nel 2020 la Commissione ha adottato una relazione sul primo ciclo di attuazione della direttiva quadro (COM (2020) 259fin., del 25 giugno 2020). Nel 2021 è stata poi presentata una tabella di marcia per la revisione della direttiva entro il 2023 come previsto dall'art. 23 della medesima. Per approfondimenti, si veda T. BERG, K. FÜRHAUPTER, H. TEIXEIRA, L. UUSITALO, N. ZAMPOUKAS, *The marine strategy framework directive and the ecosystem-based approach – pitfalls and solutions*, in *Marine Pollution Bulletin*, 2015, p. 18 ss.; A. M. O'HAGAN, *Ecosystem-Based Management (EBM) and Ecosystem Services in EU Law*, *Policy and Governance*, in T. G. O'HIGGINS ET AL., (eds.), *Ecosystem-Based Management, Ecosystem Services and Aquatic Biodiversity. Theory, tools and applications*, Berlin, 2020, p. 353 ss.

[5] Direttiva 2014/89/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014, che istituisce un quadro per la pianificazione dello spazio marittimo.

questo tema è emersa nel *Green Deal europeo*[6], ove si è riconosciuto che "l'erosione della biodiversità a livello mondiale [è] dovuta principalmente a mutamenti delle modalità di utilizzo dei terreni e del mare, allo sfruttamento diretto delle risorse naturali e ai cambiamenti climatici"[7]. Nella nuova Strategia sulla biodiversità che l'Unione ha adottato nel 2020[8] è stato così previsto un ventaglio di ulteriori azioni da intraprendere nel breve periodo che comprendono anche l'adozione di uno specifico *Piano d'azione per conservare le risorse della pesca e proteggere gli ecosistemi marini* e la designazione di nuove zone marine protette che integrino quelle di Natura 2000[9]. In effetti, come riscontrato dalla Corte dei conti europea nel suo rapporto circa la protezione dell'ambiente marino[10], malgrado l'esistenza di un quadro normativo molto articolato, la sua efficacia è ancora alquanto limitata. Secondo la Corte, le norme UE non hanno condotto al recupero di ecosistemi e habitat significa-

[6] COM/2019/640 fin., dell'11 dicembre 2019. Per un approfondimento sui contenuti del *Green Deal europeo*, L. KRÄMER, *Planning for Climate and the Environment: the EU Green Deal*, in *Journal for European Environmental & Planning Law*, 2020, p. 267 ss.; M. C. CARTA, *Il Green Deal europeo. Considerazioni critiche sulla tutela dell'ambiente e le iniziative di diritto UE*, in *rivista.eurojus.it*, 2020, p. 54 ss.; L. LIONELLO, *Il Green Deal europeo. Inquadramento giuridico e prospettive di attuazione*, in *Jus-Online*, 2020, p. 105 ss.; M. ONIDA, *Il Green Deal Europeo*, in P. MANZINI, M. VELLANO (a cura di), *Unione Europea 2020. I dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea*, Padova, 2021, p. 257 ss.; F. ROLANDO, *L'attuazione del Green Deal e del Dispositivo per la ripresa e resilienza: siamo effettivamente sulla strada per raggiungere la sostenibilità ambientale?*, in *Osservatorio europeo DUE*, 2022, p. 1 ss.

[7] COM/2019/640 fin., cit., punto 2.1.7.

[8] COM/2020/380 fin., del 20 maggio 2020. Sul punto, merita ricordare che recentemente la Commissione europea ha presentato la proposta di regolamento per il ripristino della natura, comprendente anche le aree marine, al fine di stabilire obblighi di ripristino che siano allineati con gli obiettivi della Strategia sulla biodiversità (COM (2022) 304fin., del 22 giugno 2022).

[9] I siti Natura 2000 vengono selezionati con l'intento di garantire la sopravvivenza a lungo termine di specie e habitat protetti a norma della direttiva 92/43/CEE del Consiglio, del 21 maggio 1992, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche e della direttiva 2009/147/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 novembre 2009, concernente la conservazione degli uccelli selvatici che interviene anche per l'ambiente marino.

[10] Corte dei conti, *Relazione speciale 26/2020: Ambiente marino: la protezione esercitata dall'UE è estesa ma non va in profondità*, novembre 2020.

tivi; le aree marine protette dell'UE forniscono solo una protezione limitata alla biodiversità; una parte relativamente piccola dei fondi disponibili viene utilizzata per misure di conservazione; e, infine, le disposizioni volte a coordinare la politica della pesca con la politica di protezione dell'ambiente marino sono poco utilizzate nella pratica[11]. Senza un cambiamento radicale in special modo nell'approccio alla gestione della pesca, è improbabile che vi sia un'inversione nel processo di declino in corso degli habitat marini[12]. Come auspicato dal rapporto *State of Nature in EU* pubblicato nel 2020 dall'Agenzia Ambientale Europea (EEA)[13], i primi dibattiti svoltisi in vista della Conferenza sul Futuro dell'Europa[14] hanno così affrontato anche la necessità di un impegno maggiore nella tutela delle risorse biologiche del mare.

Sulla base di tali premesse, questo contributo si propone di mettere in rilievo gli aspetti più controversi derivanti dalla disciplina in materia di conservazione delle risorse biologiche del mare e, sulla base di ciò, di individuare accorgimenti per limitare le criticità riscontrate. Particolare attenzione verrà data all'inevitabile ma faticoso coordinamento con la politica comune sulla pesca (PCP) così come allo stretto rapporto in termini di *cross-fertilisation*, con la disciplina ambientale (par. 2). Partendo da queste considerazioni, ci si focalizzerà sui regolamenti del Consiglio relativi alle possibilità di pesca nelle acque dell'Unione per verificare fino a che punto rispondano alle esigenze di sostenibilità delle risorse marine (par. 3). Infine, verranno presentate delle riflessioni conclusive sui limiti attuali relativi alla gestione e conservazione delle risorse biologiche del mare (par. 4).

[11] *Ibidem*, p. 48 ss.

[12] A commento, si veda, A. L. PERRY, J. BLANCO, S. GARCÍA, N. FOURNIER, *Extensive Use of Habitat-Damaging Fishing Gears Inside Habitat-Protecting Marine Protected Areas*, in *Frontiers in Marine Science*, 16 February 2022.

[13] Agenzia Ambientale Europea, *State of nature in the EU: results from reporting under the nature directives 2013-2018*, August 2020.

[14] Per commenti sul valore della Conferenza sul Futuro dell'Europa, si veda G. TESAURO, *Una nuova revisione dei Trattati per conservare i valori dell'Unione*, in *I Post di AISDUE*, n. 3, 2021, p. 1 ss.; B. NASCIMBENE, *Dalla "paura" all'"ambizione". L'iniziativa per una Conferenza sul futuro dell'Unione europea*, in *rivista.eurojus.it*, 2020, p. 160 ss.; F. MARTINES, *La Conferenza sul futuro dell'Europa: uno strumento innovativo di partecipazione democratica per rafforzare la legittimità dell'Unione?*, in *I Post di AISDUE*, n. 3, 2021, p. 9 ss.

2. *La conservazione delle risorse biologiche del mare tra politica comune della pesca e disciplina ambientale*

Il primo regime comunitario propriamente dedicato alla conservazione e gestione delle risorse del mare è stato previsto con il regolamento 170/83[15], inteso a stabilire norme comuni di conservazione e di sfruttamento per garantire la protezione dei fondali e il loro utilizzo equilibrato su basi durevoli e condizioni economiche e sociali appropriate[16]. Il regime generale di conservazione è stato fin da subito accompagnato da un sistema di limitazioni delle catture ittiche (chiamato TAC); è stato così riconosciuto che la gestione sostenibile delle specie ittiche e delle risorse biologiche del mare dipende inevitabilmente dalle attività legate alla pesca[17]. Sono seguiti poi il regolamento 3760/92[18] e il regolamento 2371/2002[19], che hanno istituito, rispettivamente, il regime comunitario della pesca e dell'acquicoltura, e quello sui

[15] Regolamento (CEE) n. 170/83 del Consiglio, del 25 gennaio 1983, che istituisce un regime comunitario di conservazione e di gestione delle risorse della pesca.

[16] Per un commento sull'evoluzione di tale regime a livello comunitario, si veda D. BOSS, *La politique commune de la pêche in quelques aspects juridiques*, in *Revue du marché commun*, 1983, p. 404 ss.

[17] Sull'evoluzione della disciplina si rinvia a T. MARKUS, *European Fisheries Law*, Groningen, 2009; R. CHURCHILL, D. OWEN, *The EC Common Fisheries Policy*, Oxford, 2010; Y. TAKEI, *Filling Regulatory Gaps in High Seas Fisheries. Discrete High Seas Fish Stocks, Deep-sea Fisheries and Vulnerable Marine Ecosystems*, Leiden, 2013, p. 136 ss.; J. ROCHETTE ET AL., *The Regional Approach to the Conservation and Sustainable Use of Marine Biodiversity in Areas Beyond National Jurisdiction*, in *Marine Policy*, 2014, p. 109 ss.; A. ANTONOVA, *Reforming European Union Participation in Fisheries Management and Conservation on the High Seas*, in *Ocean Yearbook*, 2015, p. 125 ss.; E. PENAS LADO, *The common fisheries policy: the quest for sustainability*, Hoboken, 2016; C. FIORAVANTI, *Il ruolo delle istituzioni dell'Unione e degli Stati membri nella nuova politica comune della pesca*, Napoli, 2017.

[18] Regolamento (CEE) n. 3760/92 del Consiglio, del 20 dicembre 1992, che istituisce un regime comunitario della pesca e dell'acquicoltura. Per commenti, G. CATALDI, *La politique communautaire de la pêche*, in D. VIGNES, G. CATALDI, R. CASADO RAIGON (sous la direction de), *Collection de droit international de la pêche maritime*, Bruxelles, 2000, p. 302 ss.

[19] Regolamento (CE) n. 2371/2002 del Consiglio, del 20 dicembre 2002, relativo alla conservazione e allo sfruttamento sostenibile delle risorse della pesca nell'ambito della politica comune della pesca. Per dettagli sul contenuto del regolamento, si rinvia a C. FIORAVANTI, *Il ruolo delle Istituzioni dell'Unione e degli Stati membri*, cit., pp. 23-28.

meccanismi di conservazione e sfruttamento sostenibile delle risorse del mare nell'ambito della pesca.

In materia, il Trattato di Lisbona ha apportato due novità rilevanti. Da una parte, ai sensi dell'art. 43 TFUE, la procedura legislativa ordinaria ha sostituito quella di consultazione per l'adozione di atti di base in materia di PCP. Dall'altra, la conservazione delle risorse biologiche del mare è stata codificata tra le competenze esclusive dell'Unione. Alla base di questa scelta vi è, infatti, la convinzione che questo ambito di intervento vada ricompreso all'interno di un interesse sovranazionale, superando la logica della ripartizione territoriale. A ciò va però aggiunto che, come ricordato dalla Corte di giustizia nel caso *AMP Antarctique*[20], la conservazione delle risorse biologiche marine è indissociabile dalla politica comune della pesca[21]. Pertanto, "è solo nei limiti in cui la conservazione delle risorse biologiche marine è perseguita in siffatto ambito che essa rientra nella competenza esclusiva dell'Unione"[22].

Sulla scorta del nuovo assetto istituzionale e dell'urgenza dettata dai dati scientifici allarmanti in riferimento al generale impoverimento degli *stock* ittici e al declino socio-economico del settore nel suo complesso[23], è stato adottato il regolamento 1380/2013 (noto anche come "regolamento di base")[24], che rappresenta l'ultima riforma rilevante in materia. Sebbene questo

[20] Sentenza della Corte del 20 novembre 2018, cause riunite C-626/15 e C-659/16, *Commissione c. Consiglio (AMP Antarctique)*. Per un commento, si veda C. ECKES, *Antarctica: has the Court of Justice got cold feet?*, in *European Law Blog*, 3 December 2018; M. CHAMON, M. CREMONA, *The Representation of the EU and its Member States in Multilateral Fora: The AMP Antarctique Effect*, in N. LEVRAT, Y. KASPIAROVICH, C. KADDOUS, R. A. WESSEL (eds.), *The EU and its Member States' Joint Participation in International Agreements*, London, 2022, p. 97 ss.

[21] *Ibidem*, punto 83.

[22] *Ibidem*, punto 84.

[23] I dati e le considerazioni a essi relative sono stati riportati nella COM (2009) 163fin., del 22 aprile 2009. La medesima preoccupazione è stata ribadita nella relazione del 2011 concernente gli obblighi di comunicazione ai sensi del regolamento (CE) n. 2371/2002 del Consiglio, relativo alla conservazione e allo sfruttamento sostenibile delle risorse della politica comune della pesca, COM (2011) 418, del 13 luglio 2011.

[24] Regolamento (UE) n. 1380/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2013, relativo alla politica comune della pesca.

si ponga al servizio della realizzazione di una vera e propria politica comune della pesca, la conservazione delle risorse del mare è stata inclusa esplicitamente tra gli obiettivi da perseguire[25]. Nella Parte III del regolamento viene così prevista una disciplina assai articolata che stabilisce meccanismi e misure tecniche di conservazione e sfruttamento sostenibile delle risorse biologiche del mare. Tra queste emerge, in particolare, la creazione di zone di ricostituzione degli *stock* ittici dove le attività di pesca possono essere limitate o vietate al fine di contribuire alla conservazione delle risorse acquatiche viventi e degli ecosistemi marini[26]. Qualora sussista una grave minaccia per l'ambiente marino, sulla base delle prove disponibili, l'art. 12 stabilisce che la Commissione possa adottare misure restrittive per la protezione ambientale che si applicano a tutte le navi, anche se per un periodo di tempo limitato. Infine, la riforma del 2013 prevede strumenti di conservazione prioritari quali i piani pluriennali che definiscono il quadro per la gestione a lungo termine degli *stock* per tipo di pesca e per bacino marino sulla base di parametri oggettivi[27].

Questa varietà di misure risponde all'esigenza di disciplinare la pesca secondo un modello di sostenibilità più ampio. Infatti, come stabilito all'art. 2 (3) del regolamento di base, è prevista l'applicazione di un "*approccio basato sugli ecosistemi* al fine di garantire che le attività di pesca abbiano un impatto negativo ridotto al minimo sugli ecosistemi marini e […] assicurare che le attività di acquacoltura e di pesca evitino il degrado dell'ambiente marino"[28]. È stato, dunque, dato ampio spazio alla necessità di contemperare le diverse finalità incluse nei Trattati, adottando misure di gestione della pesca che operino nel rispetto del livello di protezione dell'ambiente e dello sviluppo sostenibile laddove siano in gioco priorità quali la conservazione e lo sfrut-

[25] Regolamento 1380/2013, cit., considerando n. 11: "La PCP dovrebbe contribuire alla protezione dell'ambiente marino, alla gestione sostenibile di tutte le specie sfruttate commercialmente e, in particolare, al conseguimento di un buono stato ecologico"; art. 2 (2): "La PCP applica alla gestione della pesca l'approccio precauzionale ed è volta a garantire che lo sfruttamento delle risorse biologiche marine vive ricostituisca e mantenga le popolazioni delle specie pescate al di sopra di livelli in grado di produrre il rendimento massimo sostenibile".

[26] Regolamento 1380/2013, cit., art. 8.

[27] *Ibidem*, art. 9.

[28] Corsivo aggiunto.

tamento delle risorse. In effetti, l'adozione di un "approccio ecosistemico"[29] costituisce un obiettivo fondamentale condiviso a livello internazionale. Nello specifico, la finalità di base è quella di conseguire lo sviluppo sostenibile nelle sue tre dimensioni, vale a dire la protezione e il miglioramento dell'ambiente, l'equità e la coesione sociale, e la prosperità economica; aspetti, questi, che rientrano anche tra gli obiettivi della Strategia dell'UE per lo sviluppo sostenibile[30].

L'impostazione tracciata nel regolamento di base conferma, pertanto, la specificità della disciplina relativa alla tutela delle risorse biologiche del mare che, pur definendosi prevalentemente nel quadro della pesca, non può prescindere dalla normativa ambientale[31]. In questo modo, si assiste ad un coe-

[29] L'art. 4 (1) (9) del regolamento 1380/2013 stabilisce che per "approccio ecosistemico in materia di gestione della pesca" si intende "un approccio integrato alla gestione della pesca entro limiti ecologicamente significativi che cerchi di gestire l'utilizzazione delle risorse naturali, tenendo conto delle attività di pesca e di altre attività umane, pur preservando la ricchezza biologica e i processi biologici necessari per salvaguardare la composizione, la struttura e il funzionamento degli habitat dell'ecosistema interessato, tenendo conto delle conoscenze ed incertezze riguardo alle componenti biotiche, abiotiche e umane degli ecosistemi".

[30] COM (2019) 22, del 30 gennaio 2019. Per un'analisi dell'evoluzione del principio di sviluppo sostenibile nel quadro giuridico europeo, S. BÄR, A. KRAEMER, *European environmental policy after Amsterdam*, in *Journal of Environmental Law*, 1998, p. 315 ss.; P. FOIS, *La protezione dell'ambiente nei sistemi internazionali regionali*, in A. DEL VECCHIO, A. DAL RI JÚNIOR (a cura di), *Il diritto internazionale dell'ambiente dopo il Vertice di Johannesburg*, Napoli, 2005, p. 353 ss.; P. A. PILLUTU, *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto ambientale dell'Unione europea*, in P. FOIS (a cura di), *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, Napoli, 2007, p. 219 ss.; S. VAN HEES, *Sustainable Development in the EU: Redefining and Operationalising the Concep*t, in *Utrecht Law Review*, vol. 10, 2014, p. 60 ss.; S. SCHACHERER, *Sustainable Development in EU Foreign Investment Law*, Leiden, 2021, p. 100 ss.

[31] M. CECCHETTI, *La dimensione europea delle politiche ambientali: un "acquis" solo apparentemente scontato*, in *federalismi.it*, 2012; R. LONG, *Legal aspects of ecosystem-based marine management in Europe*, in A. CHIRCOP, M. L. MCCONNELL, S. COFFEN-SMOUT (eds.), *Ocean Yearbook*, Leiden, 2012, p. 417 ss.; B. CARAVITA, L. CASSETTI, *Unione Europea e ambiente*, in B. CARAVITA, L. CASSETTI, A. MORRONE (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2016, p. 71 ss.; J. WAKEFIELD, *The ecosystem approach and the common fisheries policy*, in D. LANGLET, R. RAYFUSE (eds.), *The ecosystem approach in ocean planning and governance: Perspectives from Europe and beyond,* Leiden, 2018, p. 287 ss. Sul punto, è opportuno ricordare che, con queste considerazioni, l'Unione si allinea anche al parere della Corte internazionale di giustizia se-

rente allineamento al principio generale di integrazione ambientale contemplato all'art. 11 del TFUE[32], ove si prevede che "[l]e esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile". Sebbene la giustiziabilità di questo principio non sia ancora del tutto chiara, il suo effetto amplificatore degli obiettivi di politica ambientale è innegabile[33]. In tal senso, occorre poi ricordare che il medesimo principio è ripreso nell'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali ove accompagna e rafforza il principio dello sviluppo sostenibile[34]. Per di più, il principio di integrazione ambientale va letto in congiunzione con l'art. 7 TFUE, che richiede all'Unione di assicurare coerenza tra le sue varie politiche e azioni, in questo caso la conservazione delle risorse biologiche del mare e la politica comune della pesca.

Il corretto utilizzo dell'approccio ecosistemico si affida ai principi cardine della disciplina ambientale codificati all'art. 191 TFUE e per giunta menzionati

condo cui le norme a protezione dell'ambiente vanno rispettate nell'ambito di qualunque attività nell'interesse delle generazioni future (Corte internazionale di giustizia, *Parere consultivo sulla legalità della minaccia o dell'uso delle armi nucleari*, 1996, punto 226 ss.).

[32] Sull'evoluzione del principio d'integrazione ambientale, M. WASMEIER, *The Integration of Environmental Protection as a General Rule for Interpreting Community Law*, in *Common Market Law Review*, vol. 38, 2001, p. 159 ss.; J. H. JANS, *Stop the Integration Principle?*, in *Fordham International Law Journal*, vol. 33, 2010, p. 1533 ss.; S. MANSERVISI, *Nuovi profili del diritto ambientale dell'Unione europea. Tra evoluzione scientifica e sviluppo sostenibile*, Roma, 2018. Per un'analisi critica sul ruolo (non) giocato dal principio in oggetto nel *Green Deal europeo*, si veda M. MONTINI, *The European Green Deal from an environmental protection perspective: the missing role of the environmental integration principle*, in K. J. DE GRAAF (ed.), *Grensoverstijgende rechtsbeoefening: Liber amicorum Jan Jans*, Zutphen, 2021, p. 97 ss.

[33] G. MARIN DURAN, E. MORGERA, *Environmental Integration in the EU's External Relations: Beyond multilateral dimensions*, Oxford-Portland, 2012, p. 32 ss.

[34] Per un approfondimento sull'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali, si veda, M. LOMBARDO, *The Charter of Fundamental Rights and the Environmental Policy Integration Principle*, in G. DI FEDERICO (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, Dordrecht, 2011, p. 217 ss.; E. MORGERA, G. MARIN DURAN, *Article 37: Environmental protection*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: a commentary*, Baden-Baden, 2014, p. 983 ss.; D. MISONNE, N. DE SADELEER, *Article 37*, in F. PICOD, S. VAN DROOGHENBROECK (sous la direction de), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruxelles, 2018, p. 789 ss.

nello stesso regolamento di base. In particolare, acquista rilevanza il principio di precauzione[35] cui lo stesso regolamento 1380/2013 fa riferimento all'art. 4[36]. Consacrato per la prima volta nel principio 15 della Dichiarazione di Rio su ambiente e sviluppo sostenibile del 1992[37], sul fronte europeo, il Trattato di Maastricht lo ha dapprima inserito tra i principi fondamentali della politica europea ambientale ma senza darne una chiara definizione. È stato nel 1998 che la Corte di giustizia, nel caso *Gran Bretagna c. Commissione*[38], in riferimento agli interventi per fronteggiare il diffondersi del morbo della mucca pazza, ha fatto ricorso al principio in oggetto stabilendo che "quando sussistono incertezze riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone, le istituzioni pos-

[35] Fra le molte opere sul principio di precauzione si vedano, A. JORDAN, J. CAMERON, *Interpreting the Precautionary principle*, London, 1994; D. AMIRANTE, *Il principio di precauzione fra scienza e diritto. Profili introdutt*ivi, in *Diritto e gestione dell'ambiente*, 2001, p. 16 ss.; J. M. VAN DYKE, *The evolution and international acceptance of the precautionary principle*, in D. D. CARON, H. N. SCHEIBER (eds.), *Bringing New Law to Ocean Waters*, Leiden, p. 357 ss.; L. BUTTI, *Principio di precauzione, codice dell'ambiente e giurisprudenza delle corti comunitarie e della corte costituzionale*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2006, p. 809 ss.; S. DI BENEDETTO, *La funzione interpretativa del principio di precauzione in diritto internazionale*, in *Diritto del commercio internazionale*, vol. 20, 2006, p. 321 ss.; A. BIANCHI, M. GESTRI (a cura di), *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2006; E. D. COSIMO, *Il principio di precauzione fra stati membri e Unione europea*, in *Diritto pubblico comparato europeo*, n. 3, 2006, p. 1121 ss.; E. FISHER, J. JEONES, R. VON SCHOMBERG, *Implementing the precautionary principle: perspectives and prospects*, Cheltenham, 2006; J. ZANDER, *The Application of the Precautionary Principle in Practice: Comparative Dimensions*, Cambridge, 2010; B. BERTHOUD, *The Precautionary Principle in EU Risk Regulation*, New York, 2014.

[36] L'art. 4 (1) (8) del regolamento 1380/2013 stabilisce che per "approccio precauzionale" si intende "un approccio quale definito all'articolo 6 dell'accordo delle Nazioni Unite sugli *stock* ittici secondo cui la mancanza di dati scientifici adeguati non dovrebbe giustificare il rinvio o la mancata adozione di misure di gestione per la conservazione delle specie bersaglio, delle specie associate o dipendenti, nonché delle specie non bersaglio e del relativo habitat".

[37] La nozione di precauzione fa riferimento a quelle situazioni in cui "in caso di rischio di danno grave o irreversibile, l'assenza di certezza scientifica assoluta non deve servire da pretesto per differire l'adozione di misure adeguate ed effettive, anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale". Per un commento critico sulla vaghezza della nozione, si veda T. SCOVAZZI, *Sul principio precauzionale nel diritto internazionale dell'ambiente*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1992, p. 699 ss.; G. MANFREDI, *Cambiamenti climatici e principio di precauzione*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, n. 1, 2011, p. 28 ss.

[38] Sentenza della Corte del 5 maggio 1998, causa C-180/96, *Regno Unito c. Commissione*.

sono adottare misure protettive senza dover attendere che siano esaurientemente dimostrate la realtà e la gravità di tali rischi"[39]. Sebbene questa definizione estensiva interessasse solamente i rischi per la salute umana, successivamente – in *Artegodan*[40] – il Tribunale ha ampliato l'ambito di applicazione del principio, elevandolo a rango di principio generale di diritto UE[41] e confermando il precedente orientamento della Commissione europea[42]. Pertanto, il principio di precauzione, ad oggi previsto esplicitamente all'art. 191 (2) TFUE, non si limita strettamente alla politica ambientale. Gli viene, invece, riconosciuta adeguata rilevanza in tutti i casi in cui una preliminare valutazione scientifica indichi che vi sono ragionevoli motivi di temere che i possibili effetti nocivi sull'ambiente e sulla salute degli esseri umani, degli animali e delle piante possano essere incompatibili con l'elevato livello di protezione stabilito dall'Unione[43].

[39] *Ibidem*, punto 99. Per approfondimenti, 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.

[40] Sentenza della Corte del 26 novembre 2002, cause riunite T-75/00, T-76/00, T-83/00, T-84/00, T-85/00, 132/00, T-137/00, T-141/00, *Artegodan GmbH e altri contro Commissione delle Comunità europee*. J. H. JANS, H. VEDDER, *European Environmental Law After Lisbon*, Zutphen, 2012, p. 21 ss.

[41] *Ibidem*, punto 184: "Ne consegue che il principio di precauzione può essere definito come un principio generale del diritto comunitario che fa obbligo alle autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire taluni rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente, facendo prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali interessi sugli interessi economici. Infatti, essendo le istituzioni comunitarie responsabili, in tutti i loro ambiti d'azione, della tutela della salute, della sicurezza e dell'ambiente, il principio di precauzione può essere considerato come un principio autonomo che discende dalle menzionate disposizioni del Trattato". Per una panoramica sui principi generali di diritto dell'UE, si veda T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, 2006; K. LENAERTS, J. A. GUTIÉERREZ-FONS, *The Role of General principles of EU Law*, in A. ARNULL, C. BARNARD, M. DOUGAN, E. SPAVENTA (eds.), *A constitutional order of States? Essays in EU law in honour of Alan Dashwood*, Oxford, 2011, p. 179 ss.; M. CONDINANZI, *Diritti, principi e principi generali nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea*, in L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAITTA (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre carte: (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino, 2016, p. 71 ss.

[42] COM (2000) 1fin., del 2 febbraio 2000.

[43] Sull'operatività del principio di precauzione, si vedano anche le sentenze del 13 settembre 2017, causa C-111/16, *Giorgio Fidenato e a.*; sentenza dell'8 settembre 2011, causa C-58/10, *Monsanto e a.*; sentenza del 9 giugno 2016, cause riunite C-78/16 e C-79/16, *Giovanni Pesce e a.*

Nel quadro della conservazione delle risorse biologiche del mare, l'approccio precauzionale esige che la pesca sia esercitata in modo che in nessun caso gli *stock* siano sfruttati al punto da non poter far fronte al cambiamento cui l'ambiente è sottoposto. Lo stesso Accordo delle Nazioni Unite sugli *stock* ittici lo richiama per orientare le parti "to conservation, management and exploitation of straddling fish stocks and highly migratory fish stocks in order to protect the living marine resources and preserve the marine environment"[44]. È allora necessario un esame continuo degli studi e dei pareri scientifici per la gestione ottimale della politica della pesca, cui segue il rafforzamento del ruolo del Comitato scientifico, tecnico ed economico (CSTEP)[45], essenziale per valutare lo stato delle risorse. Tuttavia, laddove le prove scientifiche non siano sufficienti a indirizzare talune decisioni assunte per mitigare l'impatto delle attività legate alla pesca, l'approccio precauzionale richiede di intervenire limitando le potenziali conseguenze avverse derivanti dai provvedimenti delle istituzioni[46].

Pare, dunque, opportuno verificare fino a che punto queste considerazioni emergano concretamente nel quadro istituzionale dell'Unione e più precisamente nel momento in cui vengono adottati atti volti a regolare aspetti specifici della PCP. Tra questi, meritano particolare attenzione i regolamenti relativi alla fissazione delle possibilità di pesca nelle acque dell'Unione come misura di protezione e conservazione delle risorse biologiche del mare[47].

[44]Accordo delle Nazioni Unite sugli *stock* ittici del 1995, art. 6.

[45] Il Comitato è stato istituito con la decisione della Commissione, del 25 febbraio 2016, 2016/C-74/05.

[46] Cfr., A. PROELLS, *The EU Common Fisheries Policy in light of the precautionary principle*, in *Ocean & Coastal Management*, vol. 70, 2012, p. 22 ss.

[47] Sul punto occorre ricordare che, in termini generali, i regolamenti adottati dal Consiglio non si limitano alle sole acque dell'Unione ma anche a determinate acque non dell'Unione, come ad esempio quelle della Norvegia e del Regno Unito. Con il recesso di quest'ultimo dall'UE, la stragrande maggioranza delle possibilità di pesca nell'Atlantico e nel Mare del Nord ricade ora nella responsabilità congiunta dell'Unione europea, del Regno Unito, della Norvegia e degli Stati costieri. Riguardo al rapporto con il Regno Unito, l'accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione (TCA) concluso nel 2020 rappresenta la base per la gestione delle possibilità di pesca attraverso consultazioni e il lavoro del comitato specializzato per la pesca. A seguito delle consultazioni bilaterali, il 21 dicembre 2021, l'Unione ha concordato con il Regno Unito la fissazione di un gran numero di TAC per il 2022 per gli

3. *I regolamenti del Consiglio che fissano le possibilità di pesca: la conservazione delle risorse marine naviga in acque agitate*

Già a partire dagli anni '70 l'esercizio di poteri puramente esecutivi volti a dare concreta applicazione alla normativa in materia di conservazione delle risorse biologiche del mare è stato gradualmente affidato al Consiglio e alla Commissione. In questo modo, pur nella progressiva valorizzazione del ruolo di quest'ultima, al Consiglio sono stati riconosciuti importanti poteri in relazione all'adozione di misure attuative per la conservazione delle risorse e la fissazione dei limiti di pesca volti a limitare il depauperamento delle risorse marine. Tra queste, come già anticipato, figura la determinazione delle possibilità di pesca per i pescherecci europei finalizzata, auspicabilmente, ad evitare il sovra sfruttamento degli *stock* ittici e promuovere una pesca sostenibile.

A tal fine, il regolamento 1380/2013 fissa gli obiettivi per le proposte relative ai limiti di cattura in un ciclo di gestione annuale (biennale nel caso degli *stock* in acque profonde), richiedendo di rispettare le strategie di gestione a lungo termine sulla base dei piani pluriennali[48]. Seguendo la procedura stabilita all'art. 43, par. 3, TFUE, è previsto che il Consiglio adotti, su proposta della Commissione, le misure relative alle limitazioni quantitative, nonché alla fissazione e ripartizione delle possibilità di pesca per alcuni *stock* ittici da assegnare ai pescherecci degli Stati membri[49].

stock elencati nell'allegato 35 del TCA tra l'Unione e il Regno Unito. Per approfondimenti sul rapporto tra UE e Regno Unito in ambito ittico a seguito della Brexit, si veda T. APPLEBY, J. HARRISON, *Taking the Pulse of Environmental and Fisheries Law: The Common Fisheries Policy, the Habitats Directive, and Brexit*, in *Journal of Environmental Law*, vol. 31, 2019, p. 1 ss.

[48] Il piano pluriennale per il Mare del Nord è stato istituito dal regolamento (UE) 2018/973 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2018. Il piano pluriennale per le acque occidentali è stato istituito dal regolamento (UE) 2019/472, del 19 marzo 2019.

[49] Sul punto occorre sottolineare che, per determinati *stock* ittici, gli Stati membri mantengono il potere di decidere autonomamente i TAC fornendo comunicazione successiva alla Commissione indicante i parametri utilizzati. Inoltre, in mancanza di normativa dell'Unione, gli Stati possono adottare misure nazionali di conservazione entro le 12 miglia, pur essendo necessaria la consultazione della Commissione, degli altri Stati membri e del Consiglio consultivo interessato qualora abbiano conseguenze sui pescherecci degli altri Stati membri (regolamento 1380/2013, cit., art. 20). Sul punto, si veda, C. FIORAVANTI, *Il ruolo delle Istituzioni dell'Unione e degli Stati membri*, cit., pp. 165-174.

In ossequio ai principi di buona *governance*[50], nell'elaborare la proposta per il regolamento annuale sui TAC, la Commissione europea è tenuta a valutare i pareri scientifici degli organismi consultivi[51]. In particolare, è previsto espressamente che il CSTEP includa tutte le informazioni riguardanti i fattori di rischio per gli *stock* ittici nelle sue valutazioni e pareri sugli ecosistemi e le attività di pesca, avvalendosi della consulenza del Consiglio internazionale per l'esplorazione del mare (CIEM)[52] per quanto riguarda l'Oceano Atlantico settentrionale, il Mar Baltico e il Mare del Nord. Da notare che quest'ultimo formula i suoi pareri annuali su diversi *stock* ittici solo quando esistano dati sufficienti e attendibili, con stime riguardanti le loro dimensioni e le previsioni sul modo in cui essi reagiranno ai vari scenari di sfruttamento.

In presenza di dati sufficienti, gli organi scientifici sono quindi in grado di fornire una stima degli adeguamenti da apportare alle possibilità di pesca affinché gli *stock* possano produrre il rendimento massimo sostenibile[53]. Negli altri casi, questi si basano sull'approccio precauzionale per formulare raccomandazioni sul livello delle possibilità di pesca da stabilire. In seguito, i funzionari nazionali si riuniscono settimanalmente nel gruppo di lavoro sulla politica interna della pesca per discutere la proposta della Commissione. Sulla base di queste discussioni preparatorie, il Comitato dei rappresentanti permanenti (Coreper) conduce i negoziati sulla proposta circa una settimana prima del Consiglio riunito nella formazione "Agricoltura e pesca", quando i ministri presenti adottano il regolamento definitivo sui TAC. Questo avviene di solito a metà dicembre in modo tale che il regolamento venga adottato en-

[50] Regolamento 1380/2013, cit., considerando n. 14: "tali principi prevedono un processo decisionale basato sui migliori pareri scientifici disponibili, un ampio coinvolgimento delle parti interessate e una prospettiva a lungo termine". Nel dettaglio, tali principi sono poi elencati all'art. 3 del medesimo regolamento.

[51] Regolamento 1380/2013, cit., art. 6 (2).

[52] Il Consiglio internazionale per l'esplorazione del mare, quale forum scientifico determinante per lo scambio di informazioni e idee sul mare e le sue risorse biologiche, e per la promozione e il coordinamento della ricerca marina, è stato istituito per la prima volta a Copenaghen nel 1902 e rinnovato con la Convenzione sul mare territoriale e la zona contigua del 1964.

[53] Questo concetto, definito all'art. 4 (1) del regolamento 1380/2013, cit., si riferisce all'adozione di misure che, nel lungo termine, fissano tassi di cattura tali da consentire agli *stock* di riprodursi per assicurarne lo sfruttamento in condizioni sostenibili dal punto di vista economico, ambientale e sociale.

tro la fine del mese di gennaio dell'anno successivo con effetto retroattivo, decorrendo dal 1° gennaio di ogni anno[54]. Ciò detto, a parere di chi scrive, questo strumento risulta deficitario di un reale approccio ecosistemico richiesto dal regolamento di base per due motivi che, seppur distinti, si intrecciano necessariamente.

Analizzando nel dettaglio il contenuto dei regolamenti sui TAC adottati negli ultimi anni, si evidenzia innanzitutto la discrepanza tra le raccomandazioni scientifiche sulle possibilità di pesca e i reali quantitativi stabiliti al termine della procedura. Già a partire dalle proposte della Commissione[55], infatti, si può osservare che i limiti sono spesso superiori rispetto a quelli suggeriti dagli organismi consultivi e derivanti dai pareri precauzionali del CIEM. A loro volta, i limiti definitivi concordati in Consiglio superano (talvolta di gran lunga) quelli presentati dalla Commissione nella sua proposta iniziale[56]. Orbene, una tale incoerenza può essere letta come una inosservanza degli obblighi derivanti dalla lettura congiunta degli artt. 3 e 6 del regolamento di base, dove si richiede la conformità delle misure ai pareri scientifici resi dagli organismi preposti, peraltro in linea con la prima condizione d'azione della politica UE in materia di ambiente, a sua volta prevista dall'art. 191, par. 3, TFUE. Inoltre, laddove la decisione finale sia disallineata rispetto alle proposte presentate dagli organi scientifici, anche l'applicazione del principio di precauzione – tanto valorizzato nel regolamento di base – sembra essere in sofferenza.

A giustificazione delle scelte del Consiglio, si potrebbe richiamare quan-

[54] In relazione all'anno corrente, nel marzo 2022 il Consiglio ha adottato il regolamento 2022/515 emendando quello già precedentemente adottato in modo tale da includere anche le possibilità di pesca nelle acque britanniche. Si veda, regolamento (UE) 2022/515 del Consiglio, del 31 marzo 2022, recante modifica del regolamento (UE) 2022/109, che fissa, per il 2022, le possibilità di pesca per alcuni *stock* ittici e gruppi di *stock* ittici, applicabili nelle acque dell'Unione e, per i pescherecci dell'Unione, in determinate acque non dell'Unione.

[55] COM (2021) 661fin., del 3 novembre 2021, successivamente integrata da COM (2022) 54fin., del 16 febbraio 2022.

[56] Sul punto, si vada ad esempio a confrontare l'allegato I del regolamento 2022/109 del Consiglio e l'allegato I della proposta di regolamento del Consiglio (COM/2021/661fin.) elaborata dalla Commissione, entrambi relativi ai TAC applicabili ai pescherecci dell'Unione in zone in cui sono imposti TAC per specie e per zona.

to più volte ripetuto dalla Corte di giustizia a partire dal noto caso *Mondiet*[57], dove è stato detto che il legislatore dell'Unione non ha l'obbligo di adeguare le misure di conservazione delle risorse della pesca ai pareri scientifici e tecnici disponibili. Inoltre, la mancanza o la natura non probante di quest'ultimi non deve impedire al Consiglio di adottare le misure da esso reputate indispensabili per realizzare gli scopi della PCP[58]. In seguito all'adozione del nuovo regolamento di base, la Corte è nuovamente tornata sul punto nei casi *Spagna c. Consiglio*[59] e *Paesi Bassi c. Consiglio e Parlamento*[60], ove ha sottolineato che l'obbligo di tener conto delle raccomandazioni adottate dagli organismi consultivi non si traduce necessariamente nella prescrizione di attuare le proposte formulate in tali raccomandazioni[61]. Infatti, nel settore della pesca, il legislatore dell'Unione gode di un ampio potere discrezionale che non riguarda esclusivamente la determinazione della natura e della portata delle misure da adottare, ma anche, in una certa misura, la determinazione degli stessi dati di base[62]. In questo modo, sembra che anche il principio di precauzione sia soggetto alla formula che opera in relazione ai principi alla base dell'esercizio delle competenze dell'UE, secondo la quale le istituzioni devono compiere articolate e complessive valutazioni di natura socio-economica rientranti nell'ambito materiale di intervento, in questo caso della PCP[63]. In effetti, non è inconsueto che il Consiglio giustifichi la decisione di non conformarsi al suggerimento degli organi scientifici con la necessità di tutelare la dimensione socio-economica del settore ittico che, altrimenti, potrebbe essere gravemente danneggiata[64]. Tra l'altro, sulla specifica relazione tra obiettivi socio-economici ed esigenze di conservazione delle risorse biologiche del mare riecheggia il ragionamento della Corte proposto ancora in

[57] Sentenza della Corte del 24 novembre 1993, causa C-405/92, *Établissements Armand Mondiet SA c. Armement Islais SARL*.

[58] Sentenza *Mondiet*, cit., punto 31.

[59] Sentenza della Corte dell'11 gennaio 2017, causa C-128/15, *Spagna c. Consiglio*.

[60] Sentenza della Corte del 15 aprile 2021, causa C-733/19, *Paesi Bassi c. Consiglio e Parlamento*.

[61] *Ibidem*, punto 52.

[62] Sentenza *Spagna c. Consiglio*, cit., punto 46.

[63] Sentenza *Paesi Bassi c. Consiglio e Parlamento*, cit., punto 54.

[64] Questa riflessione è chiaramente espressa nel preambolo dei regolamenti 2022/109 e 2022/515, in entrambi i casi al considerando n. 6.

Mondiet sulla scorta del caso *Roquette*[65] relativo alla politica agricola comune. Qui, infatti, è stato confermato che non sempre è possibile il simultaneo e bilanciato raggiungimento di finalità diverse. Per questo, sebbene le istituzioni siano chiamate a impegnarsi per una "conciliazione *permanente*" delle eventuali contraddizioni, non è esclusa una "prevalenza temporanea" dell'una rispetto all'altra[66].

Ora, nonostante i rilievi della giurisprudenza della Corte su questi punti, non sembra che le istituzioni, a partire dalla Commissione, si stiano impegnando come richiesto per raggiungere una conciliazione permanente delle diverse esigenze. Evidentemente, questa inerzia dipende anche dalla difficoltà di introdurre dei parametri di valutazione oggettivi che permettano un bilanciamento ragionevole, sebbene – si ricorda – la tutela dell'ambiente sia riconosciuta come esigenza imperativa[67]. Inoltre, la prevalenza "temporanea" auspicata dalla Corte non si rispecchia nel regolamento sui TAC ove si assiste ad una prevalenza costante (e annuale) degli interessi economici più che della tutela delle risorse biologiche del mare. È poi difficile giustificare la limitata applicazione del principio di precauzione, tenuto conto anche delle recenti sollecitazioni di taluni giudici nazionali indirizzate agli Stati membri proprio in relazione alla portata di tale principio. A titolo esemplificativo, basti richiamare come, nel noto caso *Urgenda*[68], la Corte suprema olandese abbia di fatto compresso il potere discrezionale delle autorità pubbliche in favore di un maggiore utilizzo del principio di precauzione come criterio ermeneutico per la lettura degli obblighi sostanziali e procedurali in capo agli Stati nel quadro dell'emergenza climatica[69]. Trasposta nel quadro istituzionale dell'UE, la valorizzazione di un più solido approccio precauzionale apparirebbe

[65] Sentenza della Corte del 20 ottobre 1977, causa 29/77, *Roquette c. Francia*, punto 30.

[66] Sentenza *Mondiet*, cit., punto 51.

[67] Sentenza della Corte del 20 settembre 1988, C- 302/86, *Commissione c. Danimarca*, punto 9.

[68] Sentenza della Corte suprema olandese del 20 dicembre 2019, *Urgenda c. Olanda*. Per commenti, si veda, tra tutti, J. VERSCHUUREN, *The State of the Netherlands v Urgenda Foundation: The Hague Court of Appeal upholds judgment requiring the Netherlands to further reduce its greenhouse gas emissions*, in *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, vol. 28, 2019, p. 94 ss.; A. NOLLKAEMPER, L. BURGERS, *A new classic in climate change litigation: the Dutch Supreme Court decision in the Urgenda case*, in *EJIL:Talk*!, 6 January 2020.

[69] Sentenza *Urgenda*, cit., punto 5.3.2.

coerente con la crescente attenzione nei confronti della tutela della biodiversità marina, come previsto dallo stesso regolamento di base. In aggiunta, l'applicazione del principio di precauzione aiuterebbe a garantire un reale bilanciamento tra gli interessi in gioco, superando così la consolidata prevalenza delle considerazioni socio-economiche a discapito delle esigenze di protezione ambientale, in favore di un accorto ed equilibrato sviluppo sostenibile.

Il secondo punto che suscita perplessità in relazione ai regolamenti sui TAC deriva dal carattere estremamente confidenziale dell'*iter* decisionale che ne porta all'adozione. In effetti, come riportato in alcuni studi di settore[70] e confermato da un'indagine avviata nel 2019 dal Mediatore europeo su sollecitazione dell'organizzazione di diritto ambientale *ClientEarth*[71], è riscontrabile un limitato accesso ai documenti e alle informazioni su cui è basata la decisione finale circa la determinazione degli *stock* ittici. Il Consiglio, infatti, non registra le posizioni degli Stati membri espresse in seno al Coreper e neanche quelle dei funzionari pubblici nazionali e degli ambasciatori. Inoltre, questo non fornisce tempestivamente l'accesso ai documenti legislativi, né proattivamente né su richiesta, mettendo a disposizione solo un registro incompleto di documenti di difficile utilizzo. Pertanto, sembra che il Consiglio, per evitare di rendere evidenti le proprie scelte di prevalenza delle esigenze socio-economiche del settore ittico rispetto alle considerazioni e alle proiezioni degli organi scientifici, preferisca non rendere pubbliche le argomentazioni realmente poste a giustificazione della propria decisione finale.

In relazione a ciò, pare lecito chiedersi se la procedura decisionale che adotta il Consiglio per la determinazione dei TAC non appaia problematica in ordine a quanto previsto dall'art. 15 TFUE e dall'art. 42 della Carta dei diritti fondamentali[72]. Nel diritto primario, infatti, l'accesso agli atti viene

[70] Sul punto si veda, Y. BENDEL, *Overfishing in the Darkness. A case study on transparency in Council decision-making*, in *Transparency International EU Report*, 2016; PEW CHARITABLE TRUSTS, *Lessons from Implementation of the EU's Common Fisheries Policy*, in *Fishes*, 22 March 2021; H. SVEDÄNG, C. BERKOW, *Adapt herring fisheries to scientific uncertainty*, in *Stockholm University Baltic Sea*, 7 June 2021.

[71] Recommendation of the European Ombudsman in case 640/2019/FP on the transparency of the Council of the EU's decision-making process leading to the adoption of annual regulations setting fishing quotas (total allowable catches), 25 October 2019.

[72] M. SALVADORI, *Right of access to documents: the implementation of Article 42 of the Charter of Fundamentals Rights*, in M. A. BIASIOTTI, S. FARO (eds.), *From Information to*

sancito sia come principio generale di diritto dell'Unione, quale estrinsecazione del principio generale di trasparenza *ex* art. 1 TUE, che come diritto fondamentale al fine di promuovere il buon governo e garantire la piena partecipazione della società civile[73]. Nel quadro del diritto derivato, rileva il regolamento 1049/2001 sull'accesso del pubblico ai documenti delle istituzioni[74] come strumento normativo che non solo codifica suddetto istituto ma introduce anche delle possibili eccezioni all'obbligo di trasparenza come strumento di tutela delle esigenze di riservatezza delle istituzioni.

In riferimento all'estrema discrezione adottata dal Consiglio per i regolamenti sui TAC, occorre però constatare la difficoltà di ricorrere alle eccezioni stabilite all'art. 4 del regolamento 1049/2001. In termini generali, non emergono questioni legate alla difesa dell'interesse pubblico in riferimento alla sicurezza pubblica, alla difesa e alle questioni militari, alle relazioni internazionali o alla politica finanziaria. Ad ogni modo, occorre ricordare che l'introduzione di eventuali profili di valutazione di carattere politico dovrebbe essere ridimensionata sulla base di quanto stabilito dalla Corte di giustizia nel caso relativo a una decisione del Consiglio sulle possibilità di pesca per pescherecci battenti bandiera venezuelana nella zona economica esclusiva

Knowledge – Online access to legal information: methodologies, trends and perspectives, Amsterdam, 2011, p. 39 ss.

[73] La giurisprudenza della Corte di giustizia sull'accesso agli atti è stata particolarmente ricca a partire dalla sentenza della Corte del 1° luglio 2008, cause riunite C-39/05 P e C-52/05 P, *Regno di Svezia, Maurizio Turco c. Consiglio dell'Unione europea*; sentenza della Corte del 17 ottobre 2013, causa C-280/11 P, *Consiglio c. Access Info Europe*. Da ultimo, rileva la sentenza del Tribunale del 22 marzo 2018, causa T-540/15, *Emilio De Capitani c. Parlamento europeo*. Sul punto, si veda, tra tutti, F. BATTAGLIA, *La trasparenza del procedimento legislativo europeo all'esame del giudice dell'Unione nel caso De Capitani*, in *federalismi.it*, 18 luglio 2018; L. SCHIANO DI PEPE, *Principio di trasparenza ed esigenze di riservatezza in materie di interesse generale a confronto davanti alla Corte di giustizia: il caso della tutela dell'ambiente*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 2019, p. 53 ss.

[74] Regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione. Per approfondimenti, M. MIGLIAZZA, *Brevi riflessioni sugli sviluppi della trasparenza nell'Unione Europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2003, p. 1355 ss.; M. MAES, *Le droit d'accès aux documents des institutions européennes: où en est la révision du règlement 1049/2001?*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2014, p. 475 ss.

della Guyana[75]. Qui i giudici hanno, infatti, sostenuto che, a differenza degli atti adottati *ex* art. 43, par. 2, TFUE di natura co-legislativa e dunque prettamente politica, le decisioni *ex* art. 43, par. 3, TFUE hanno carattere meramente tecnico, andando a definire solo elementi di dettaglio[76]. Per i giudici della Corte, ciò deriva dal fatto che "le misure relative alla fissazione e alla ripartizione delle possibilità di pesca non sono considerate di per sé come rientranti nella categoria delle disposizioni necessarie al perseguimento della politica comune della pesca"[77]. Pertanto, una presunta natura politica del regolamento non potrebbe essere invocata a giustificazione di una tale riservatezza.

Parimenti, la clausola prevista all'art. 4 (3) del regolamento 1049/2001, secondo cui l'accesso a un documento – anche solo di uso interno – può essere rifiutato se la divulgazione pregiudica gravemente il processo decisionale dell'istituzione, trova difficile applicazione nella situazione in oggetto. Difatti, come ricordato dalla Corte di giustizia nel caso *ClientEarth c. Commissione*, in virtù di una consolidata giurisprudenza, l'invocazione di una tale giustificazione deve basarsi su una chiara dimostrazione del potenziale esito negativo e su un pregiudizio ragionevolmente prevedibile e non puramente ipotetico[78]. Si tratta di un pregiudizio che, nel caso del regolamento sui TAC, non è però riscontrabile in via autonoma né supportato dall'istituzione stessa con dati oggettivi e verificabili. Per di più, in *Saint-Gobain Glass*, la Corte ha confermato che la clausola di cui sopra deve essere interpretata restrittivamente in special modo quando si parla di informazioni ambientali, in considerazione dell'interesse pubblico tutelato dalla loro divulgazione[79].

[75] Sentenza della Corte del 26 novembre 2014, cause riunite C-103/12 e C-165/12, *Parlamento e Commissione c. Consiglio*.

[76] *Ibidem*, punto 50.

[77] *Ibidem*, punto 49.

[78] Sentenza della Corte del 4 settembre 2018, causa C-57/16, *ClientEarth c. Commissione*, punto 51. Per un commento, si veda E. PALADINI, *Principio di trasparenza e presunzioni generali di riservatezza: una conciliazione è possibile? La sentenza del Tribunale del 13 novembre 2015, cause riunite T-424/14 e T-425/14, ClientEarth c. Commissione*, in *rivista.eurojus.it*, 13 gennaio 2016; F. DEANA, *Democrazia ambientale ed eccezioni al diritto fondamentale di accesso alle informazioni detenute dagli organi dell'Unione europea*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, nn. 1-2, 2020, p. 1 ss.

[79] Sentenza della Corte del 13 luglio 2017, causa C-60/15 P, *Saint-Gobain Glass Deutschland c. Commissione*, punto 66.

Orbene, la natura complessa e intersettoriale della disciplina relativa alla conservazione delle risorse biologiche del mare permette di agganciarsi a quest'ultima considerazione, dal momento che i dati e le valutazioni rese dagli organi scientifici circa l'impatto dell'attività di pesca sull'ecosistema marino ricadono pacificamente nella nozione di "informazioni ambientali". Ciò permette di constatare che, in aggiunta a quanto osservato in relazione al regolamento 1049/2001, anche taluni obblighi di trasparenza derivanti dal quadro normativo relativo alla tutela dell'ambiente appaiono non pienamente rispettati dalle istituzioni dell'Unione. In particolare, si intende qui fare riferimento a quanto prescritto dal regolamento 1367/2006[80] che attua la Convenzione di Aarhus[81] (di seguito, regolamento Aarhus). Infatti, tra gli obblighi stabiliti da quest'ultimo rilevano, ai fini della presente analisi, quelli previsti nel cd. primo pilastro della Convenzione e codificati all'art. 4 del regolamento stesso concernente l'eliminazione di ogni barriera all'accesso alle informazioni[82]. In tale disposizione si specifica che le istituzioni e gli organi

[80] Regolamento 1367/2006, del 6 settembre 2006, sull'applicazione delle disposizioni della Convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale alle istituzioni e agli organi comunitari. Da notare che il regolamento è stato recentemente emendato al fine di aggiornare il sistema di riesame interno agli atti amministrativi di portata individuale in materia ambientale (regolamento (UE) 2021/1767 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 ottobre 2021).

[81] Cfr. A. TANZI, E. FASOLI, L. IAPICHINO (a cura di), *La Convenzione di Aarhus e l'accesso alla giustizia in materia ambientale*, Padova, 2011; J. EBBESSON, A. MODEST, *Contribution to Environmental Democracy and Justice in Transboundary Contexts: the Combined Impact of the Espoo Convention and the Aarhus Convention*, in *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 20, 2011, p. 248 ss.; M. PALLEMAERTS (ed.), *The Aarhus Convention at the: interactions and tensions between conventional international law and EU environmental law*, Paris, 2011; L. KRAMER, *EU Environmental Law*, London, 2016; S. KINGSTON, V. HEYVAERT, A. ČAVOŠKI, *European Environmental Law*, Cambridge, 2017; R. CARANTA, A. GERBRANDY, B. MULLER (eds.), *The making of a new European legal culture: the Aarhus convention: at the crossroad of comparative law and EU law*, Paris, 2018.

[82] Si veda, art. 4 della Convenzione di Aarhus e Titolo II del regolamento 1367/2006. M. SALVADORI, *Il diritto di accesso all'informazione ambientale nella Convenzione di Aarhus e nel diritto dell'Unione Europea*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Scritti in onore di Lelio Barbiera*, Napoli, 2012, p. 1279 ss.; P. J. OLIVER, *Access to Information and to Justice in EU Environmental Law: The Aarhus Convention*, in *Fordham International Law Journal*, vol. 36, 2013, p. 1423 ss.

comunitari devono organizzare le informazioni ambientali in loro possesso e attinenti alle loro funzioni ai fini della diffusione attiva e sistematica presso il pubblico. Tra questi, risulta particolarmente significativa la pubblicazione di dati o sintesi di dati ricavati dal monitoraggio delle attività che incidono o possono incidere sull'ambiente, oltre che la divulgazione di studi sull'impatto ambientale e delle valutazioni dei rischi relativi agli elementi ambientali[83]. *A fortiori*, quando ci muoviamo nell'ambito ambientale va tenuto conto dell'interesse che la divulgazione delle informazioni richieste presenta per il pubblico, in modo da tendere ad una maggiore trasparenza. Ciò detto, la limitata conoscibilità delle informazioni e della documentazione valutata dal Consiglio ai fini dell'adozione dei limiti sulle possibilità di pesca pare in contrasto anche con quanto previsto dal regolamento di Aarhus che interviene così ad integrazione del regolamento 1049/2001. Difatti, viene ostacolata non solo la conoscibilità delle informazioni e dei rischi a cui lo spazio in cui il singolo vive è sottoposto, ma anche la possibilità di controllare e di partecipare direttamente o indirettamente alle decisioni che incidono necessariamente sull'ambiente[84].

A conferma di questo ragionamento, nell'ottobre del 2019, il Mediatore europeo ha reso una prima raccomandazione con cui invitava il Consiglio a rendere proattivamente disponibili i documenti relativi all'adozione del regolamento sui TAC al momento della loro diffusione agli Stati membri o il più presto possibile dopo tale data[85]. Tuttavia, il Consiglio non ha dato seguito alla raccomandazione del Mediatore, che l'anno successivo ha adottato una decisione contenente i medesimi termini circa la cattiva condotta dell'istituzione[86]. Nonostante l'ennesima presa di posizione del Mediatore

[83] *Ibidem*, art. 4 (2), lett. e-g.

[84] Questa esigenza emerge anche nel diritto amministrativo, S. RODRIQUEZ, *Law-making e policy-formulation: il ruolo della società civile nell'Unione europea*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 2010, p. 125 ss.; A. ANGELETTI (a cura di), *Partecipazione, accesso e giustizia nel diritto ambientale*, Napoli, 2011, p. 71 ss.

[85] Recommendation of the European Ombudsman in case 640/2019/FP on the transparency of the Council of the EU's decision-making process leading to the adoption of annual regulations setting fishing quotas (total allowable catches), caso 640/2019/TE, 25 October 2019.

[86] Decisione del Mediatore europeo relativa al caso 640/2019/TE sulla trasparenza del processo decisionale del Consiglio dell'UE che ha portato all'adozione di regolamenti annuali

europeo, il Consiglio non ha dimostrato l'intenzione di adeguarsi, confermando, da una parte, il noto limite delle decisioni non vincolanti adottate dal Mediatore[87] e, dall'altra, la debolezza di un sistema ancora fallace nel tenere in considerazione le esigenze di carattere ambientale in settori differenti seppur affini. Per di più, come riscontrato dal Mediatore europeo, la posizione inflessibile del Consiglio appare deludente dal momento che suggerisce la sua incapacità "di cogliere appieno il legame critico tra la democrazia e la trasparenza del processo decisionale per quanto riguarda le questioni che hanno un impatto significativo sul grande pubblico, soprattutto quando dette decisioni riguardano la protezione dell'ambiente"[88]. Infine, la conclusione di questa vicenda porta a confermare la persistente difficoltà di adottare a livello UE misure capaci di realizzare un'effettiva conservazione delle risorse biologiche del mare laddove questa si interseca con un settore quale quello della pesca che ricomprende obiettivi di diversa natura e che ha implicazioni socioeconomiche non trascurabili.

4. *Osservazioni conclusive*

Sebbene gli interventi di conservazione delle risorse biologiche del mare siano indissolubilmente intrecciati con la politica comune della pesca, questi non possono prescindere dagli obiettivi di carattere ambientale. Sempre più frequentemente si assiste al consolidarsi di una esigenza di coordinamento tra le diverse politiche dell'Unione non aventi carattere isolato ma trasversale, dando così concretezza al principio di integrazione ambientale previsto

che fissano i contingenti di pesca, 29 aprile 2020.

[87] L. COMINELLI, *Il Mediatore europeo, Ombudsman dell'Unione: risoluzione alternativa delle dispute tra cittadini e istituzioni comunitarie*, Milano, 2005; H. C. H. HOFFMANN, *The Developing Role of the European Ombudsman*, in H. C. H. HOFFMANN, J. ZILLER (eds.), *Accountability in the EU. The Role of the European Ombudsman*, Cheltenham, 2017, p. 1 ss; P. KOSTADINOVA, *Improving the Transparency and Accountability of EU Institutions: the Impact of the Office of the European Ombudsman*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 53, 2012, p. 1077 ss.; M. INGLESE, *Il Mediatore europeo e il diritto a una buona amministrazione: recenti sviluppi nel rapporto tra i cittadini e le istituzioni dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 2, 2018, p. 309 ss.

[88] Decisione del Mediatore europeo, cit., Introduzione.

dai Trattati[89]. In effetti, questo principio – quale clausola orizzontale – potrebbe rappresentare la vera chiave di volta per tradurre anche sul piano strettamente giuridico gli impegni politici assunti dall'Unione in relazione alla tutela della biodiversità, tra cui quella marina, pur riconoscendo la difficile combinazione con obiettivi e interessi di altra natura. Infatti, va ricordato che il principio di integrazione ambientale non impone di privilegiare sistematicamente la protezione dell'ambiente. Piuttosto, riecheggiando la giurisprudenza della Corte, questo determina, al pari del principio dello sviluppo sostenibile[90], l'obbligo di effettuare un bilanciamento tra i vari interessi che caratterizzano le politiche e l'azione dell'Unione fino ad arrivare a una decisione che sia la più ecocompatibile possibile[91]. Ciononostante, occorre riconoscere che l'approccio adottato dalle istituzioni dell'UE nell'ambito della conservazione delle risorse del mare ancora mal si concilia con la crescente attenzione all'esigenza di integrare le considerazioni ambientali nelle altre politiche dell'Unione. In particolare, il processo decisionale adottato dal Consiglio, notoriamente portatore degli interessi degli Stati membri che, a loro volta, rispondono a esigenze, aspettative e interessi di varia natura (specialmente economica e sociale) non si allinea pienamente a questa lettura. Anzi, esso conferma la difficoltà di operare un bilanciamento "ecocompatibile" che non si traduca in una costante affermazione delle esigenze socioeconomiche a discapito di quelle ambientali e, dunque, in effetti pregiudizievoli a un'adeguata protezione dell'ambiente marino.

A ciò si aggiunge poi la convinzione (errata) che una maggiore attenzione a considerazioni di carattere ambientale, basate ancorché su un approccio precauzionale, comporti necessariamente delle perdite in termini economici.

[89] P. FOIS, *Il diritto ambientale dell'Unione europea*, in G. CORDINI, P. FOIS, S. MARCHISIO (a cura di), *Diritto ambientale. Profili internazionali, europei e comparati*, Torino, 2017, pp. 78 e 79.

[90] Conclusioni dell'Avvocato generale Léger, del 7 marzo 2000, causa C-371/98, *The Queen c. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, ex parte First Corporate Shipping Ltd, con la partecipazione di: World Wide Fund for Nature UK (WWF) e Avon Wildlife Trust*, punto 54.

[91] Cfr. F. ROLANDO, *L'integrazione delle esigenze ambientali nelle altre politiche dell'Unione europea*, Napoli, 2021; F. FERRARO, *L'evoluzione della politica ambientale dell'Unione: effetto Bruxelles, nuovi obiettivi e vecchi limiti*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, n. 4, 2021, p. 777 ss.

Al contempo, la limitatezza delle informazioni fornite in ordine alle decisioni adottate sulle possibilità di pesca sembra riflettere l'idea che uno *standard* democratico fondamentale quale quello della trasparenza possa essere sacrificato in favore di quello che si considera il maggior vantaggio da raggiungere. Secondo una lettura più ampia, questa rigida impostazione riconduce a un approccio che si potrebbe definire anacronistico rispetto al ruolo giocato dall'Unione in ambito ambientale in ottemperanza al *Green Deal europeo* e agli impegni assunti per contrastare, più in generale, gli effetti del cambiamento climatico.

A fronte di tali considerazioni, va detto che il *report* finale sui lavori della Conferenza sul Futuro dell'Europa[92] non riporta riflessioni e proposte specifiche in relazione alla conservazione delle risorse biologiche del mare. Tuttavia, è stato fatto riferimento alla necessità più ampia "to bring the concept of green and blue economy to the fore, by promoting effective environmentally and climate friendly agriculture and fishery in the EU and worldwide"[93]. In questa ottica, l'approccio ecosistemico e il principio di integrazione ambientale dovrebbero trovare ampio spazio in modo tale da superare i limiti riscontrati in materia. Gli effetti repentini del cambiamento climatico sulle risorse biologiche marine devono, infatti, far riflettere su strategie e interventi tempestivi che vadano verso un cambiamento strutturale.

Sarebbe auspicabile, tra tutti, una maggiore interazione tra i portatori di interesse nell'ambito ambientale e in quello della pesca per individuare soluzioni coerenti con gli obiettivi dell'uno e dell'altro settore. In tal senso, vista la necessità di integrare considerazioni ambientali nell'adozione dei regolamenti sui TAC, occorrerebbe pensare al coinvolgimento della DG Ambiente nonché dei funzionari nazionali impegnati nel settore ambientale nell'*iter* di adozione dei regolamenti in oggetto, garantendo così un maggiore coordinamento tra i due ambiti di intervento. Inoltre, si potrebbe riflettere sulla possibilità di prevedere la commissione ufficiale e trasparente di studi e valutazioni di impatto ambientale, sociale ed economico *ex-ante* ed *ex-post* in relazione all'attività di pesca in un'ottica di lungo periodo. A parere di chi scrive, le aspettative derivanti dall'architettura inaugurata dal regolamento di ba-

[92] Conference on the Future of Europe, *Report on the final outcome*, 9 May 2022.

[93] *Ibidem*, p. 43.

se – unite a una sempre più integrata relazione tra politica, diritto e scienza – rappresentano un passaggio essenziale verso il consolidamento di un reale approccio ecosistemico. Seguendo l'impostazione e gli obiettivi del *Green Deal europeo* nonché della Strategia sulla biodiversità, una sua solida applicazione nell'ambito della gestione della pesca significherebbe, infatti, garantire alle generazioni presenti e future la fruizione delle risorse marine entro limiti ecologicamente e socialmente bilanciati.

Finito di stampare nel mese di ottobre 2022
presso la *Grafica Elettronica* - Napoli