

L'Associazione Italiana degli Studiosi di Diritto dell'Unione Europea (AISDUE) si propone di approfondire lo studio e di diffondere la conoscenza degli aspetti giuridici del processo di integrazione europea, nonché di favorire la collaborazione scientifica e la rappresentanza accademica degli studiosi del diritto dell'Unione europea presso le istituzioni e gli organismi, nazionali ed europei, competenti. Proprio in funzione di tale obiettivo gli studiosi riuniti nell'Associazione intendono valorizzare le peculiarità proprie del diritto dell'Unione europea, anche con riferimento sia alla formazione accademica e professionale, sia alla valutazione della ricerca e alla selezione dei docenti e dei ricercatori.

in copertina: V.A. Serov, Il Ratto d'Europa, 1910

QUADERNI AISDUE

ES

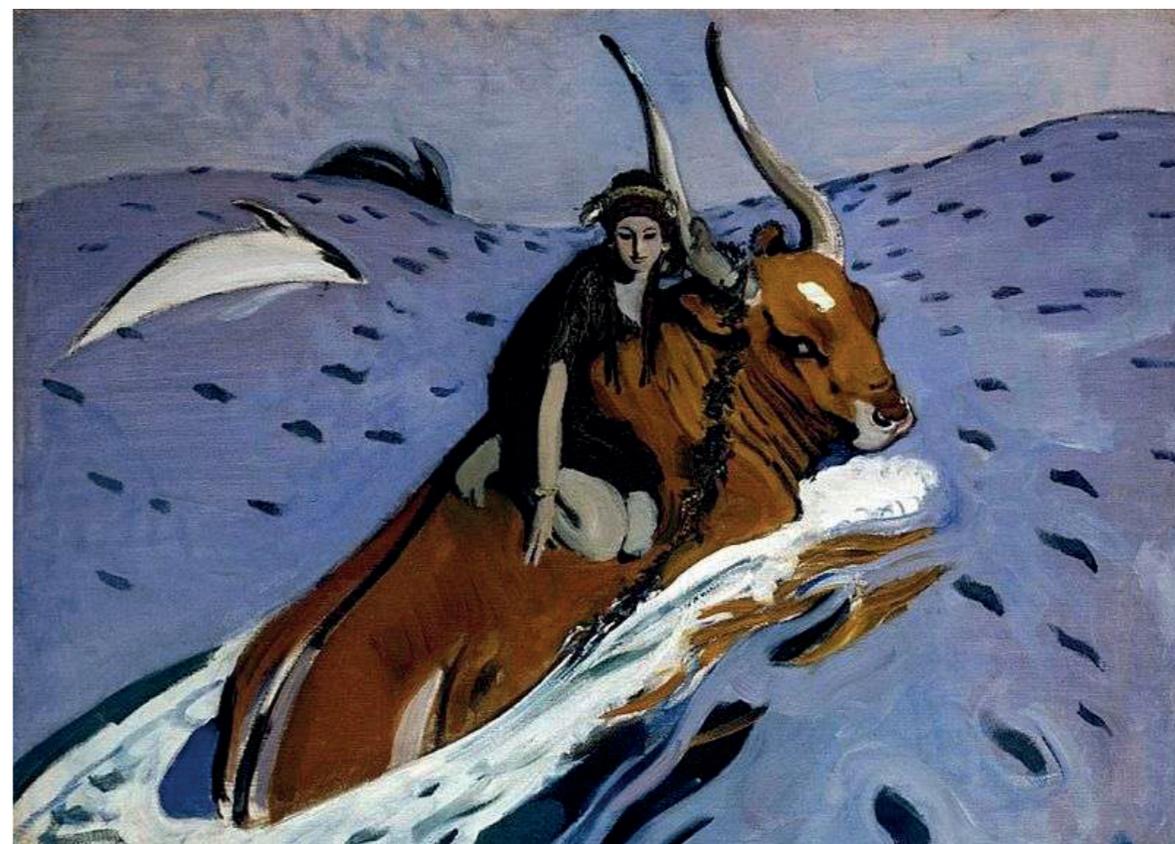
I
2023



QUADERNI AISDUE

I/2023

Editoriale Scientifica



ISBN 979-12-5976-664-9



9 791259 766649

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

Quaderni AISDUE

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, Samuele Barbieri, Nicola Bergamaschi, Federico Ceci,
Andrea Circolo, Erika Colombo, Angela Correra,
Giuseppe Emanuele Corsaro, Giulia D'Agnone, Alessandra Favi,
Federico Ferri, Marco Gerbaudo, Elena Gualco, Anna Kompatscher,
Miriana Lanotte, Sarah Lattanzi, Irene Marchioro, Claudia Massa,
Benedetta Minucci, Emmanuel Pagano, Gabriella Perotto,
Martina Previatello, Alessandro Rosanò, Gabriele Rugani,
Enrico Tinti, Alessia Voinich

QUADERNI AISDUE

2023/1

Editoriale Scientifica
Napoli

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2023 Editoriale Scientifica srl
via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli

ISBN 979-12-5976-664-9

ISSN 2723-9969

INDICE

Presentazione di Antonio Tizzano 9

Articoli

MANFREDI M., La direttiva sui salari minimi e i limiti delle competenze dell'Unione europea in materia di retribuzioni, 9 maggio 2023 13

MENGOZZI P., L'assistenza finanziaria comunitaria e le diverse accezioni del principio di condizionalità: dal MESF al Recovery Fund-Next GenerationEU, 6 maggio 2023 29

Note e commenti

ORLANDI M., In assenza di specifici accordi tra enti di previdenza sociale, i contributi già versati non possono essere trasferiti dall'INPS alla BCE, 2 marzo 2023 47

PALLOTTA O., La Corte di giustizia rinviene una fattispecie che si assumeva perduta: l'abuso di struttura, 26 aprile 2023 61

PARISI N., Come l'Unione potrebbe proteggersi dalle condotte di corruzione. Qualche considerazione a partire dal cosiddetto *Qatargate*, 13 gennaio 2023 75

PREVIATELLO M., L'accesso alle intese informali in materia di riammissione tra vincoli di riservatezza e obblighi di pubblicazione, 30 aprile 2023 93

BlogDUE

TIZZANO A., Il trasferimento di alcune questioni pregiudiziali al Tribunale UE, 11 gennaio 2023 109

BARBIERI S., Tutte le strade portano a Lussemburgo. Il nuovo istituto del rinvio pregiudiziale alla Cassazione e l'art. 267 TFUE, 21 aprile 2023 115

BELLENGHI G., The ball is in the EU's Court (again): the Opinion of AG Szpunar in <i>Royal Antwerp Football Club</i> , 30 marzo 2023	125
BIANCO A., Cyberattacks: ipotesi di reazioni, 24 febbraio 2023	135
CAGOSSI F., Il Green Deal Industrial Plan: verso l'adozione dell'ennesimo quadro temporaneo in materia di aiuti di Stato?, 7 marzo 2023	145
CECI F., Dalle dichiarazioni di carattere non finanziario alla rendicontazione societaria di sostenibilità: una prima lettura della direttiva (UE) 2022/2464, 2 marzo 2023	151
COLOMBO E., Il "codice di condotta delle ONG" italiano alla prova del diritto dell'Unione europea e del diritto internazionale, 12 febbraio 2023	165
CORSARO G., Energy and environmental State aid: the Court of Justice of the European Union interprets extensively the notion of "incentive effect" in the case <i>Veejaam and Espo</i> , C-470/20, of 15 December 2022, 28 marzo 2023	177
DE FALCO E., La tutela del passeggero per il ritardo del volo in coincidenza: nuovi spunti dalla sentenza <i>Flightright</i> , 12 gennaio 2023	185
DE PASQUALE P., "Francovich ambientale"? Sarà per un'altra volta. Considerazioni a margine della sentenza <i>Ministre de la Transition écologique</i> , 7 novembre 2022	195
DIVERIO D., Nulla di nuovo... sotto il sole? Qualche considerazione a prima lettura sulla sentenza della Corte di giustizia nella causa <i>AGCM c. Comune di Ginosa</i> , 28 aprile 2023	205
FAUDONE J., The Windsor Framework: a step Forward more stable EU-UK relations?, 4 maggio 2023	219
FAVI A., "Autonomia rimediale" degli Stati membri vs. effettività della protezione giurisdizionale: considerazioni a margine della sentenza <i>IG</i> nella causa C-289/21, 3 febbraio 2023	227
FERRI F., Intercettazioni telefoniche autorizzate in assenza di motivazione specifica e tutela dei diritti fondamentali: alcune considerazioni critiche sulla sentenza <i>HYA e al.</i> , 9 maggio 2023	239

INDICE	7
GERBAUDO M., Temporary Protection: Which Future in The EU Migration Policy?, 3 maggio 2023	249
GRECO G., Le conclusioni dell'Avvocato generale Rantos nella delicata questione della Superlega, 13 gennaio 2023	263
KOMPATSCHER A., A right to stay for medical reasons? Case note to case C-69/21 of the CJEU about the limit to returning a seriously ill and irregularly staying third-country national, 2 febbraio 2023	269
LANOTTE M., Il ridimensionamento dell'approccio del legislatore europeo (e nazionale) alla "piena trasparenza": il caso <i>Luxembourg Business Registers</i> , 9 marzo 2023	277
MARCHIORO I., La decisione (UE) 2022/2512 relativa alla non accettazione dei documenti di viaggio della Federazione russa rilasciati in Ucraina e Georgia: una scelta poco attenta alla salvaguardia delle persone?, 6 marzo 2023	287
MARCIA A., The Equality Package: has the Hard Law Momentum arrived for LGBTIQ+ Rights in the EU?, 19 aprile 2023	299
MONTALDO S., Le potenzialità delle petizioni al Parlamento europeo: riflessioni e proposte sul ruolo dell'Università, alla luce di un'iniziativa recentemente avviata presso l'Università di Torino, 31 marzo 2023	309
NENCINI L., Da <i>Lexitor</i> a <i>UniCredit</i> passando per la sent. n. 263/2022: un corto circuito giurisprudenziale?, 19 aprile 2023	321
PEROTTO G., La sentenza della Corte di giustizia nel caso <i>Fiat</i> : il divieto di aiuti di Stato e il limite dell'autonomia fiscale nazionale, 17 gennaio 2023	329
RAMAT M., The Commission Recommendation on procedural rights of persons held in pre-trial detention and on material detention conditions. A true step forward?, 7 febbraio 2023	339
ROSANÒ A., La riforma della legge della Regione Autonoma Valle d'Aosta in materia di attività condotte nell'ambito delle politiche promosse dall'Unione europea, 12 gennaio 2023	351
RUGANI G., Gli ultimi sviluppi della saga sui trasferimenti di dati personali UE-USA: l' <i>Executive Order</i> firmato dal Presidente USA Biden il 7 ottobre	

2022 e la proposta di decisione di adeguatezza presentata dalla Commissione UE il 13 dicembre 2022, 19 gennaio 2023	365
SCOTT B., Horizon Europe: The Next Multiannual Framework Programme, 6 febbraio 2023	375

PRESENTAZIONE

Ecco, puntuale come i suoi omologhi, il Quaderno AISDUE, n. 1/2023, che raccoglie gli scritti apparsi nelle varie rubriche della nostra Associazione e pubblicati ora in un'apposita raccolta.

Varietà e interesse dei temi scelti, ricchezza delle osservazioni e apprezzabile sforzo di originalità da parte degli autori mi sembra che caratterizzino anche questo volume.

Lo lasciamo ai lettori di questa pubblicazione con la consueta fiducia e diamo un appuntamento a breve per il n. 2/2023.

Il Presidente
Antonio Tizzano

Articoli

LA DIRETTIVA SUI SALARI MINIMI
E I LIMITI DELLE COMPETENZE DELL'UNIONE EUROPEA
IN MATERIA DI RETRIBUZIONI

Matteo Manfredi*

SOMMARIO: 1. La direttiva 2022/2041 tra riduzione delle diseguaglianze retributive e lotta alla povertà lavorativa nel mercato interno. – 2. La direttiva sui salari minimi e l'esclusione della competenza dell'UE in materia di retribuzioni. – 3. La direttiva sui salari minimi e i sistemi di relazioni industriali degli Stati membri. – 4. Il miglioramento delle condizioni di lavoro quale unico obiettivo della direttiva 2022/2041? – 5. Considerazioni conclusive.

1. *La direttiva 2022/2041 tra riduzione delle diseguaglianze retributive e lotta alla povertà lavorativa nel mercato interno*

Il 19 ottobre 2022 il Parlamento europeo e il Consiglio, con il voto contrario di Svezia e Danimarca, hanno adottato la direttiva 2022/2041 relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea¹.

L'approvazione di questo atto può essere letta come una conferma del cambio di passo dell'Unione nell'ambito delle politiche sociali rispetto agli interventi in risposta alla crisi dei debiti sovrani, in cui il legislatore dell'UE ha scelto di far prevalere le preoccupazioni legate alla stabilità finanziaria rispetto a quelle di carattere sociale². La decisione, infatti, di adottare una direttiva evidenzia la volontà del legislatore dell'Unione europea di intervenire in materia di retribuzione dei lavoratori non più mediante uno strumento di *soft law*, ma attraverso criteri minimi vincolanti, seppure generici, funzionali a valutare l'adeguatezza dei livelli minimi salariali negli

* Assegnista di ricerca in diritto dell'Unione europea presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore – Milano.

¹ Il Consiglio ha approvato la direttiva a maggioranza qualificata con due voti contrari (Danimarca e Svezia) e un'astensione (Ungheria). Si rinvia al seguente link: www.consilium.europa.eu/en/general-secretariat/corporate-policies/transparency/open-data/voting-results/?meeting=3898.

² M. CONDINANZI, *Unione economica e monetaria e politica sociale*, in A. TIZZANO (a cura di), *Verso i 60 anni dai Trattati di Roma. Stato e prospettive dell'Unione europea*, Torino, 2016, p. 249.

Stati membri. Inoltre, la direttiva rappresenta un tentativo di superare l'approccio promozionale dell'UE in materia per individuare possibili forme di tutela dei diritti dei lavoratori in caso di violazioni dei livelli minimi retributivi nel mercato interno³.

Come, però, è stato evidenziato in dottrina⁴, essa sconta un approccio timido ai problemi collegati alla povertà lavorativa e alla lotta al *dumping* salariale, lasciando molta flessibilità agli Stati membri, il che, come si vedrà nelle pagine che seguono, è riconducibile principalmente ai limiti della competenza dell'Unione in materia di retribuzione ai sensi dell'art. 153, par. 5, TFUE.

Tra gli obiettivi della direttiva si segnala, anzitutto, la realizzazione di “un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale” (art. 3 TUE). Detto obiettivo è declinato dall'art. 9 TFUE “verso la garanzia di un'adeguata protezione sociale e la lotta contro l'esclusione sociale” e dall'art. 151 TFUE verso “il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro”. La direttiva dà inoltre attuazione ad alcune disposizioni della Carta in materia di diritti sociali, come l'art. 31, che, seppur non menzionando espressamente la retribuzione, riconosce un generale diritto a condizioni di lavoro dignitose; l'art. 27, sul diritto dei lavoratori ad essere informati e consultati in azienda, e l'art. 28, relativo al potere dei lavoratori di negoziare e concludere, con le associazioni datoriali, contratti collettivi⁵.

Da ultimo, l'atto in esame trae ispirazione, come ricordato dal preambolo, dal Pilastro europeo dei diritti sociali e, più specificamente, dal principio 6 dello stesso, che ribadisce il diritto dei lavoratori a ricevere un salario equo ed in grado di garantire loro condizioni di vita dignitose⁶.

³ Sia consentito il rinvio a M. MANFREDI, *La promozione e la tutela dei diritti economici e sociali nell'Unione europea. L'azione dell'UE tra politiche interne e relazioni esterne*, Bari, 2022, p. 168.

⁴ Su questo punto si vedano alcuni commenti alla proposta di direttiva, F. PANTANO, *Il quadro europeo sul salario minimo legale. La proposta di direttiva dell'UE*, in M. CORTI (a cura di), *Il Pilastro europeo dei diritti sociali e il rilancio della politica sociale dell'UE*, Milano, 2022, pp. 81-83; E. MENEGATTI, *Much ado about little: The Commission proposal for a Directive on adequate wages*, in *Italian Labour Law e-Journal*, 2021, pp. 23-24.

⁵ Considerando nn. 1-3 della direttiva 2022/2041.

⁶ Considerando n. 5 della direttiva 2022/2041. Sul punto si veda anche E. ALES, *The European Pillar of Social Rights: an ambitious “soft-law guide” to efficient employment and social outcomes*, in R. SINGER, T. BAZZANI (eds.), *European Employment Policies: Current Challenges*, Berlin, 2017, pp. 57-58.

Muovendo da tali presupposti, la direttiva mira ad ostacolare, da un lato, il fenomeno dei salari bassi e della povertà lavorativa, dall'altro, il *dumping* salariale, attraverso un coordinamento delle norme di fissazione dei salari minimi nei vari ordinamenti nazionali⁷.

Il legislatore dell'Unione non intende, però, procedere all'armonizzazione delle normative nazionali in materia salariale, bensì favorire retribuzioni minime dignitose attraverso l'introduzione di criteri chiari in merito all'adeguatezza della misura del salario minimo legale, il supporto alla contrattazione collettiva e il rafforzamento dei meccanismi di tutela e monitoraggio. La direttiva individua, infatti, la sua base giuridica negli articoli 153, par. 2, lett. b) e 153, par. 1, lett. b), TFUE, ai sensi dei quali l'Unione interviene per sostenere e completare l'azione degli Stati membri per quanto riguarda il settore delle "condizioni di lavoro", in base al principio di sussidiarietà e nel rispetto di quello di proporzionalità⁸.

Dal testo della direttiva emerge l'intenzione del legislatore dell'UE di non invadere gli ambiti di competenza in materia salariale degli Stati membri. In particolare, l'art. 1 specifica come l'atto in questione faccia salvo il rispetto dell'autonomia delle parti sociali, nonché la competenza degli Stati membri di fissare i livelli dei salari minimi e di sceglierlo se farlo in via legislativa. Inoltre, la disposizione espressamente specifica che la direttiva non può essere interpretata nel senso di imporre l'obbligo di introdurre un salario minimo legale, ove ciò sia lasciato alla contrattazione tra le parti sociali, né di dichiarare un contratto collettivo universalmente applicabile⁹.

Al fine di rispettare le tradizioni degli ordinamenti nazionali, la direttiva indica due percorsi diversi che riflettono le situazioni dei vari Paesi, distinguendo il gruppo di 21 Stati membri che ha già una legislazione sui minimi salariali dai 6 Stati (Italia, Svezia, Danimarca, Finlandia, Austria e Cipro) che invece affidano la fissazione di tali minimi alla contrattazione collettiva nazionale.

Per il primo gruppo di Stati, l'atto in esame individua alcune condizioni necessarie affinché i salari minimi legali siano fissati a livelli adeguati, specificando che questi devono essere determinati secondo criteri chiari e duraturi e che devono prevedere aggiornamenti periodici del loro ammon-

⁷ A. LO FARO, *L'iniziativa della Commissione per il salario minimo europeo fra coraggio e temerarietà*, in *Lavoro e Diritto*, 2020, p. 548.

⁸ E. MENEGATTI, *La difficile strada verso uno strumento europeo sul salario minimo*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2021, pp. 10-11.

⁹ Art. 1, par. 4, direttiva 2022/2041, cit.

tare. Inoltre, le procedure per la definizione dei minimi dovranno garantire un effettivo coinvolgimento delle parti sociali, come risulta dalle prassi comuni fra i Paesi membri¹⁰.

La direttiva promuove, altresì, la contrattazione collettiva salariale in tutti gli Stati membri, anche quelli dove i salari minimi sono disciplinati dalla legislazione nazionale. L'art. 4 prevede, infatti, che gli Stati membri adottino misure che includano la promozione, lo sviluppo e il rafforzamento della capacità delle parti sociali di partecipare alla contrattazione collettiva sulla determinazione dei salari a livello settoriale o intersettoriale; oltre che l'incoraggiamento di "negoziazioni costruttive, significative e informate sui salari tra le parti sociali". Agli Stati in cui la contrattazione collettiva è inferiore al 80% è, inoltre, richiesto di elaborare un piano d'azione, attraverso il quale fornire un quadro di promozione per la contrattazione collettiva¹¹.

La atto di cui ci occupiamo non definisce, però, con esattezza il concetto di salario minimo adeguato, ma si limita a indicare alcuni criteri di adeguatezza. Inoltre, non impone nemmeno l'utilizzo di specifici indicatori, sebbene il considerando n. 28 sottolinei che il ricorso a *standard* impiegati a livello internazionale può contribuire a orientare la valutazione dell'adeguatezza dei salari minimi¹². Si tratta degli stessi indicatori raccomandati dalla risoluzione del Parlamento europeo sul reddito minimo del 20 ottobre 2010¹³ e altresì suggeriti da una recente presa di posizione della *European Trade Union Confederation* (ETUC), secondo la quale una direttiva sul salario minimo non potrebbe non prendere in considerazione tali indicatori ai fini della determinazione della soglia minima¹⁴.

Il raggiungimento di detti obiettivi dipenderà ovviamente in larga misura dal recepimento da parte degli Stati membri, che dovrà avvenire entro il 15 novembre 2024, e dalla scelta dei mezzi da utilizzare per darvi trasposizione. In fase di recepimento è plausibile che riemergano alcune critiche che hanno caratterizzato l'adozione della direttiva, come quelle espresse da

¹⁰ *Ibidem*, articoli 5-7.

¹¹ *Ibidem*, art. 4.

¹² Considerando n. 28 della direttiva 2022/2041, cit.

¹³ Risoluzione del Parlamento europeo, del 20 ottobre 2010, sul ruolo del reddito minimo nella lotta contro la povertà e la promozione di una società inclusiva in Europa (2010/2039 (INI)).

¹⁴ ETUC, *Etuc reply to the Second Phase Consultation of Social Partners under Article 154 TFEU on a possible action addressing the challenges related to fair minimum wages*, 2020, www.etuc.org.

alcuni Stati membri del Nord Europa, preoccupati per gli effetti sul loro sistema di relazioni industriali, e quelle di alcuni Paesi membri dell'Europa centro-orientale, timorosi di dover innalzare i loro livelli salariali perdendo così competitività esterna sul costo del lavoro¹⁵.

2. *La direttiva sui salari minimi e l'esclusione della competenza dell'UE in materia di retribuzioni*

Come si è detto, l'intervento del legislatore dell'Unione in materia di salario minimo ha suscitato, sin dalla presentazione della proposta della Commissione, diverse reazioni critiche da parte di alcuni Stati membri e di associazioni sindacali. In particolare i Paesi scandinavi hanno manifestato preoccupazione per l'impatto della direttiva sui loro sistemi di relazioni industriali¹⁶, e del resto alcune organizzazioni sindacali hanno visto nella direttiva una minaccia alla contrattazione collettiva¹⁷.

Il principale argomento addotto contro l'approvazione della direttiva riguarda l'eccezione in materia di retribuzioni di cui all'art. 153, par. 5, TFUE. Secondo parte della dottrina, questa vieterebbe qualsiasi tipo di intervento del legislatore dell'UE che abbia ad oggetto i salari, ivi inclusi quelli minimi, a tutela della piena autonomia di cui disporrebbero gli Stati e le parti sociali nella disciplina di questa materia¹⁸.

Tra i Paesi membri che si sono maggiormente opposti all'adozione della direttiva vi è la Danimarca, che in seno al Consiglio ha espresso il proprio voto contrario all'approvazione della stessa e lo scorso gennaio ha presentato un ricorso davanti alla Corte di giustizia per chiederne

¹⁵ E. MENEGATTI, *La difficile strada verso uno strumento europeo sul salario minimo*, cit., p. 4; T. MÜLLER, T. SCHULTEN, *The European minimum wage on the doorstep*, in *ETUI Policy Brief – European Economic, Employment and Social Policy*, 2020, p. 5. Sulle preoccupazioni dei Paesi nordici si vedano anche L. ELDRING, K. ALSOS, *European Minimum Wage: A Nordic Outlook*, Fafo, 2012, p. 84 ss.

¹⁶ B. FURAKER, *The Issue of Statutory Minimum Wages: Views Among Nordic Trade Unions*, in *Economic and Industrial Democracy*, 2020, pp. 421-423.

¹⁷ EURACTIV, *Adequate Minimum Wages proposal – an attack on collective bargaining*, March 2021, reperibile online.

¹⁸ E. SJÖDIN, *European Minimum Wage: A Swedish Perspective on EU's Competence in Social Policy in the Wake of the Proposed Directive on Adequate Minimum Wages in the EU*, in *European Labour Law Journal*, 2022, pp. 279-281; G. THÜSING, G. HÜTTER-BRUNGS, *Soziale Gerechtigkeit ultra vires – Kritische Anmerkungen zum Entwurf einer Mindestlohnrichtlinie*, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2021, pp. 171-172.

l'annullamento. Secondo il governo danese, infatti, attraverso l'atto impugnato i colegislatori dell'UE non avrebbero rispettato il principio di attribuzione delle competenze, agendo in violazione dell'art. 153, par. 5, TFUE. La direttiva impugnata, a parere della ricorrente, inciderebbe direttamente sulla determinazione del livello dei salari negli Stati membri e sul diritto di associazione che, in forza dell'art. 153, par. 5, TFUE, esulano dalla competenza del legislatore dell'Unione¹⁹.

Come noto, la disposizione in questione costituisce un'eccezione agli scopi e agli obiettivi delle misure che l'Unione intende adottare ai sensi dell'art. 153 TFUE. Sul punto, la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, a partire dalla sentenza resa nel caso *Del Cerro Alonso*²⁰, ha infatti precisato che l'esclusione di cui all'art. 153, par. 5, rappresentando una deroga alle competenze dell'UE in materia di politica sociale, deve essere interpretata in modo restrittivo²¹. Secondo i giudici dell'Unione, sebbene la determinazione del livello delle retribuzioni rientri nell'autonomia contrattuale delle parti sociali su scala nazionale, nonché nella competenza degli Stati membri, ciò non significa che detta eccezione possa essere estesa a ogni questione avente un nesso qualsiasi con la retribuzione. Questo svuoterebbe taluni settori contemplati dall'art. 153, par. 1, TFUE di gran parte dei loro contenuti²².

La Corte ha in più occasioni affermato che l'eccezione in parola riguarda solo le misure che possano incidere direttamente sulla determinazione delle retribuzioni, sull'uniformazione di tutti o di parte degli elementi costitutivi dei salari e/o del loro livello negli Stati membri o ancora sull'istituzione di un salario minimo garantito dall'Unione europea²³.

È opportuno però ricordare che il legislatore dell'Unione ha considerato la retribuzione come parte di quelle "condizioni di lavoro" la cui tutela giustifica l'adozione da parte dell'UE di atti di diritto derivato a sostegno dell'azione degli Stati membri: si pensi, in particolare, alla materia dei con-

¹⁹ Ricorso del 18 gennaio 2023, causa C-19/23, *Regno di Danimarca c. Parlamento europeo e Consiglio*. I motivi e i principali argomenti del ricorso sono consultabili al seguente link: www.curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=271514&pageIndex=0&doclang=it&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=5785500.

²⁰ Sentenza della Corte del 13 settembre 2007, causa C-307/05, *Del Cerro Alonso*.

²¹ *Ibidem*, punto 39.

²² *Ibidem*, punto 40.

²³ *Ibidem*, punto 41; sentenza della Corte del 15 aprile 2008, causa C-268/06, *Impact*, punti 124-125; sentenza della Corte del 10 giugno 2010, cause riunite C-395/08 e C-396/08, *Bruno*, punto 36.

tratti a termine (direttiva 99/70/CE), della tutela dei lavoratori contro l'insolvenza (direttiva 2002/74/CE, poi rifiuta nella direttiva 2008/94/CE) e della tutela antidiscriminatoria (direttiva 2000/43/CE)²⁴.

Con riferimento alla direttiva 2000/78²⁵, del resto, i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto che il termine "retribuzione", ai sensi dell'art. 3, par. 1, lett. c), della direttiva in questione, rientri nell'ambito delle condizioni di lavoro e non riguardi direttamente la fissazione dell'importo della retribuzione²⁶.

Più di recente, l'Avvocato generale Sánchez-Bordona, nelle sue conclusioni del 28 maggio 2020 in relazione al ricorso dell'Ungheria sulla validità della direttiva 2018/957²⁷, ha affermato che ciò che l'art. 153, par. 5, TFUE impedisce all'Unione è soltanto di adottare "misure che comporterebbero una diretta ingerenza [...] nella determinazione delle retribuzioni [...]. Così accadrebbe se si pretendesse di uniformare [...] gli elementi costitutivi dei salari o del loro livello negli Stati membri"²⁸.

L'esclusione di competenza dell'Unione di cui all'art. 153, par. 5, TFUE va dunque circoscritta, nell'interpretazione ormai consolidata della Corte, all'interferenza diretta sulla fissazione delle retribuzioni. In conformità alla giurisprudenza richiamata²⁹, la direttiva 2022/2041 sembra garantire l'autonomia degli Stati membri nell'ambito delle politiche in materia di retribuzione. Nello specifico, il considerando n. 19 evidenzia che la direttiva "non contiene misure che hanno un'incidenza diretta sul livello delle re-

²⁴ M. BARBERA, F. RAVELLI, *La Proposta di direttiva sul salario minimo adeguato: la risposta dell'Unione europea a un problema storico del diritto del lavoro*, in M. AIMO, A. FENOGLIO, D. IZZI (a cura di), *Studi in memoria di Massimo Roccella*, Napoli, 2021, p. 61.

²⁵ Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

²⁶ Sentenza della Corte del 19 giugno 2014, cause riunite da C-501/12 a C-506/12, C-540/12 e C-541/12, *Specht e a.*, punto 35. Nel caso di specie, l'importo della retribuzione corrispondente a ciascuna categoria e a ciascun livello nel pubblico impiego tedesco è stabilito dalle competenti autorità nazionali e l'Unione non ha alcuna competenza al riguardo. Per contro, le norme nazionali che disciplinano le modalità di inquadramento in detti livelli e categorie non possono essere escluse dall'ambito di applicazione materiale della direttiva 2000/78, cit. (punto 36).

²⁷ Direttiva (UE) 2018/957 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 giugno 2018, recante modifica della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi.

²⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale Sánchez-Bordona, del 28 maggio 2020, causa C-620/18, *Ungheria c. Parlamento europeo e Consiglio*, punto 92.

²⁹ V. anche la sentenza della Corte del 13 gennaio 2022, causa C-514/20, *DS c. Koch*, punti 31-33 e la giurisprudenza ivi richiamata.

tribuzioni”³⁰, inoltre, come si è già detto, l’art. 1 espressamente chiarisce come la direttiva in questione faccia salva la competenza degli Stati membri di fissare i livelli dei salari minimi. Essa prevede, infatti, dei parametri generali per l’individuazione e l’aggiornamento dei minimi salariali, che non ci sembrano rappresentare forme di armonizzazione in materia di retribuzioni da parte delle istituzioni dell’Unione³¹.

3. *La direttiva sui salari minimi e i sistemi di relazioni industriali degli Stati membri*

Un’ulteriore critica alla direttiva in esame da parte dei Paesi del Nord Europa e di alcune organizzazioni sindacali³² ha riguardato l’incidenza delle sue disposizioni sui sistemi di relazioni industriali degli Stati membri.

Su questo specifico punto è opportuno prendere in considerazione l’art. 4, par. 1, della direttiva 2022/2041, che, da un lato, impone agli Stati membri di adottare misure per tutelare la contrattazione collettiva e per proteggere i lavoratori e i rappresentanti sindacali da atti discriminatori per il fatto che partecipano alla contrattazione per la determinazione dei salari³³. Dall’altro, prevede che i Paesi membri adottino misure per proteggere i sindacati e le organizzazioni dei datori di lavoro che partecipano o desiderano partecipare alla contrattazione collettiva “contro tutti gli atti di ingerenza delle une verso le altre, che si realizzino sia direttamente sia per mezzo di loro funzionari o membri, nella loro formazione, nel loro funzionamento e nella loro amministrazione”³⁴.

Il paragrafo 2 dell’art. 4 reca obblighi ulteriori, che si materializzano unicamente laddove nel singolo Stato membro il tasso di copertura della contrattazione collettiva sia inferiore all’80%. Il primo di questi consiste nell’individuare un quadro che favorisca le condizioni per lo svolgimento della contrattazione collettiva mediante una legislazione concertata con le parti sociali ovvero mediante un accordo con le stesse. Il secondo obbligo prevede, invece, l’introduzione di un piano d’azione per la promozione della contrattazione collettiva³⁵.

³⁰ Considerando n. 19 della direttiva 2022/2041, cit.

³¹ G. DI FEDERICO, *The Minimum Wages Directive Proposal and the External Limits of Art. 153 TFEU*, in *Italian Labour Law e-Journal*, 2020, pp. 109-110.

³² V., *supra*, note 15, 16 e 17.

³³ Art. 4, par. 1, lett. c), direttiva 2022/2041, cit.

³⁴ Art. 4, par. 1, lett. d), direttiva 2022/2041, cit.

³⁵ Art. 4, par. 2, direttiva 2022/2041, cit.

La direttiva mira in tal senso a valorizzare gli accordi collettivi di lavoro nella determinazione dei minimi salariali. Inoltre, come ben è stato messo in luce in dottrina, la disposizione è significativa, poiché potrebbe consentire alla Commissione, ed eventualmente alla Corte di giustizia, di valutare l'apporto delle misure adottate dagli Stati membri in materia di relazioni industriali al rafforzamento della contrattazione collettiva³⁶. Qualora, infatti, uno Stato membro non adempisse all'obbligo di adottare il piano d'azione, ovvero lo determinasse in maniera eccessivamente generica, o ancora non lo notificasse alla Commissione o non lo aggiornasse periodicamente, detto Stato potrebbe essere soggetto alla procedura d'infrazione per inadempimento agli obblighi derivanti dal diritto dell'UE ai sensi degli articoli 258 e 260 TFUE³⁷.

L'obiettivo della direttiva pare dunque essere di creare le condizioni affinché il modello della contrattazione possa contribuire a garantire salari minimi più elevati nel mercato interno. Vi è chi ha evidenziato come queste disposizioni sarebbero funzionali a limitare le preoccupazioni espresse dai governi e dalle parti sociali, specialmente dei Paesi del Nord Europa, che la direttiva sui salari minimi possa mettere a rischio il loro modello di relazioni industriali³⁸.

In realtà, il ricorso presentato dalla Danimarca lo scorso gennaio sembra confermare le critiche emerse al riguardo già in fase di approvazione della direttiva. Infatti, tra i motivi di annullamento allegati dal governo danese, rientra quello per cui detto atto andrebbe ad incidere sul diritto di associazione che, in forza dell'art. 153, par. 5, TFUE, esula dalla competenza del legislatore dell'Unione³⁹.

Va peraltro notato che da una prima lettura del motivo di ricorso in questione pare che lo Stato ricorrente sovrapponga il diritto alla contrattazione collettiva al diritto di associazione. Occorre, anzitutto, precisare che a differenza della questione relativa al concetto di retribuzione, la Corte non si è mai pronunciata sull'interpretazione della nozione di "diritto di associazione" alla luce dell'art. 153, par. 5, TFUE. È possibile, però, individuare una chiara distinzione tra "diritto di associazione" e "diritto alla

³⁶ F. COSTAMAGNA, *La Direttiva sul salario minimo: un passo in avanti nonostante i limiti imposti dal Trattato all'azione del legislatore dell'Unione in materia di retribuzioni*, in *rivista.eurojus.it*, 2022, p. 2.

³⁷ L. RATTI, *The Sword and the Shield: The Directive on Adequate Minimum Wages in the EU*, in *Industrial Law Journal*, 2023, p. 13.

³⁸ F. COSTAMAGNA, *op. cit.*, p. 5.

³⁹ Ricorso proposto dalla Danimarca, causa C-19/23, cit.

contrattazione collettiva” nei Trattati, ed in particolare nell’art. 156 TFUE⁴⁰, e nella Carta dei diritti fondamentali, specificamente agli articoli 12 e 28⁴¹. Proprio con riferimento all’art. 12 della Carta, nel caso *Commissione c. Ungheria*⁴², la Corte ha precisato che il significato e la portata del diritto tutelato dal suddetto art. 12 sono i medesimi di quelli conferiti dall’art. 11, par. 1, della CEDU, che garantisce e tutela il diritto di associazione, in conformità all’art. 52, par. 3, della Carta stessa⁴³. Partendo da tale considerazione, i giudici di Lussemburgo hanno chiarito che il diritto in questione non comprende soltanto la facoltà di creare o di sciogliere un’associazione, ma include anche la possibilità, per la medesima associazione, di svolgere le proprie attività senza alcuna ingerenza statale⁴⁴.

Le fonti e la giurisprudenza richiamate mettono in luce come la contrattazione collettiva sia un elemento consequenziale e distinto dal diritto di associazione, ma che presuppone la protezione e il rispetto del primo. Questo emerge anche nella direttiva sui salari minimi. Infatti, tale atto stabilisce un quadro normativo in cui nessuna disposizione impone, né ai lavoratori né ai datori di lavoro, alcun obbligo di aderire o costituire, di abbandonare o sciogliere, associazioni o sindacati, né impone alcuna condizione per il loro funzionamento o in qualsiasi altro modo interferisce con essi⁴⁵. Al contrario, la direttiva è volta a raggiungere l’obiettivo del miglioramento delle condizioni di lavoro, tra l’altro, attraverso la promozione di un elemento distinto, vale a dire la contrattazione collettiva per la determinazione dei salari minimi, conformemente al diritto e alle prassi nazionali di ciascuno Stato membro⁴⁶.

L’art. 4, par. 1, della direttiva, in particolare, intende promuovere e incoraggiare la contrattazione collettiva. Detta norma non prevede, né tanto

⁴⁰ L’art. 156 TFUE specifica che per conseguire gli obiettivi dell’art. 151 TFUE, la Commissione incoraggia la cooperazione tra gli Stati membri e facilita il coordinamento della loro azione nei settori della politica sociale, tra i quali quelli riguardanti il diritto di associazione e la contrattazione collettiva tra datori di lavoro e lavoratori.

⁴¹ L’art. 12 della Carta riconosce a ogni individuo il diritto alla libertà di riunione pacifica e alla libertà di associazione a tutti i livelli. L’art. 28, invece, riguarda il diritto dei lavoratori e dei datori di lavoro, o delle rispettive organizzazioni, di negoziare e di concludere contratti collettivi.

⁴² Sentenza della Corte del 18 giugno 2020, causa C-78/18, *Commissione c. Ungheria*.

⁴³ *Ibidem*, punti 110-111.

⁴⁴ *Ibidem*, punto 113.

⁴⁵ Art. 1, par. 2, direttiva 2022/2041, cit.

⁴⁶ Art. 3, par. 3, direttiva 2022/2041, cit.

meno armonizza, le disposizioni relative alle organizzazioni di datori di lavoro e lavoratori, né ne definisce i diritti e gli obblighi⁴⁷.

L'art. 4 non sembra quindi interferire direttamente con l'esclusione della competenza in materia di diritto di associazione prevista dall'art. 153, par. 5, TFUE. Il fatto che il diritto di associazione rappresenti una precondizione all'esercizio della contrattazione collettiva in materia salariale, essendo quest'ultima un mezzo per contribuire all'unico obiettivo di cui all'art. 1, par. 1, della direttiva, non pare costituire un nesso diretto tra la disposizione della direttiva 2022/2041 e la tutela degli elementi costitutivi del diritto di associazione, che restano di competenza degli Stati membri⁴⁸.

4. *Il miglioramento delle condizioni di lavoro quale unico obiettivo della direttiva 2022/2041?*

L'individuazione dell'art. 153, par. 1, lett. b), TFUE quale base giuridica della direttiva 2022/2041, come è emerso dalle precedenti pagine, evidenzia come l'intervento del legislatore dell'Unione in materia di salari minimi sia finalizzato a contribuire a migliorare l'equità del mercato del lavoro e a ridurre le disegualianze retributive tra gli Stati membri.

Tuttavia, nel menzionato ricorso di legittimità presentato dalla Danimarca si sostiene, tra l'altro, che l'atto in questione perseguirebbe anche l'obiettivo risultante dall'art. 153, par. 1, lett. f), ovvero la tutela della rappresentanza e della difesa collettiva degli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro⁴⁹. Secondo il governo danese quest'ultimo obiettivo non sarebbe accessorio rispetto al primo e presupporrebbe il ricorso a una procedura decisionale diversa da quella seguita per l'adozione della direttiva impugnata⁵⁰. Le due procedure decisionali non sarebbero compatibili, poiché l'adozione di una direttiva in forza dell'art. 153, par. 1, lett. f), TFUE – a differenza dell'art. 153, par. 1, lett. b), TFUE – richiede l'unanimità⁵¹.

⁴⁷ G. ORLANDINI, *La direttiva sui salari minimi adeguati e sugli obblighi di promozione della contrattazione collettiva: per l'Italia l'occasione per arginare il dumping contrattuale*, in *Diritti & Lavoro Flash*, 2022, p. 6.

⁴⁸ L. RATTI, *op. cit.*, pp. 20-22.

⁴⁹ Ricorso proposto dalla Danimarca, causa C-19/23, cit.

⁵⁰ Per i principali motivi del ricorso presentato dalla Danimarca si rinvia nuovamente al seguente link: www.curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=271514&pageIndex=0&doclang=it&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=5785500.

⁵¹ V. art. 153, par. 2, TFUE.

Come ampiamente noto, la scelta della base giuridica dipende dallo scopo predominante dell'atto. Qualora l'atto che si intende adottare sia finalizzato a perseguire più scopi, la scelta tra le norme in considerazione dovrà basarsi sulla valutazione delle finalità e dei contenuti dell'atto stesso che risultino preponderanti, in modo da individuare, in funzione di questi ultimi, la base giuridica più idonea⁵². Si deve, quindi, ricorrere ad una base giuridica unica quando è possibile individuare un c.d. "centro di gravità" dell'atto che è costituito da quei profili che hanno un carattere predominante⁵³.

Con riferimento alla direttiva in questione è emerso dalle precedenti pagine che il suo scopo principale è rappresentato dal miglioramento delle condizioni di lavoro e che la contrattazione collettiva costituisce un mezzo per il raggiungimento di detto obiettivo. Sebbene l'art. 153, par. 1, lett. f), TFUE richieda l'unanimità, la Corte ha avuto modo di chiarire che se la finalità o la componente secondaria o accessoria di un atto rientri in un settore per il quale è richiesta l'unanimità in seno al Consiglio, tale atto deve essere adottato con la procedura prevista per il raggiungimento dell'obiettivo preponderante che, nel caso della direttiva sui salari minimi, comporta che il Consiglio deliberi a maggioranza qualificata⁵⁴.

Anche la Confederazione europea dei sindacati, in occasione dell'approvazione della direttiva sui salari minimi, ha evidenziato come vi siano numerosi atti di diritto derivato dell'UE che hanno come obiettivo primario quello di stabilire requisiti minimi in relazione alle condizioni di lavoro, per cui è richiesta la maggioranza qualificata ai sensi dell'art. 153, par. 1, lett. b), TFUE, ma allo stesso tempo conferiscono un ruolo rilevante alle parti sociali negli Stati membri per attuare tali requisiti tramite la contrattazione collettiva, materia che dovrebbe quindi rientrare nelle ipotesi disciplinate dell'art. 153, par. 1, lett. f), TFUE⁵⁵. Si prendano in considerazione, ad esempio, l'art. 15 della direttiva 2003/88, che non pregiudica la facoltà degli Stati membri di favorire o consentire l'applicazione di contrat-

⁵² V., *ex multis*, sentenza della Corte dell'11 giugno 1989, causa C-300/89, *Commissione c. Consiglio (biossido di titanio)*, punto 18.

⁵³ U. DRAETTA, F. BESTAGNO, A. SANTINI, *Elementi di diritto dell'Unione europea*, Milano, 2022, p. 234.

⁵⁴ Sentenza della Corte del 4 settembre 2018, caso C-244/17, *Commissione c. Consiglio (Accordo con il Kazakistan)*, punto 38.

⁵⁵ S. CLAUWAERT, *Legal arguments in favour of the ETUC proposal for a Directive on Fair Minimum Wages and Collective Bargaining Legal Aspects Briefing*, reperibile online, 2021, pp. 12-13.

ti collettivi o accordi conclusi fra le parti sociali, più favorevoli alla protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori⁵⁶; oppure l'art. 14 della direttiva 2019/1152, che riconosce agli Stati membri la possibilità di consentire alle parti sociali di mantenere e concludere contratti collettivi, in conformità del diritto o delle prassi nazionali, che stabiliscano disposizioni concernenti le condizioni di lavoro dei lavoratori⁵⁷. In entrambi i casi, il legislatore dell'Unione ha individuato l'attuale art. 153, par. 1, lett. b), TFUE quale base giuridica delle direttive, riferendosi alla contrattazione collettiva quale mezzo per raggiungere l'obiettivo principale del miglioramento delle condizioni di lavoro⁵⁸.

Sulla stessa linea si colloca anche la direttiva 2022/2041 e, in particolare, l'art. 4, par. 2, il cui scopo è garantire la protezione dei lavoratori in relazione all'accesso a salari minimi adeguati attraverso la contrattazione collettiva. La contrattazione collettiva, quindi, non sembra rappresentare il fine della disposizione in questione, che vuole costituire piuttosto uno strumento per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel mercato interno⁵⁹.

L'art. 4 mira, pertanto, a promuovere la contrattazione collettiva solo con riferimento alla determinazione dei minimi salari. La lettura congiunta dell'art. 4 della direttiva con il considerando n. 25⁶⁰ evidenzia, inoltre, come il legislatore dell'UE abbia inteso imporre agli Stati, di concerto con le parti sociali, l'adozione di una serie di misure per aumentare la copertura della contrattazione e facilitare l'esercizio del diritto alla contrattazione collettiva in materia salariale. È chiaro, in altri termini, che anche se tali disposizioni riguardano la contrattazione collettiva, resta il fatto che il loro scopo specifico è il raggiungimento dell'obiettivo di cui all'art. 1, par. 1, della direttiva stessa.

⁵⁶ Art. 15 della direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro.

⁵⁷ Art. 14 della direttiva (UE) 2019/1152 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea.

⁵⁸ Si precisa che la direttiva 2003/88/CE, cit., indica come base giuridica l'art. 137, par. 2, TCE, che prevede la maggioranza qualificata per le materie di cui all'art. 137, par. 1, TCE, tra le quali rientra il miglioramento delle condizioni di lavoro.

⁵⁹ S. SCHWERTEN, *The EU's new minimum wage Directive: Implications for Austria?*, in *University of Vienna Law Review*, 2022, p. 33.

⁶⁰ Il considerando n. 25 della direttiva 2022/2041, cit., mette in luce come gli Stati membri caratterizzati da un'elevata copertura della contrattazione collettiva tendono ad avere una piccola percentuale di lavoratori con salari bassi e salari minimi elevati.

In tal senso, la promozione della contrattazione collettiva per la determinazione delle retribuzioni appare funzionale al riconoscimento ai lavoratori di minimi salariali adeguati. In definitiva, la logica che ispira la direttiva 2022/2041 appare esser quella di promuovere e tutelare principalmente, se non addirittura esclusivamente, le condizioni di lavoro nel mercato interno ai sensi dell'art. 153, par. 1, lett. b), TFUE, anche riconoscendo il ruolo centrale delle parti sociali in materia e salvaguardandone la loro autonomia e le loro prerogative⁶¹.

5. *Considerazioni conclusive*

L'adozione della direttiva sui salari minimi, pur rappresentando uno strumento atto a rafforzare la dimensione sociale dell'Unione europea, ha suscitato (e continua a suscitare) critiche soprattutto da parte degli Stati del Nord Europa e di alcune organizzazioni sindacali. Questi, infatti, temono di perdere il controllo sopra un'importante variabile di politica economica e di finanziamento del mercato del lavoro, quale è appunto la politica salariale; ma anche di non riuscire a preservare l'autonomia della contrattazione collettiva e più in generale dei sistemi di relazioni industriali⁶².

I critici della direttiva, come si evince anche dai motivi del ricorso di annullamento presentato dalla Danimarca nel gennaio scorso, partono dalla constatazione che l'adozione di un atto in materia di salario minimo sarebbe impedita dall'art. 153, par. 5, TFUE. Come, però, è stato evidenziato da parte della dottrina⁶³, si tratta di un'interpretazione che mal si concilia con la giurisprudenza in materia. Infatti, la Corte di giustizia ha più volte ribadito come la disposizione in parola costituisca un'eccezione rispetto al conferimento di competenze stabilite dagli altri paragrafi dell'art. 153 TFUE e che debba, quindi, interpretarsi in maniera restrittiva.

Anche sul piano della contrattazione collettiva, la direttiva 2022/2041 non sembra violare l'esclusione di competenza dell'Unione in materia di diritto di associazione ai sensi dell'art. 153, par. 5, TFUE. Come è stato argomentato, la direttiva intende tutelare le associazioni sindacali con speci-

⁶¹ A. HASSEL, *Mission Impossible? How to increase collective bargaining coverage in Germany and the EU*, in *Transfer: European Review of Labour and Research*, 2022, pp. 492-493.

⁶² E. MENEGATTI, *La difficile strada verso uno strumento europeo sul salario minimo*, cit., p. 4.

⁶³ F. COSTAMAGNA, *op. cit.*, pp. 2-3; G. DI FEDERICO, *op. cit.*, pp. 109-110.

fico riferimento alla promozione della contrattazione collettiva per l'individuazione dei minimi salari⁶⁴. L'atto in parola non interviene a disciplinare l'attività delle parti sociali, che resta una competenza in capo agli Stati membri, garantendo il rispetto per l'autonomia collettiva e la salvaguardia del buon funzionamento della contrattazione collettiva.

Considerate le critiche derivanti dalla base giuridica individuata, vi sono autori che hanno preso in esame altre basi giuridiche alternative all'art. 153, par. 1, lett. b)⁶⁵. Tra le proposte che erano state avanzate merita particolare attenzione il riferimento agli articoli 174-175 TFUE, appartenenti al capitolo sulla coesione economica, sociale e territoriale e secondo cui l'Unione è legittimata ad intraprendere ai sensi dell'art. 175, par. 3, "azioni specifiche" al fine di rafforzare la coesione sociale, riducendo "il divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni ed il ritardo delle regioni meno favorite"⁶⁶.

La Corte ha esplicitamente riconosciuto che la politica di coesione conferisce all'Unione "un ampio potere discrezionale e in merito alle azioni che essa può intraprendere in materia di coesione economica, sociale e territoriale, tenuto conto di una concezione ampia delle regioni che possono essere interessate da tali azioni"⁶⁷ e ha ritenuto inoltre che il "progresso economico e sociale" corrisponda agli obiettivi perseguiti dalla politica dell'UE in materia di coesione⁶⁸. Tuttavia, il legislatore dell'Unione non ha preso in considerazione l'art. 175 TFUE, anche a causa delle incertezze, emerse nell'*iter* di approvazione dell'atto in esame, in merito all'utilizzo della disposizione richiamata come base giuridica per una direttiva sul salario minimo⁶⁹.

⁶⁴ Art. 4, par. 1, direttiva 2022/2041, cit.

⁶⁵ A. FERNANDEZ DE ARANGUIZ CHUECA, S. GARBEN, *Combating income inequality in the EU: A legal assessment of a potential EU minimum wage directive*, in *European Law Review*, 2021, pp. 158-160.

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 162-163.

⁶⁷ Sentenza della Corte del 7 marzo 2019, causa C-420/16 P, *Izsák e Dabis c. Commissione*, punto 68.

⁶⁸ Sentenza della Corte del 3 settembre 2009, causa C-166/07, *Parlamento/Consiglio*.

⁶⁹ Sul punto sia consentito il riferimento a M. MANFREDI, *op. cit.*, in cui si evidenzia che non sussisterebbero preclusioni specifiche nell'utilizzo dell'art. 175 TFUE quale base giuridica per l'adozione di misure contenenti prescrizioni minime di retribuzione. Detta disposizione potrebbe contribuire a superare i limiti della direttiva sopra richiamati e favorire l'inserimento degli obiettivi del miglioramento della qualità del lavoro e dell'eliminazione del fenomeno del *dumping* sociale tra le politiche di coesione economica e sociale dell'Unione europea (pp. 173-174).

Malgrado le critiche alla base giuridica individuata dalla direttiva 2022/2041, ci pare che l'atto rientri nel perimetro dell'art. 153, par. 5, poiché, da una parte, come ha ricordato la Commissione nella relazione accompagnatoria alla proposta, le differenze nelle norme per l'accesso a un salario minimo adeguato rientrano nel concetto di condizioni di lavoro e creano notevoli discrepanze nel mercato interno⁷⁰ e, dall'altra, la stessa non pretende di fissare livelli uniformi di trattamento.

Nella misura in cui il trattamento riguardante la retribuzione concorra a determinare le condizioni d'impiego e a incidere sul perseguimento degli obiettivi dell'UE, come la qualità del lavoro e l'eliminazione del *dumping* salariale, è ragionevole sostenere che il miglioramento delle condizioni di lavoro, attraverso livelli di retribuzione adeguati, rientri nell'ambito delle competenze dell'Unione, la quale, quindi, pare legittimata ad intervenire sul piano normativo con lo strumento che si è esaminato, ai sensi dell'articolo 153, par. 1, lett. b), e par. 2 TFUE.

⁷⁰ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 ottobre 2020, relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea, COM (2020) 682final, p. 7.

L'ASSISTENZA FINANZIARIA COMUNITARIA
E LE DIVERSE ACCEZIONI DEL PRINCIPIO DI CONDIZIONALITÀ:
DAL MESF AL RECOVERY FUND-NEXT GENERATIONEU

Pieralberto Mengozzi*

SOMMARIO: 1. Le condizioni poste all'assistenza comunitaria a Stati membri in difficoltà. – 2. L'art. 122 TFUE e la sua prima applicazione per l'istituzione del MESF. – 3. L'istituzione del MES. – 4. *Segue*: i pesanti sacrifici imposti da questo alle popolazioni degli Stati membri assistiti. – 5. Il Programma OMT. – 6. L'elaborazione da parte dello Stato richiedente assistenza MES di un progetto di aggiustamento macroeconomico. – 7. *Segue*: il controllo dei giudici dell'Unione sull'approvazione da parte del Consiglio del contenuto di detto progetto. – 8. L'attenzione alle esigenze della popolazione degli Stati membri prestata dal PEPP e dal SURE. – 9. La condizione della non eccedenza rispetto al 2 % del PIL dei richiedenti assistenza prevista dal programma PCS del MES. – 10. I prestiti e le sovvenzioni, finanziati mediante *eurobonds* garantiti nel bilancio UE, previsti dal regolamento 2027/2092. – 11. *Segue*: lo spirito nuovo del Recovery Fund-Next GenerationEU da esso istituito. – 12. *Segue*: il carattere simmetrico delle sue norme.

1. *Le condizioni poste all'assistenza comunitaria a Stati membri in difficoltà*

L'applicazione di un principio di condizionalità si è data in tempi diversi in relazione ad un'idea di solidarietà, il cui relativo sviluppo ho analizzato in una recente monografia relativa all'assistenza maturata nell'Unione a favore di Stati in difficoltà. Delle forme in cui quel principio ha trovato applicazione penso sia utile ora fornirne un quadro sinottico che consenta una loro rapida visione indipendentemente dalla lettura d'insieme di detta monografia, facendo rinvio alla relativa bibliografia in essa contenuta¹.

Il fenomeno in questione è legato ad un superamento dell'idea di un'identificazione della Comunità Economica Europea limitata

* Professore Associato di Diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Bologna.

¹ P. MENGOZZI, *L'idea di solidarietà nel diritto dell'Unione europea*, Bologna, 2022, p. 259.

all'istituzione ed alla gestione di un mercato unico affermatasi alla fine della Seconda guerra mondiale come alternativa alle divisioni ed ai conflitti che avevano portato ad essa. Si pensava che una liberalizzazione economica avrebbe automaticamente portato ad un benessere diffuso per tutti gli Stati europei. Con il passare del tempo ci si è resi conto che l'istituzione e la gestione di quel mercato non era sufficiente per raggiungere un tale obiettivo e che essa lasciava sussistere la possibilità di una non adeguata eguale evoluzione dei diversi Stati membri e l'eventualità che alcuni di essi potessero trovarsi in difficoltà.

Con l'istituzione dell'Unione Economica e Monetaria, stabilita dal Trattato di Nizza, ci si è prima limitati a prevedere, che la politica di congiuntura di ciascuno degli Stati membri costituisca una questione d'interesse comune ed a stabilire che il Consiglio potesse adottare all'unanimità le misure adatte alla situazione, anche in caso di difficoltà sopravvenute nell'approvvigionamento di determinati prodotti². Con l'entrata in vigore il 1° dicembre 2009 del Trattato di Lisbona è stato, poi, introdotto in questo l'art. 122 TFUE, il cui paragrafo 1 prevede che "il Consiglio, su proposta della Commissione, può decidere in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, le misure adeguate alla situazione economica, in particolare quando sorgano gravi difficoltà nell'approvvigionamento di determinati prodotti, in particolare nel settore dell'energia". Analoga previsione contiene il paragrafo 2 di quell'articolo, secondo il quale lo stesso Consiglio, sempre su proposta della Commissione, può concedere a determinate condizioni un'assistenza finanziaria dell'Unione allo Stato membro che si trovi in difficoltà o sia seriamente minacciato da difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo. Queste due previsioni sono state subito intese l'una alla luce dell'altra: da un lato si è inteso che le decisioni adottate a norma della seconda siano poste in essere "in uno spirito di solidarietà tra Stati membri", espressamente previsto nella prima; dall'altro si è inteso che decisioni prese sulla base della prima siano adottate "a determinate condizioni". L'applicazione di questo principio di condizionalità è stata ripresa dalla pratica in uso del Fondo Monetario Internazionale, il quale, richiesto di aiuto da Paesi in difficoltà, subordina la sua concessione alla conclusione di un accordo contenente un impegno di questo a prevedere il proprio risanamento.

² Art. 100, paragrafo 1, TCE.

2. *L'art. 122 TFUE e la sua prima applicazione per l'istituzione del MESF*

Il Consiglio ha per la prima volta fatto uso di questo principio di condizionalità subordinando l'assistenza richiesta all'Unione da Irlanda, Portogallo e Grecia, sulla base di detto art. 122 TFUE, nel quadro del funzionamento del regolamento UE 407/2010 istitutivo del Meccanismo Europeo di Stabilizzazione Finanziaria (MESF)³, imponendo a quegli Stati un programma di aggiustamento economico e finanziario. L'ha fatto agevolato dalla circostanza che poteva decidere in materia a maggioranza e non all'unanimità e dal dato che l'intervento richiesto era limitato alla somma di 60 miliardi di euro. A tal fine esso ha autorizzato la Commissione a contrarre prestiti sui mercati, garantiti dal bilancio dell'Unione europea, in quanto le difficoltà di quei Paesi potevano rappresentare una seria minaccia all'attività dell'Unione europea nel suo complesso.

La condizionalità a cui il regolamento istitutivo del MESF subordinava l'assistenza prevista a favore di detti Paesi non ha costituito una novità assoluta. L'Unione europea si era già avvalsa del principio "niente soldi per niente", ad esempio, con il regolamento 1303 del 2013 sui fondi strutturali d'investimento europeo, dando luogo ad una solidarietà condizionale impegnando ciascuno Stato membro a rispettare, con riferimento al settore riguardato da ciascuno di quei fondi, certi requisiti⁴. Ed aveva previsto che, ove questi non fossero rispettati, l'Unione avrebbe potuto procedere alla sospensione dei pagamenti intermedi stabiliti a favore di quello Stato. Analogamente a quanto previsto dal regolamento 1303/2013, il regolamento 1407/2010 condizionava la concessione di un prestito o di una linea di credito ad uno Stato membro all'illustrazione da parte sua del suo fabbisogno ed alla trasmissione alla Commissione ed al Comitato Economico e Finanziario di un programma di aggiustamento. La decisione di concedere un prestito da parte della Commissione conteneva le condizioni generali di politica economica alle quali era subordinata l'assistenza finanziaria

³ Regolamento (UE) n. 407/2010 del Consiglio, dell'11 maggio 2010, che istituisce un meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria.

⁴ Regolamento (UE) n. 1303/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, recante disposizioni comuni sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo, sul Fondo di coesione, sul Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale e sul Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca e disposizioni generali sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo, sul Fondo di coesione e sul Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca, e che abroga il regolamento (CE) n. 1083/2006 del Consiglio.

dell'Unione. Sulla base di essa la Commissione e lo Stato membro beneficiario concludevano un *memorandum* di intesa, nel quale erano specificate dette condizioni. La Commissione verificava, a scadenze regolari, se la politica economica dello Stato membro beneficiario fosse conforme al suo programma di aggiustamento sulla base della presentazione da parte dello Stato membro di tutte le informazioni necessarie e della sua piena collaborazione. Sulla base dei risultati di tale verifica la Commissione decideva sull'erogazione delle rate successive.

3. *L'istituzione del MES*

L'applicazione da parte della Commissione delle disposizioni di cui sopra con riferimento alla Grecia, che ha beneficiato di quella assistenza, è intervenuta sulla base di una preoccupazione di procedere rapidamente a porre in essere un sostegno all'economia greca. Conseguenza ne è stata che la Commissione ha accordato quell'assistenza, in modo affrettato e poco puntuale, senza verificare, come richiesto dal secondo comma dell'art. 122 TFUE, che quel Paese avesse subito o rischiasse seriamente di subire gravi perturbazioni economiche e finanziarie sfuggenti al suo controllo, cioè senza concorrere al loro determinarsi. In particolare, è avvenuta senza una verifica che le informazioni fornite da quel Paese fossero veritiere ed accompagnate da una collaborazione adeguata.

Il fatto che il Consiglio abbia adottato ed applicato il regolamento istitutivo del MESF, trascurando di accertare accuratamente le condizioni per la sua applicazione, non è stato casuale. Eravamo all'indomani della crisi finanziaria del 2008 e della preoccupazione insorta di contenerne le ripercussioni avutesi in alcuni Stati membri per evitare conseguenze per la stabilità finanziaria e la sopravvivenza dell'intera area euro. A questa preoccupazione non si poteva dare seguito attraverso un'ulteriore applicazione dell'art. 122 TFUE. Vi facevano ostacolo, da un lato, l'art. 125, paragrafo 1, TFUE contenente una clausola (detta di non salvataggio) e, dall'altro, il fatto che non era stato possibile dotare il MESF di più di 60 miliardi, in ragione delle ristrettezze del bilancio dell'Unione. Gli Stati membri, allora, con un trattato del 2 febbraio 2012, hanno deciso di porre in essere il Meccanismo Europeo di Stabilità (MES)⁵, destinato a costituire una vera e

⁵ Quel Trattato è entrato in vigore dopo aver raggiunto il 27 settembre di quello stesso anno la ratifica di tutti gli Stati ad esso partecipanti.

propria organizzazione internazionale autonoma. Hanno previsto a suo favore una dotazione di 700 miliardi di euro. Gli hanno attribuito la funzione di prestare assistenza, in forma di prestiti e di crediti a Stati dell'area euro trovatisi in difficoltà di accesso ai mercati finanziari, sotto una stretta condizionalità, al fine di preservare la stabilità della zona euro nel suo insieme.

A fronte di preoccupazioni circa la compatibilità con il diritto dell'Unione di questa nuova iniziativa il Consiglio ha promosso una procedura di revisione semplificata, ai sensi dell'art. 48 TUE, al fine d'introdurre nel TFUE un paragrafo 3 del suo art. 136 che rendesse certa la legittimità della nuova istituzione all'interno del diritto dell'Unione⁶. Dato che al fine di tale iniziativa si è resa necessaria l'approvazione da parte degli Stati membri, è stato chiesto alla High Court irlandese di accertarne l'ammissibilità e la legittimità. A seguito di un rinvio pregiudiziale al riguardo alla Corte di giustizia, quest'ultima si è espressa in senso positivo in quanto "la concessione di un'assistenza finanziaria ad un membro del MES, sotto forma di linea di credito o sotto forma di prestiti, conduce a creare per quest'ultimo un nuovo debito nei confronti del MES che deve essere a questo rimborsato maggiorato con un margine adeguato"⁷.

4. *Segue: i pesanti sacrifici imposti da questo alle popolazioni degli Stati membri assistiti*

Gli interventi del MESF e del MES, a cui si è aggiunto quello di una società di diritto lussemburghese incaricata di mobilitare risorse di 440 miliardi di euro per agire con le medesime finalità del MESF, si sono intrecciati tra loro. Questo intreccio ha indotto la cancelliera Angela Merkel ad affermare che nello sviluppo del processo d'integrazione europea si è passati da un metodo comunitario ad "un metodo dell'Unione". A ciò si è aggiunta una novità importante quanto al tipo di condizionalità a cui sono venuti ad essere sottoposti gli interventi di assistenza previsti a favore degli Stati membri in difficoltà: la loro subordinazione, come già indicato, ad una stretta condizionalità. Questa doveva essere realizzata dal MES attra-

⁶ Decisione del Consiglio europeo, del 25 marzo 2011, che modifica l'articolo 136 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea relativamente a un meccanismo di stabilità per gli Stati membri la cui moneta è l'euro (2011/199/UE).

⁷ Sentenza della Corte del 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Thomas Pringle c. Gouvernement of Ireland e altri*.

verso l'imposizione allo Stato beneficiario dei suoi interventi di un protocollo d'intesa, prevedente l'adozione da parte di questo di un programma di adeguamento macroeconomico importante pesanti sacrifici per esso e per la propria popolazione. E con riferimento alla conclusione di detto protocollo era prevista solo una assistenza formale della Commissione ed un monitoraggio di questa sulla sua applicazione. Il fatto che il funzionamento del MES, in ragione di tale tipo di condizionalità, aveva loro implicato molto dure conseguenze, operatori economici ed associazioni sindacali hanno avanzato ricorsi davanti al Tribunale ed alla Corte di giustizia dell'Unione contro atti dell'Unione europea intervenuti nelle procedure di assistenza posti in essere dal MES ed hanno lamentato avessero determinato gravi danni nei loro confronti. Queste procedure si sono concluse con il riconoscimento da parte della Corte di giustizia dell'ammissibilità di tali ricorsi (perché altrimenti i ricorrenti sarebbero stati privati del loro diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, sancito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)⁸. Anche in ragione di ciò la Commissione, il Consiglio ed il Parlamento europeo si sono impegnati in uno sforzo di integrare l'attività svolta dal MES nel diritto dell'Unione al fine di meglio controllare i suoi interventi ed assicurarne la conformità ai valori di questa.

5. *Il Programma OMT*

A fronte delle difficoltà e del protrarsi dei tempi per il raggiungimento di detto obiettivo incontrati da quelle istituzioni, si sono avuti due fenomeni. Da un lato l'assunzione di una funzione di supplenza rispetto a queste del Consiglio dei governatori della Banca centrale europea; d'altro lato la reazione che, a questo atteggiamento, le istituzioni più politiche dell'Unione, hanno espresso adottando il regolamento 472/2013 sulla sorveglianza economica e di bilancio degli Stati membri della zona euro che si trovano o rischiano di trovarsi in gravi difficoltà per quanto concerne la loro stabilità finanziaria⁹.

⁸ Cfr., ad esempio, sentenza della Corte del 20 settembre 2016, cause riunite da C-8/15 P a C-10/15 P, *Ledra Advertising Ltd e altri c. Commissione europea e Banca centrale europea*.

⁹ Regolamento (UE) n. 472/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sul rafforzamento della sorveglianza economica e di bilancio degli Stati membri nella zona euro che si trovano o rischiano di trovarsi in gravi difficoltà per quanto riguarda la loro stabilità finanziaria.

Il Consiglio della Banca centrale europea, per parte sua, ha rilevato che le misure da esso adottate sino al 2012 erano risultate insufficienti per raggiungere l'obiettivo della Banca di contribuire a superare le crisi, oggetto di interventi del MES, cercando semplicemente di favorire l'occupazione e la stabilità dei prezzi. Hanno, di conseguenza, con una decisione del 5-6 settembre 2012, adottato un programma non convenzionale di operazioni sul mercato secondario sui titoli di debito pubblico di Stati in difficoltà finanziaria dell'area euro denominato *Outright Monetary Transactions* (OMT)¹⁰.

Adottando questo programma il Consiglio dei Governatori della Banca centrale europea ha dato chiaro segno di voler applicare la seconda frase dell'art. 127 TFUE, secondo cui il Sistema europeo di Banche centrali, di cui la BCE fa parte, sostiene le politiche economiche generali nell'Unione al fine di contribuire alla realizzazione degli obiettivi dell'Unione. È in linea con tale intento che il Presidente Mario Draghi ha precisato che la Banca intendeva farlo "whatever it takes".

Questa affermazione è stata tanto netta e rigida che deve considerarsi anche segno di un chiaro intendimento da parte della BCE del ruolo che l'art. 13, paragrafo 1, TUE le ha attribuito ricomprendendola tra le istituzioni dell'UE ed impegnandola ad agire solidalmente con tutte le altre per il benessere dei popoli di questa. Con la conseguenza di un suo intendimento di costituire uno strumento per la salvaguardia della zona euro e così, indirettamente, uno strumento di solidarietà nei confronti di Stati membri di quell'area in difficoltà e dei soggetti in essa operanti.

6. *L'elaborazione da parte dello Stato richiedente assistenza MES di un progetto di aggiustamento macroeconomico*

Il secondo fenomeno di cui ho detto è stato costituito dall'atteggiamento che le istituzioni tradizionalmente più politiche dell'Unione, per un'evidente intenzione di riprendere l'iniziativa, e forse anche in uno spirito di competizione con la BCE, hanno assunto adottando detto regolamento 472/2013. Con questo quelle istituzioni hanno inteso reagire alle rilevanti conseguenze prodotte dall'esecuzione del programma di adeguamento macroeconomico imposto particolarmente alla Grecia e a Cipro dal protocollo d'intesa, a cui nei confronti di quei Paesi il MES ave-

¹⁰ BCE *Technical features of Outright Monetary Transactions*, 6 September 2012, www.ecb.europa.eu.

va subordinato gli interventi finanziari loro destinati. A tale riguardo quel regolamento ha previsto che

a) la Commissione abbia la facoltà di sottoporre a sorveglianza rafforzata gli Stati che si trovino o rischino di trovarsi in grave difficoltà finanziaria con potenziali ripercussioni negative sulla zona euro,

b) una tale sorveglianza intervenga automaticamente nei confronti di quegli Stati che ricevono assistenza dal MES,

c) uno Stato membro, che intenda richiedere assistenza dal MES o da altre istituzioni, informi immediatamente il Presidente dell'Eurogruppo, il Commissario per gli Affari Economici e Monetari ed il Presidente della BCE ed elabori un progetto di programma di aggiustamento macroeconomico di concerto con la Commissione e, se del caso, con il Fondo Monetario Internazionale e, cosa molto significativa,

d) tale programma tenga conto dei meccanismi di formazione salariale nel rispetto del ruolo delle parti sociali ed assicuri mezzi sufficienti a politiche fondamentali come l'istruzione e l'assistenza sanitaria e sia sottoposto al Consiglio che lo approva su proposta della Commissione.

Ciò ha dato luogo ad un'importante incidenza dell'Unione sul funzionamento del sistema MES. Non a caso la Corte di giustizia, prestando attenzione ad essa, ha visto in questa "un rafforzamento della governance economica dell'UE" ed un contrasto in via preventiva agli inconvenienti economici e sociali precedentemente incontrati dagli Stati beneficiari degli interventi in questione.

7. *Segue: il controllo dei giudici dell'Unione sull'approvazione da parte del Consiglio del contenuto di detto progetto*

In effetti con questo sviluppo si è dato al diritto dell'Unione europea un'impronta nuova, stante che il Trattato MES, all'origine, si limitava a prevedere che le istituzioni dell'Unione a) prestassero un'assistenza puramente formale alla negoziazione di un protocollo d'intesa tra il Meccanismo Europeo di Stabilità e lo Stato beneficiario, stabilente le condizioni per il darsi degli interventi di tale Meccanismo e b) esercitassero una mera funzione di monitoraggio sul rispetto di tali condizioni.

Sul piano giuridico la previsione secondo cui il progetto di un programma di aggiustamento macroeconomico, previsto dal regolamento 472/2013, deve essere approvato dal Consiglio su proposta della Commissione costituisce uno sviluppo giuridicamente rilevante, innanzitutto, per il

fatto che l'atto contenente detta approvazione è suscettibile di controllo giurisdizionale. E, poi, perché, ai sensi del paragrafo 1, dell'art. 52, della Carta europea dei diritti fondamentali, limitazioni all'esercizio di diritti e libertà da questa riconosciuti importate dall'approvazione di detto programma da parte del Consiglio sono legittime solo se necessarie.

Nonostante detto regolamento è stato ritenuto non sufficiente. Con comunicazione al Parlamento ed al Consiglio del 20 marzo 2013, adottata nel corso della procedura che ha portato alla sua adozione, la Commissione, anche su sollecitazione della Germania, ha proposto la creazione di uno strumento di convergenza e di competitività nella zona euro volgente a rafforzare la disciplina di bilancio, a ridurre le diseguaglianze strutturali presenti nei sistemi economici nazionali ed a prevenire e contrastare gli shock asimmetrici, in una logica di bilanciamento tra equilibrio finanziario e sviluppo, coordinamento e coesione, convergenza e competitività, da realizzarsi nel quadro del funzionamento dell'Unione. Questa iniziativa non ha, però, incontrato il consenso delle altre istituzioni e dell'Austria, della Finlandia, della Svezia e dei membri del Benelux. Questi ultimi hanno teso, in particolare, a rifiutare l'idea, contenuta nella proposta, dell'istituzione di un meccanismo di solidarietà a favore degli Stati euro in difficoltà, affermando di non voler pagare il conto per le riforme degli altri Paesi euro, dato che sono questi che hanno il più grande interesse a divenire competitivi.

8. *L'attenzione alle esigenze della popolazione degli Stati membri prestata dal PEPP e dal SURE*

Con riferimento ad interventi destinati agli Stati membri dell'area euro in ragione di situazioni di emergenza da loro patite e con riferimento alle condizioni della loro effettuazione più attente alle esigenze degli Stati beneficiari si sono avuti sviluppi importanti. Particolarmente significativi al riguardo sono stati il Programma della BCE di Assistenza di Emergenza per la Pandemia (*Pandemic Emergency Purchase Programme* - PEPP)¹¹ e lo Strumento europeo di Sostegno Temporaneo per Attenuare i Rischi di Disoccupazione in Emergenza (*Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency* - SURE)¹².

¹¹ Comunicato stampa, del 18 marzo 2020, reperibile sul sito www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2020/html/ecb.pr200318_1~3949d6f266.en.html.

¹² Regolamento (UE) 2020/672 del Consiglio, del 19 maggio 2020, che istituisce uno

Il PEPP si è differenziato dai precedenti Programmi OMT e QE della BCE perché, oltre ad essere caratterizzato da una dotazione superiore ai 2 miliardi, a differenza di quei programmi, è destinato a durare a beneficio di tutti gli Stati membri dell'area euro nel tempo di cui essi abbiano a soffrire della pandemia. Con ciò ha assunto carattere simmetrico. Ed è ulteriormente caratterizzato per il fatto che prevede interventi di assistenza ad un tasso d'interesse più basso mai visto e per non essere proporzionato al capitale impegnato nella BCE da ciascuno Stato (il *Capital Key*) sino al livello del 2 % del PIL al 2019 dello Stato da assistere e, quindi, per non essere subordinato al darsi di una condizione stabilita previo un accordo d'intesa di quello Stato con gli organi della BCE.

Non meno importanti, quanto meno sul piano qualitativo, sono le misure SURE di sostegno alla disoccupazione che sono previste dal regolamento (UE) 2020/672¹³, adottato dal Consiglio all'unanimità. Quelle misure sono destinate a fornire sostegno sino a 100 miliardi di euro a Stati membri quando la loro spesa pubblica abbia subito un aumento repentino e severo a decorrere dal 1° febbraio 2020. All'adozione di esse anche il Parlamento europeo è stato favorevole perché volgono ad aiutare gli Stati membri a proteggere i posti di lavoro e concorrono alla tutela dei dipendenti e dei lavoratori autonomi dal rischio di caduta della possibilità di prestare la loro opera e potrà consentire anche il finanziamento di misure di carattere sanitario relative al luogo di lavoro.

Il perseguimento degli obiettivi del SURE avviene attraverso il reperimento di risorse scaturenti da obbligazioni emesse da parte della Commissione, garantite sino al 25 % del totale dagli Stati membri ed attraverso l'esclusione che l'erogazione dei prestiti concessi possa essere riservato, per più del 60 %, ai tre Stati membri che rappresentano la quota più grande di prestiti concessi.

Al fine di beneficiare di un intervento uno Stato membro deve concludere un "accordo di prestito" con la Commissione nel quale devono essere consensualmente precisate le misure da adottarsi. Ciò significa che la concessione dei prestiti da parte del SURE non dev'essere sottoposta a condizioni imposte dal MES, cioè ad una condizionalità del tipo di quella prevista dal trattato istitutivo di questo o del tipo di quella prevista dal regolamento istitutivo del MESF che imponeva allo Stato richiedente assistenza un "programma di aggiustamento economico e finanziario".

strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione nello stato di emergenza (SURE) a seguito dell'epidemia di Covid-19.

¹³ Regolamento (UE) 2020/672, cit.

Lo sviluppo a questo modo concretato dal regolamento 2020/672 è importante per un'accentuazione in senso solidaristico del processo d'integrazione europea, innanzitutto perché l'assistenza prevista, pur potendo concretarsi unicamente in prestiti, può essere fornita sol che la Commissione accerti in capo allo Stato che la richiede una situazione di aumento "repentino e severo" della spesa per gli ammortizzatori sociali. E, poi, perché quel regolamento concreta l'idea di un finanziamento dello strumento destinato a fornire l'assistenza in questione attraverso un'emissione da parte della Commissione di eurobonds, prima tanto ostacolata. Si deve, però, segnalare che questo importante sviluppo costituisce solo un primo sviluppo, come indicherò riferendomi al Recovery Fund-Next GenerationEU, in quanto le obbligazioni emesse dalla Commissione devono essere garantite sino al 25 % del totale dagli Stati membri.

9. *La condizione della non eccedenza rispetto al 2 % del PIL dei richiedenti assistenza prevista dal programma PCS del MES*

Prima dell'insorgere della pandemia da COVID 19, come già detto, le istituzioni dell'Unione europea si sono, a più riprese, sforzate di raggiungere un accordo per integrare il sistema MES nel diritto dell'Unione europea. Nel marzo 2020 esse, seguendo l'iniziativa dell'Eurogruppo, hanno invitato gli organi del MES a compiere un'integrazione nel funzionamento del Trattato che l'ha istituito di innovazioni previste dal regolamento 472/2013, stabilendo una sorta di sua supervisione/direzione da parte dei vertici dell'Unione. Gli organi del MES hanno puntualmente dato seguito a tale invito adottando un programma PCS. Questo programma riprende una distinzione che il trattato istitutivo di quell'organizzazione fa tra due linee di credito che il MES può seguire nell'esercizio delle funzioni che si è dato: una prima linea di credito preveniente interventi a titolo precauzionale a favore di tutti i Paesi dell'area euro la cui situazione economica e finanziaria sia fondamentalmente solida; una seconda linea di credito preveniente prestiti a favore di tutti i Paesi dell'area euro con una situazione economica finanziaria in generale solida che però non soddisfi alcuni criteri, tra cui quello d'avere un rapporto debito/PIL superiore al 60 %. Gli organi del MES, di conseguenza, con decisione del 15 maggio 2020, hanno stabilito che quegli interventi a) non debbano necessariamente implicare una ristrutturazione del sistema economico e sociale del Paese richiedente il prestito, b) possano essere compiuti in una misura non eccedente il 2% del PIL di quel Paese calcolato alla fine del 2019, c) siano subordinati

solo a criteri d'idoneità specifici stabiliti, a priori, in via generale per tutti gli Stati membri dall'art. 2 delle linee direttrici del MES sull'assistenza finanziaria a titolo di precauzione e d) siano subordinati a detto condizionamento alleggerito in ragione del fatto che la loro utilizzazione sia destinata a spese sanitarie dirette ed indirette, di cura e di prevenzione relative all'emergenza sanitaria da Covid-19. Con questo il Consiglio dei Governatori del MES, contrariamente a quanto previsto generalmente dal Trattato istitutivo di tale meccanismo, non ha precisato che queste devono essere a) necessarie per finanziare o fornire sostegno alla stabilità dei membri del MES che già si trovino o rischiano di trovarsi in gravi problemi finanziari e b) indispensabili per salvaguardare la stabilità finanziaria della zona euro nel suo complesso e quella dei suoi Stati membri. Si è limitato a prevedere che sia avanzata una domanda individuale di assistenza da parte di uno Stato membro dell'area euro accompagnata da un programma di quello Stato e che su di essa debba intervenire una decisione del MES di conformità al suo Trattato istitutivo ed alle linee direttrici sull'assistenza finanziaria a titolo di precauzione, vale a dire condizioni molto meno rigorose rispetto a quanto generalmente previsto dal Trattato MES.

In secondo ed ancor più significativo luogo a) il Consiglio dei Governatori del MES ha stabilito che i documenti ufficiali sul PCS utilizzino le espressioni "condizioni" o "requisiti" invece dell'espressione "condizionalità" che ha fatto tanto esitare a richiedere ordinarie misure MES e b) la Commissione ha pubblicato un formulario standardizzato per la presentazione di domande di misure PCS che permette la redazione in via unilaterale di un Piano di Risposta alla Pandemia (PRP) da parte di uno Stato che intenda beneficiare di quelle misure.

In ragione di quanto indicato in secondo luogo, ed in particolare dell'introduzione da parte del Programma PCS della previsione secondo cui lo Stato che domanda assistenza deve redigere un Piano di Risposta alla Pandemia che deve essere condiviso dal Consiglio di Amministrazione del MES, quel Piano viene a svolgere la funzione che l'art. 13 del Trattato MES ordinariamente attribuisce al *memorandum d'intesa*.

10. *I prestiti e le sovvenzioni, finanziati mediante eurobonds garantiti nel bilancio UE, previsti dal regolamento 2027/2092*

Il fondo Recovery Fund-Next GenerationEU riprende una vecchia proposta francese mirante all'emissione di recovery bonds con garanzia nel bilancio UE e non più degli Stati membri. Questa vecchia proposta ha subito varie

vicende che sono state caratterizzate da interventi non solo delle istituzioni ma anche degli Stati membri e particolarmente della Polonia e dell'Ungheria e degli Stati frugali. Decisive sono state, al riguardo, le conclusioni del Consiglio europeo del 17-21 luglio 2020 che hanno previsto l'erogazione a titolo di solidarietà a Stati membri di risorse raccolte anche mediante eurobonds e le condizioni per la loro utilizzazione. Con esse il Consiglio europeo ha convenuto che a) la Commissione poteva essere autorizzata a contrarre prestiti – eurobonds – sui mercati dei capitali per conto dell'Unione fino a 750 miliardi di euro a prezzi 2018 e gli importi, da essa così reperiti, potevano essere trasferiti a titolo di solidarietà nei confronti degli Stati membri ai programmi di erogazione di risorse dell'Unione previsti dal piano Next Generation EU, b) quegli importi potevano essere usati in forma di prestiti, fino a concorrenza di 360 miliardi di euro a prezzi 2018, e per spese – cioè sostanzialmente per sovvenzioni (da non rimborsare) - fino a concorrenza di 390 miliardi di euro a prezzi 2018, c) i prestiti e le sovvenzioni dovevano essere erogati secondo ratei successivi, d) sia i prestiti che le sovvenzioni dovevano essere utilizzati dagli Stati membri beneficiari per contribuire alla realizzazione di programmi europei, indicati tramite raccomandazioni agli stessi indirizzate dalla Commissione, per il perseguimento di obiettivi d'interesse comune, e) in caso di non rispetto di tali condizioni di utilizzazione di ratei dei pagamenti ricevuti lo Stato beneficiario avrebbe dovuto subire una sospensione della corresponsione dei ratei successivi ad opera della Commissione ed una revoca di quelli non utilizzati sulla base di una decisione del Consiglio e f) i prestiti dovevano essere restituiti, sulla base di un calendario da fissare, entro il 31 dicembre 2058. Quanto così convenuto in seno al Consiglio europeo è stato sostanzialmente prima ripreso nel regolamento 2020/2092 del 16 dicembre 2020¹⁴, entrato in vigore il 1° maggio 2021 e poi approvato dai parlamenti nazionali degli Stati membri per quanto riguarda le misure autorizzanti la Commissione a collocare bonds sui mercati finanziari.

11. *Segue: lo spirito nuovo del Recovery Fund-Next GenerationEU da esso istituito*

Il Recovery Fund si caratterizza per uno spirito di solidarietà comple-

¹⁴ 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.

tamente nuovo. Esso, infatti, prevede sovvenzioni a fondo perduto ed il proprio finanziamento con nuove risorse. Precisa che queste siano costituite, oltre che dai fondi raccolti attraverso l'emissione degli eurobonds, da un contributo nazionale basato sulla quantità di rifiuti di imballaggio di plastica non riciclati, da una quota proveniente dal rilancio della base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società e da una quota dei proventi delle aste del sistema europeo di scambio delle quote di emissioni ETS. E stabilisce che i propri interventi siano destinati privilegiatamente a favore degli Stati membri meno favoriti in considerazione della loro impossibilità di permettersi un sostegno alle proprie imprese ed ai propri cittadini quale quello di cui sono capaci gli altri membri (con la conseguenza di una destinazione all'Italia di 209 miliardi di euro di cui 89 a fondo perduto). Non li subordina a condizioni del tipo di quelle previste dal MES. Per utilizzare, però, le sue risorse gli Stati membri dovranno predisporre "Piani Nazionali per la Ripresa e la Resilienza", che dovranno essere approvati dal Consiglio dell'Unione a maggioranza qualificata, previa verifica della loro rispondenza a Programmi Europei per il perseguimento di uno sviluppo economico legato ad un corretto funzionamento del mercato interno. Questi piani dovranno tenere conto del rafforzamento del potenziale di crescita, della creazione di posti di lavoro, della resilienza sociale ed economica dello Stato membro richiedente l'intervento del fondo e del suo effettivo contributo alla transizione verde e digitale. A questo fine quegli Stati sono impegnati ad effettuare delle riforme indicate in dettaglio, prevedendo singole tabelle di marcia per ogni provvedimento legato ad esse. Conseguenza ne è che tali tabelle dovranno essere rispettate e che i finanziamenti potranno essere accordati a tappe. Ed il passaggio ad una tappa successiva potrà avvenire solo dopo l'approvazione dei risultati conseguiti nel corso della precedente.

12. *Segue: il carattere simmetrico delle sue norme*

Come può risultare anche da quanto già rilevato, con riferimento alle misure d'emergenza determinate dal Covid-19 l'attenzione all'esigenza di solidarietà comunitaria presenta quantomeno due aspetti particolari, tra loro strettamente connessi, rispetto a quella ad essa prestata nel quadro delle misure adottate in relazione ad altri tipi di emergenza.

Il primo elemento che ha facilitato l'adozione delle nuove misure è stato costituito dal carattere simmetrico da esse presentato rispetto alle pre-

cedenti. Data la loro destinazione ad essere applicate, per il generalizzato diffondersi della crisi pandemica nei confronti di tutti gli Stati membri, la loro adozione ha risposto ad un interesse generale. Per questo non è stata fortemente condizionata da riluttanze di Stati frugali a beneficiare Stati non virtuosi, quali quelle che si sono fatte sentire nell'adozione e nell'applicazione delle misure asimmetriche che le hanno precedute. Gli uni e gli altri Stati hanno avuto un interesse egoistico alla loro emanazione, che ha dato alle misure adottate un'intonazione meno tipicamente solidaristica e maggiormente improntata ad una loro funzione di strumento per far fronte ad un interesse comune.

Il secondo carattere è costituito dalla previsione che le misure in questione sono destinate a soddisfare le esigenze da esse perseguite a titolo temporaneo, ma rinnovabili sino a quando dette esigenze sussistano. Questo carattere è importante perché dà alla gestione di un interesse comune un tocco che attribuisce alla soddisfazione dell'esigenza di solidarietà una dimensione nuova. Permette che, nello spazio di tempo di applicabilità di ciascuna misura, possa essere data un'assistenza privilegiata ad uno o più Paesi membri in ragione delle maggiori sofferenze ad esso o ad essi causati dalla pandemia. E ciò fa mantenendo all'assistenza prevista carattere simmetrico in una logica ben precisa: la logica del "oggi a te domani a me". Con queste due conseguenze: a) un'assistenza privilegiata potrà essere riservata ad ulteriori Stati ove la pandemia perduri ed aumenti la sofferenza che a questi determini e b) l'applicazione delle misure in questione, prevedano esse prestiti o sovvenzioni, non deve essere atta ad evitare comportamenti di bilancio non virtuosi da parte degli Stati membri loro beneficiari. Effetto ne è che, da un lato, l'erogazione dell'assistenza prevista da dette misure non dev'essere sottoposta alla stretta condizionalità a cui è subordinata quella prevista da altri tipi di misure e, d'altro lato, avviene direttamente in relazione ad esigenze di singoli Stati membri e non a quella dell'area comunitaria nel suo insieme.

E, anche se l'istituzione comunitaria che concede assistenza deve concludere un accordo con lo Stato beneficiario per determinarne le modalità, questo accordo è destinato ad avere un contenuto ben diverso, ad esempio, rispetto ai *memorandum* che ordinariamente devono accompagnare l'assistenza prestata dal MES.

Note e commenti

IN ASSENZA DI SPECIFICI ACCORDI TRA ENTI DI PREVIDENZA
SOCIALE, I CONTRIBUTI GIÀ VERSATI NON POSSONO ESSERE
TRASFERITI DALL'INPS ALLA BCE

Maurizio Orlandi*

SOMMARIO: 1. I fatti all'origine della controversia. – 2. L'impossibilità di trasferire i contributi già versati in uno Stato membro al fondo pensione BCE e gli ostacoli alla libera circolazione dei lavoratori che ne derivano. – 3. Il dipendente della BCE tecnicamente non è un funzionario dell'Unione europea. – 4. L'assenza di effetti diretti dell'articolo 8, lett. a), dell'Allegato III *bis* "sulle condizioni d'impiego presso la BCE". – 5. L'obbligo di leale cooperazione al fine di concludere accordi proposti dalla BCE che consentano il trasferimento al regime pensionistico di quest'ultima dei diritti a pensione già maturati all'interno dello Stato.

1. *I fatti all'origine della controversia*

La controversia che ha portato alla sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2022, in causa C-404/21, *WP c. Istituto Nazionale della Previdenza Sociale*, riguarda un lavoratore migrante, il sig. WP, che ha svolto parte della sua attività in Italia e ne sta svolgendo altra parte in Germania, presso la Banca centrale europea (la quale, come è ben noto, costituisce un'istituzione dell'Unione europea¹).

In particolare, a seguito alla propria presa di servizio presso la BCE, il sig. WP ha richiesto all'INPS di trasferire l'equivalente attuariale corrispondente alla posizione assicurativa da lui costituita mentre lavorava in Italia, al regime pensionistico del suo attuale datore di lavoro, che evidentemente risultava essere a lui più favorevole. L'INPS, considerando che la legge 7 febbraio 1979, n. 29² riserva la possibilità del trasferimento dei periodi contributivi già versati ad altri enti previdenziali solamente per speci-

* Professore associato di *Diritto dell'Unione europea* nell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza". In possesso dell'abilitazione per la chiamata come professore ordinario.

¹ Come è ben noto, l'art. 13 TUE, par. 1, stabilisce che: "le istituzioni dell'Unione sono: [...] - la Banca centrale europea [...]".

² Legge 7 febbraio 1979, n. 29, "Ricongiunzione dei periodi assicurativi dei lavoratori ai fini previdenziali", in *GURI* 9 febbraio 1979, n. 40.

fiche categorie di lavoratori dipendenti (a cui non apparteneva il sig. WP), e rilevando che non era stato concluso alcun accordo bilaterale teso a permettere tale trasferimento tra l'INPS e la BCE, ha respinto la domanda. Il sig. WP ha quindi prima proposto un ricorso amministrativo all'INPS stesso e successivamente, quando il ricorso è stato qualificato come irricevibile, ha impugnato la determinazione dell'INPS davanti al Tribunale ordinario di Asti. Quest'ultimo, trovandosi in difficoltà nell'interpretare il diritto dell'Unione europea, ha correttamente presentato un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia *ex art.* 267 TFUE chiedendo, in buona sostanza: 1) se il rifiuto opposto dall'INPS risultasse contrastante con gli artt. 45 e 48 del TFUE (che garantiscono la libera circolazione dei lavoratori), o l'art. 4 del TUE (il quale sancisce il principio di leale cooperazione tra l'Unione europea ed i propri Stati membri), o l'articolo 11 dell'allegato VII dello "Statuto dei funzionari dell'Unione europea e regime applicabile agli altri agenti dell'Unione"³ (il quale prevede la possibilità del trasferimento dei contributi attuarializzati già versati agli Enti nazionali all'UE), o l'articolo 8, lettera a), dell'Allegato III *bis* "sulle condizioni d'impiego presso la BCE" (il quale assegna alla BCE il compito di concludere Accordi con gli Stati membri tesi a consentire il trasferimento dei contributi già versati); 2) se pur in assenza di specifica disposizione di diritto interno o di un accordo tra l'INPS e la BCE il trasferimento dei contributi attuarializzati già versati dal lavoratore dovesse comunque essere garantito.

La questione così posta non poteva dirsi essere completamente nuova, presentando in punto di diritto delle spiccate analogie con la precedente sentenza della Corte di giustizia *Gardella* del 4 luglio 2013⁴. In effetti, nella

³ Regolamento del 18 dicembre 1961, n. 31 (C.E.E.), 11 (C.E.E.A.), "relativo allo statuto dei funzionari e al regime applicabile agli altri agenti della Comunità Economica Europea e della Comunità Europea dell'Energia Atomica", modificato da ultimo con regolamento (UE) n. 423/2014, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, "che adegua, con effetto dal 1 luglio 2012, le retribuzioni e le pensioni dei funzionari e degli altri agenti dell'Unione europea ed i coefficienti correttivi applicati alle retribuzioni e pensioni", adottato dal Parlamento europeo e dal Consiglio sulla base giuridica del Protocollo n. 7, "Sui privilegi e sulle immunità dell'Unione europea", art. 14.

⁴ Sentenza della Corte del 4 luglio 2013, causa C-233/12, *Gardella c. INPS* (con note di: G. CASTELLANI, *La Corte di giustizia estende il principio di totalizzazione ai periodi di lavoro effettuati alle dipendenze di un'organizzazione internazionale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2013, p. 1591; L. DRIGUEZ, *Pensions de retraite des travailleurs de l'Office européen des brevets. Si le traité sur le fonctionnement de l'Union n'oblige à aucun transfert en capital à l'Office européen des brevets des droits à pension acquis par un ressortissant de l'UE auprès de l'institution de sécurité sociale d'un autre État membre, celle-ci doit en re-*

sentenza *Gardella*, riferita alla situazione *simile* di un lavoratore italiano che si era visto negare il trasferimento dei diritti di pensione da lui maturati in Italia in favore dell'Ufficio europeo dei Brevetti, organo dell'Organizzazione europea dei brevetti (con sede a Monaco di Baviera), la Corte aveva chiaramente stabilito che non contrasta con gli articoli 45 e 48 TFUE una normativa nazionale che non permetta ai propri cittadini di trasferire i diritti a pensione, da essi maturati nello Stato, al fondo pensione di un'organizzazione internazionale presso la quale il lavoratore sia attualmente impiegato e che ha sede in un altro Stato membro⁵.

In tale circostanza la Corte aveva ritenuto che, conformemente all'impostazione dell'articolo 48 TFUE⁶, per favorire la libera circolazione dei lavoratori europei⁷, fosse stato predisposto solamente il meccanismo di totalizzazione dei periodi contributivi previsto dal regolamento 1408/71 del 14 giugno 1971⁸, aggiornato dal regolamento 118/97 del 2 dicembre 1996⁹, dal regolamento 883 del 29 aprile 2004¹⁰ e da ultimo dal regolamen-

vanche garantir la totalisation des périodes d'assurance accomplies en Allemagne au sein de cette organisation internationale, in *Europe*, n. 8-9, 2013, Comm., p. 26; M. ORLANDI, *La tutela del diritto alle prestazioni pensionistiche dei lavoratori europei al servizio di organizzazioni internazionali: la sentenza Gardella*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 4, 2013, p. 839).

⁵ La sentenza *Gardella*, cit., punto 1 del dispositivo, stabilisce che: “Gli articoli 45 TFUE e 48 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano alla normativa di uno Stato membro che non consenta ai suoi cittadini, dipendenti di un'organizzazione internazionale, quale l'Ufficio europeo dei brevetti, situata nel territorio di un altro Stato membro, di trasferire al regime previdenziale di tale organizzazione il capitale che rappresenta i diritti a pensione da essi maturati in precedenza nel territorio del loro Stato membro d'origine, in assenza di un accordo tra tale Stato membro e detta organizzazione internazionale che preveda la possibilità di tale trasferimento”.

⁶ Si cfr. la sentenza *Gardella*, cit., punto 34.

⁷ Categoria alla quale evidentemente apparteneva il sig. WP. Si cfr. le sentenze della Corte del: 22 dicembre 2022, causa C-404/21, *WP c. INPS*, punto 24; *Gardella*, cit., punto 25.

⁸ Regolamento del Consiglio (CEE) n. 1408/71, del 14 giugno 1971, “Relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità”, più volte modificato.

⁹ Regolamento del Consiglio (CE) n. 118/97, del 2 dicembre 1996, “che modifica e aggiorna il regolamento (CEE) n. 1408/71 relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità e il regolamento (CEE) n. 574/72 che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento (CEE) n. 1408/71”.

¹⁰ Reg. del Parlamento europeo e del Consiglio (CE) n. 883/2004, del 29 aprile 2004, “relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale”.

to 1149 del 20 giugno 2019¹¹, e che quindi al momento di calcolare l'importo della pensione, l'ente nazionale di previdenza sociale sarà tenuto a conteggiare anche i periodi di lavoro svolti presso l'organizzazione internazionale¹².

Sebbene tale impostazione fosse stata contestata da parte della dottrina che rilevava il permanere di un ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori e una certa incoerenza della scelta di fondo¹³, il quadro normativo di riferimento sembrava definito in maniera piuttosto chiaro. La controversia *WP c. Istituto Nazionale della Previdenza Sociale*, comunque, pur presentando delle spiccate analogie con quella risolta con la sentenza *Gardella*, presenta degli spunti piuttosto interessanti. In effetti: – da un lato risultava evidente che, nonostante la giurisprudenza *Gardella*, fosse stata piuttosto netta, la mancata possibilità di trasferire i contributi già versati al fondo pensione della BCE recava ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori; – da un secondo il sig. WP risultava essere un dipendente di un'istituzione europea (non di un'organizzazione internazionale), e ad esso poteva sembrare applicabile il regolamento del Consiglio n. 259/68¹⁴ che definisce lo Statuto dei funzionari delle Comunità europee¹⁵ (e oggi dell'Unione europea), il quale appunto prevede espressamente la possibilità, per coloro che

¹¹ Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio (UE) n. 2019/1149, del 20 giugno 2019, “che istituisce l'Autorità europea del lavoro, che modifica i regolamenti (CE) n. 883/2004, (UE) n. 492/2011, e (UE) 2016/589 e che abroga la decisione (UE) 2016/344”.

¹² La sentenza *Gardella*, cit., punto 1 del dispositivo, stabilisce che: “nel caso in cui il meccanismo di trasferimento del capitale che rappresenta i diritti a pensione maturati in precedenza in uno Stato membro verso il regime pensionistico di un nuovo datore di lavoro in un altro Stato membro non sia applicabile, l'articolo 45 TFUE dev'essere interpretato nel senso che osta alla normativa di uno Stato membro che non consenta di prendere in considerazione i periodi di lavoro che un cittadino dell'Unione europea ha compiuto presso un'organizzazione internazionale, quale l'Ufficio europeo dei brevetti, situata nel territorio di un altro Stato membro, ai fini del riconoscimento del diritto alla pensione di vecchiaia”.

¹³ Si cfr. M. ORLANDI, *La tutela*, cit., p. 853 ss.

¹⁴ Regolamento del Consiglio (CEE/Euratom/CECA) n. 259/68, del 29 febbraio 1968, “che definisce lo statuto dei funzionari delle Comunità europee nonché il regime applicabile agli altri agenti di tali Comunità, ed istituisce speciali misure applicabili temporaneamente ai funzionari della Commissione”.

¹⁵ In effetti l'art. 1 *bis*, paragrafo 1, dello “Statuto dei funzionari dell'Unione europea”, stabilisce che: “È funzionario dell'Unione ai sensi del presente statuto chiunque sia stato nominato, alle condizioni in esso previste, ad un impiego permanente presso un'istituzione dell'Unione mediante atto scritto dell'autorità di detta istituzione che ha il potere di nomina”.

vengono assunti nelle istituzioni dell'Unione europea che sia operato il trasferimento all'Unione del capitale attualizzato corrispondente ai diritti a pensione precedentemente maturati in uno Stato membro e questo al fine di agevolare il passaggio dagli impieghi nazionali in quelli nell'amministrazione europea¹⁶; – infine, si era registrata una sollecitazione della BCE alla Repubblica italiana e all'INPS affinché venisse stipulato uno specifico accordo finalizzato a rendere possibile il trasferimento dei diritti pensionistici maturati presso il sistema italiano (così come avviene per i funzionari dell'Unione europea). Tuttavia, in possibile violazione dell'obbligo di leale cooperazione tra Unione europea e Stati membri sancito all'articolo 4 TUE, l'INPS e la Repubblica italiana non avevano dato risposta a tale sollecitazione.

2. *L'impossibilità di trasferire i contributi già versati in uno Stato membro al fondo pensione BCE e gli ostacoli alla libera circolazione dei lavoratori che ne derivano*

Nella sentenza in commento la Corte risponde immediatamente al primo quesito superando i residui dubbi che, dopo la sentenza *Gardella*, potevano ancora sussistere sull'eventuale contrarietà con l'articolo 45 TFUE¹⁷ del rifiuto dell'INPS di trasferire al regime pensionistico della Banca centrale europea l'equivalente attuariale corrispondente ai contributi già versati dal sig. WP all'INPS.

¹⁶ Come chiarito da Corte giust. 16 dicembre 2004, causa C-293/03, *My*, punto 44: “il sistema di trasferimento dei diritti pensionistici, quale previsto dall'art. 11, n. 2, dell'allegato VIII dello Statuto [...] mira ad agevolare il passaggio dagli impieghi nazionali, pubblici o privati, all'amministrazione comunitaria e a garantire in tal modo alle Comunità le maggiori possibilità di scelta di personale qualificato che abbia già un'adeguata esperienza professionale”. Si cfr. anche le sentenze della Corte del: 4 febbraio 2021, causa C-903/19, *Ministre de la Transition écologique et solidaire e Ministre de l'Action et des Comptes publics*, punto 23; 20 ottobre 1981, causa 137/80, *Commissione c. Belgio*, punti 11 e 12.

¹⁷ Come chiarito dalla sentenza della Corte del 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Bosman*, in *Giustizia Civile*, 1996, parte I, p. 601 (con nota di M. ORLANDI, *Ostacoli alla libera circolazione dei calciatori e numero massimo di 'stranieri comunitari' in una squadra: osservazioni in margine alla sentenza Bosman*), punto 96, l'art. 45 TFUE non si limita a vietare le misure discriminatorie ma, colpisce anche “le disposizioni che impediscano ad un cittadino di uno Stato membro di lasciare il Paese d'origine per esercitare il suo diritto di libera circolazione, o che lo dissuadano dal farlo, costituiscono quindi ostacoli frapposti a tale libertà anche se si applicano indipendentemente dalla cittadinanza dei lavoratori interessati”.

La sentenza conferma che l'assenza di tale possibilità pur rappresentando un ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori¹⁸, categoria alla quale evidentemente appartengono i dipendenti dell'Unione europea¹⁹, risponde alle logiche previste dall'articolo 48 TFUE e dalle norme che vi hanno dato attuazione. In effetti la Corte, come già fatto nella sentenza *Gardella*, ricorda che, al fine di garantire in maniera effettiva la libertà di circolazione di lavoratori prevista dall'articolo 45 TFUE, in applicazione dell'articolo 48 TFUE, sono stati adottati i richiamati regolamenti 1408/71, 118/97, 883/04 e 1149/19, i quali hanno attuato un sistema che consente di assicurare ai lavoratori migranti il "cumulo di tutti i periodi presi in considerazione dalle varie legislazioni nazionali, sia per il sorgere e la conservazione del diritto alle prestazioni sia per il calcolo di queste". Il che consente di superare il rischio di perdere i diritti già maturati prima del trasferimento in un altro Stato membro nonché quelli di non raggiungere, in alcuno Stato membro, un periodo di contribuzione sufficiente a legittimare il pagamento di una pensione di anzianità.

Quello della totalizzazione dei periodi contributivi costituisce un meccanismo diverso rispetto a quello del trasferimento dei diritti già maturati, che in alcuni casi può non risultare altrettanto conveniente per il lavoratore, ma comunque è un meccanismo funzionante, applicabile anche a coloro che hanno lavorato presso delle organizzazioni internazionali²⁰, che nel ca-

¹⁸ In effetti la sentenza *WP*, cit., punto 47 conferma come "l'impossibilità di far trasferire al regime pensionistico di un'istituzione dell'Unione i diritti a pensione maturati nel regime pensionistico di uno Stato membro potrebbe rendere più difficile l'assunzione, da parte di tale istituzione, di personale con una certa anzianità proveniente da tale Stato membro, poiché il passaggio dell'interessato al servizio di detta istituzione potrebbe, in mancanza di tale trasferimento, privarlo, in tutto o in parte, dei diritti a pensione ai cui avrebbe titolo se non avesse accettato di entrare al servizio di un'istituzione dell'Unione". Si cfr. anche le sentenze della Corte del: 4 febbraio 2015, causa C-647/13, *Melchior*, punto 26; 4 febbraio 2021, causa C-903/19, *Ministre de la Transition écologique et solidaire et Ministre de l'Action et des Comptes publics*, punto 34; sentenza *Commissione c. Belgio*, cit., punto 19.

¹⁹ Come chiarito con giurisprudenza costante un funzionario dell'Unione, o di una organizzazione internazionale, ha la qualità di lavoratore migrante. Si cfr. le sentenze della Corte del: 5 dicembre 2013, causa C-166/12, *Časta*, punto 27; sentenza *Gardella*, cit., punto 25; 16 febbraio 2006, causa C-185/04, *Öberg*, punto 12; sentenza *My*, cit., punto 37; 15 marzo 1989, cause riunite 389/87 e 390/87, *Echternach e Moritz*, punto 11. Nella sentenza *WP*, cit., punto 24, non sorprendentemente, la Corte ha ulteriormente precisato che nella nozione di lavoratore migrante vi rientra anche il dipendente della BCE.

²⁰ Per quanto concerne l'Italia si cfr. la legge del 29 luglio 2015, n. 115, "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea

so di specie, può essere tranquillamente utilizzato dal sig. WP, per non perdere i diritti a pensione già maturati in Italia.

Per quanto concerne invece le specifiche richieste di trasferimento dei contributi attuarializzati già versati, la Corte precisa che, nel caso dei lavoratori migranti, siccome né il TFUE né i richiamati regolamenti hanno previsto norme che impongano anche il trasferimento del capitale che rappresenta i diritti a pensione già maturati²¹, un diniego di tale trasferimento non può risultare in contrasto con la normativa europea e segnatamente con gli articoli 45 e 48 TFUE²².

3. *Il dipendente della BCE tecnicamente non è un funzionario dell'Unione europea*

La situazione sarebbe stata diversa se, come affermato dal sig. WP, egli fosse stato qualificabile come un funzionario dell'Unione europea o da questa assunto mediante contratto. Lo sarebbe stato in quanto avrebbe potuto beneficiare delle disposizioni di cui all'articolo 11, paragrafo 2, dell'allegato VIII dello "Statuto dei funzionari dell'Unione europea"²³ e dell'articolo 14 del Protocollo n. 7 "Sui privilegi e sulle immunità

– Legge europea 2014", articolo 18, il quale è stato evidentemente introdotto a seguito della sentenza *Gardella*, cit.

²¹ Si cfr. le sentenze *WP*, cit., punto 28 e *Gardella*, cit., punto 33.

²² Si cfr. la sentenza *WP*, cit., punto 29.

²³ L'articolo 11, paragrafo 2, dell'allegato VIII dello "Statuto dei funzionari dell'Unione europea" così dispone: "Il funzionario che entra al servizio dell'Unione dopo: – aver cessato di prestare servizio presso un'amministrazione, un'organizzazione nazionale o internazionale ovvero, – aver esercitato un'attività subordinata o autonoma, ha facoltà, tra il momento della sua nomina in ruolo e il momento in cui ottiene il diritto a una pensione di anzianità ai sensi dell'articolo 77 dello statuto, di far versare all'Unione il capitale, attualizzato fino al trasferimento effettivo, che rappresenta i diritti a pensione da lui maturati per le attività di cui sopra. In tal caso l'autorità che ha il potere di nomina di ciascuna istituzione presso cui il funzionario presta servizio determina, mediante disposizioni generali di esecuzione, tenuto conto dello stipendio base, dell'età e del tasso di cambio alla data della domanda di trasferimento, le annualità che computa, secondo il regime dell'Unione delle pensioni, a titolo di servizio prestato in precedenza, sulla base del capitale trasferito, previa deduzione dell'importo corrispondente alla rivalutazione del capitale tra la data della domanda di trasferimento e quella del trasferimento effettivo. Il funzionario potrà avvalersi di questa facoltà soltanto una volta per Stato membro e per fondo di pensione".

dell'Unione europea"²⁴, norme che prevedono il pieno diritto per i funzionari dell'Unione – che al momento dell'assunzione avessero già lavorato in uno Stato membro – di trasferire i contributi attuarializzati da loro già versati.

Nonostante la BCE costituisca indiscutibilmente un'istituzione dell'Unione europea e nonostante il fatto che, ai sensi dell'articolo 22 del Protocollo n. 7 “Sui privilegi e sulle immunità dell'Unione europea”, lo stesso si applichi “anche alla BCE, ai membri dei suoi organi e al suo personale”²⁵, la Corte ha correttamente evidenziato che tale circostanza non può giustificare una deroga a specifiche disposizioni del Trattato²⁶. In particolare, ha sottolineato che l'articolo 11, paragrafo 2, dell'allegato VIII dello “Statuto dei funzionari dell'Unione europea” non si applica ai dipendenti della BCE²⁷ i quali sono assunti direttamente dalla BCE²⁸, istituzione che ai sensi dell'art. 282, par. 3, TFUE, è dotata di personalità giuridica distinta da quella dell'Unione²⁹. Vi è da aggiungere che il Protocollo n. 4 “Sullo statuto del Sistema europeo di banche centrali e della Banca centrale europea”, all'art. 36, par. 1, contiene la disposizione ai sensi della quale il Consiglio direttivo della BCE deve adottare – ed ha effettivamente adottato, con decisione del 9 giugno 1998 modificata il 31 marzo 1999 – specifiche norme che definiscano le condizioni di impiego del personale della Banca centrale europea³⁰.

Ne deriva che sia la Corte di giustizia³¹, sia l'Avvocato generale Pikamäe, correttamente, hanno negato che ai dipendenti della BCE fossero

²⁴ Ai sensi del Protocollo n. 7 “Sui privilegi e sulle immunità dell'Unione europea”, articolo 14, “Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione delle istituzioni interessate, stabiliscono il regime di previdenza sociale applicabile ai funzionari e agli altri agenti dell'Unione”

²⁵ Ai sensi del Protocollo n. 7 “Sui privilegi e sulle immunità dell'Unione europea”, articolo 22: “il presente protocollo si applica anche alla Banca centrale europea, ai membri dei suoi organi e al suo personale, senza pregiudizio delle disposizioni del protocollo sullo statuto del sistema europeo di banche centrali e della Banca centrale europea.

²⁶ Si cfr. sentenza *WP*, cit., punto 40.

²⁷ *Ivi*, punto 32.

²⁸ *Ivi*, punto 34.

²⁹ L'art. 282, par. 3, prima frase de TUE dispone che: “la Banca centrale europea ha personalità giuridica”.

³⁰ Decisione della Banca centrale europea, BCE/1998/4, del 9 giugno 1998, “relativa all'adozione delle condizioni di impiego del personale della Banca centrale europea recante le modifiche apportate il 31 marzo 1999”.

³¹ Si cfr. la sentenza *WP*, cit., punti 33 e 34.

applicabili l'allegato VIII ed in particolare il suo articolo 11³². In effetti la Corte ha chiarito che: "i membri del personale della BCE non sono stati nominati funzionari dell'Unione alle condizioni previste all'articolo 1 *bis*, paragrafo 1, dello Statuto, di modo che, come risulta dal combinato disposto di tale disposizione e dell'articolo 1 dello Statuto, quest'ultimo non è loro applicabile"³³. I dipendenti della BCE sono dunque soggetti ad un regime specifico stabilito dal suo Consiglio direttivo e concretamente definito nelle condizioni d'impiego previste dalla BCE.

4. *L'assenza di effetti diretti dell'articolo 8, lett. a), dell'Allegato III bis "sulle condizioni d'impiego presso la BCE"*

Sebbene l'articolo 8, lettera a), dell'allegato III *bis*, prevede che la BCE concluda accordi e concordi con altri regimi pensionistici o governi, opportune misure al fine di consentire il trasferimento al regime pensionistico della BCE degli importi in denaro eventualmente già versati all'Ente previdenziale nazionale³⁴, tali accordi non sono mai stati conclusi tra la BCE e l'INPS, ma restano assolutamente necessari per attuare il diritto al trasferimento dei contributi³⁵.

In assenza di tali accordi il richiamato articolo 8, lettera a): da un lato,

³² Da notare che se fosse stato applicabile, l'art. 11 avrebbe prodotto significativi effetti. In effetti la sentenza *Commissione c. Belgio*, cit., punti 8 e 9, ha precisato che: "lo Statuto obbliga altresì gli Stati membri ogni qualvolta la loro collaborazione sia necessaria per la sua attuazione. Pertanto, nel caso in cui una disposizione statutaria richieda provvedimenti di attuazione sul piano nazionale, gli Stati membri sono tenuti ad adottare tutte le opportune misure di carattere generale o particolare, ai sensi dell'art. 5 del Trattato CEE".

³³ Così la sentenza *WP*, cit., punto 33.

³⁴ L'art. 8 dell'allegato III *bis* "sulle condizioni di impiego della BCE", dispone che: "(a) La BCE conclude accordi e concorda opportune misure con altri sistemi pensionistici, organizzazioni e governi che determina, al fine di accettare il trasferimento al [sistema pensionistico della BCE] di importi di denaro in relazione ai membri del personale che abbiano completato il loro periodo di prova presso la BCE".

³⁵ In effetti la sentenza *Časta*, cit., punti 31 e 32, aveva evidenziato che "gli Stati membri dispongono di un ampio potere discrezionale in sede di adozione delle proprie normative nazionali di attuazione dell'articolo 11, paragrafo 2, dell'allegato VIII dello Statuto [...ed] in particolare per [quanto concerne] il metodo di determinazione, da parte degli Stati membri, dell'importo del capitale che rappresenta i diritti a pensione maturati nel regime nazionale e destinati a essere presi in considerazione nel regime pensionistico dell'Unione".

prevedendo un diritto che risulta subordinato a talune modalità di attuazione e a condizioni, non è formulato in maniera tale da creare obblighi incondizionati e sufficientemente precisi in capo agli Stati membri tanto da produrre effetti diretti; dall'altro lato non è contenuto in un atto legislativo dell'Unione europea³⁶, e dunque “non può imporre agli Stati membri l'obbligo di concludere siffatti accordi e di acconsentire al trasferimento, al regime pensionistico della BCE, dei diritti a pensione maturati presso il suo regime pensionistico nazionale da un membro del personale della BCE”³⁷. Non può farlo in quanto, le condizioni di impiego della BCE non sono state adottate, né potrebbero essere adottate³⁸, “con un atto legislativo e, di conseguenza, non possono, di per sé, creare obblighi a carico degli Stati membri”³⁹.

Ne risulta del tutto concludente che la Corte abbia affermato che: “allo stato attuale del diritto dell'Unione, in mancanza di un accordo concluso tra la BCE e lo Stato membro interessato, tale Stato membro non è tenuto a prevedere la facoltà, per un membro del personale della BCE, di chiedere il trasferimento al regime pensionistico di quest'ultima dei diritti a pensione da lui maturati presso il regime pensionistico di detto Stato membro. Ne deriva pertanto che, in mancanza di un siffatto accordo tra la BCE e lo Stato membro interessato, il diritto dell'Unione non prevede, allo stato attuale, un diritto soggettivo per un membro del personale della BCE di chiedere il trasferimento al regime pensionistico di quest'ultima dei diritti a pensione da lui maturati presso il regime pensionistico di detto Stato membro”⁴⁰.

Analogamente la Corte ha stabilito che il diritto dell'Unione “non auto-

³⁶ Ma in una decisione che risulta vincolante solamente la stessa BCE.

³⁷ Così la sentenza *WP*, cit., punto 37.

³⁸ In effetti, come è ben noto, la BCE può adottare atti legislativi solo nella misura necessaria all'assolvimento dei compiti menzionati all'art. 132, par. 1, primo alinea, TFUE, i quali non hanno alcuna relazione con il regime pensionistico del suo personale. L'art. 132, par. 1, primo alinea, TFUE. dispone infatti che: “per l'assolvimento dei compiti attribuiti al SEBC, la Banca centrale europea, in conformità delle disposizioni dei Trattati e alle condizioni stabilite nello statuto del SEBC e della BCE: – stabilisce regolamenti nella misura necessaria per assolvere i compiti definiti nell'articolo 3, paragrafo 1, primo trattino, negli articoli 19, paragrafo 1, 22 o 25, paragrafo 2 dello statuto del SEBC e della BCE e nei casi che sono previsti negli atti del Consiglio di cui all'articolo 129, paragrafo 4, – prende le decisioni necessarie per assolvere compiti attribuiti al SEBC in virtù dei Trattati e dello statuto del SEBC e della BCE, – formula raccomandazioni o pareri”.

³⁹ Così la sentenza *WP*, cit., punto 38.

⁴⁰ *Ivi*, punto 43.

rizza il giudice di uno Stato membro adito da un membro del personale della BCE a disporre il trasferimento al regime pensionistico di quest'ultima dei diritti a pensione maturati dall'interessato presso il regime pensionistico di tale Stato membro, in assenza di una disposizione del diritto nazionale o di un accordo, concluso tra lo Stato membro interessato e la BCE”⁴¹.

5. *L'obbligo di leale cooperazione al fine di concludere accordi proposti dalla BCE che consentano il trasferimento al regime pensionistico di quest'ultima dei diritti a pensione già maturati all'interno dello Stato*

Se la Corte afferma in maniera netta che, allo Stato dell'arte non è configurabile un vero e proprio diritto per i dipendenti della BCE ad ottenere il trasferimento alla BCE dei versamenti già effettuati al regime previdenziale nazionale, non si esime dal ricordare che l'assenza di tale possibilità comporta il permanere di un ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori⁴², argomento al quale si può aggiungere che l'articolo 8 dell'allegato III *bis* sembra affidare alla BCE un preciso compito: quello di concludere accordi con gli Stati membri finalizzati a permettere il trasferimento dei versamenti già effettuati in applicazione del regime previdenziale nazionale da coloro che sono assunti dalla BCE alla BCE stessa, ma la conclusione di tali Accordi non è assolutamente possibile senza la fattiva e leale collaborazione degli Stati membri.

La BCE risulta adempiente nei confronti dei richiamati doveri avendo effettivamente proposto, già dal 2005, un siffatto accordo alla Repubblica italiana così come ha fatto nei confronti degli altri Stati membri. Non altrettanto adempiente può invece essere considerata la Repubblica italiana la quale, non solamente non ha accettato la proposta (cosa alla quale peraltro non era tenuta), ma non ha nemmeno cercato di sviluppare dei negoziati con la BCE.

Se la Repubblica italiana non era tenuta a concludere l'accordo con la BCE, era perlomeno tenuta ad assumere un atteggiamento collaborativo, visto che la resistenza operata, ostacolando il perseguimento di un obiettivo della BCE⁴³, veniva a definirsi in sostanziale antitesi con l'obbligo di leale cooperazione sancito all'articolo 4 TUE.

⁴¹ Così la sentenza *Gardella*, cit., punto 60.

⁴² Si cfr. la sentenza *WP*, cit., punto 47, precedentemente riportato.

⁴³ È da rammentare che, secondo la precedentemente richiamata giurisprudenza, comportamenti degli Stati membri in materia di trasferimento dei diritti a pensione che ab-

Si rammenta infatti che, in forza dell'articolo 4 TUE, “gli Stati membri devono, in particolare, facilitare all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e astenersi da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione”⁴⁴.

Tale assenza di collaborazione risulta ancora più grave ove si consideri il contesto in cui si verifica. In effetti, da un lato può determinare un ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori⁴⁵ e dall'altro è tale da generare una vera e propria discriminazione di trattamento pensionistico tra i dipendenti della BCE che abbiano svolto attività lavorativa in Stati membri diversi prima di essere assunti presso la BCE⁴⁶, discriminazione che, secondo l'Avvocato generale Pikamäe sarebbe in sostanziale violazione dell'art. 20 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁴⁷.

In effetti, come correttamente evidenziato dall'Avvocato generale⁴⁸ e dalla stessa Corte, quasi tutti gli Stati che partecipano all'Unione economica e monetaria “hanno concluso, talvolta da molto tempo, accordi con la BCE per autorizzare il trasferimento, al regime pensionistico di quest'ultima, dei diritti a pensione maturati dai dipendenti della BCE presso i loro regimi nazionali”⁴⁹. Tale situazione è quindi tale da determinare una spiacevole situazione di disparità di trattamento tra i dipendenti della

biano l'effetto di rendere più difficile per le istituzioni dell'Unione l'assunzione di personale, risultano incompatibili con l'obbligo di leale cooperazione previa dall'art. 4 del TUE. Si cfr.: l'ordinanza della Corte del 9 luglio 2010, cause riunite 9 luglio 2010, cause riunite C-286/09 e C-287/09 *Ricci e Pisaneschi*, punti 28-30; la sentenza *My*, cit., punto 48.

⁴⁴ Così la sentenza *WP*, cit., punto 46. Si cfr. anche la sentenza della Corte del 30 novembre 2021, causa C-3/20, *LR Generälprokuratūra*, punto 95.

⁴⁵ Si cfr. la sentenza *WP*, cit., punto 47, riportato in precedenza.

⁴⁶ *Ivi*, punto 49.

⁴⁷ Si cfr. le conclusioni dell'Avv. gen. Pikamäe alla causa *WP*, cit., presentate il 7 luglio 2022, punti 33 e 34. Da notare peraltro che mentre l'Avv. gen. intravede una inammissibile differenza di trattamento tra i funzionari dell'Unione e quelli della BCE, la Corte di giustizia evidenzia la differenza di trattamento tra i funzionari della BCE che abbiano in precedenza lavorato in Stati membri i cui regimi pensionistici abbiano concluso accordi con la BCE e Stati membri i cui regimi pensionistici non abbiano concluso simili accordi.

⁴⁸ *Ivi*, punto 33 e punto 58. Peraltro l'Avv. gen., al punto 44 delle proprie conclusioni precisa anche che le considerazioni sul principio della parità di trattamento “possano rivelarsi pertinenti all'atto di stabilire le norme concrete per il trasferimento dei diritti a pensione nel contesto dei negoziati intesi alla conclusione di un accordo tra la BCE e uno Stato membro [...], si deve nondimeno riconoscere che le disposizioni succitate non sono, di per sé stesse, idonee a fungere da base giuridica per obbligare uno Stato membro a concludere un siffatto accordo”.

⁴⁹ Così la sentenza *WP*, cit., punto 48.

BCE che abbiano in precedenza avuto un'esperienza lavorativa in Stati membri diversi⁵⁰.

Vi è da aggiungere che, come rilevato anche dall'Avvocato generale⁵¹, il comportamento della Repubblica italiana, il quale comporta necessariamente che alcuni dipendenti dell'Unione europea siano trattati in maniera diversa da altri, sembra porsi in contrasto con: – il disposto dell'art. 298 del TFUE ai sensi del quale “nell'assolvere i loro compiti le istituzioni, organi e organismi dell'Unione si basano su un'amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente”; – il principio dell'unicità della funzione pubblica⁵², sancito all'articolo 9, paragrafo 3 del Trattato di Amsterdam⁵³.

Se concretamente l'obbligo di leale cooperazione non può comportare per la Repubblica italiana il dovere di concludere qualsiasi accordo che le venga proposto dalla BCE⁵⁴, essa è invece tenuta a “partecipare attivamente e in buona fede ai negoziati con la BCE diretti a concludere con quest'ultima un accordo dopo l'avvio degli stessi, al fine di rimuovere gli eventuali ostacoli esistenti, anche per quanto riguarda la determinazione di un metodo appropriato per il calcolo dell'importo equivalente ai diritti da trasferire”⁵⁵.

Nell'ambito di un rinvio pregiudiziale la Corte di giustizia non può formalmente accertare la sussistenza di una violazione dell'art. 4 TUE commesso dalla Repubblica italiana, ma i punti 52 e 53 della motivazione sembrano suonare da un lato come una sollecitazione per quest'ultima ad attivarsi e dall'altro come un sostanziale via libera per la Commissione ad iniziare, nel caso di un protrarsi della mancata cooperazione con la BCE, la

⁵⁰ *Ivi*, punto 49. Si cfr. anche, *mutatis mutandis*, la sentenza *Commissione c. Belgio*, cit., punto 19.

⁵¹ Si cfr. le conclusioni dell'Avv. gen. Pikamäe alla causa *WP*, cit., punto 56 ss.

⁵² Come chiarito dalla sentenza del Tribunale del 14 dicembre 2017, causa T-21/17, *RL c. Corte di giustizia dell'Unione europea*, punto 51: “in base ad una giurisprudenza costante, secondo il principio di unicità della funzione pubblica, sancito dall'articolo 9, paragrafo 3, del Trattato di Amsterdam, tutti i funzionari sono soggetti ad uno Statuto unico e quindi alle stesse disposizioni”. Si cfr. anche le sentenze del Tribunale del: 28 aprile 2017, causa T-580/16, *Azoulay*, punto 57; 11 ottobre 2012, T-622/11 P, *Cervelli c. Commissione*, punto 25.

⁵³ L'art. 9, par. 3 del Trattato di Amsterdam stabilisce che “I funzionari e altri agenti delle Comunità europee fanno parte dell'amministrazione unica di tali Comunità e ad essi si applicano le disposizioni adottate a norma dell'articolo 212 del trattato che istituisce la Comunità europea”.

⁵⁴ Si cfr. la sentenza *WP*, cit., punti 37 e 52.

⁵⁵ *Ivi*, punto 52.

procedura di cui all'articolo 258 ss. TFUE tesa ad ottenere una dichiarazione di inadempimento della Repubblica italiana agli obblighi che le derivano dai Trattati europei.

LA CORTE DI GIUSTIZIA RINVIENE UNA FATTISPECIE CHE SI ASSUMEVA PERDUTA: L'ABUSO DI STRUTTURA

Oreste Pallotta*

SOMMARIO: 1. Una fattispecie in desuetudine. – 2. La dottrina delle origini. – 3. Alcune tracce di permanenza dell'istituto fino alla pronuncia *Towercast*. – 4. Dubbi a margine.

1. *Una fattispecie in desuetudine*

Scomparsa dalla maggior parte delle più recenti trattazioni in materia di diritto europeo della concorrenza, pur con talune eccezioni¹, la fattispecie dell'abuso di struttura sembrava ormai relegata ad esercizi ricostruttivi o alla memoria di antitrustisti di lungo corso, al punto da far legittimamente dubitare della sua sopravvivenza a seguito dell'adozione dei due regolamenti europei sulle concentrazioni tra imprese succedutisi nel tempo.

Del tutto comprensibile allora che, nella recente vicenda *Towercast*², tanto l'autorità di concorrenza francese quanto il giudice del rinvio si siano posti il fondato dubbio della possibilità di valutare ancora oggi, sulla scorta di un esame *ex post* basato sull'art. 102 TFUE, un'operazione di concentrazione realizzata da un'impresa in posizione dominante, quantunque l'operazione di acquisizione del controllo in sé considerata risulti al disotto di qualsivoglia soglia di fatturato, tanto comunitaria quanto nazionale. In sostanza, ci si è chiesti se tutt'oggi esista o meno la fattispecie dell'abuso di struttura o si tratti di un istituto relegabile al passato.

Geneticamente formatasi nell'alveo del divieto di abuso di posizione dominante, sfruttandone il carattere di norma “in bianco”³, la fattispecie

* Professore Associato di Diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Palermo

¹ Si vedano P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2019, p. 169; P. MANZINI, *Diritto antitrust dell'Unione europea*, Torino 2022, p. 31 ss. e 183 ss.; G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, vol. II, a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO, Napoli, 2021, p. 234 ss.

² Sentenza della Corte del 16 marzo 2023, causa C-449/21.

³ Cfr. M. D'OSTUNI, M. BERETTA, *Il diritto della concorrenza in Italia*, Torino, 2021, p. 757, secondo i quali “pur avendo natura sostanzialmente penale, il divieto di abuso di posizione dominante è una norma incriminatrice aperta”.

dell'abuso di struttura ha però da sempre scontato un certo carattere artificioso, volto più a supplire un significativo vuoto giuridico fintanto che, negli anni addietro, si è stati in assenza di una disciplina *ad hoc* dei fenomeni di crescita esterna delle imprese, che non a realizzare una sua naturale funzione precettiva.

Di conseguenza, non poteva che risultare fisiologica la progressiva scomparsa dei casi di applicazione di un simile istituto, in concomitanza con l'adozione ed applicazione progressiva delle regole specifiche sui *merger* e con l'introduzione del meccanismo del necessario controllo preventivo in luogo di quello successivo ed eventuale, tipico del divieto di abuso di posizione dominante.

Come oltremodo noto, difatti, è stato dapprima il Regolamento (CEE) n. 4064/89 a presentarsi come "*uno strumento giuridico nuovo*"⁴, volto a consentire un controllo effettivo delle operazioni di concentrazione incidenti sulla struttura concorrenziale del mercato interno; successivamente, è stato il regolamento (CE) n. 139/2004 ad introdurre "*uno strumento giuridico specifico*" di controllo delle concentrazioni di dimensione comunitaria che fosse "*il solo applicabile a tali concentrazioni*"⁵, pur restando in effetti sullo sfondo l'applicabilità astratta degli artt. 101 e 102 TFUE a talune ipotesi di operazioni societarie non sussumibili nel nuovo regime di controllo preventivo delle operazioni di concentrazione UE⁶, così come nemmeno intercettabili dalle singole discipline nazionali in materia.

A valle dell'entrata in vigore di regole europee specifiche sul controllo *ex ante* delle operazioni di concentrazione, da sommarsi a quelle nazionali per il vaglio dei casi non rilevanti per l'ordinamento UE, appariva però piuttosto ragionevole abbandonare la forzatura del testo dell'art. 102 TFUE, volta a ricomprendervi anche mere operazioni di natura societaria che non riverberassero in comportamenti attivi e/o omissivi sui mercati interessati.

Senza stare qui a scomodare l'antica riflessione per cui tra il necessario ed il vietato sussiste sempre il possibile (la concorrenza, d'altronde, è spazio di libertà prim'ancora che di divieti), è la stessa lettera dell'art. 21, par. 1, del reg. 139/2004 sulle concentrazioni a stabilire che il reg. 1/2003 –

⁴ GUCE L 395 del 30 dicembre 1989; cfr. settimo cons.

⁵ GUUE L 24 del 29 gennaio 2004; cfr. sesto cons.

⁶ Cfr. il settimo cons. del reg. 139/04, secondo cui "gli articoli 81 e 82 [oggi 101 e 102], pur potendo essere applicati, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, a talune concentrazioni, non sono sufficienti a controllare tutte le operazioni che rischiano di rivelarsi incompatibili con il regime di concorrenza non falsata contemplato dal trattato".

contenente le regole di *public enforcement* degli artt. 101 e 102 TFUE – non è applicabile alle concentrazioni di dimensione comunitaria “*fuorché per imprese comuni che non hanno dimensione comunitaria ed hanno per oggetto o per effetto il coordinamento del comportamento concorrenziale di imprese che restano indipendenti*”⁷. In sostanza, l'immanenza in controtuce delle norme di concorrenza dei trattati veniva più comprensibilmente ricondotta alle ipotesi di *joint venture* di tipo cooperativo, in cui è forte il rischio di condotte collusive annidate nelle pieghe dei meccanismi di organizzazione e funzionamento della stessa *JV*.

Per giunta, della fattispecie dell'abuso di struttura non si rinviene alcuna traccia nemmeno nelle recentissime modifiche apportate agli Orientamenti della Commissione europea sulle priorità nell'applicazione dell'art. 102 TFUE⁸; e ciò nonostante le modifiche alla comunicazione puntino proprio ad un massiccio potenziamento dell'approccio sostanzialistico da parte della Commissione europea nell'applicazione dell'art. 102 TFUE, sulla base di un *enforcement* basato sugli effetti e mirato a ridurre sempre più l'area delle cd. “preclusioni anticoncorrenziali”, da intendersi come tutte quelle situazioni “*in cui il comportamento dell'impresa dominante compromette una struttura concorrenziale effettiva, consentendo così all'impresa dominante di influenzare negativamente, a suo vantaggio e a danno dei consumatori, i diversi parametri della concorrenza, quali i prezzi, l'innovazione, la varietà o la qualità dei beni o dei servizi*”⁹.

2. La dottrina delle origini

Ripercorrendola dal punto di vista per così dire storico, la fattispecie dell'abuso di struttura nasce e si sviluppa in epoca embrionale del diritto comunitario della concorrenza per sopperire – come si accennava - al vuoto giuridico derivante dall'assenza di un quadro normativo specifico in tema di concentrazioni tra imprese.

Difatti, è con la nota pronuncia *Continental Can*¹⁰ che la fattispecie

⁷ In proposito, si veda E. OCELLO, *Commento all'art. 21 del reg. 139/2004*, in F. ARENA, R. CHIEPPA (a cura di), *Codice della Concorrenza*, Milano, 2023, p. 54.

⁸ Modifiche alla comunicazione della Commissione – Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, in GUEE C116 del 31 marzo 2023.

⁹ Cfr. par. 1.

¹⁰ Sentenza del 21 febbraio 1973, causa 6/72.

dell'abuso di struttura viene individuata nel “*fatto che un'impresa in posizione dominante rafforzi tale posizione al punto che il grado di dominio così raggiunto rappresenti un sostanziale ostacolo per la concorrenza, nel senso di lasciar sussistere solo imprese dipendenti, per il loro comportamento, dall'impresa dominante*” (punto 26). La Corte di giustizia, dunque, ritenne sufficiente – ai fini della configurazione dell'abuso – l'evento in sé della riduzione nei mercati interessati della concorrenza potenziale in ragione, non già di condotte attive od omissive realizzate dall'impresa in posizione dominante su quei mercati, ma della mera operazione societaria consistente nell'acquisizione del controllo dell'impresa concorrente e più precisamente “*il fatto che determinate imprese, collegandosi in un'unità organica, possano raggiungere una posizione dominante tale da escludere in pratica qualsiasi seria possibilità di concorrenza*” (punto 25).

In quest'ottica, l'abuso di struttura veniva fatto ricadere nel macro-alveo dei comportamenti escludenti, in quanto volto in definitiva all'eliminazione dei *competitor* non già mediante condotte attive e/o omissive rivolte contro di essi sul mercato di riferimento, bensì attraverso interventi strutturali nella loro stessa compagine societaria aventi l'effetto di allentarne le leve competitive. Nondimeno, nella delineazione fornita dalla c.d. dottrina *Continental Can*, l'abuso di struttura poteva al contempo porsi come illecito *antitrust* di sfruttamento, dal momento che “*a prescindere dalla colpa, si può infatti considerare abusiva la posizione dominante che giunga al punto di eludere gli obiettivi del trattato mediante una modifica così profonda della struttura dell'offerta da compromettere gravemente la libertà d'azione del consumatore sul mercato*” (punto 29)¹¹.

Quattro diventano, a questo punto, gli elementi sintomatici dell'abuso di struttura: (i) la quota di mercato complessivamente detenuta dalle imprese parti dell'operazione di concentrazione; (ii) le dimensioni societarie dei *competitor* rimasti indipendenti; (iii) il grado di concorrenza potenziale residua esercitata da parte dei concorrenti diretti e di quelli indiretti, (iv) il livello di potere di contrasto degli acquirenti rispetto al nuovo gruppo derivante dall'operazione societaria.

In tale prospettiva, l'abuso diviene quindi in *re ipsa*, dovendo essere

¹¹ Cfr. P. MANZINI, *op. cit.*, secondo cui “la rilevanza della tutela del consumatore finale nel contesto dell'art. 102 è stata ampliata dalla Corte nella sentenza *Continental Can* [...] I consumatori dunque sono l'oggetto di tutela dell'art. 102, sia quando sono colpiti direttamente dagli effetti della pratica abusiva [...] sia quando lo sono indirettamente, attraverso pratiche che pregiudicano i concorrenti dell'impresa dominante, rafforzando il grado di controllo del mercato di quest'ultima”; p. 31.

rintracciato nel fatto stesso del consolidamento della posizione dominante detenuta dalla medesima impresa acquirente, senz'alcun altro reale accertamento aggiuntivo¹²; in questo senso – prosegue la Corte – “*il problema [...] del nesso di causalità che dovrebbe esistere [...] fra la posizione dominante e il suo sfruttamento abusivo è irrilevante*” (punto 27). Unica condizione posta in definitiva dalla Corte di giustizia al suo approccio massimalista e funzionalista è che l'abuso – realizzatosi mediante l'utilizzo di operazioni societarie – conduca alla potenziale esclusione di “*qualsiasi seria possibilità di concorrenza*”.

Successivamente alla dottrina *Continental Can*, la forte esigenza di un *framework* settoriale in tema di concentrazioni nasceva dalla sommatoria di diverse esigenze; quantomeno di: (i) mantenere un controllo centralizzato delle principali operazioni di *M&A*, perché la politica di concorrenza rimanesse un *driver* di politica economica europea nonostante il generale processo di decentramento nell'applicazione delle norme *antitrust*; (ii) garantire un vaglio di tali operazioni con un adeguato grado di competenza tecnica, consentendo un buon livello di temperamento tra effetti anti-competitivi e guadagni di efficienza; (iii) assicurare alle imprese interessate un innalzamento del livello di certezza giuridica e di affidamento che - a differenza di un procedimento di controllo eventuale e successivo - un vaglio necessario e preventivo indubbiamente assicura.

Chiaro che nessuna di tali esigenze poteva dirsi soddisfatta in uno scenario di valutazione delle operazioni di concentrazione con la lente del divieto di abuso di posizione dominante; cosicché la fattispecie dell'abuso di struttura è divenuta via via recessiva.

3. *Alcune tracce di permanenza dell'istituto fino alla pronuncia Towercast*

Uno dei punti lasciati aperti dalla pronuncia *Continental Can* era peraltro legato alle soglie di rilevanza dell'abuso, rinvenendosi nella pronuncia talvolta riferimenti alla “*unità organica*” (da intendersi evidentemente

¹² Conferma di tale lettura si rinviene autorevolmente in G. TESAURO, *op. cit.*, il quale – in commento alla pronuncia in questione – sostiene che “l'abuso può anche derivare dal semplice consolidarsi di una posizione dominante, attraverso l'acquisizione di un concorrente, al punto da creare un ostacolo oggettivo alla concorrenza e far dipendere il comportamento di eventuali altre imprese da quello dell'impresa dominante. Il rafforzamento della posizione dominante può esaurirsi in un abuso vietato dall'art. 102 TFUE indipendentemente dai mezzi e procedimenti utilizzati a questo fine” (p. 234).

come concentrazione), altre volte ad una più generica “*compenetrazione fra le imprese*”. In sostanza, la pronuncia seguiva un approccio il più funzionalista possibile, volto al raggiungimento di un regime di concorrenza piena e non falsata; in quest’ottica ciò che rilevava era unicamente il rischio di “*escludere in pratica qualsiasi seria possibilità di concorrenza*” (punto 25), indipendentemente dai connotati formali dell’operazione societaria investigata.

Ancor più estensiva, invero, è stata la successiva interpretazione rinvenibile nelle conclusioni dell’Avvocato generale Mancini presentate il 17 marzo 1987 nel famoso caso *British American Tobacco Company*, secondo le quali “*per riconoscere l’esistenza di un abuso [...] l’entità del controllo posseduto non conta; conta che quest’ultima operi in modo da indebolire una concorrenza su cui la posizione da essa acquisita ha già avuto effetti negativi. Né è indispensabile che tale indebolimento sia sostanziale; decisivo, piuttosto, è che la condotta dell’impresa incida sensibilmente sul commercio tra gli Stati membri*” (punto 7).

Tuttavia, le conclusioni summenzionate vengono poi significativamente ridimensionate nella loro portata dalla susseguente pronuncia della Corte di giustizia¹³ che, occupandosi di un caso di partecipazione indiretta del 21,9% agli utili della diretta concorrente unitamente ad una serie di patti ancillari di mantenimento dell’equilibrio tra le parti, espressamente chiarisce che “*si potrebbe configurare un abuso di questa posizione solo se la partecipazione di cui trattasi si traducesse in un controllo effettivo dell’altra impresa o quanto meno in un’influenza sulla politica commerciale della stessa*” (punto 65).

Nella sentenza *British American Tobacco Company*, la Corte di giustizia fissa quindi il *threshold* per la configurabilità dell’abuso di struttura che, per la sua rintracciabilità, richiede necessariamente l’esistenza di un’operazione di concentrazione tra imprese.

Nondimeno, una parte della dottrina¹⁴ continua a rintracciare nell’abuso di struttura una sua funzione al di là delle fattispecie concentrative, ad esempio nei casi di acquisizione di importanti quote di minoranza nella compagine societaria del concorrente, con conseguente riduzione degli incentivi a competere da parte di quest’ultimo.

Alla luce di quanto precede e delle oscillazioni comunque rintracciabili in giurisprudenza, del tutto comprensibili appaiono quindi i dubbi interpretativi rimessi – col caso *Towercast* – ai giudici di Lussemburgo in or-

¹³ Sentenza del 17 novembre 1987, cause riunite 142/84 e 156/84.

¹⁴ Ad esempio, P. FATTORI, M. TODINO, *op. cit.*, p. 168 ss.

dine all'odierna attitudine dell'art. 102 TFUE a fungere da norma di chiusura del sistema, sussumendo al suo interno tutte le vicende societarie che né la nozione tecnica di concentrazione né le soglie di fatturato – comunitarie o nazionali – consentono di cogliere.

In particolare, i dubbi oggetto del rinvio riguardavano la possibilità per le autorità nazionali di concorrenza di valutare *ex post* – sulla base del generale divieto di abuso di posizione dominante – un'operazione di concentrazione realizzata da un'impresa già in posizione dominante sul mercato interessato, allorquando, purtuttavia, l'operazione medesima si ponga al di sotto delle soglie di fatturato tanto UE quanto nazionali. L'operazione al vaglio dell'autorità di concorrenza francese riguardava l'acquisizione del controllo esclusivo di Itas, una società attiva nei servizi di diffusione digitale terrestre, da parte di Télédiffusion de France (TDF); ne era conseguita una segnalazione all'autorità di concorrenza francese da parte della concorrente Towercast per presunta alterazione della concorrenza nei diversi mercati della filiera (a monte ed a valle) della trasmissione televisiva in tecnica digitale terrestre.

La posizione dell'*Autorité de la concurrence*, oggetto di impugnazione presso il giudice remittente, era infatti nel senso di ritenere non applicabile l'art. 102 TFUE qualora dalle condotte dell'impresa dominante non si manifestasse alcuna condotta anticompetitiva distinta dall'operazione di concentrazione in sé considerata.

La Corte di Lussemburgo, invece, contraddice in pieno tale lettura del sistema di *enforcement antitrust*, come venutosi a delineare successivamente all'entrata in vigore dei regolamenti sulle concentrazioni tra imprese, stabilendo che “*l'applicazione prioritaria del meccanismo di controllo preventivo delle concentrazioni quali definite dall'art. 3 del regolamento n. 139/2004 [...] non può tuttavia escludere la possibilità che un'autorità garante della concorrenza valuti, in determinate circostanze, un'operazione di concentrazione sotto il profilo dell'art. 102 TFUE*” (punto 41).

Sostanzialmente il ragionamento della Corte si regge sui seguenti assiomi: l'effetto diretto dell'art. 102 TFUE; la natura di ordine pubblico della disposizione, che non ammette deroghe; il carattere elencativo e non tassativo delle fattispecie di abuso elencate dal Trattato; e, soprattutto, il riferimento dello stesso reg. 139/2004 all'art. 103 TFUE come propria base giuridica e, quindi, la sua ontologica funzionalizzazione al perseguimento dei principi e degli obiettivi contemplati dagli artt. 101 e 102 TFUE¹⁵.

¹⁵ Si veda in proposito P. OCCHIUZZI, *Commento all'art. 103 TFUE*, in F. ARENA, R. CHIEPPA (a cura di), *op. cit.*, 75 ss.

Per questa via, la Corte di giustizia arriva dunque a ritenere applicabile il divieto di abuso di posizione dominante anche alle operazioni di concentrazione sottosoglia, rivitalizzando la fattispecie dell'abuso di struttura¹⁶.

Va giusto a margine considerato che – limitando di fatto la pronuncia *Towercast* l'ambito di applicazione oggettivo dell'abuso di struttura alle sole operazioni di concentrazione sottosoglia – la Corte non si trova a dover risolvere il contrasto tra l'art. 21 del reg. 139/04¹⁷, nella parte in cui afferma la propria applicabilità esclusiva alle operazioni di concentrazione di dimensione europea, e l'art. 102 TFUE nella sua dimensione onnicomprensiva. Vale invece la pena notare come nelle conclusioni dell'AG Kokott sembrerebbe addirittura essere prefigurato un singolare caso di disapplicazione della norma del regolamento concentrazioni da parte delle autorità nazionali obbligate a dare piuttosto attuazione all'effetto diretto dell'art. 102 TFUE, e ciò in ragione del rapporto gerarchico intercorrente tra il regolamento in questione e la norma del trattato¹⁸.

4. *Dubbi a margine*

Alla luce dell'interpretazione massimalista dell'effetto utile dell'art. 102 TFUE fornita dalla pronuncia *Towercast* (“*il regolamento n. 139/2004 non può ostare a che un'operazione di concentrazione di dimensione non comunitaria [...] possa essere sottoposta ad un controllo ad opera delle autorità*”

¹⁶ Secondo la Corte, “risulta quindi dall'economia del regolamento n. 139/2004 che quest'ultimo, pur istituendo un controllo *ex ante* delle operazioni di concentrazione di dimensione comunitaria, non esclude tuttavia un controllo *ex post* delle operazioni di concentrazione che siano inferiori a detta soglia [...] Ne risulta, per un verso, che il regolamento stesso si applica solo alle concentrazioni di dimensione comunitaria e, per altro verso, che è ammissibile che talune concentrazioni possano, nel contempo, sfuggire ad un controllo *ex ante* ed essere oggetto di un controllo *ex post*” (punto 41).

¹⁷ Come ricordato, tale art. prevede che “il presente regolamento è il solo applicabile alle concentrazioni quali definite dall'articolo 3, e i regolamenti (CE) n. 1/2003 [...] non sono applicabili, fuorché per imprese comuni che non hanno dimensione comunitaria ed hanno per oggetto o per effetto il coordinamento del comportamento concorrenziale di imprese che restano indipendenti”.

¹⁸ Si legge infatti nelle conclusioni – depositate il 13 ottobre 2022 - che “ove l'applicabilità diretta dell'articolo 102 TFUE comporti addirittura un obbligo di applicazione in capo agli organismi nazionali, a maggior ragione una norma di diritto derivato quale l'articolo 21, paragrafo 1, del regolamento sulle concentrazioni non può avere l'effetto preclusivo invocato dall'Autorità francese garante della concorrenza [...] La formulazione di detta norma, in cui figura il termine «solo», non modifica tale conclusione” (punti 33 e 34).

nazionali garanti della concorrenza e dei giudici nazionali sulla base dell'effetto diretto dell'art. 102 TFUE, facendo ricorso alle proprie norme procedurali" - punto 50), c'è da chiedersi quanto possa essere condivisa un'applicazione così ampia del divieto di abuso di posizione dominante, tale da farvi ricadere anche mere operazioni societarie prive non solo di rilevanza comunitaria sulla base dei livelli di fatturato realizzati, ma addirittura del raggiungimento delle soglie nazionali.

Non si tratta di scalfire la portata dogmatica ed immanente al sistema di *antitrust enforcement* dell'effetto diretto delle norme dei trattati in materia di concorrenza, tanto più che – come lucidamente osservato dalla dottrina in materia “*nell'art. 102, il problema della tutela della struttura concorrenziale del mercato non è menzionato seppure esso possa porsi in maniera acuta data la circostanza che, per definizione, la norma si applica ad imprese dominanti, ossia che operano in un mercato in cui la dinamica concorrenziale è già indebolita*”¹⁹.

Si tratta molto più semplicemente di porsi il dubbio di quanto valga effettivamente la pena – in un *framework* normativo oramai completo ed in presenza di un quadro applicativo in definitiva efficace – “stressare” la natura di norma in bianco del divieto di abuso di posizione dominante; anche perché – come pure correttamente osservato - la nozione di concorrenza effettiva “*si focalizza sul fatto che le imprese e l'impresa dominante siano soggette ad un ragionevole vincolo concorrenziale [...] e non ad i vincoli di una concorrenza perfetta*”²⁰.

L'applicazione dell'art. 102 TFUE ad operazioni di concentrazione sottosoglia pone allora più di un dubbio giuridico.

Il primo riguarda l'esistenza stessa di un abuso in casi come quelli descritti. Invero, in riferimento alla fattispecie degli abusi di struttura, già la pronuncia *Continental Can* aveva genuinamente dichiarato l'irrelevanza del nesso di causalità tra la sussistenza di una posizione dominante ed il suo sfruttamento abusivo, dal momento che “*il rafforzamento della posizione occupata dall'impresa può essere abusivo e vietato dall'art. 86 [oggi 102] del trattato, indipendentemente dai mezzi o procedimenti usati a tal fine [...]*” (cfr. punto 27); e questo nella dichiarata ottica (ultra)funzionalistica del perseguimento del generale principio-obiettivo della libera concorrenza. C'è però sul punto da osservare come la dottrina *Continental Can* “è stata

¹⁹ P. MANZINI, *op. cit.*, p. 33.

²⁰ In proposito, cfr. G. COLANGELO, A. MANGANELLI, A. NICITA, *Commento all'art. 102 TFUE*, in F. ARENA, R. CHIEPPA (a cura di), *op. cit.*, p. 54.

utilizzata e percepita come un palliativo dell'assenza, nell'ambito del Trattato CEE, di qualsiasi disposizione esplicita di controllo delle concentrazioni", secondo la riflessione peraltro contenuta nella stessa pronuncia *Towercast* (punto 49).

Appare quindi evidente come l'assegnazione di un disvalore competitivo al solo fatto in sé dell'acquisizione o del rafforzamento della posizione dominante per eventi di crescita esterna (ed in assenza, dunque, di una vera e propria condotta abusiva sul mercato di riferimento) trovasse la propria comprensibile giustificazione nel fatto storico dell'assenza di un meccanismo di controllo *ex ante* delle operazioni di concentrazione.

Invece, calata nell'attuale quadro giuridico UE di riferimento, l'applicazione *ex post* dell'art. 102 TFUE a fattispecie concentrative sottoglia non appare affatto convincente, proprio in considerazione della struttura dello stesso divieto posto dal trattato. E difatti, per quanto i giudici di Lussemburgo tentino di ricondurre la fattispecie dell'abuso di struttura ad un'ipotesi di effettivo abuso della posizione dominante, appare del tutto evidente come sia l'elemento stesso dello sfruttamento abusivo a mancare, assurgendo in questi casi la sola dominanza in sé ad elemento che viene vietato.

Tale aspetto emerge in modo del tutto eloquente nella misura in cui – stando a quanto stabilito dalla pronuncia *Towercast* – incombe alle autorità nazionali il compito di “*verificare se l'acquirente, che detenga una posizione dominante su un determinato mercato e che abbia assunto il controllo di un'altra impresa sul mercato stesso abbia, mediante tale comportamento, sostanzialmente ostacolato la concorrenza sul mercato in parola*” (punto 52). Sennonché, per siffatti casi, non esiste alcun comportamento abusivo disgiunto dal fatto in sé dell'acquisizione del controllo societario dell'impresa concorrente e – per questa via – del rafforzamento della posizione dominante precedentemente detenuta. In altri termini, nella configurazione dell'abuso in parola fornita dalla Corte, è il rafforzamento della posizione dominante – in quanto derivante da crescita esterna – a configurare di per sé stesso l'abuso, non essendo richiesto nessun accertamento ulteriore, se non una larvata indagine sugli effetti a valle di tale accresciuto dominio da parte dell'impresa dominante²¹, che, peraltro, confonde la nozione oggettiva

²¹ Si veda quanto difatti affermato dalla Corte al par. 52, dove si legge che “a semplice constatazione del rafforzamento della posizione di un'impresa non è sufficiente per accogliere la qualificazione di abuso, dovendosi dimostrare che il grado di dominio così raggiunto rappresenta un sostanziale ostacolo per la concorrenza, nel senso di lasciar sussistere solo imprese dipendenti, per il loro comportamento, dall'impresa dominante”.

va di sfruttamento abusivo con l'analisi competitiva degli effetti di un'operazione di *M&A*.

Tale conclusione appare peraltro distonica rispetto alla stessa consolidata giurisprudenza lussemburghese – pure riconfermata di recente della Corte di giustizia – in merito agli elementi costitutivi del divieto di abuso di posizione dominante; senza potersi qui dilungare sul tema, basti solo ricordare come, ancora nella pronuncia del 12 maggio 2022 resa nel caso *Servizio Elettrico Nazionale SpA*, la stessa Corte abbia valorizzato la nozione di “*sfruttamento abusivo*” ai fini dell'operatività del divieto di cui all'art. 102 TFUE²².

Difatti, come ben ricordato da tale pronuncia, “*non tutti gli effetti escludenti pregiudicano necessariamente la concorrenza, poiché, per definizione, la concorrenza basata sui meriti può portare alla sparizione dal mercato o all'emarginazione dei concorrenti meno efficienti e quindi meno interessanti per i consumatori, segnatamente dal punto di vista dei prezzi, della scelta, della qualità o dell'innovazione*” (punto 73). E sebbene un tale rilievo debba innanzitutto valere per la dominanza derivante da c.d. concorrenza sui meriti, nemmeno può però aprioristicamente dirsi che – al contrario – una dominanza frutto di crescita esterna debba necessariamente scontare una presunzione *iuris tantum* di alterazione illecita della concorrenza. Basti sul punto osservare come, da un lato, anche le operazioni di *M&A* spesso trovino il proprio rationale economico in esigenze di assestamento ed efficientamento economico dei mercati al cui interno l'operazione societaria si colloca, con conseguente beneficio per i consumatori finali in termini di *output*, miglioramento tecnologico, struttura dei costi, *etc.*; dall'altro, come proprio il mancato superamento delle diverse soglie graduali di fatturato, poste sia dal reg. 139/04 che dalle diverse discipline nazionali, dovrebbe piuttosto lasciar presumere l'esistenza di un'area di completa liceità *antitrust* (salvo naturalmente l'eventualità di distinte condotte abusive e/o collusive) e di irrilevanza per il diritto della concorrenza UE, tale da non esigere nemmeno il giudizio prognostico sul bilanciamento degli effetti nei mercati rilevanti interessati.

Il secondo dubbio risiede poi nel rispetto del principio del legittimo affidamento per le imprese e della certezza del diritto per gli stessi operatori economici, entrambi senza ombra di dubbio ascrivibili ai principi generali del diritto *antitrust* UE; ebbene, se è vero – come appare – che l'individuazione di soglie di fatturato per l'insorgenza dell'obbligo di noti-

²² Causa C-377/20. Sulla pronuncia in questione, si rimandi a B. MINUCCI, *Enel: la Corte di giustizia conferma l'abuso di posizione dominante*, in *BlogDUE*, 15 giugno 2022.

fica preventiva al fine del controllo sugli effetti competitivi dell'operazione societaria serve proprio, tra l'altro, a porre un parametro di riferimento per gli operatori, difficilmente si comprende come possa conciliarsi con l'esigenza di certezza nelle transazioni economiche una “*applicazione in via complementare o suppletiva dell'art. 102 TFUE rispetto alle norme nazionali sul controllo delle concentrazioni*”²³ in riferimento ad ipotesi sottosoglia di acquisizione del controllo societario.

Purtuttavia, stando alle conclusioni dell'AG Kokott, le soglie stabilirebbero solo una “*presunzione relativa secondo cui le concentrazioni che superano certe soglie di fatturato sono particolarmente significative e possono incidere negativamente sulla struttura del mercato e sulla concorrenza, tanto da richiedere un controllo ex ante da parte delle autorità*” (punto 38).

Le conseguenze di una tale applicazione “complementare” o “suppletiva” dell'art. 102 TFUE sarebbero a conti fatti particolarmente severe e derivanti – a quel punto – da un quadro giuridico di assoluta incertezza: posto che nell'abuso di struttura il fatto illecito tende a coincidere con la dominanza o il suo rafforzamento, la cessazione del divieto non potrebbe che essere ricollegata ad ordini di dismissione di rami di azienda o quote ed a rimedi di tipo altrettanto strutturali; quindi, a fronte di un'operazione sottosoglia (vale a dire per definizione scarsamente impattante per il mercato rilevante di riferimento), le imprese interessate sarebbero *ex post* esposte (i) ad una ammenda *antitrust*, (ii) ad un obbligo di *roll-back* dell'operazione societaria nel frattempo realizzata senza che fossero tenute ad alcun obbligo di notifica preventiva, nonché (iii) a tutta una serie di attività ripristinatorie rispetto ai contratti ancillari *medio tempore* conclusi.

Sarebbe allora più ragionevole ritenere che, a fronte di un'operazione concentrativa sottosoglia, il giudice nazionale o l'autorità di concorrenza di uno Stato membro non possano inferire dalla sola costituzione e/o dal rafforzamento della posizione dominante l'esistenza di un abuso, ma dovrebbero piuttosto accertare se – in via aggiuntiva e distinta dall'operazione societaria di riferimento, anche se in ipotesi contestualmente ad essa – l'impresa dominante abbia posto in essere condotte abusive sul mercato di riferimento; ma – ancora una volta – questo porterebbe a concludere in ordine all'impossibilità di configurare un abuso di struttura alla luce dell'attuale quadro giuridico di riferimento, risolvendosi la condotta illecita eventualmente riscontrata in un'ipotesi o di abuso escludente o di sfruttamento, a seconda dei casi.

²³ Così le conclusioni Kokott in *Towercast*, cit., punto 2.

Ancora, nemmeno convince appieno la motivazione fondata sull'art. 103 TFUE, dalla quale la Corte di giustizia inferisce un'applicazione soltanto "prioritaria" del sistema di controllo *ad hoc* delle operazioni di concentrazione tra imprese. Ciò eminentemente perché – come noto – l'adozione degli strumenti giuridici europei in materia di concentrazioni ha necessitato di un ampliamento della base giuridica attraverso l'espreso richiamo alla dottrina dei poteri impliciti di cui all'odierno art. 352 TFUE²⁴, sul quale la disciplina delle concentrazioni si fonda "principalmente"²⁵. Ne deriva anche sotto questo profilo quantomeno un fondato dubbio in ordine alla possibile applicazione dell'art. 102 TFUE ad operazioni di concentrazione sottosoglia in assenza di una distinta fattispecie di sfruttamento abusivo, posto che per l'appunto, qualora non si fosse fatto ricorso ai poteri impliciti dell'Unione, mai l'art. 102 TFUE avrebbe potuto da solo rappresentare una consistente copertura giuridica al controllo giudiziario e/o amministrativo alle operazioni societarie prive di un correlato sfruttamento abusivo.

Da ultimo, ricostruito nei termini indicati nella pronuncia *Towercast*, l'abuso di struttura sfuma pericolosamente la differenza applicativa tra norme generali di concorrenza e regolamentazione settoriale più restrittiva, laddove esistente; ad esempio, è del tutto noto che proprio nei mercati interessati dai fatti oggetto della vicenda *Towercast* – vale a dire nel settore delle comunicazioni elettroniche – il quadro giuridico settoriale di riferimento ricollega tutta una serie di obblighi asimmetrici alla mera posizione di dominanza, *rectius* al significativo potere di mercato, ma subordinatamente al rispetto di stringenti regole di analisi dei mercati e di designazione di tale posizione in capo all'impresa che eventualmente la detenga²⁶.

²⁴ Sul punto, si rinvia a quanto correttamente osservato da P. OCCHIUZZI, op. cit., il quale rileva appunto come "per raggiungere siffatto obiettivo [l'adozione di un regolamento concentrazioni; ndr] non bastava tuttavia fondarsi sul solo articolo in commento, ma era necessario trovare un fondamento giuridico ulteriore in un'altra disposizione del Trattato, segnatamente nell'*ex art.* 308 TCE (oggi art. 352 TFUE) [...] Così facendo, da un lato, si è prevista una misura che si applica anche a tipologie di concentrazioni non rientranti nelle fattispecie di cui agli attuali artt. 101 e 102 TFUE e, dall'altra, si è definito uno strumento che sarebbe stato applicato esclusivamente a tali fattispecie, rispetto alle norme di concorrenza previste dal Trattato" (p. 75). In generale, sulle competenze esercitabili ai sensi dell'art. 352, si rinvia a S. BARIATTI, *Commento all'art. 352 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 2551 ss.

²⁵ Cfr. settimo cons. del reg. 139/04, in base al quale – non potendosi applicare le norme dei trattati a tutte le fattispecie che rischiano di alterare la concorrenza – "il presente regolamento dovrebbe pertanto essere basato non soltanto sull'art. 83 [oggi 103] ma principalmente sull'articolo 308 del trattato [oggi 352], ai sensi del quale la Comunità può dotarsi dei poteri d'azione aggiuntivi necessari a realizzare i suoi obiettivi".

²⁶ Si veda il d.lgs. 8 novembre 2021 n. 207 recante Attuazione della direttiva (UE)

Nel settore delle comunicazioni elettroniche, quindi, l'innalzamento del livello dei divieti asimmetrici già allo stadio della mera dominanza è fortemente contemperato rispetto alle esigenze di legittimo affidamento e di certezza del diritto, attraverso il meccanismo dell'analisi prognostica *ex ante* dei mercati settoriali.

Un eventuale ricorso generalizzato al varco aperto dalla pronuncia *Towercast* porrebbe invece gli operatori economici al rischio di divieti asimmetrici non solo "in bianco", ma anche "al buio". Una nozione non auspicabile per il diritto UE della concorrenza.

2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che istituisce il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche, in GU n. 292 del 9 dicembre 2021, in particolare art. 70 ss.; per un inquadramento dottrinale della materia, cfr. esemplificativamente M. D'OSTUNI, A. CARAVITA DI TORITTO, *Evoluzione del contesto normativo di riferimento*, in G. CASSANO, C. E. CAZZATO, F. DI CIOMMO (a cura di), *Trattato delle garanzie nelle comunicazioni*, Milano, 2023, p. 3 ss.

COME L'UNIONE POTREBBE PROTEGGERSI
DALLE CONDOTTE DI CORRUZIONE.
QUALCHE CONSIDERAZIONE
A PARTIRE DAL COSIDDETTO *QATARGATE*

Nicoletta Parisi*

SOMMARIO: 1. A proposito di indizi di colpevolezza e di presunzione di innocenza. – 2. Democrazia europea e ruolo del Parlamento europeo. – 3. L'impegno giuridico dell'unione nel contrasto alla corruzione. – 3.1. L'adesione dell'Unione europea alla *United Nations Convention against Corruption*. – 3.2. L'approccio olistico al contrasto alla corruzione: repressione ma anche, e soprattutto, prevenzione. – 4. A chi spetta revocare immunità e mandato del parlamentare europeo. – 5. E infine...

1. *A proposito di indizi di colpevolezza e di presunzione di innocenza*

Esattamente un mese fa, il 9 dicembre 2022, l'Unione europea è stata investita da uno scandalo gravissimo per condotte di corruzione che si assume siano state perpetrate in danno del Parlamento europeo, le cui dimensioni ancora non si conoscono.

Non avendo a disposizione le carte processuali e non volendo inseguire la cronaca spesso ideologicamente orientata, occorre affidarsi alle notizie di quel giornalismo cosiddetto investigativo che ha nel proprio DNA la funzione di contribuire alla “*rivelazione di questioni che sono nascoste sia deliberatamente da qualcuno in una posizione di potere, sia accidentalmente dietro una massa caotica di fatti e circostanze, con l'analisi e la esposizione di tutti i fatti rilevanti per il pubblico. In questo senso il giornalismo investigativo contribuisce in maniera cruciale alla libertà di espressione e allo sviluppo dei media*”¹.

Le indagini investigative restituiscono un quadro che vede coinvolti due Stati (Qatar e Marocco) impegnati a dare di se stessi un'immagine vir-

* Professore ordinario f. r. di diritto internazionale - Università di Catania.

¹ Questa è la definizione che ne dà l'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'educazione, la scienza e la cultura tramite M. L. HUNTER, N. HALSON, R. SABBAGH, L. SENGERS, D. SULLIVAN, F. TAIT SVITH, P. THORSDE, *Story-based inquiry: a manual for investigative journalists*, Paris, 2011.

tuosa, diversa da quella corrente: quest'ultima li vede invece implicati in non contestabili violazioni anche molto gravi di diritti fondamentali della persona (il primo soprattutto sul fronte delle condizioni di lavoro che implicano anche casi di morte; il secondo in particolare sul fronte della libertà di espressione nelle sue diverse manifestazioni e del diritto dei cittadini all'autodeterminazione). Lo strumento utilizzato per conseguire l'obiettivo sembra essere stato il sistematico condizionamento del processo decisionale europeo tramite la corruzione di decisori politici.

Occorre anche dire che le indagini sono in corso e che in un contesto democratico, a garanzia del singolo implicato in esse, deve prevalere un comportamento di prudenza: la presunzione di innocenza è un principio proclamato tanto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 6) che dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (art. 48), oltre che dalle Carte costituzionali degli Stati membri dell'Unione europea. Soltanto il giudice è in grado di accertare la responsabilità penale che è sempre personale, mai dell'istituzione pubblica di appartenenza dell'individuo, in questo caso il Parlamento europeo e speriamo non altre istituzioni dell'Unione. Dunque, si può allo stato dei fatti soltanto prendere atto di condotte che profumano di illecito e di pesanti indizi che sostengono questo ... profumo.

2. *Democrazia europea e ruolo del Parlamento europeo*

L'attuale assetto dell'Unione europea è il precipitato di un processo che, a partire dal secondo dopoguerra del secolo scorso, nel panorama della cooperazione internazionale istituzionale² ha contribuito a far emergere forme "più strette" di collaborazione fra Stati, rispetto a quelle tradizionalmente utilizzate. Si tratta di forme che "tendono a un'integrazione tra gli ordinamenti degli Stati membri [i quali] a tal fine (...) ad esse trasferiscono ampie sfere di competenza, limitando in numerosi settori la propria sovranità"³: essi integrano progressivamente – a partire tradizionalmente

² V. M. GIULIANO, *Diritto internazionale. I. La società internazionale e il diritto*, Milano, 1974, p. 82 ss., il quale distingue fra cooperazione giuridica e cooperazione istituzionale, quest'ultima intesa quale quella che si svolge nel quadro delle organizzazioni internazionali governative.

³ A. DEL VECCHIO, *Analisi introduttiva ed evoluzione storica del fenomeno dell'organizzazione internazionale*, in A. DEL VECCHIO (a cura di), *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Napoli, 2012, p. 37.

dall'ambito economico – “settori originariamente appartenenti alle reciproche sfere di competenza sovrana, attribuendole al nuovo ente che si sostituisce o sovrappone così agli Stati membri per la gestione diretta, e spesso esclusiva, dei settori di competenza ad esso attribuiti”⁴.

Il Trattato istitutivo dell'Unione manifesta questo dinamismo utilizzando l'espressione “integrazione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa”⁵ e non, si badi, non fra gli Stati di questa regione del mondo. In queste organizzazioni internazionali, dunque, il “rapporto di integrazione (...) sostituisce la tradizionale cooperazione fra Stati”⁶, che si fonda sul mero coordinamento fra autorità governative.

Negli enti internazionali indirizzati all'integrazione lo scopo, infatti, è profondamente differente rispetto a quello perseguito dalle tradizionali forme di cooperazione istituzionale intergovernativa: in esse non si ha in vista l'attuazione di un coordinamento fra apparati statali, ma, appunto, un processo di progressiva integrazione degli ordinamenti degli Stati che partecipano a questo esercizio di collaborazione. Per questo motivo ne risente molto la struttura dell'Organizzazione⁷: al suo interno deve infatti essere tradotta in dato organico la necessità di una sede di rappresentanza a livello internazionale delle esigenze e degli interessi delle persone fisiche (ma anche giuridiche di diritto privato) delle singole comunità nazionali incardinate negli Stati che collaborano per il conseguimento di un obiettivo, che come si comprende non tocca solo gli apparati statali ma la vita delle persone in esso incardinate. Si tratta dunque di interessi ed esigenze che in questo organo nuovo devono essere apprezzate autonomamente da quelle governative⁸. Nell'Unione europea⁹ questo organo è costituito dal Parla-

⁴ Così C. ZANGHÌ, *Diritto delle Organizzazioni internazionali*, Torino, 2007, p. 10 ss.

⁵ Considerando n. 13 del Trattato sull'Unione europea.

⁶ C. ZANGHÌ, *op. cit.*, p. 10 ss.

⁷ Al proposito si veda K. LENAERTS, *The Autonomy of European Union Law*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2018, p. 4.

⁸ U. DRAETTA, *Principi di diritto delle organizzazioni internazionali*, Milano, 2020.

⁹ Al momento attuale il modello descritto è proprio esclusivamente dell'Unione europea, anche se alcuni rinvengono tratti di esso nel Patto Andino: v. C. MARTI, *Supranationality Beyond the EU?*, in S. BESSON, N. LEVRAT (sous la direction de), *L'Union européenne et le droit international*, Genève, 2015, p. 17 ss. Per un approccio opposto, ovvero per la ricognizione di altre organizzazioni internazionali di integrazione modellate sul tipo europeo v. P. PENNETTA, *La sovranazionalità nelle organizzazioni regionali extraeuropee*, in AA. VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, a partire dal par. 4; l'A. tuttavia non sottovaluta “l'assoluta specificità storica del processo di integrazione europea (...)” (p. 502).

mento europeo, il quale rappresenta “un germe di natura federalistica”: la “sua comparsa tende [infatti] a scardinare il concetto che domina nelle relazioni internazionali [intergovernative tradizionali]: quello che gli interessi del popolo sono rappresentati dagli organi dell’apparato statale”. In queste organizzazioni la dialettica tradizionale – che conosceva solo “discorsi fra Governi” – deve avere, in aggiunta non in sostituzione, un altro interlocutore: quello che rappresenta l’elemento personale degli Stati che ad esse partecipano¹⁰.

Tutto ciò, infine, “significa non essere in una fase rigorosamente internazionale e cercare di avviarsi ad evoluzioni federali”¹¹: evoluzioni che – nel processo dinamico per conseguirle – prendono la denominazione di soprannazionalità¹². Nel Parlamento europeo – quale istituzione che assume insieme al Consiglio (tramite il potere di codecisione) scelte determinanti per il funzionamento del “mercato interno”, dell’unione economica e monetaria, dello spazio di libertà sicurezza e giustizia, delle relazioni esterne dell’Unione – si esprime la dialettica democratica a livello continentale europeo. Si pensi, per restare alla stretta attualità, a decisioni che riguardano l’opzione nucleare, i mercati finanziari, la politica industriale, la strategia contro le calamità naturali o determinate dall’uomo, il finanziamento di misure di compensazione per il rincaro delle materie energetiche, la scelta di partner commerciali, eccetera. Si comprende immediatamente come dietro ciascuna di queste scelte ci siano visioni molto diverse della società che si vuole costruire per il futuro, interessi in contrapposizione economicamente fortissimi, così come è fortissimo, conseguentemente, il rischio che queste scelte vengano indirizzate e condizionate da interessi che nulla hanno a che vedere con il genuino obiettivo di costruire una società (europea) sostenibile, “green”, stabile, nel rispetto dei principi dello Stato di diritto.

La protezione dell’integrità del processo decisionale europeo è dunque una questione cruciale. Le condotte di corruzione compromettono grave-

¹⁰ Così G. BISCOTTINI, *Il diritto delle organizzazioni internazionali. Parte I. La teoria dell’organizzazione*, Padova, 1981, p. 118 ss. (e anche p. 60).

¹¹ G. Biscottini, *op.cit.*, p. 118 ss. Al riguardo bastano a dar conto della diversa natura dell’impegno degli Stati nel processo di integrazione, le parole del Presidente emerito Senatore Giorgio Napolitano, pronunciate al “Festival del diritto” di Piacenza, 24 settembre 2015, nel proprio intervento su “*Europa del diritto e nuovo ordine mondiale*” (v. N. PARISI, V. PETRALIA, *Elementi di diritto dell’Unione europea. Un ente di governo per Stati e individui*, Firenze, 2016, p. 297 ss.).

¹² Si vedano sulla categoria giuridica implicata i riferimenti indicati da P. PENNETTA, *op. cit.*, note 10 e 15.

mente questo processo, così come altri beni giuridici comuni (“valori”) sui quali si fonda l’Unione, quali i diritti umani, la democrazia, l’uguaglianza e, appunto, lo Stato di diritto (art. 2 TUE).

3. *L’impegno giuridico dell’unione nel contrasto alla corruzione*

A proposito del contrasto delle condotte di corruzione nell’Unione europea l’azione normativa e operativa dell’Unione per indirizzare in senso positivo il comportamento dei propri Stati membri è stata ben sviluppata soprattutto ma non esclusivamente nella direzione di contrastare condotte suscettibili di compromettere gli interessi finanziari dell’Organizzazione. Raccontano di una sufficiente armonizzazione normativa, situata il più delle volte a livello di norme minime, le Convenzioni risalenti agli anni Novanta del secolo scorso adottate, appunto, a protezione degli interessi finanziari dell’Unione¹³ e contro la corruzione dei funzionari pubblici¹⁴ nonché la direttiva cd. PIF che le ha in parte sostituite¹⁵, la decisione quadro contro la corruzione privata¹⁶, le direttive in materia di contratti pubblici¹⁷, la disciplina (articolata anche sulla base del principio del mutuo riconoscimento in materia penale) sulla confisca dei proventi di reato¹⁸, sul contrasto al

¹³ Si tratta della Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (Bruxelles, 26 luglio 1995); del suo primo Protocollo fatto (Dublino, 27 settembre 1996); del Protocollo concernente l’interpretazione in via pregiudiziale, da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee della Convenzione, con annessa dichiarazione (Bruxelles, 29 novembre 1996). Da ultimo sul punto si vedano i contributi di M. FOUWELS, N. FRANSEN, M. JURIÉ, pubblicati nel numero 3/2022 di *eu crim* dedicato all’*Institutional Cooperation in the Field of the Protection of the EU’s Financial Interests*, pp. 203-220.

¹⁴ Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell’Unione europea, fatta a Bruxelles il 26 maggio 1997.

¹⁵ Direttiva 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale.

¹⁶ Decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato.

¹⁷ Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE; sulle implicazioni di essa in materia di contrasto alla corruzione si veda fra gli altri L. SCOMPARIN, *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici*, Torino, 2017.

¹⁸ Si vedano la direttiva 2014/42/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato

riciclaggio¹⁹, sulla protezione delle persone che segnalano (rischi di) illeciti a partire dall'ambiente di lavoro nel settore pubblico e privato²⁰.

A quest'attività normativa si affianca l'operare delle tante "agenzie" europee (fra le quali per materia spiccano Olaf, Eurojust ed Europol), affiancate da ultimo dalla Procura europea (EPPO nell'acronimo corrente in lingua inglese, funzionante dal 1° giugno 2021)²¹.

nell'Unione europea e il regolamento (UE) 2018/1805 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca. In argomento v. A. M. MAUGERI, *Il regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca: una pietra angolare per la cooperazione e l'efficienza*, in *Diritto penale contemporaneo*, 16 gennaio 2019.

¹⁹ L'ultima tappa in materia è rappresentata dalla (quinta) direttiva 2018/1673/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2018, sulla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale. Al proposito sarebbe molto interessante approfondire il tema della trasparenza del titolare effettivo e degli strumenti proposti dalla direttiva per perseguire questo obiettivo che è strumentale al contrasto del riciclaggio di proventi illeciti e, insieme, alla preservazione dell'integrità dei contratti pubblici, a partire dai *G20 High Principles on Beneficial Ownership Transparency*, 2014, fino a giungere al decreto ministeriale (italiano), dell'11 marzo 2022, n. 55 che ha istituito il registro sulla titolarità effettiva di un'impresa che contratta con la pubblica amministrazione (in attuazione della IV e della V direttiva UE sul riciclaggio). Sul tema complessivamente si veda K. N. VAIDYANATHAN, A. MATHUR, P. MODAK, *An International Financial Architecture for Stability and Development. A Global Framework for tracing Beneficial Ownership*, CARI-CIPPEC, 2018, www.t20argentina.org. Si aggiunga, a parziale correzione della disciplina europea in termini di bilanciamento fra trasparenza e diritto alla riservatezza delle persone (sulla base del principio di proporzionalità), la sentenza della Corte del 22 novembre 2022, cause riunite C-37/20 (WM) e C-601/20 (Sovim SA).

²⁰ Direttiva 2019/1937/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2019, riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione. Si noti il rilievo che essa ha nell'ambito della vigilanza in materia di utilizzo dei fondi messi a disposizione degli Stati nel quadro dell'iniziativa *NextGenerationEU*, in virtù della norma contenuta nell'art. 5.4 del regolamento (UE) 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. Sui contenuti della direttiva (anche in parallelo con la normativa italiana disposta per ora nella legge 179/2017) mi permetto di rinviare per approfondimenti al mio *La funzione del whistleblower nel diritto internazionale ed europeo*, in A. DELLA BELLA, S. ZORZETTO (a cura di), *Il whistleblowing come strumento di contrasto dell'illegalità*, Milano, 2020, p. 1 ss.

²¹ Istituita con regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017. Sul piano ricostruttivo dei contenuti del regolamento si veda H. H. HERRNFELD, G. BRODOWSKI, C. BURCHARD, *European Public Prosecutor's Office. Article-by-Article Commentary*, Baden Baden, 2021; sul piano della valutazione delle concrete modalità di funzionamento si veda, fra i tanti, M. COSTA (ed.), *The New Anti-Fraud Institutional and Legislative Landscape of the European Union*, Fondazione Basso, Roma, 2021.

I risultati di questo impegno ben si vedono, per esempio nei rapporti che tanto la Corte dei conti europea²² quanto EPPO²³ hanno redatto in questi ultimi anni, e anche nei rapporti che ormai da più anni chiudono i meccanismi “Stato di diritto”²⁴ e “Semestre europeo”²⁵.

3.1. *L'adesione dell'Unione europea alla United Nations Convention against Corruption*

Il *Qatargate* si propone come occasione preziosa perché l'Unione europea provi ad indirizzare massima attenzione al proprio interno. L'occasione si è presentata sotto la duplice veste: quella fisiologica della cooperazione internazionale, quella patologica dello scandalo *Qatargate*. È un'occasione che deve essere valorizzata pienamente, non in modo meramente formale, per adempiere a obblighi convenzionalmente assunti dalla stessa Unione o per assumere provvedimenti di tipo cosmetico.

Nel 2008 l'Organizzazione è divenuta parte contraente della Convenzione delle Nazioni Unite contro la Corruzione (UNCAC), aperta alla firma il 9 dicembre 2003 e internazionalmente in vigore dal 2005²⁶. UNCAC si occupa di cinque diversi ambiti: le strategie di prevenzione (titolo II); le misure incriminatrici (titolo III); le modalità della cooperazione internazionale (titolo IV); la restituzione dei beni o somme illecitamente ottenuti (titolo V); l'assistenza tecnica e lo scambio di informazioni fra le autorità nazionali ad ogni livello (titolo VI). Essa mira a rafforzare le misure per prevenire e combattere la corruzione in modo più efficiente ed efficace, promuovere l'integrità, l'assunzione di responsabilità e la buona gestione degli affari pubblici e dei beni pubblici, agevolare e sostenere la cooperazione internazionale e l'assistenza tecnica contro la corruzione²⁷.

²² Relazione speciale n. 1, 2019, *Lottare contro le frodi nella spesa dell'UE: sono necessari interventi*; Corte dei conti europea, *Presentazione delle relazioni annuali della Corte dei conti europea sull'esercizio 2020*.

²³ *Relazione annuale della Procura europea 2021*, Lussemburgo, 2022.

²⁴ Per l'esercizio 2022 si veda Commissione europea, *Relazione sullo Stato di diritto 2022. La situazione dello Stato di diritto nell'Unione europea*, COM (2022) 500fin.

²⁵ Sempre per l'ultimo esercizio si rinvia alle conclusioni del Consiglio *sugli esami approfonditi 2022 nell'ambito della procedura per gli squilibri macroeconomici*, 12 luglio 2022, Doc. 10648/22.

²⁶ Decisione del Consiglio 2008/801/CE, del 25 settembre 2008.

²⁷ Una buona rappresentazione critica dei contenuti di UNCAC è in C. ROSE, M. KUBICIEL, O. LANDWEHR (eds.), *The United Nations Convention against Corruption. A Commentary*, Oxford, 2019.

L'Unione è dunque, al pari di ogni altra Parte contraente, sottoposta al meccanismo di "valutazione fra pari" (*peer review*): pur non essendo uno Stato, essa infatti esercita poteri di governo (sebbene sulla base del principio dell'attribuzione delle competenze e non come ente originario) proprio come gli enti statali e dunque deve dare conto della misura del proprio adempimento delle norme internazionali alle quali aderisce.

L'Unione ha comunicato – nel giugno 2021 tramite una lettera del Commissario Johansson al Direttore esecutivo dell'Ufficio delle Nazioni Unite per la Droga e il Crimine (UNODC) – la volontà di sottoporre il proprio ordinamento giuridico (non quelli dei suoi Stati membri che invece vengono autonomamente valutati in sede UNCAC) alla valutazione dei "giudici" internazionali, nel quadro tanto del primo ciclo (incriminazione e *law enforcement*) quanto del secondo ciclo (prevenzione e restituzione dei proventi di reato). I lavori di "*peer review*" sono dunque iniziati e il rapporto di *self-assessment* è già stato redatto ad opera della Commissione europea che – a motivo della propria funzione di coordinamento, esecuzione e gestione nell'attuazione degli accordi internazionali di cui sia parte l'Unione – ha la rappresentanza esterna dell'Organizzazione²⁸. L'Organizzazione è dunque entrata nella fase che comporta l'approfondimento da parte dei due Stati che hanno la responsabilità della valutazione (Repubblica Ceca e Niue, assistiti dal Segretariato di UNODC) tramite un dibattito che infine condurrà a un Rapporto accompagnato da raccomandazioni.

Deve essere considerata, questa, appunto un'occasione preziosa per verificare l'adeguatezza degli strumenti posti dall'Unione a protezione della propria integrità.

3.2. *L'approccio olistico al contrasto alla corruzione: repressione ma anche, e soprattutto, prevenzione*

La sollecitazione che viene dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione è di lavorare sul terreno della cultura dell'integrità dell'azione pubblica, nella convinzione che non vi sia soltanto una responsabilità penale da far valere davanti ai giudici, ma anche una distinta responsabilità etica nell'esercizio dell'azione politica e istituzionale principalmente pubblica.

Da una parte, utilizzando la leva della repressione, sarebbe molto utile

²⁸ 12 settembre 2022, SWD (2022) 295fin.

procedere alla “lisbonizzazione” della ricordata Convenzione contro la corruzione del 1997, trasformandola dunque in atto dell'Unione su modello di quanto si è fatto per la Convenzione PIF (ora appunto direttiva PIF) che ha utilizzato la base normativa rappresentata dall'art. 83 TFUE²⁹. Ciò consentirebbe di sottoporre pienamente l'atto normativo europeo e la sua applicazione interna negli Stati membri alle procedure proprie del “metodo comunitario”³⁰.

L'occasione si presta poi anche a una modifica dei contenuti della Convenzione, nella direzione del rafforzamento del tessuto normativo sul fronte dell'ambito di applicazione tanto soggettivo quanto oggettivo.

Dalla prima prospettiva la definizione di funzionario pubblico essere allargata anche ai componenti delle assemblee elettive³¹ e di qualunque

²⁹ Spunti sul dibattito dottrinale e giurisprudenziale in tema di utilizzo della base giuridica disposta dall'art. 83 ovvero dell'art. 325 TFUE sono proposti da N. PARISI, D. RINOLDI, “*Economia lecita*” e protezione del bilancio dell'Unione Europea tramite il diritto penale. Spunti in occasione dell'adozione della direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Organizzazione, in *Diritto penale della globalizzazione*, nn. 3 e 4, 2017, p. 411 ss., spec. par. 3, a partire dalla “saga Taricco”.

³⁰ Si consideri ad esempio il limite che incontra l'esercizio della competenza pregiudiziale della Corte di giustizia: non essendo la Convenzione del 1997 “lisbonizzata”, i giudici nazionali hanno solo la facoltà (art. 12.3 della Convenzione letto in accordo con l'art. 10 del Protocollo n. 36 allegato al Trattato di Lisbona) di porre una questione interpretativa alla Corte (mai l'obbligo anche se di ultima istanza) e comunque solo se lo Stato membro abbia accettato la competenza in questione (con apposita dichiarazione notificata all'atto dell'adozione della Convenzione o in qualsiasi altro momento: art. 12.4). Ancora si consideri che ai sensi dell'art. 12.1 della Convenzione qualsiasi controversia fra Stati membri in merito all'interpretazione o all'applicazione della Convenzione “che essi non abbiano potuto risolvere bilateralmente deve essere esaminata, in una prima fase, in sede di Consiglio (...) al fine di giungere ad una soluzione. Se non si è potuto trovare una soluzione entro sei mesi, la controversia può essere sottoposta alla Corte di giustizia delle Comunità europee da una delle parti della controversia”: ancora una volta si sottrae alla Corte di giustizia la competenza esclusiva ad amministrare le controversie fra Stati entro l'Unione; né su prende in considerazione l'ipotesi di controversie fra Stato membro e istituzioni dell'Unione. Sul punto si veda D. RINOLDI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel diritto dell'integrazione europea. I. Principi generali e aspetti penalistici*, Napoli, 2012, pp. 62-71.

³¹ La definizione di funzionario pubblico (europeo e nazionale) è oggi scritta nell'art. 1 della Convenzione e non contempla i membri del Parlamento della Commissione, della Corte di Giustizia e della Corte dei Conti, i quali sono invece previsti nell'art. 4.1: per contrastare le condotte di corruzione attiva e passiva in cui questi siano coinvolti la Convenzione indica il ricorso al principio di assimilazione. Ma così facendo si parcellizza su base nazionale la disciplina applicabile nel singolo caso di specie, rinunciando a un trattamento unificato o almeno armonizzato.

persona abbia un rapporto contrattuale di lavoro con l'Unione; dalla seconda prospettiva si dovrebbe lavorare sulla definizione delle fattispecie di reato, così da coprire con norme incriminatrici anche le condotte che stanno emergendo in questa situazione contingente.

Da un'altra parte, e ponendosi sul fronte dell'utilizzo della leva preventiva, occorre lavorare sui codici etici e di comportamento delle istituzioni dell'Unione, che significativamente innalzino la soglia del contrasto alla corruzione interna, dalla quale l'Unione non si è dimostrata indenne. Occorre inoltre tornare a ragionare sull'assetto del registro obbligatorio istituito a partire dall'Accordo interistituzionale del 20 maggio 2021 tra il Parlamento europeo, il Consiglio dell'Unione europea e la Commissione europea: a differenza del precedente, esso vincola a segnalare i propri reciproci incontri tanto i lobbisti che i componenti del Parlamento europeo e della Commissione. Ma la disciplina non si estende al Consiglio e alle Rappresentanze permanenti: la mancanza è grave stante il ruolo decisionale che queste istanze detengono. E soprattutto non si estende alle *lobbies* che provengano dall'esterno dell'Unione. Occorre valorizzare gli strumenti che favoriscono l'emersione di condotte irregolari o illegali (*whistleblowing*), rafforzare le norme sulla soluzione dei conflitti di interesse³² e prendere sul serio le misure di inconfiribilità e incompatibilità anche successive (*revolving doors*).

Che quest'ultimo terreno sia scivoloso lo aveva già accertato il Parlamento europeo quando il 9 marzo 2022 aveva approvato la relazione presentata dalla Commissione speciale sulla disinformazione e l'ingerenza straniera nei processi democratici dell'Unione (INGE)³³: la relazione sottolinea che le autorità straniere possono condizionare i risultati elettorali, provocare attacchi informatici, reclutare *ex* esponenti politici, indirizzare le opinioni pubbliche dei Paesi membri, senza conseguenze di rilievo. Il Parlamento suggerisce l'adozione di alcune misure che qui si elencano: destinare finanziamenti pubblici a mezzi di informazione ampiamente distribuiti e pluralistici, giornalisti, verificatori di fatti (*fact checkers*) e ricercatori indipendenti; valutare l'eventuale revoca delle licenze alle organizzazioni che diffondono propaganda di Stato straniera; fare in modo che le piatta-

³² Si veda al proposito l'interessante sentenza della Corte del 1° agosto 2022, causa C-184/20, OT.

³³ Risoluzione del Parlamento europeo, del 9 marzo 2022, sulle ingerenze straniere in tutti i processi democratici nell'Unione europea, inclusa la disinformazione (2020/2268(INI)).

forme dei social media, veicolo delle ingerenze straniere, smettano di promuovere account falsi anche in lingue diverse dall'inglese; far sì che le università europee riconsiderino la cooperazione con gli istituti Confucio, piattaforme di lobby cinesi; chiedere chiarimenti circa le relazioni “estremamente inopportune” tra alcuni partiti politici europei e la Russia; vietare i finanziamenti stranieri ai partiti politici europei e nazionali; migliorare con urgenza la *cibersicurezza* e redigere un elenco di *software* di sorveglianza illeciti, come *Pegasus*; rendere più difficile agli attori stranieri reclutare *ex* politici di alto livello a fine mandato.

La costituzione di una commissione di inchiesta – preannunciata dalla Presidente della Commissione Ursula von der Leyen³⁴ – contribuirebbe, da parte sua, a fare chiarezza sui confini dei comportamenti illeciti che si collegano al *Qatargate*, evitando di lasciare zone d'ombra: ciò aiuterebbe tra l'altro il legislatore europeo a definire norme appropriate. La riunione indetta dalla Presidente Roberta Metsola dei capigruppo del Parlamento europeo indetta per oggi 12 gennaio 2023 – con i quattordici punti di discussione preannunciati³⁵ – potrebbe contribuire ad aumentare la trasparenza nei comportamenti di tutti coloro che intrattengono rapporti con il Parlamento stesso.

4. *A chi spetta revocare immunità e mandato del parlamentare europeo*

Nel frattempo la magistratura belga ha chiesto al Parlamento europeo di deliberare in ordine alla revoca dell'immunità nei confronti di due parlamentari. Come noto l'immunità protegge i componenti delle assemblee elettive da ingerenze che possano comprometterne l'indipendenza nell'esercizio delle funzioni: nel Parlamento europeo questa protezione cede soltanto quando la persona venga colta in flagranza di reato. Questa richiesta non è stata inusuale nella prassi del Parlamento europeo nel passato: ricordo che nel 2017 sempre su richiesta della magistratura francese il Parlamento europeo ha deliberato la richiesta di revoca dell'immunità a carico di Jean-Marie Le Pen, sotto giudizio in Francia a motivo di alcune sue affermazioni razziste e negazioniste³⁶; a carico di Marine Le Pen, a proposi-

³⁴ www.eunews.it/2022/12/12/qatar-gate-von-der-leyen-organismo-etico/

³⁵ Jean Comte, *Le plan de Roberta Metsola pour renforcer l'éthique au sein du Parlement européen*, Briefing Pouvoirs, 12 Janvier 2023, www.contecxte.com.

³⁶ Decisione del Parlamento europeo, del 14 giugno 2017, sulla richiesta di revoca dell'immunità di Jean-Marie Le Pen (2017/2020(IMM)).

to della diffusione tramite Twitter di immagini violente del gruppo Stato islamico³⁷; a carico di Mylène Troszczynski, a seguito di un'indagine giudiziaria per diffamazione pubblica e istigazione all'odio o alla violenza a danno di una persona o di un gruppo di persone in virtù della loro origine o della loro appartenenza o non appartenenza a un'etnia, a una nazione, a una razza o una religione determinata³⁸. La prassi è ben più ricca dei pochi casi ricordati.

La procedura di revoca dell'immunità è complessa anche perché si articola su due livelli ordinamentali. Spetta anzitutto al Presidente del Parlamento europeo avviarla. Nel caso che qui interessa, la Presidente Metsola ha rilasciato una dichiarazione secondo la quale avvierà la procedura d'urgenza il 16 gennaio prossimo, all'apertura della prima sessione plenaria di quest'anno, investendo la commissione parlamentare c.d. "Juri" (competente per gli affari giuridici) del compito di sottoporre all'aula (sperabilmente nella sessione successiva, dunque a partire dal 13 febbraio) un parere sul quale pronunciarsi a maggioranza semplice³⁹. La decisione del Parlamento deve essere quindi comunicata all'autorità nazionale richiedente (nel caso l'autorità giudiziaria belga). Se il Parlamento europeo accoglie la raccomandazione della "commissione Juri", la magistratura (nel caso quella belga) può svolgere le proprie attività investigative nei confronti dei parlamentari implicati.

Diverso è il caso in cui si tratti di revocare il mandato elettivo: spetta alle autorità dello Stato nella cui circoscrizione il parlamentare europeo è stato eletto revocare o confermare il regime di parlamentare, sulla base delle disposizioni contenute nella legge elettorale nazionale: questo perché, pur eletto per sedere nel Parlamento europeo, tale egli/ella diventa sulla base, appunto, di quest'ultima legge. Dato che i parlamentari implicati potrebbero essere più di uno e magari anche fare riferimento a Parlamenti nazionali differenti (come nel caso di specie), è anche possibile che non tutti questi adottino la decisione di revoca. Ben diversa sarebbe la procedura (e l'organo che decide sulla revoca del mandato) se finalmente si desse adempimento alle norme europee secondo le quali il Parlamento europeo

³⁷ Decisione del Parlamento europeo, del 15 giugno 2017, sulla richiesta di revoca dell'immunità di Marine Le Pen (2017/2021(IMM)).

³⁸ Decisione del Parlamento europeo, del 14 giugno 2017, sulla richiesta di revoca dell'immunità di Mylène Troszczynski (2017/2019(IMM)).

³⁹ www.notiziegeopolitiche.net/qatargate-metsola-europarlamento-sotto-attacco-siamo-dalla-parte-della-legge-nessuna-impunita.

deve essere eletto sulla base di una legge elettorale uniforme⁴⁰. Gli eventi che danno consistenza al *Qatargate* sono l'occasione per lavorare in questa direzione, il cui esito sarebbe un rafforzamento del carattere genuinamente democratico di questa istituzione, magari anche a partire dai contenuti della risoluzione d'iniziativa legislativa adottata il 3 maggio 2022 dal Parlamento: in essa si indicano le vie di una possibile "riforma della (...) procedura elettorale, allo scopo di sviluppare, concretamente, una sfera pubblica europea, suggerendo norme minime comuni e modifiche legislative in vista delle elezioni europee del 2024"⁴¹.

5. *E infine...*

Variegato e ricco è dunque il quadro delle azioni che l'Unione può intraprendere. Al legislatore europeo si pone la questione di utilizzare la base giuridica posta nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea per l'adozione di norme a contenuto penale, così da migliorare l'assetto sanzionatorio di condotte di corruzione che coinvolgono persone che lavorano nelle istituzioni dell'Unione, qualunque sia il rapporto giuridico che le lega ad essa, non limitatamente come è ora, con la Convenzione del 1997, limitatamente a chi possa essere qualificato funzionario europeo, ovvero la persona vincolata da un contratto ai sensi dello Statuto dei funzionari dell'Unione; la persona distaccata/comandata presso l'Unione dagli Stati membri o da qualsiasi ente pubblico o privato che svolge funzioni equivalente a quelle svolte da funzionari dell'Unione o altri agenti; la persona che lavora entro gli organismi costituiti secondo i Trattati⁴²; come si vede il

⁴⁰ Secondo l'art. 223 TFUE, l'iniziativa in materia appartiene al Parlamento europeo (che elabora un progetto volto a stabilire le disposizioni necessarie per permettere l'elezione dei propri membri a suffragio universale diretto con una procedura uniforme); su di essa delibera il Consiglio, all'unanimità e secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo stesso (a maggioranza dei propri componenti). La disciplina entra in vigore con l'approvazione di tutti gli Stati membri conformemente alle rispettive norme costituzionali.

⁴¹ Risoluzione legislativa del Parlamento europeo, del 3 maggio 2022, sulla proposta di regolamento del Consiglio relativo all'elezione dei membri del Parlamento europeo a suffragio universale diretto, che abroga la decisione del Consiglio (76/787/CECA, CEE, Euratom) e l'Atto relativo all'elezione dei membri del Parlamento europeo a suffragio universale diretto (2020/2220(INL)).

⁴² *Supra*, nota 33.

mandato elettivo non è compreso in questa definizione della Convenzione, sebbene ad esso si faccia riferimento ma con un rinvio, tramite il principio di assimilazione, alla disciplina nazionale. Questa riscrittura normativa consentirebbe anche di accogliere la definizione utilizzata dalla Convenzione penale stipulata nell'ambito del Consiglio d'Europa, secondo la quale l'espressione "pubblico ufficiale" è interpretata con riferimento alla definizione di "funzionario", "pubblico ufficiale", "sindaco", "ministro" o "giudice" nel diritto nazionale dello Stato nel quale la persona in questione esercita tale funzione e così come è applicata nel rispettivo diritto penale, comprendendo in essa anche i membri delle assemblee elettive statuali e internazionali⁴³.

A ciascuna istituzione europea spetta l'adozione di misure interne di prevenzione della corruzione anche di *soft law*, per rafforzare preventivamente l'integrità del tessuto istituzionale europeo.

Alle agenzie europee, EPPO in particolare, incombe la responsabilità di investigare in quale misura le condotte di corruzione integrino un pregiudizio agli interessi finanziari dell'Unione⁴⁴, in attesa che il legislatore europeo si determini ad utilizzare la norma che consente di ampliare la sfera di reati di competenza del Procuratore europeo da quelli che ledono gli interessi finanziari dell'Unione ad altri che ricadano in "sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni (...) o da una particolare necessità di combatterli su base transnazionale"⁴⁵.

Agli Stati membri (anche, ma non solo, riuniti in Consiglio) si impone la decisione di procedere finalmente e rapidamente verso l'adozione di una legge elettorale uniforme per l'elezione dei parlamentari europei.

Ne discenderebbe presumibilmente la costituzione di partiti di dimensione europea e di un'opinione pubblica di respiro continentale capace di imprimere una maggior legittimazione democratica all'Unione nel suo complesso⁴⁶.

⁴³ Artt. 4, 6 e 10. La *Criminal Law Convention on Corruption* è stata aperta alla firma il 27 gennaio 1999. Identico approccio è nella *Civil Law Convention on Corruption* aperta alla firma (sempre nel contesto del Consiglio d'Europa) il 4 novembre 1999.

⁴⁴ Al proposito si veda la risoluzione del Parlamento europeo, del 7 luglio 2022, sulla finanziazi dell'Unione europea – lotta contro la frode – relazione annuale 2020 (2021/2234(INI)).

⁴⁵ Artt. 83.1 e 86.4 TFUE.

⁴⁶ Si veda al proposito L. PAPADOPOULOU, L. PERNICE, J. WEILER (eds.), *Legitimacy Issues of the European Union in the Face of Crisis*, Baden-Baden, 2017; C. RANALLI, *I partiti*

Si tratta di azioni che, tutte⁴⁷, darebbero un segnale importante ai cittadini europei, ai quali occorre pensare per sostenere la legittimazione democratica dell'Unione nella prospettiva delle elezioni parlamentari del 2024.

Addendum

Ancora a proposito di una strategia europea efficace di contrasto alla corruzione – 19 febbraio 2023

Nella settimana che si chiude oggi (19 febbraio 2023), l'Unione europea si segnala per due importanti tappe nel perfezionamento di una più efficace strategia di contrasto alla corruzione entro gli Stati membri ed entro il proprio ordinamento giuridico.

1. Il 17 febbraio scorso si è chiuso un esercizio di partecipazione civica “lanciato” dalla Commissione europea il 20 gennaio (home-affairs.ec.europa.eu/news/european-commission-asks-publics-view-fight-against-corruption-2023-01-20_it). La società civile europea è stata invitata a presentare proprie osservazioni su due iniziative europee in materia di contrasto alla corruzione: una possibile Comunicazione in tema di strategia europea; una proposta di direttiva sulla repressione della corruzione, capace di estendere il proprio ambito oggettivo di applicazione anche a misure di prevenzione.

Le due iniziative della Commissione intendono rafforzare il quadro normativo, regolatorio ed applicativo in materia, anche nella considerazione che il contrasto alla corruzione è uno dei quattro “pilastri” del meccanismo annuale sulla valutazione Stato di diritto nei Paesi membri dell'Unione.

La comunicazione sulla politica anticorruzione dell'Unione dovrebbe dar conto delle priorità europee in materia, al fine di rendere effettiva la protezione dei cittadini dagli effetti negativi derivanti dalle condotte di corruzione, di migliorare il coordinamento tra le autorità europee, di pre-

politici a livello europeo: verso una complessa genesi dell'organizzazione democratica interna, in *DPCE online*, n. 1, 2021.

⁴⁷ La ricognizione di una possibile strategia dell'Unione per contrastare la corruzione è da ultimo tracciata in I. GAGLIO, J. GUZZON, K. BARTZ, L. MARCOLIN, R. KRYEZIU, E. DISLEY, J. TAYLOR, S. HULME, *Strengthening the fight against corruption: assessing the EU legislative and policy framework*, 3th January 2023.

disporre strumenti di prevenzione del rischio di simili condotte in settori specifici. Come si comprende, l'iniziativa della Commissione è principalmente rivolta all'interno dell'ordinamento dell'Unione.

La proposta di direttiva sulla lotta alla corruzione ha lo scopo di aggiornare il quadro legislativo dell'UE (che – lo ricordo – è assai datato, risalendo alla Convenzione in materia di contrasto alla corruzione dei funzionari pubblici europei e nazionali del 1997), allineandolo alle norme internazionali alle quali l'Unione si è vincolata (in particolare alla Convenzione delle nazioni Unite contro la corruzione del 2003), tramite un miglior coordinamento fra Stati (anche quanto alla loro capacità di indagare e perseguire i casi di corruzione transfrontaliera) e una migliore armonizzazione dei loro ordinamenti giuridici.

2. Il 16 febbraio scorso il Parlamento europeo, da parte sua, ha adottato due risoluzioni in materia.

La prima – intitolata all' "sull'istituzione di un organismo europeo indipendente responsabile delle questioni di etica" (2023/2555(RSP) – dà seguito alla risoluzione non legislativa del Parlamento europeo stesso del 16 settembre 2021, che sostiene l'esigenza di dare maggiore trasparenza e assicurare integrità ai lavori delle istituzioni europee, suggerendo l'istituzione di un organismo europeo indipendente responsabile per le questioni etiche.

Ricordo che tale risoluzione ha avuto seguiti abbastanza deludenti in epoca precedente al 9 dicembre 2022. È vero che la Presidente della Commissione, già nei propri "orientamenti politici" del luglio 2019, aveva espresso l'impegno dell'istituzione a costituire un organismo del genere proposto dal Parlamento europeo; e lo aveva ribadito rivolgendosi al Consiglio con la lettera del 18 marzo 2022. Ma l'impegno politico non si era mai tradotto in una proposta normativa volta a dare unità e incisività a un quadro regolatorio molto frammentato e poco applicato. La Commissione poi aveva opposto ostacoli d'ordine giuridico alla proposta sostenuta dal Parlamento introdotta da Alberto Alemanno nel proprio *Legal Study on an EU Ethics Body*, Paris, 13 January 2021 (www.greens-efa.eu/files/assets/docs/legal_study_eu_ethics_body_web_11012021.pdf): da una parte è stata messa in dubbio l'utilità di creare un nuovo organo, evidenziando anche il rischio di interferenze con agenzie e organi già esistenti (in particolare OLAF, mediatore europeo, Corte dei Conti, Corte di giustizia e procura europea); inoltre la Commissione non condivide le conclusioni della Corte dei Conti europea circa la non efficace applicazione della vigente disciplina europea e la sua non dissuasività (sul punto v. anco-

ra A. ALEMANNI, *Qatargate: A Missed Opportunity to reform the Union*, verfassungsblog.de/qatargate-a-missed-opportunity-to-reform-the-union/).

La seconda risoluzione parlamentare – intitolata al “seguito da dare alle misure richieste dal Parlamento per rafforzare l’integrità delle istituzioni europee (2023/2571(RSP))” – richiede l’adozione di norme efficaci e l’applicazione effettiva della disciplina già vigente (in particolare: una migliore attuazione del Codice di condotta del Parlamento europeo, con anche l’introduzione di nuove sanzioni finanziarie; una disciplina efficace per la soluzione dei conflitti di interesse anche successivi alla fine del mandato parlamentare; un miglior presidio per il controllo del registro sulle lobbies e sulle dichiarazioni rese circa gli incontri con rappresentanti anche di Paesi terzi; un allineamento delle norme interne alle istituzioni con la direttiva europea in materia di *whistleblowing*).

La risoluzione parlamentare prende in considerazione anche l’attività delle ONG, proponendo soluzioni in grado di accrescere la trasparenza della loro attività e il regime della loro responsabilità.

Infine, essa chiede che le norme etiche interne al Parlamento europeo vengano riviste prima della prossima estate sulla base delle proposte della commissione (parlamentare) speciale sulle ingerenze esterne (ING2) in coordinamento con gli altri organi competenti.

3. Sappiamo che, intanto, il Parlamento europeo ha revocato l’immunità per i parlamentari sui quali la magistratura belga vuole indagare (decisioni del 2 febbraio 2023, rispettivamente, *sulla richiesta di revoca dell’immunità di Andrea Cozzolino (2023/2006 IMM)* e *sulla richiesta di revoca dell’immunità di Marc Tarabella (2023/2005(IMM))*).

L'ACCESSO ALLE INTESI INFORMALI IN MATERIA
DI RIAMMISSIONE TRA VINCOLI DI RISERVATEZZA
E OBBLIGHI DI PUBBLICAZIONE

Martina Previatello*

SOMMARIO: 1. Introduzione: le intese informali in materia di riammissione concluse dall'Unione europea. – 2. L'impossibilità di accesso alle intese informali. – 3. Le decisioni del Mediatore europeo che confermano l'impossibilità di accesso. – 4. Il problema della compatibilità con i Trattati della mancanza di pubblicità delle intese informali. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione: le intese informali in materia di riammissione concluse dall'Unione europea*

L'art. 79, par. 3, TFUE attribuisce all'Unione europea la competenza a concludere accordi di riammissione con i Paesi terzi di origine o di provenienza degli stranieri in condizione di soggiorno irregolare.

Si tratta di accordi internazionali, stipulati secondo la procedura prevista dall'art. 218 TFUE, volti a facilitare la collaborazione dei Paesi terzi nel rimpatrio delle persone che si trovano irregolarmente sul territorio di uno Stato membro. Essi disciplinano le modalità tecnico-operative della riammissione.

Questi accordi si rivelano di grande utilità nei casi in cui lo straniero da espellere non possa essere identificato perché non dispone di documenti o li ha occultati: in questi casi la riammissione è possibile solo se le autorità del Paese terzo di destinazione collaborano nell'identificazione del soggetto e, una volta effettuata questa operazione, accettano di riammetterlo sul loro territorio¹.

* Assegnista di ricerca in diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Trieste.

¹ Sugli accordi di riammissione conclusi dall'Unione europea v. *ex multis*, S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, Torino, 2022, p. 430 ss.; I. OTTAVIANO, *Gli accordi di riammissione dell'Unione europea*, in F. CHERUBINI (a cura di), *Le migrazioni in Europa. UE, Stati terzi e migration outsourcing*, Roma, 2015, p. 99 ss.; J.-P. CASSARINO, *Readmission Policy in the European Union – Study*, Bruxelles, 2010; G. CELLAMARE, *Gli accordi di riammissione dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione*

Gli accordi di riammissione contengono disposizioni che sono complementari rispetto alla disciplina dettata dalla direttiva rimpatri². Infatti, la procedura di riammissione è attivabile soltanto dopo che le autorità nazionali competenti hanno adottato, conformemente a quanto disposto dalla direttiva, una decisione di rimpatrio che “attesti o dichiari l’irregolarità del soggiorno di un cittadino di paesi terzi e imponga o attesti l’obbligo di rimpatrio”³. La cooperazione con i Paesi di origine e di transito mira a favorire l’effettiva esecuzione di queste decisioni.

L’Unione incontra spesso delle difficoltà nella negoziazione e nella conclusione di accordi di riammissione. In effetti, a trarre vantaggio da questi accordi è soprattutto l’Unione europea; l’interesse degli Stati terzi di origine e di transito dei flussi migratori a favorire la riammissione è alquanto limitato, se non addirittura nullo.

In effetti, pur contenendo obblighi reciproci, detti accordi comportano costi e benefici asimmetrici in capo alle Parti: nei Paesi terzi di origine essi hanno ripercussioni negative dal punto di vista politico, economico e sociale⁴.

In particolare, gli accordi di riammissione incontrano una forte opposizione da parte dell’opinione pubblica dei Paesi partner: tale ostilità è legata al fatto che l’emigrazione, anche irregolare, è considerata da questi Paesi un mezzo per diminuire il livello di disoccupazione interna e, al contempo, per favorire l’economia nazionale, che in molti casi dipende dalle rimesse degli espatriati⁵.

Per superare queste difficoltà l’Unione ha elaborato diverse strategie, che vanno dall’inserimento di clausole di riammissione all’interno di più ampi accordi di associazione e cooperazione conclusi con i Paesi terzi, all’utilizzo di incentivi e di leve in materia di rilascio di visti di breve durata nell’area Schengen⁶. A tal riguardo, si pensi, da un lato, alla negoziazione

europa, 2010, p. 369 ss.; N. COLEMAN, *European Readmission Policy: Third Country Interests and Refugee Rights*, Leiden, 2008.

² Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

³ Art. 3, n. 4, direttiva 2008/115/CE, cit.

⁴ J.-P. CASSARINO, *Readmission, Visa Policy and the “Return Sponsorship” Puzzle in the New Pact on Migration and Asylum*, in *ADiM Blog, Analyses & Opinions*, November 2020, p. 4.

⁵ V. relazione speciale della Corte dei Conti n. 17 del 2021, *La cooperazione dell’UE con i paesi terzi in materia di riammissione: azioni pertinenti hanno prodotto risultati limitati*, punto 39.

⁶ S. AMADEO, F. SPITALERI, *op. cit.*, pp. 438-439.

“in parallelo” di accordi di facilitazione per il rilascio dei visti di breve durata con i partner che accettano di concludere gli accordi di riammissione e, dall'altro, al meccanismo di cui all'art. 25 *bis* del Codice Visti⁷, che consente all'Unione di applicare alternativamente misure positive o restrizioni in materia di rilascio dei visti a seconda del grado di collaborazione dimostrato dai Paesi terzi in materia di riammissione⁸.

In seguito alla crisi migratoria del 2015, a tali soluzioni si è affiancato un nuovo approccio, consistente nell'inserire la cooperazione in materia di riammissione all'interno di una cornice giuridica più flessibile e informale, pur di raggiungere l'obiettivo prefissato, ossia un aumento del tasso di esecuzione delle decisioni di rimpatrio.

Questa nuova strategia si fonda sulla stipulazione di “accordi pratici alternativi, distinti dagli accordi negoziati, che producano risultati equivalenti in termini di cooperazione sui rimpatri reali”⁹. La funzione e, in alcuni casi, anche il contenuto di queste intese, sono analoghi a quelli degli accordi di riammissione. Tutte le intese informali sinora concluse contengono una clausola in cui le parti precisano che tali strumenti non costituiscono accordi internazionali vincolanti, né intendono far sorgere in capo alle parti diritti od obblighi in base al diritto internazionale.

In altri termini, si tratterebbe di intese politiche, concluse tra l'Unione e quei Paesi terzi di origine dei flussi migratori che, seppure non disposti ad avviare con l'Unione i negoziati per la conclusione di veri e propri accordi internazionali, intendono nondimeno impegnarsi con essa – sul piano politico e attraverso forme di cooperazione operativa – a riammettere i propri cittadini. Questi atti andrebbero quindi ricondotti alla categoria delle “intese non giuridiche” che, secondo la dottrina internazionalistica, “non pretendendo di avere natura giuridica, valgono finché valgono”, vale a dire “valgono se e finché sono applicate dalle parti”¹⁰.

⁷ Regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, che istituisce un codice comunitario dei visti (codice dei visti).

⁸ Sul meccanismo di cui all'art. 25 *bis* del Codice dei visti si veda in dottrina S. NICOLOSI, *Refashioning the EU Visa Policy: A New Turn of the Screw to Cooperation on Readmission and to Discrimination?*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 22, 2020, p. 467 ss.

⁹ V. relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, *Quinta relazione sui progressi compiuti relativamente al quadro di partenariato con i paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione*, 6 settembre 2017, COM (2017) 471, pp. 2 e 3.

¹⁰ V. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2018, pp. 80 e 81.

Com'è stato rilevato da diversi autori¹¹, questa prassi potrebbe sollevare alcune criticità sotto il profilo del rispetto dei vincoli derivanti dal diritto primario dell'Unione, specialmente laddove gli strumenti informali siano utilizzati in alternativa a quelli per cui i Trattati prevedono un'espressa base giuridica.

In effetti, l'utilizzo di strumenti non vincolanti potrebbe condurre ad aggirare i vincoli e le garanzie poste dai Trattati all'esercizio dell'azione esterna dell'Unione, in particolare quelli relativi al ruolo del Parlamento europeo nella stipulazione degli accordi.

A tal riguardo, è importante sottolineare che nella procedura seguita per l'adozione delle intese informali il Parlamento europeo non è in alcun modo coinvolto: a differenza di quanto avviene per gli accordi internazionali conclusi *ex art. 218 TFUE*¹², esso non è chiamato ad approvare la decisione di conclusione dell'accordo o ad esprimere un parere in proposito, né riceve informazioni esaustive nel corso della procedura¹³.

Inoltre, ai fini del presente lavoro va ricordato che la conclusione di intese informali determina, nella prassi corrente, l'elusione degli obblighi di

¹¹ C. MOLINARI, *EU Readmission Deals and Constitutional Allocation of Powers: Parallel Paths that Need to Cross*, in E. KASSOTI, N. IDRIZ (eds.), *The Informalisation of the EU's External Action in the Field of Migration and Asylum*, The Hague, 2022, p. 15 ss.; F. CASOLARI, *The Unbearable "Lightness" of Soft Law: on the European Union's Recourse to Informal Instruments in the Fight Against Irregular Immigration*, in F. IPPOLITO, G. BORZONI, F. CASOLARI (eds.), *Bilateral Relations in the Mediterranean*, Cheltenham, 2020, p. 215 ss.; A. OTT, *Informalization of EU Bilateral Instruments: Categorization, Contestation, and Challenges*, in *Yearbook of European Law*, 2020, p. 569 ss., spec. pp. 591 e 592; S. CARRERA, *On Policy Ghosts: EU Readmission Arrangement as Intersecting Policy Universes*, in S. CARRERA, L. DEN HERTOG, M. PANIZZON, D. KOSTAKOPOULOU (eds.), *EU External Migration Policies in an Era of Global Mobilities: Intersecting Policy Universes*, Leiden, 2019, p. 21 ss.; J. S. VARA, *Soft International Agreements on Migration Cooperation with Third Countries: a Challenge to Democratic and Judicial Controls in the EU*, in S. CARRERA, J. S. VARA, T. STRIK (eds.), *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis. Legality, Rule of Law and Fundamental Rights Reconsidered*, Cheltenham, 2019, p. 21 ss.; C. WARIN, Z. ZHEKOVA, *The Joint Way Forward on Migration Issues between Afghanistan and the EU: EU External Policy and the Recourse to Non-binding Law*, in *Cambridge International Law Journal*, 2017, p. 143 ss.

¹² Sulla procedura di stipulazione degli accordi internazionali dell'Unione europea v. P. KOUTRAKOS, *EU External Relations Law*, Oxford, 2015, p. 137 ss.; M. GATTI, P. MANZINI, *External Representation of the European Union in the Conclusion of International Agreements*, in *Common Market Law Review*, vol. 49, 2012, p. 1703 ss.

¹³ Sul ruolo del Parlamento europeo nella procedura di conclusione degli accordi internazionali dell'Unione europea v. P. EECKHOUT, *EU External Relations Law*, Oxford, 2011, p. 202 ss.

pubblicazione degli accordi, discendenti dall'art. 297 TFUE. A differenza degli accordi internazionali conclusi dall'Unione, dette intese non sono pubblicate nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea. Anzi, in alcune ipotesi, come si dirà a breve, esse non sono in alcun modo rese pubbliche.

Il presente contributo intende soffermarsi su quest'ultimo punto. Dopo aver fatto emergere la difficoltà di accesso al testo delle intese informali in materia di riammissione e agli atti che hanno condotto alla loro conclusione, ci si interrogherà sulla compatibilità con il diritto dell'Unione della mancanza di pubblicità di tali atti.

2. *L'impossibilità di accesso alle intese informali*

L'Unione europea ha finora concluso sei intese in materia di riammissione con i seguenti Paesi terzi: Afghanistan, Gambia, Guinea, Bangladesh, Etiopia e Costa d'Avorio. Nessuno di questi documenti è stato pubblicato sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

Le intese con l'Afghanistan, il Bangladesh e l'Etiopia sono le uniche di cui sia stato divulgato il contenuto.

La cooperazione tra Unione europea e Afghanistan è fondata su un'intesa conclusa a Kabul nel 2016, denominata "Azione congiunta UE-Afghanistan per il futuro in materia di questioni migratorie dell'UE", assai più nota con la denominazione inglese "Joint Way Forward on migration issues between Afghanistan and the EU (JWF)"; la collaborazione è stata rinnovata nel 2021 con uno strumento denominato "Joint Declaration on Migration Cooperation between Afghanistan and the EU (JDMC)", che sostituisce la precedente intesa.

Benché non pubblicate sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, l'Azione Congiunta e la Dichiarazione congiunta sono disponibili *online* sul sito del Servizio Europeo per l'Azione Esterna (SEAE). Inoltre, il testo dell'Azione Congiunta figura in allegato alla decisione della Commissione relativa alla sua firma¹⁴, che è conservata nel registro dei documenti di quest'ultima istituzione.

La cooperazione con il Bangladesh si basa su un'intesa denominata "Procedure operative standard UE-Bangladesh per l'identificazione e il

¹⁴ Decisione della Commissione, del 19 settembre 2016, relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, di un'"Azione congiunta UE-Afghanistan sulle questioni di migrazione", C (2016) 6023fin.

rimpatrio delle persone prive di autorizzazione a soggiornare” (nella denominazione inglese, “EU-Bangladesh Standard Operating Procedures for the Identification and Return of Persons without an Authorisation to Stay –SOP”). Essa è in vigore dal 25 settembre 2017. Il testo dell’intesa è allegato alla decisione della Commissione relativa alla sua firma¹⁵, rinvenibile nel registro dei documenti di detta istituzione.

L’intesa con l’Etiopia, denominata “Draft admission procedures for the return of Ethiopians from European Union Member States”, risulta allegata, in una versione non definitiva, ad una nota inviata dal Segretariato Generale del Consiglio al COREPER¹⁶; l’atto è conservato nel registro dei documenti del Consiglio.

Le intese con Gambia, Guinea e Costa d’Avorio, denominate “EU good practices for the effective operation of the return procedure with Guinea, The Gambia, and the Ivory Coast” non sono state rese disponibili al pubblico. Dell’esistenza (ma non del contenuto) di queste si ha notizia per mezzo di documenti e comunicazioni ufficiali della Commissione¹⁷.

Alcuni privati hanno presentato una richiesta di accesso alle intese con Gambia, Guinea e Costa d’Avorio, ai sensi del reg. (CE) n. 1049/2001¹⁸. Tale richiesta è stata tuttavia rigettata dal Consiglio sulla base dell’eccezione relativa all’interesse pubblico in ordine alle relazioni internazionali, prevista dall’art. 4, par. 1, lett. a), del regolamento citato.

In particolare, il Consiglio ha motivato il rifiuto sottolineando che il successo della cooperazione in materia di riammissione tra l’Unione e questi tre Paesi terzi dipende dall’esistenza di un clima di reciproca fiducia. Il Consiglio ritiene che, in considerazione della delicatezza del tema della riammissione per questi Paesi terzi, la diffusione di informazioni da parte dell’Unione potrebbe avere un impatto negativo sulla cooperazione in corso. La divulgazione del contenuto delle intese potrebbe suscitare

¹⁵ Decisione della Commissione, dell’8 settembre 2017, relativa alla firma delle procedure operative standard UE-Bangladesh per l’identificazione e il rimpatrio delle persone prive di autorizzazione a soggiornare, C (2017) 6137fin.

¹⁶ Nota Punto “I/A”, Procedure di ammissione per il rimpatrio di cittadini etiopi dagli Stati membri dell’Unione europea, 18 dicembre 2017, 15762/17 LIMITE.

¹⁷ 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, 29 settembre 2021, COM (2021) 590, nota 30.

¹⁸ 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.

nell'opinione pubblica dei Paesi partner una forte opposizione alle riammissioni e indurre i Paesi terzi coinvolti a porre fine alla cooperazione con l'Unione europea¹⁹.

3. *Le decisioni del Mediatore europeo che confermano l'impossibilità di accesso*

Della questione dell'accesso alle intese informali in materia di riammissione è stato investito il Mediatore europeo, il quale ha adottato il 1° settembre 2022 due decisioni nei casi 1271/2022/MIG²⁰ e 815/2022/MIG²¹. Questi traggono origine da denunce presentate da privati contro il diniego della Commissione e del Consiglio di garantire, nel primo caso, l'accesso al testo dell'intesa informale conclusa dall'Unione con il Gambia e, nel secondo, ad una serie di documenti che recano il testo di tutte le sei intese finora raggiunte, nonché le informazioni relative ai negoziati.

In primo luogo, i denunciatori hanno contestato l'applicazione ai documenti in esame dell'eccezione di cui all'art. 4 del reg. 1049/2001: a tal riguardo, essi hanno affermato che la Commissione e il Consiglio non avrebbero dimostrato in che modo la divulgazione dei documenti richiesti avrebbe potuto nuocere alle relazioni internazionali dell'Unione²². Inoltre, essi hanno sottolineato che l'asserito pregiudizio alle relazioni internazionali si sarebbe già verificato a seguito della divulgazione del testo delle intese concluse con l'Afghanistan e il Bangladesh sui siti Internet di alcune istituzioni: nella misura in cui il contenuto di alcune intese informali sarebbe già di dominio pubblico, l'applicazione dell'eccezione in oggetto perderebbe la sua ragion d'essere²³.

¹⁹ Council of the European Union, Note from General Secretariat of the Council to Working Party on Information, Public access to documents – Confirmatory application No 10/c/01/21, 5 May 2021, 7783/21 LIMITE, spec. punto 20.

²⁰ Mediatore europeo, decisione del 1° settembre 2022, sul rifiuto da parte della Commissione europea di concedere l'accesso del pubblico a un accordo informale con la Gambia in merito al rimpatrio di migranti (caso 1271/2022/MIG).

²¹ Mediatore europeo, decisione del 1° settembre 2022, sul rifiuto da parte del Consiglio dell'UE di concedere l'accesso del pubblico a documenti relativi ad accordi informali con Paesi terzi in materia di rimpatrio di migranti (accordi di riammissione) (caso 815/2022/MIG).

²² Lettera inviata dal Mediatore alla Commissione il 15 luglio 2022 in relazione al caso 1271/2022/MIG.

²³ Decisione del Mediatore nel caso 815/2022/MIG, cit., punti 13 e 17.

I denuncianti hanno poi aggiunto che, anche a voler ammettere l'astratta applicabilità dell'art. 4 del reg. 1049/2001 agli atti in esame, nel caso di specie sussisterebbe un "overriding mandatory interest in disclosure", consistente nella necessità di garantire una tutela sufficientemente ampia dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti²⁴.

In altre parole, nel bilanciamento tra l'interesse pubblico alla salvaguardia delle relazioni internazionali e la tutela dei diritti fondamentali degli interessati, la seconda esigenza avrebbe dovuto essere ritenuta prevalente; secondo i denuncianti, ciò comportava la necessità di divulgare i documenti suddetti²⁵.

In secondo luogo, i denuncianti hanno contestato la natura politica dei documenti richiesti. A tal riguardo, essi hanno sostenuto che, in considerazione del contesto e delle circostanze in cui le intese sono state concluse, nonché della condotta delle parti, tali strumenti dovrebbero essere considerati accordi internazionali che, in quanto tali, dovrebbero essere pubblicati sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea²⁶. Essi hanno aggiunto che il Consiglio avrebbe dovuto considerare questi atti come aventi natura legislativa, il che avrebbe richiesto un maggior grado di trasparenza, nonché il coinvolgimento del Parlamento europeo nella procedura di adozione degli stessi²⁷.

Nella procedura davanti al Mediatore europeo, la Commissione ed il Consiglio hanno ribadito la natura politica delle intese informali. Secondo queste istituzioni, si tratterebbe di strumenti di cooperazione operativa che, come emerge dal testo delle intese stesse, non intendono creare alcun obbligo tra le parti: essendo atti non vincolanti, la loro attuazione dipenderebbe soprattutto dalla volontà politica di collaborare in capo alle autorità dei Paesi terzi²⁸.

Ciò posto, il Consiglio e la Commissione hanno sostenuto che la creazione ed il mantenimento di un clima di reciproca fiducia con i Paesi partner sarebbe essenziale per garantire l'applicazione delle intese. La divulgazione del loro contenuto avrebbe ripercussioni negative sul clima di reciproca fiducia esistente, indebolendo la posizione negoziale dell'Unione e riducendo parallelamente la volontà dei Paesi terzi di cooperare²⁹. Il Con-

²⁴ Lettera inviata dal Mediatore alla Commissione in relazione al caso 1271/2022/MIG, cit.

²⁵ Decisione del Mediatore nel caso 1271/2022/MIG, cit., punto 13.

²⁶ Decisione del Mediatore nel caso 1271/2022/MIG, cit., punto 11.

²⁷ Decisione del Mediatore nel caso 815/2022/MIG, cit., punto 14.

²⁸ Decisione del Mediatore nel caso 1271/2022/MIG, cit., punti 14-15 e decisione del Mediatore nel caso 815/2022/MIG, cit., punto 12.

²⁹ Decisione del Mediatore nel caso 815/2022/MIG, cit., punto 12.

siglio e la Commissione hanno aggiunto che la pubblicazione delle intese rivelerebbe gli obiettivi strategici dell'Unione in materia di riammissione, nonché i diversi approcci da essa adottati nei confronti dei vari Paesi partner. Ciò pregiudicherebbe non solo i negoziati in corso, ma anche quelli futuri con altri Paesi terzi³⁰.

La Commissione ha sottolineato che questo rischio sarebbe reale: in passato, infatti, un Paese terzo si sarebbe rifiutato di finalizzare e attuare un'intesa simile a seguito della diffusione della notizia dei negoziati in corso³¹.

Secondo la Commissione e il Consiglio, questi motivi giustificherebbero il diniego di accesso ai documenti in esame, a tutela dell'interesse pubblico in ordine alle relazioni internazionali.

A seguito alle denunce, il Mediatore europeo ha aperto due indagini parallele e, nell'ambito di quella riguardante il diniego di accesso ai documenti opposto dal Consiglio³², ha analizzato il testo di tutte le intese informali finora concluse ed ha organizzato un incontro con alcuni membri del Consiglio al fine di richiedere loro spiegazioni aggiuntive, incluse informazioni confidenziali³³.

In esito alle indagini, il Mediatore ha escluso che il diniego di accesso opposto da Commissione e Consiglio integrasse un caso di cattiva amministrazione.

Anzitutto, il Mediatore ha ricordato che le istituzioni dell'Unione godono di un ampio margine di discrezionalità nell'applicazione delle eccezioni di cui all'art. 4, par. 1, lett. a), del reg. 1049/2001, tra cui figura quella relativa alla tutela dell'ordine pubblico in ordine alle relazioni internazionali. Il Mediatore ha sottolineato che, in casi simili, il controllo della legittimità dell'esercizio di tale potere si riduce alla verifica dell'inesistenza di un errore manifesto³⁴. Nel caso di specie, il Mediatore ha escluso che un errore manifesto fosse addebitabile alla Commissione e al Consiglio³⁵.

Inoltre, il Mediatore ha respinto l'argomento dei denunciati, secondo

³⁰ Decisione del Mediatore nel caso 815/2022/MIG, cit., punto 11.

³¹ Decisione del Mediatore nel caso 1271/2022/MIG, cit., punto 16.

³² Caso 815/2022/MIG, cit.

³³ La relazione dell'incontro, sotto forma di rapporto di ispezione del 7 giugno 2022, è disponibile *online* sul sito del Mediatore europeo: v. *Report on meeting of the European Ombudsman inquiry team with the Council of the European Union*.

³⁴ Decisione del Mediatore nel caso 1271/2022/MIG, cit., punti 18-19 e decisione del Mediatore nel caso 815/2022/MIG, cit., punti 20-21.

³⁵ Decisione del Mediatore nel caso 1271/2022/MIG, cit., punti 20-22 e decisione del Mediatore nel caso 815/2022/MIG, cit., punti 23-27.

il quale le istituzioni avrebbero dovuto garantire l'accesso al testo delle intese informali in esito al bilanciamento tra l'interesse pubblico alla salvaguardia delle relazioni internazionali e quello relativo alla tutela dei diritti fondamentali, che avrebbe dovuto essere ritenuto prevalente.

A tal riguardo, le decisioni in esame ricordano che l'interesse pubblico tutelato dall'art. 4, par. 1, lett. a), del reg. 1049/2001 – a differenza di quanto previsto all'art. 4, parr. 2 e 3 del medesimo regolamento – non è soggetto a bilanciamento con altri interessi, dovendo comunque prevalere³⁶.

Secondo il Mediatore, da ciò segue che, ogniqualvolta le istituzioni dell'Unione ritengano che la divulgazione di determinati documenti possa pregiudicare uno degli interessi elencati dall'art. 4, par. 1, lett. a), esse sono tenute a negare l'accesso³⁷.

Infine, per quanto riguarda la natura delle intese informali, le decisioni in esame precisano che il carattere non vincolante di questi strumenti emergerebbe chiaramente dal contenuto degli stessi³⁸. Pur senza affermarlo esplicitamente, in tal modo il Mediatore ha escluso che le intese informali debbano essere concluse secondo la procedura prevista dall'art. 218 TFUE e che le stesse debbano essere pubblicate sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, come richiede l'art. 13, par. 1, lett. f), del reg. 1049/2001, in relazione agli accordi internazionali conclusi dall'Unione³⁹.

4. *Il problema della compatibilità con i Trattati della mancanza di pubblicità delle intese informali*

Vista la posizione della Commissione e del Consiglio e le decisioni pre-

³⁶ Sul punto v. anche sentenza della Corte del 3 luglio 2014, causa C-350/12 P, *Consiglio / in 't Veld*, punto 90.

³⁷ Decisione del Mediatore nel caso 1271/2022/MIG, cit., punto 23 e decisione del Mediatore nel caso 815/2022/MIG, cit., punto 28.

³⁸ Decisione del Mediatore nel caso 1271/2022/MIG, cit., punto 24 e decisione del Mediatore nel caso 815/2022/MIG, cit., punto 29.

³⁹ Dopo aver concluso nel senso della legittimità del rifiuto all'accesso ai documenti opposto dalle istituzioni interessate, il Mediatore precisa che “[t]hat said, given the concerns raised by the complainants (...), every effort should be made to reassure the public that the fundamental rights of migrants are sufficiently protected, and adequate safeguards are in place in this process” (v. decisione del Mediatore nel caso 1271/2022/MIG, cit., punto 25 e decisione del Mediatore nel caso 815/2022/MIG, cit., punto 30).

se dal Mediatore europeo, sembra opportuno, giunti a questo punto, chiedersi se la mancanza di pubblicità delle intese informali in materia di riammissione sia coerente con quanto prescritto dai Trattati.

Invero, al fine di cercare di rispondere a tale interrogativo, potrebbero essere seguiti due diversi approcci.

Il primo consiste in un'analisi volta a stabilire se le intese in esame possano essere considerate alla stregua di veri e propri accordi internazionali: in caso affermativo, infatti, esse dovrebbero essere stipulate, a pena di invalidità, secondo la procedura di cui all'art. 218 TFUE e soprattutto, per quanto più interessa in questa sede, dovrebbero essere pubblicate sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, conformemente a quanto disposto dall'art. 13, par. 1, lett. f), del reg. 1049/2001.

Si tratta di un'analisi complessa che richiede, anzitutto, di predeterminare i parametri presi a riferimento per valutare il carattere vincolante o meno di un determinato accordo. Non solo. Si tratta, altresì, di un'analisi casistica, da svolgersi cioè in relazione al testo di ciascun singolo strumento. Com'è evidente, non è questa la sede più appropriata per procedere ad un siffatto esame, né è questo l'obiettivo che il presente contributo persegue.

Intendo pertanto seguire un approccio diverso. Partendo dalla constatazione che questa collaborazione in materia di riammissione è sfociata in intese informali, mi propongo di verificare se è vero che queste intese, o gli atti che conducono alla loro conclusione, non debbano essere pubblicati.

Per effettuare questa valutazione, anzitutto è necessario capire quale sia la procedura seguita per concludere intese informali in materia di riammissione. A tal riguardo, va ricordata la giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alle intese non vincolanti stipulate con Paesi terzi⁴⁰.

Anzitutto, la Corte di giustizia ha precisato che la competenza a concludere le intese informali spetta alla Commissione in virtù dell'art. 17

⁴⁰ Sentenza della Corte del 23 marzo 2004, causa C-233/02, *Francia c. Commissione*, punto 40; sentenza della Corte del 28 luglio 2016, causa C-660/13, *Consiglio c. Commissione*, punti 30-43. Sulla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di intese non vincolanti concluse dalla Commissione si veda: P. J. KUIJPER, *Recent Tendencies in the Separation of Powers in EU Foreign Relations: An Essay*, in E. NEFRAMI, M. GATTI (eds.), *Constitutional Issues of EU External Relations Law*, Baden-Baden, 2018, p. 201 ss., spec. p. 220 ss.; P. GARCÍA ANDRADE, *The Distribution of Powers Between EU Institutions for Conducting External Affairs through Non-Binding Instruments*, in *europeanpapers.eu*, vol. 1, n. 1, 2016, p. 115 ss.; T. VERELLEN, *On Conferral, Institutional Balance and Non-binding International Agreements: The Swiss MoU Case*, in *europeanpapers.eu*, vol. 1, n. 3, 2016, p. 1225 ss.

TUE, il quale assegna a questa istituzione il compito di promuovere l'interesse generale e di assicurare la rappresentanza esterna dell'Unione, fatta eccezione per la politica estera e di sicurezza comune e per gli altri casi previsti dai Trattati.

Inoltre, la Corte ha stabilito che, a garanzia del rispetto del principio dell'equilibrio istituzionale, enunciato dall'art. 13, par. 2, TUE, la Commissione deve rivolgersi al Consiglio, dapprima per ottenere l'autorizzazione all'apertura dei negoziati e, in seguito, per richiedere l'approvazione delle intese prima della firma. La Corte ha sottolineato che dall'art. 16, par. 1, seconda frase e par. 6, co. 3, TUE, si ricava che spetta al Consiglio "valutare [...] gli interessi dell'Unione nell'ambito delle relazioni con il paese terzo interessato e [...] operare ponderazioni tra gli interessi divergenti rientranti nell'ambito di tali relazioni"⁴¹.

Dal momento che la decisione di stipulare un accordo, indipendentemente dalla sua natura vincolante o meno, implica necessariamente delle valutazioni politiche che, in quanto tali, spettano al Consiglio, il coinvolgimento di questa istituzione è sempre necessario al fine di assicurare che l'accordo corrisponda all'interesse dell'Unione. Tale controllo dev'essere operato sia "a monte", attraverso l'autorizzazione all'avvio dei negoziati, sia "a valle", per mezzo dell'autorizzazione alla firma dell'atto da parte della Commissione⁴².

La prassi della Commissione risulta coerente con queste indicazioni. Ad esempio, prendendo a riferimento la procedura seguita nel caso della Dichiarazione congiunta UE-Afghanistan, si può ricordare quanto segue.

Dopo la necessaria autorizzazione del Consiglio, i negoziati sono stati condotti dalla Commissione e dal SEAE. Il testo dell'intesa è stato adottato dalle parti. Dopo aver ottenuto dal Consiglio l'autorizzazione alla firma, la Commissione ha adottato la relativa decisione, che indica i soggetti incaricati di firmare l'intesa e reca in allegato il testo dell'intesa stessa. Da ultimo, la Dichiarazione congiunta è stata firmata, a nome dell'Unione, dall'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza e dal Commissario responsabile in materia di migrazione, affari interni e cittadinanza.

Anche l'intesa stipulata dall'Unione con il Bangladesh è stata firmata a seguito di una decisione della Commissione che individua il soggetto incaricato di questo compito e che riporta in allegato il testo dell'intesa.

Ciò detto, è importante qualificare le decisioni menzionate.

⁴¹ Sentenza *Consiglio c. Commissione*, cit., punto 39.

⁴² Sentenza *Consiglio c. Commissione*, cit., punto 43.

Si tratta, a parere di chi scrive, di decisioni di un'istituzione dell'Unione che non designano i destinatari dell'atto⁴³. L'atto infatti è denominato "decisione" e non reca nel dispositivo il soggetto cui è diretta.

Se questa qualificazione è corretta, deve trovare allora applicazione l'art. 297, par. 2, co. 2, TFUE, ai sensi del quale "le decisioni che non designano i destinatari sono pubblicat[e] nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea". A prescindere dalla natura giuridica dell'intesa conclusa, sotto questo profilo quel che conta è che la Commissione adotta una decisione (quella relativa alla firma) che, in forza della disposizione citata, deve essere oggetto di pubblicazione.

Da quanto precede si può quindi concludere che la mancanza di pubblicità delle intese informali in materia di riammissione (o meglio della suddetta decisione che reca in allegato le intese) contrasta con il diritto dell'Unione e, in particolare, con la norma di diritto primario di cui all'art. 297, par. 2, co. 2, TFUE.

A questo punto, ci si può interrogare sulle conseguenze della violazione di questa disposizione. Orbene, al riguardo è opportuno ricordare che l'entrata in vigore e la produzione degli effetti degli atti sono subordinate alla pubblicazione degli stessi sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea⁴⁴.

Da ciò segue che la mancanza di pubblicazione non è motivo di invalidità degli atti, bensì della loro inefficacia, nella misura in cui la produzione degli effetti giuridici dipende da questo adempimento⁴⁵.

Si tratta, dunque, di una conseguenza diversa rispetto a quella cui si giungerebbe qualora l'esito della complessa indagine relativa alla natura giuridica delle intese, cui si è fatto cenno poc'anzi, conducesse a considerare gli strumenti in oggetto alla stregua di veri e propri accordi internazionali. Invero, in una simile ipotesi, il mancato rispetto della procedura prevista dall'art. 218 TFUE comporterebbe l'invalidità delle intese, per violazione di forme sostanziali.

5. Conclusioni

Il presente contributo si è occupato della recente prassi consistente nella conclusione da parte dell'Unione di intese informali in materia di

⁴³ V. in tal senso S. AMADEO, F. SPITALERI, *op. cit.*, p. 438.

⁴⁴ Sentenza della Corte dell'11 dicembre 2007, causa C-161/06, *Skoma-Lux*, punto 33.

⁴⁵ P. MORI, *Commento all'art. 297 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 2314 ss., spec. p. 2316.

riammissione con quei Paesi terzi di origine dei flussi migratori i quali, pur non disposti a stipulare con l'Unione veri e propri accordi di riammissione, intendono nondimeno collaborare con essa nelle operazioni di identificazione e di rimpatrio.

In particolare, l'esposizione che precede si è concentrata su uno dei problemi posti da tale prassi, ossia la mancanza di pubblicità degli strumenti in esame.

Della questione dell'accesso alle intese informali in materia di riammissione è stato investito il Mediatore europeo il quale, nelle decisioni esaminate, ha concluso nel senso della legittimità del diniego di accesso.

La conclusione del Mediatore è fondata, da un lato, sulla natura giuridica non vincolante degli strumenti in esame: risulta infatti dalle decisioni in commento che il Mediatore, in esito ad una complessa indagine del contenuto delle intese, ha escluso che tali strumenti costituiscano veri e propri accordi internazionali. Dall'altro lato, la conclusione del Mediatore si basa sulle esigenze di tutela della riservatezza degli atti in materia di relazioni internazionali. Come detto, l'esito cui perviene il Mediatore è il frutto di un attento esame delle misure considerate.

Anche ammettendo che la conclusione raggiunta sia corretta, nel presente lavoro è stato sottolineato che il Mediatore non si è interrogato sulla diversa questione consistente nello stabilire se gli atti adottati durante l'*iter* procedurale che ha portato alla firma delle intese siano atti di cui i Trattati richiedono la pubblicazione.

Orbene, dall'analisi che precede emerge che le decisioni con cui la Commissione designa il soggetto che firma l'intesa e che recano in allegato il testo della stessa sono qualificabili come decisioni che non indicano i destinatari e che dunque, in quanto tali, devono essere pubblicate sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, conformemente a quanto prescritto dall'art. 297, par. 2, co. 2, TFUE.

BlogDUE

IL TRASFERIMENTO DI ALCUNE QUESTIONI PREGIUDIZIALI AL TRIBUNALE UE

Antonio Tizzano*

1. La Corte di giustizia ha finalmente immesso nel circuito decisionale la proposta di trasferire al Tribunale dell'Unione europea (UE) alcune questioni pregiudiziali, sulle quali essa ha al momento il monopolio assoluto. Con la proposta presentata proprio in questi giorni, infatti, la Corte ha avviato la procedura prevista dall'articolo 281, secondo comma, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), per modificare il Protocollo n. 3 sullo Statuto della Corte, allegato a detto Trattato, nel senso appunto di prevedere tale trasferimento. La proposta passa ora all'esame della Commissione, che fornirà la propria valutazione al Consiglio e al Parlamento europeo per l'approvazione definitiva del testo, e quindi della modifica del Protocollo, attraverso un apposito Regolamento congiunto delle due Istituzioni.

La proposta merita una speciale segnalazione perché la sua importanza va ben al di là di quanto possa implicare il semplice passaggio di competenze su alcune questioni prima riservate alla Corte. Di siffatti passaggi ce ne sono già stati dalla fondazione del Tribunale nel 1989 (prevista dall'Atto Unico Europeo del 1986) ad oggi, sia in sede pattizia che di diritto derivato, a volte su iniziativa della Corte, a volte in sede di negoziato per la stesura di un trattato di revisione. E ciò al punto che il Tribunale, nato per occuparsi solo di controversie d'impiego interne alle (allora) Comunità europee e di ricorsi in materia di concorrenza, ha finito per estendere le proprie competenze a tutti i ricorsi introdotti da persone fisiche e giuridiche ed anche a vari tipi di ricorsi introdotti dagli Stati membri e dalle Istituzioni europee che non siano espressamente riservati alla Corte di giustizia e sui quali non è il caso qui di intrattenersi (v. articoli 50 *bis* e 51 dello Statuto).

Secondo i testi, però, ulteriori competenze possono essere attribuite dalla Corte al Tribunale, e tra queste anche le competenze in via pregiudi-

* (Presidente dell'AIJDUE; Professore emerito di Diritto dell'Unione europea, Università "La Sapienza" di Roma; già Vice-Presidente della Corte di giustizia) – 11 gennaio 2023

ziale “per materie specifiche” determinate dallo Statuto, con l’intesa però che le relative pronunce possano essere sottoposte al riesame della Corte ove sussistano gravi rischi che l’unità o la coerenza del diritto dell’Unione siano compromesse (art. 256, par. 3, TFUE).

Finora la Corte non aveva ritenuto opportuno operare detto passaggio al Tribunale, essenzialmente perché le “materie specifiche” considerate possibili oggetto del trasferimento sembravano concretamente coinvolgere una quantità di casi troppo limitato per giustificare il trasferimento.

L’ampliamento delle “materie specifiche” e un ulteriore approfondimento delle pertinenti statistiche, ma soprattutto il peso crescente e quasi insostenibile ormai acquisito dal contenzioso innanzi alla Corte, hanno evidentemente indotto la Corte a cambiare un orientamento mantenuto per molti anni e quindi a decidersi di presentare la propria proposta di regolamento modificativo dello Statuto¹.

¹Da segnalare che, oltre la modifica di cui si discute nel testo, la proposta ne prevede altre due, di minore rilievo e di cui quindi non ci occuperemo in questa sede. Secondo la prima, si attribuisce alla Corte anche la competenza a valutare l’ammissibilità di un’impugnazione contro le sentenze del Tribunale relative alle decisioni delle commissioni di ricorso indipendenti (che devono essere state adite prima di poter proporre un ricorso dinanzi al Tribunale) istituite dopo il 1° maggio 2019, e che quindi non erano state inserite nella precedente modifica dello Statuto destinata appunto ad introdurre quella competenza (vale a dire le commissioni istituite nell’ambito dell’Agenzia dell’Unione europea per le ferrovie, dell’Autorità bancaria europea, dell’Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati e dell’Agenzia dell’Unione europea per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell’energia). Com’è noto, posto che vi sono stati già due gradi di giurisdizione (o simili), e cioè appunto le commissioni di ricorso e il Tribunale, l’impugnazione della sentenza di quest’ultimo sarà ammessa dalla Corte solo se essa sollevi una questione significativa per l’unità, la coerenza o lo sviluppo del diritto dell’Unione (art. 58 *bis*, paragrafo 3, dello Statuto).

Infine, la proposta estende l’ambito di applicazione della competenza della Corte sull’ammissibilità dell’impugnazione delle decisioni del Tribunale anche alle decisioni relative all’esecuzione di un contratto concluso dall’Unione o per suo conto e contenente una clausola compromissoria, ai sensi dell’articolo 272 TFUE. È vero che queste cause non hanno beneficiato dell’esame preliminare di una commissione di ricorso indipendente prima di essere sottoposte al Tribunale, ma esse in realtà non esigono di regola l’applicazione del diritto dell’Unione, ma piuttosto del diritto nazionale cui la clausola compromissoria fa riferimento, e non si prestano, quindi, a sollevare questioni rilevanti ai fini dell’unità, della coerenza o dello sviluppo del diritto dell’Unione. Sicché, ritiene la Corte, ben può utilizzarsi in tal caso il medesimo meccanismo applicabile ai ricorsi proposti contro le decisioni del Tribunale relative alle decisioni delle suddette commissioni di ricorso.

2. La proposta riguarda ovviamente il trasferimento al Tribunale di “materie specifiche” e la Corte le ha individuate dopo aver effettuato un’analisi approfondita delle statistiche relative alle cause chiuse tra il 1° gennaio 2017 e il 30 settembre 2022. Si tratta specificamente del sistema comune di imposta sul valore aggiunto, delle accise, del codice doganale e della classificazione tariffaria delle merci nell’ambito della nomenclatura combinata, dei risarcimenti e dell’assistenza ai passeggeri e del sistema di scambio delle quote di emissione dei gas a effetto serra.

Tali materie, secondo la Corte, sono chiaramente definite, sono sufficientemente separabili da altri settori coperti dal diritto dell’Unione, sono disciplinate da un numero limitato di atti di diritto derivato, danno luogo a un numero consistente di domande pregiudiziali, non sollevano questioni di principio o ne sollevano poche e per esse, comunque, l’ampia giurisprudenza della Corte già esistente in materia consente di orientare il Tribunale.

In ogni caso, la proposta mantiene il principio secondo cui ogni domanda di pronuncia pregiudiziale deve essere presentata alla Corte di giustizia e che, nel caso che essa interessi uno o più dei settori sopra indicati, sarà la stessa Corte a trasmettere la richiesta al Tribunale. Se invece la domanda riguarda contemporaneamente uno dei predetti settori e altri diversi settori, essa resterà di competenza della Corte di giustizia (nuovo articolo 50 *ter*, paragrafo 2, dello Statuto).

D’altra parte, com’è noto, lo stesso Tribunale potrà rinviare la questione alla Corte qualora ritenga che la causa “richieda una decisione di principio che possa pregiudicare l’unità o la coerenza del diritto dell’Unione”, così come la stessa Corte di giustizia può sottoporre a riesame la decisione del Tribunale “qualora sussista un serio rischio di pregiudicare l’unità o la coerenza del diritto dell’Unione” (art. 62 dello Statuto).

Per assicurare poi un trattamento appropriato delle domande pregiudiziali da parte del Tribunale, la proposta prevede alcune garanzie procedurali. In primo luogo, il nuovo articolo 50 *ter*, paragrafo 3, prima frase, dello Statuto, dispone che il Tribunale assegni quelle domande ad apposite sezioni, in modo da favorire una maggiore coerenza nel loro trattamento, dal momento che esse verranno esaminate dalla stessa sezione o dalle stesse sezioni del Tribunale.

Inoltre, si prevede la possibilità, come per la Corte di giustizia, che il Tribunale designi, per la trattazione di una questione, un avvocato generale (nuovo art. 50 *ter*, par. 3). Anche in questo caso, può capitare che una causa sia decisa senza conclusioni qualora non sollevi nuovi punti di diritto,

ma di regola la designazione dell'avvocato generale contribuirà, come avviene per la Corte, ad arricchire l'analisi effettuata dal Tribunale.

Infine, l'articolo 50 dello Statuto viene modificato per prevedere che il Tribunale si riunisca in una sezione di dimensioni intermedie tra le sezioni di cinque giudici e la Grande Sezione e che il regolamento di procedura del Tribunale disciplini la composizione delle sezioni e le circostanze e le condizioni in cui il Tribunale si riunisce nelle sue diverse formazioni. Questo per consentire al Tribunale di non dover optare solo tra una sezione o la Grande Sezione perché alcune domande pregiudiziali potrebbero meritare l'attenzione di più di 5 giudici, ma senza neppure che sia necessario convocare la Grande Sezione di 15 giudici, tanto più che le cause che richiedono una decisione di principio, come quelle che solitamente rientrano nella competenza di tale Sezione, dovrebbero essere deferite alla Corte di giustizia.

3. Nei termini sommariamente descritti, la proposta appare indubbiamente utile ai fini dello scopo che persegue, e cioè scaricare la Corte di giustizia di una parte significativa del proprio carico di lavoro, divenuto col tempo davvero imponente e destinato sicuramente a crescere ancora.

Si può quindi immaginare che ci sarà una rapida applicazione del nuovo sistema e che di conseguenza la Corte si vedrà scaricata di una buona parte del proprio lavoro, senza peraltro che il Tribunale si ritrovi eccessivamente oberato, avendo ancora ampi margini di produttività. D'altra parte, apposite misure sono state prese perché non si corrano rischi dal punto di vista dell'unità e della coerenza del diritto dell'Unione.

È anche facile prevedere che ci sarà col tempo un'assuefazione alle pronunce pregiudiziali del Tribunale e si supereranno così le pur significative obiezioni che si muovevano in passato alle sollecitazioni per il trasferimento, tra le quali la rottura dell'unità della giurisdizione in materia, come pure il livello e la qualità della tutela offerta dal Tribunale.

E tuttavia, di fronte a una così rilevante innovazione, gli osservatori esterni, ed in particolare chi conosce da tempo la Corte e il suo funzionamento, non possono nascondere un senso di inquietudine, se non di preoccupazione per il senso e le prospettive del trasferimento, sentimenti che devono aver animato anche una parte degli stessi membri dell'alto Collegio, vista la lunga durata di maturazione della proposta, la sua portata limitata e le cautele di cui è stata circondata.

Grazie, infatti, al diffondersi della prassi delle decisioni del Tribunale in materia pregiudiziale e alla conseguente assuefazione a questa prassi, ma

soprattutto a seguito della crescita inarrestabile del contenzioso innanzi alla Corte, non è difficile prevedere che tra qualche anno si finirà inevitabilmente per sollecitare un ulteriore trasferimento di “materie specifiche” e poi ancora di altre fino ad un limite oggi imprevedibile. E questo avverrà, con ogni probabilità, con molte minori reticenze e perplessità di quante ne siano state espresse in occasione di questo primo passaggio.

Tutto questo però rischia di alterare le caratteristiche tradizionali del sistema giurisdizionale dell’Unione e in particolare il ruolo stesso della Corte di giustizia quale si è configurato nel corso di circa settant’anni, perché la rottura del suo monopolio della competenza pregiudiziale – secondo la stessa Corte, “chiave di volta” dell’intero sistema – non costituisce evidentemente un semplice espediente occasionale, ma rischia di creare un *vulnus* alla natura stessa del sistema.

D’altra parte, come noto, la questione non è nuova perché il problema del carico di lavoro della Corte sussiste da tempo e varie idee sono state prospettate per risolverlo o almeno avviarlo a soluzione, tra le quali quella – poi realizzata - del raddoppio dei membri del Tribunale. Quello delle pronunce pregiudiziali era rimasto, in sostanza, l’ultimo tassello sul quale lavorare: e ciò vuoi nel senso del trasferimento di parte di esse al Tribunale o di un filtro da parte della Corte sulla loro ammissibilità o di entrambe le possibilità o addirittura di una rivisitazione globale del sistema giurisdizionale dell’Unione.

Non vi sono evidentemente ricette facili e condivise per risolvere il problema della continua crescita del carico di lavoro della Corte con riforme che non alterino le caratteristiche fondamentali del sistema giurisdizionale. Credo però che per evitare di continuare sotto la pressione dell’urgenza, occorrerebbe che si provvedesse per tempo (e di tempo ora ce n’è) a discutere, anche organizzando consultazioni con la comunità scientifica e gli interlocutori giudiziari nazionali, su come e quanto rivedere quel sistema e assicurare che le eventuali riforme si possano realizzare in modo ampiamente condiviso e con prospettive di stabilità.

TUTTE LE STRADE PORTANO A LUSSEMBURGO.
IL NUOVO ISTITUTO DEL RINVIO PREGIUDIZIALE
ALLA CASSAZIONE E L'ART. 267 TFUE

Samuele Barbieri*

SOMMARIO: 1. Introduzione. Il nuovo rinvio pregiudiziale alla Cassazione di cui all'art. 363-bis c.p.c. e l'art. 267 TFUE. – 2. Il giudice di merito nel bivio dei rinvii pregiudiziali. – 3. La Cassazione come organo giurisdizionale di ultima istanza (art. 267, co. 3, TFUE): lo stretto vicolo tra *CILFIT-Consorzio Italian Management* e ruolo delle parti. – 4. Conclusioni: tutte le strade portano a Lussemburgo.

1. *Introduzione. Il nuovo rinvio pregiudiziale alla Cassazione di cui all'art. 363-bis c.p.c. e l'art. 267 TFUE*

Il rinvio pregiudiziale rappresenta, notoriamente, la «chiave di volta» del sistema di tutela giurisdizionale dell'Unione europea (parere 2/13, punto 176). Attraverso tale meccanismo di cooperazione tra la Corte di giustizia e i giudici nazionali risulta garantita l'uniforme interpretazione ed applicazione del diritto sovranazionale, quale premessa fondamentale della propria autonomia (parere 1/91, punto 35 e parere 1/09, punto 67).

Considerata l'importanza del rinvio pregiudiziale per il diritto dell'Unione europea e per il suo sviluppo, non è possibile ignorare un nuovo istituto che recentemente ha fatto il suo ingresso nel diritto processuale civile italiano, ovvero l'art. 363-bis c.p.c. (rubricato proprio con il medesimo nome di “*Rinvio pregiudiziale*”), che permetterà ai giudici di merito di instaurare un (diverso?) dialogo pregiudiziale anche con la Corte di cassazione.

In particolare, tale disposizione (introdotta nel codice di rito civile dall'art. 3, co. 27, lett. c), del d. lgs. del 10 ottobre 2022, n. 149) permette al giudice di merito, sentite le parti costituite, di interrogare la Corte di cassazione affinché questa risolva una questione interpretativa “*esclusivamente di diritto*” che presenti le condizioni espressamente indicate all'art.

* (Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Ferrara) – 21 aprile 2023.

363-bis, co. 1, nn. 1-3, c.p.c. e, quindi, sia “*necessaria alla definizione anche parziale del giudizio*” e non “*ancora risolta dalla Corte di cassazione*” (n.1); presenti “*gravi difficoltà interpretative*” (n. 2); sia “*suscettibile di porsi in numerosi giudizi*” (n. 3). Peraltro, non solo il giudice deve dimostrare la presenza cumulativa di tali condizioni, ma rispetto ad una di queste – segnatamente alla sussistenza delle “*gravi difficoltà interpretative*” – il co. 2 precisa che l’ordinanza di rinvio deve dare conto delle “*diverse interpretazioni possibili*”.

Un ruolo cruciale per la gestione di tale nuovo istituto processuale è riservato al primo presidente della Cassazione. Quest’ultimo è investito non solo del compito di valutare l’ammissibilità della questione alla luce delle condizioni richieste dalla disposizione, ma anche del potere discrezionale di assegnare la causa ad una delle Sezioni semplici o alle Sezioni unite (art. 363-bis, co. 3, c.p.c.).

All’esito di tale trattazione, la Cassazione sarà chiamata ad emanare un *principio di diritto*, il quale è definito “*vincolante nel procedimento nell’ambito del quale è stata rimessa la questione e, se questo si estingue, anche nel nuovo processo in cui è proposta la medesima domanda tra le stesse parti*” (art. 363-bis, co. 6, c.p.c.). Pur non essendo oggetto di tale contributo, si deve sottolineare che il valore da attribuire al principio di diritto emanato dalla Cassazione rappresenta una delle questioni sulle quali maggiore è stata l’attenzione della dottrina. In particolare, i primi commentatori si sono interrogati se il principio di diritto della Suprema Corte sia capace di vincolare anche i giudici delle istanze giudiziarie successive del medesimo procedimento (evidenziano le criticità rispetto all’art. 101, co. 2, Cost., CAPASSO; SCARSELLI; MONDINI). Inoltre, altri Autori hanno sottolineato l’autorevole efficacia persuasiva di cui tale principio potrebbe godere per tutti i giudici (BRIGUGLIO; GIABARDO; SCARPA).

Così brevemente ricostruiti i tratti del nuovo istituto, il presente contributo si propone di fornire una prima analisi del possibile rapporto tra l’art. 363-bis c.p.c. e l’art. 267 TFUE (per prime riflessioni sul punto v. BRIGUGLIO; CAPPONI; CARUSO; GIABARDO). In particolare, oggetto di specifica attenzione saranno da una parte la posizione del giudice di merito nel “bivio” dei due rinvii pregiudiziali (par. 2), e dall’altra parte il ruolo della Cassazione ex art. 363-bis c.p.c. come organo giurisdizionale di ultima istanza ex art. 267, co. 3, TFUE (par. 3).

2. *Il giudice di merito nel bivio dei rinvii pregiudiziali*

Rispetto alla posizione del giudice di merito nel “bivio” tra art. 363-*bis* c.p.c. e art. 267 TFUE, occorre valutare due diversi profili: in primo luogo, quale dovrebbe essere la “strada maestra” quando sia necessario applicare il diritto dell’Unione europea; in secondo luogo, quali sarebbero le conseguenze dinanzi ad un principio di diritto della Cassazione che il giudice di merito ritenga in conflitto con l’interpretazione della Corte di giustizia.

Rispetto al primo profilo, quando un giudice nazionale non di ultima istanza nutra un dubbio relativo all’interpretazione del diritto dell’Unione europea, esso gode della facoltà di interrogare in via pregiudiziale la Corte di giustizia, come stabilito dall’art. 267, co. 2, TFUE.

Dunque, nonostante il nuovo istituto processuale introdotto dall’art. 363-*bis* c.p.c. gli consenta di rivolgersi alla Cassazione in presenza delle condizioni previste, il giudice di merito dovrebbe sempre interrogare la Corte di giustizia tramite l’art. 267 TFUE quando si trovi dinanzi ad una questione interpretativa di diritto dell’Unione europea necessaria per la sua emananda decisione giurisdizionale (similmente, SCARPA; *contra*, nel senso che ritiene il rinvio in Cassazione “logicamente pregiudiziale”, MONDINI). Peraltro, si deve ricordare che dalle raccomandazioni ai giudici nazionali discende che una questione pregiudiziale può essere “*particolarmente utile quando dinanzi al giudice nazionale è sollevata una questione di interpretazione nuova che presenta un interesse generale per l’applicazione uniforme del diritto dell’Unione, o quando la giurisprudenza esistente non sembra fornire i chiarimenti necessari in un contesto di diritto o di fatto inedito*” (punto 5).

Tuttavia, non si può escludere che la questione formulata dal giudice di merito e successivamente trattata dalla Cassazione richieda l’interpretazione di norme di diritto dell’Unione europea (dunque, palesandosi le condizioni anche per interrogare la Corte di giustizia, CONDINANZI, MASTROIANNI, p. 225 ss.; NAÔMÉ, p. 85 ss.; LENAERTS, MASELIS, GUTMAN, p. 216 ss.; BROBERG, FENGER, p. 141 ss.). Del resto, il carattere non obbligatorio dell’art. 363-*bis* c.p.c. rende tale istituto compatibile con l’art. 267 TFUE, nella misura in cui non limita la facoltà del giudice di merito di interrogare in via pregiudiziale la Corte di giustizia (v. *Puligienica*, punto 36).

Per quanto riguarda il secondo dei profili delineati, è pacifico che il giudice del rinvio non debba tener conto del *principio di diritto* emanato dalla Cassazione se contrario al diritto dell’Unione europea come interpretato dalla Corte di giustizia (*Elchinov*, punto 32, ma anche *ERG*, punto 32), nonostante l’art. 363-*bis*, co. 6, c.p.c. lo definisca espressamente “*vin-*

colante". Ed identico potere/dovere insiste, a maggior ragione, sui giudici diversi da quello del procedimento principale i quali non sono formalmente vincolati al *dictum* della Suprema Corte (*ex multis*, sottolineano la natura di *ius superveniens* delle sentenze della Corte di giustizia MONDINI; BRIGUGLIO; GIABARDO).

Una risposta più precisa e relativa al caso italiano si ricava in via analogica dalla sentenza *Interedil* e dalla successiva ordinanza *Leonmobili* riguardo alla portata vincolante delle statuizioni della Cassazione in sede di regolamento di giurisdizione (art. 382 c.p.c.), laddove la Corte di giustizia ha riconosciuto il potere del giudice comune di discostarsene qualora le ritenga contrarie al diritto dell'Unione europea.

Inoltre, conviene ricordare che il giudice del rinvio rimane libero di interrogare la Corte di giustizia anche al termine del procedimento di cui all'art. 363-*bis* c.p.c., qualora nutra dubbi rispetto all'interpretazione del diritto dell'Unione fatta propria dalla Cassazione. In altri termini, la vincolatività del principio di diritto non impedisce al giudice del rinvio di rivolgersi ai giudici del Kirchberg.

Pur nella diversità del contesto, quest'ultimo profilo riecheggia "l'interpolazione" dei "criteri *Melki*" contenuta nella sentenza n. 269 del 2017 (secondo l'espressione di AMALFITANO, p. 6), laddove la Corte costituzionale aveva statuito che nei casi di doppia pregiudiziale il giudice ordinario al termine del giudizio di costituzionalità rimaneva libero di disapplicare la norma interna, ma solo *per altri profili* di contrasto con il diritto dell'Unione europea rispetto a quelli esaminati dalla Consulta. È evidente come la portata vincolante della pronuncia costituzionale – poi successivamente chiarita (sentenza n. 20 del 2019; sentenza n. 63 del 2019; ordinanza n. 117 del 2019) – si traduceva nell'impossibilità del giudice comune di contestarne l'interpretazione, privando di utilità il rinvio pregiudiziale all'esito del giudizio di costituzionalità. *Mutatis mutandis*, una simile lettura dovrebbe rifiutarsi rispetto alla vincolatività del principio di diritto della Cassazione.

3. *La Cassazione come organo giurisdizionale di ultima istanza (art. 267, co. 3, TFUE): lo stretto vicolo tra CILFIT-Consorzio Italian Management e ruolo delle parti*

Precisata la posizione del giudice di merito, è evidente che solo la prassi potrà dirci cosa egli deciderà di fare: se esperire rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e poi, eventualmente, in Cassazione; fare viceversa,

con l'ulteriore opzione che sia la Cassazione a farsi carico di dialogare in via pregiudiziale con la Corte di giustizia; oppure ancora, esperire due rinvii contemporanei. Posto che tutti questi scenari hanno *pro* e *contro* che non possono essere trattati in questa sede, tale breve contributo si concentrerà ora sulla posizione della Corte di cassazione.

In particolare, occorre interrogarsi sul caso in cui il Supremo Giudice decida di “trattenere” l'esame della questione *ex art. 363-bis* c.p.c. che comporti l'interpretazione del diritto dell'Unione. In primo luogo, la questione potrebbe contenere *ab origine* profili di diritto sovranazionale. In questa evenienza, il primo presidente potrebbe comunque non dichiarare inammissibile la questione perché sia il giudice di merito a valutare i profili di diritto dell'Unione europea e, se del caso, ad interrogare la Corte di giustizia. In secondo luogo, non si può escludere che la necessità dell'interpretazione del diritto dell'Unione emerga nel procedimento dinanzi alla Sezione semplice o alle Sezioni unite. In questo caso, similmente all'ipotesi appena delineata, i supremi giudici potrebbero non restituire gli atti al giudice di merito e scegliere di esaminare la questione.

In un simile scenario, occorre domandarsi se nell'esercizio della competenza *ex art. 363-bis* c.p.c. la Cassazione rappresenti un giudice nazionale investito della soluzione di una controversia e, come tale, possa definirsi un organo giurisdizionale ai sensi e agli effetti dell'art. 267 TFUE.

Se il lettore pensa di vivere un *déjà-vu*, ne ha tutte le ragioni. Infatti, la questione riecheggia il dibattito relativo alla possibilità di riconoscere la Corte costituzionale quale organo giurisdizionale *ex art. 267* TFUE, quando chiamata dal giudice ordinario a sindacare la costituzionalità delle leggi nazionali. In virtù del proprio orientamento precedente (ordinanza n. 536 del 1995), la Corte costituzionale non riteneva di giudicare su di una controversia al pari del giudice ordinario, con la conseguenza che in essa non poteva riconoscersi una giurisdizione di cui all'allora art. 177 TCE.

Mutatis mutandis, l'art. 363-bis c.p.c. istituisce un nuovo meccanismo processuale incidentale di diritto interno, nell'ambito del quale la Cassazione esercita una competenza del tutto peculiare consistente nella formulazione di un principio di diritto atto a risolvere una questione interpretativa posta dal giudice di merito. Dunque, analogamente alla Consulta, nella Cassazione dovrebbe riconoscersi un organo giurisdizionale di cui all'art. 267 TFUE: come nel caso della Consulta la “controversia” andava riconosciuta nello scrutinio di costituzionalità (CONDINANZI, p. 302), così nel caso della Cassazione questa è rappresentata dall'esame della questione interpretativa di cui essa è investita.

Peraltro, non solo la Consulta ha deciso di interrogare la Corte di giustizia nei giudizi di legittimità costituzionale in via incidentale, ma essa si è persino ritenuta vincolata a farlo *ex art. 267, co. 3, TFUE* (ordinanza n. 207 del 2013. v. CARTABIA; ADINOLFI; GUASTAFERRO). E ciò ci conduce al secondo interrogativo che sorgerebbe all'interno di tale scenario, ovvero valutare se la Cassazione, ove come pare probabile si ritenesse "giudice della controversia", si debba considerare un organo giurisdizionale di ultima istanza.

La risposta deve essere senza dubbio affermativa (sul giudice di ultima istanza, v. conclusioni dell'avvocato generale Tizzano, *Lyckeskog*, punti 32-48; in generale, v. CONDINANZI, MASTROIANNI, p. 211 ss.; SPITALERI). Infatti, non emerge dall'art. 363-*bis* c.p.c. che la decisione della Cassazione possa essere rimessa in discussione con successivi mezzi di impugnazione. Al contrario, dalle parole della previsione normativa emerge che il principio di diritto rimane vincolante per l'intero procedimento, anche a seguito della sua estinzione (art. 363-*bis*, co. 6, c.p.c.), con la conseguenza che la Cassazione opera quale giudice di unico ed ultimo grado (CAPASSO, p. 604). Benché sia astrattamente ammissibile che la Cassazione possa tornare a pronunciarsi sul punto adita nella consueta via diretta, a valle della sentenza d'appello, lo spirito chiaramente deflattivo della riforma del processo civile induce a ritenere che il *dictum* espresso dai giudici di Piazza Cavour in via pregiudiziale di fatto inibisca successive impugnazioni.

Del resto, se la *ratio* sottesa all'obbligo *ex art. 267, co. 3, TFUE* è notoriamente quella di "evitare che in uno Stato membro si consolidi una giurisprudenza nazionale in contrasto con le norme comunitarie" (*Lyckeskog*, punto 14 e conclusioni dell'avvocato generale Léger, *Köbler*, punti 71-76), è evidente che la Corte di cassazione dovrebbe enucleare quanto prima, e quindi già in sede pregiudiziale, un principio di diritto pienamente compatibile con l'ordinamento dell'Unione.

Non a caso, dalla relazione illustrativa al decreto legislativo emerge chiaramente che lo scopo impresso dal legislatore nazionale all'art. 363-*bis* c.p.c. è quello di garantire una "nomofilachia preventiva" (SCODITTI), affidando alla Cassazione il ruolo di uniformare la giurisprudenza interna ancor prima di essere chiamata come giudice della legittimità, con il rischio che nel frattempo nell'ordinamento emergano e si moltiplichino orientamenti divergenti. Peraltro, l'importanza della funzione nomofilattica di cui è investita la Cassazione si evince anche alla luce del neo-introdotta art. 137-*ter* disp. att. c.p.c., il quale impone la pubblicazione dell'ordinanza del giudice e dei decreti del primo presidente sul sito istituzionale della Corte di cassazione per offrirne la massima conoscibilità.

In definitiva, ove la Cassazione si ritenga giudice della controversia e il giudice di merito non abbia già egli stesso sollevato un rinvio *ex art. 267 TFUE*, essa sarà obbligata ad interrogare in via pregiudiziale la Corte di giustizia, fatta salva la sussistenza delle ipotesi che si ricavano dalla giurisprudenza *CILFIT-Consorzio Italian Management*.

Rispetto a tale profilo, tuttavia, è necessario avanzare due considerazioni.

In primo luogo, al pari di ogni altro giudice, la Cassazione è investita del giudizio sulla necessità e rilevanza dell'interpretazione delle norme di diritto dell'Unione eventualmente coinvolte nella questione sollevata dal giudice di merito tramite il rinvio di cui all'art. 363-*bis* c.p.c. (ADAM, TIZZANO, p. 345). In altri termini, essa sarà libera di valutare i profili "comunitari" della controversia, a prescindere da quanto enucleato dal giudice di merito nell'ordinanza di rinvio.

In secondo luogo, un potere di autonoma valutazione va riconosciuto, parimenti, rispetto alle eccezioni all'obbligo di rinvio pregiudiziale laddove la domanda *ex art. 363-bis* c.p.c. implichi a sua volta una questione di diritto dell'Unione europea materialmente identica ad altra sollevata in analogia fattispecie già decisa in via pregiudiziale (*Da Costa*, p. 74) o il punto di diritto sia già stato risolto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, quale che sia il procedimento dal quale essa è emersa (*CILFIT*, punto 14). Infine, si deve ricordare che il giudice di ultima istanza non è obbligato ad interrogare la Corte qualora l'interpretazione del diritto dell'Unione si impone con una tale evidenza da non lasciare adito a ragionevoli dubbi (*CILFIT*, punto 16 e *Consorzio Italian Management*, punto 47) – senza che, di nuovo, le valutazioni del giudice del rinvio costituiscano un vincolo formale per la Suprema Corte.

Tuttavia, è evidente che la formale autonomia della Cassazione risulta *de facto* minata, alla base, dal contesto generato dal nuovo istituto giuridico. Infatti, superato il vaglio di ammissibilità, la Cassazione si troverà ad esercitare la sua competenza interpretativa dinanzi ad una questione da essa "non ancora risolta", foriera di "gravi difficoltà interpretative" e, infine, "susceptibile di porsi in numerosi giudizi". In sostanza, se per emanare il principio di diritto sarà necessaria l'interpretazione del diritto dell'Unione e se le "gravi difficoltà interpretative" nonché la suscettibilità del dilemma di porsi in numerosi giudizi (art. 363-*bis*, co. 1, nn. 2-3, c.p.c.) riguardino specificatamente l'esegesi della norma sovranazionale, potrebbe essere arduo per la Cassazione sostenere di poter escludere ogni ragionevole dubbio relativo all'interpretazione del diritto dell'Unione (LAGRANGE; BEBR;

FENGER, BROBERG, 2011). Peraltro, dalle sentenze *X e van Dijk e Ferreira da Silva e Brito* (nonché dalla stessa *Consortio Italian Management*, punto 49) discende che particolare attenzione dovrebbe riservare il giudice di ultima istanza quando nell'ordinamento nazionale, e non solo, vi sia la presenza di diversi orientamenti giurisprudenziali che attestino le difficoltà interpretative relative alla norma dell'Unione.

Da tutto ciò consegue che i margini della Corte di cassazione per evitare un rinvio pregiudiziale in Corte di giustizia, quando essa stessa sia stata adita nell'ambito dell'istituto giuridico ora in esame, sono piuttosto ristretti. E ulteriore vincolo non potrà che derivare dal noto onere, recentemente introdotto con la sentenza *Consortio Italian Management*, di motivare le ragioni che inducono il giudice di ultima istanza a ritenere sussistenti le eccezioni all'obbligo di rinvio (*Consortio Italian Management*, punto 51; sulla quale, BROBERG, FENGER, 2022; CECCHETTI, MILLET, e, in questo *blog*, DE PASQUALE; FERRARO, 2022; SPITALERI).

Quid, dunque, nel caso improbabile ma non impossibile in cui la Corte di cassazione erroneamente ritenga, in questa sua nuova veste di giudice pregiudiziale, di non essere vincolata dall'obbligo di rinvio alla Corte di giustizia?

Prima facie, fatto salvo quanto già osservato *supra* (par. 2, ovvero il potere del giudice di merito di effettuare lui stesso un rinvio in Corte di giustizia, eventualmente disattendendo il *dictum* della Cassazione contrario all'ordinamento dell'Unione), i rimedi non possono che essere quelli classici della responsabilità patrimoniale dello Stato e della procedura di infrazione (rispettivamente *Köbler*, *Ferreira da Silva e Brito* e *Commissione c. Francia*; *amplius*, sul punto, BROBERG; CROCI; FERRARO, 2020),

Inoltre, sebbene la Corte di giustizia abbia ribadito la natura di meccanismo di cooperazione giudiziaria dell'art. 267 TFUE (*Consiglio nazionale dei geologi*, punto 30) non andrebbe sottovalutato il ruolo delle parti, considerando in particolare la possibilità che esse ricorrano alla Corte EDU perché dichiarati una violazione del diritto convenzionale ad un processo equo, una volta esaurite le vie di ricorso interne (secondo la giurisprudenza originata dal caso *Dhabbi c. Italia*. V. anche *Schipani c. Italia*; *Baltic Master Ltd*; *Sanofi Pasteur c. Francia*; v. LACCHI; KROMMENDIJK). Infatti, secondo i giudici di Strasburgo il rifiuto arbitrario – sarebbe a dire, senza spiegarne le motivazioni alla luce della giurisprudenza di Lussemburgo – del giudice di ultima istanza di rivolgersi alla Corte di giustizia dinanzi ad una domanda sollevata dalla parte rappresenta una violazione dell'art. 6 CEDU. In questo senso, le parti potrebbero far valere l'esigenza

di un intervento della Corte di giustizia che chiarisca il significato delle norme dell'Unione coinvolte, avvalendosi della facoltà processuale di presentare memorie *ex art. 378 c.p.c.* (art. 363-*bis*, co. 4, c.p.c.).

4. Conclusioni: tutte le strade portano a Lussemburgo

Il successo del rinvio pregiudiziale interpretativo di cui all'art. 267 TFUE non si è arrestato ai confini del diritto dell'Unione europea; anzi, esso ha saputo imporsi quale modello di riferimento per altre forme di cooperazioni giudiziarie, all'interno (si pensi Protocollo 16 alla Corte EDU; v. sul punto CRAGL) e fuori dall'Europa (PIERDOMINICI).

Dietro questa "storia di successo" non va dimenticato che si cela il rilevante contributo della delegazione italiana in sede di redazione del Trattato di Roma, la quale propose l'istituzione di un meccanismo di cooperazione tra i giudici nazionali e la Corte di giustizia, traendo ispirazione dal sistema di controllo in via incidentale della costituzionalità delle leggi presente nell'ordinamento interno. A quasi 66 anni da quella felice quanto fondamentale scelta dei redattori dei trattati, è il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ad influenzare l'ordinamento nazionale italiano. Infatti, sebbene i lavori della commissione Luiso (p. 73) facciano espresso riferimento al modello della *saisine pour avis* alla *Cassation* francese, non è possibile leggere il nuovo istituto del "rinvio pregiudiziale" in Cassazione se non alla luce dell'esperienza comunitaria.

Per tale ragione e da ultimo, una riflessione si impone rispetto all'interferenza che l'art. 363-*bis* c.p.c. potrebbe creare rispetto all'art. 267 TFUE. Se aderendo all'obiettivo di una "*nomofilachia preventiva*" (SCODITTI) dell'art. 363-*bis* c.p.c. i "piccoli giudici" coinvolgeranno la Cassazione in questioni interpretative che implicano anche l'esegesi di norme di diritto dell'Unione europea, sarà compito di quest'ultima dialogare con la Corte di giustizia, con tutto ciò che ne consegue sia in termini di tipologia dei quesiti interpretativi posti che di difesa di determinati assetti normativi e giurisprudenziali nazionali (cari ad una Corte suprema di un ordinamento nazionale). Non si può escludere, quindi, il rischio che in taluni casi la Cassazione diventi un "filtro" surrettizio del dialogo pregiudiziale con la Corte di giustizia.

In ogni caso, è necessario ricordare che, anche in presenza del nuovo istituto processuale italiano, quando si impone l'applicazione del diritto dell'Unione europea tutte le strade portano a Lussemburgo.

THE BALL IS IN THE EU'S COURT (AGAIN):
THE OPINION OF AG SZPUNAR
IN ROYAL ANTWERP FOOTBALL CLUB

Guido Bellenghi

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Background and facts. – 3. The Opinion of the Advocate General. – 4. On the role of Article 165 TFEU. – 5. On the suitability of home-grown players rules. – 6. Concluding remarks.

1. *Introduction*

On 9 March 2023, Advocate General (AG) Szpunar delivered his Opinion in case C-680/21 *Royal Antwerp Football Club*. At stake in the case is the compatibility of certain rules of sporting associations with Articles 45 and 101 TFEU. However, upon request of the Court of Justice (Court or CJEU), the AG solely addresses the issue concerning Article 45 TFEU, which secures freedom of movement for workers within the EU. The Opinion of AG Szpunar follows the Opinions delivered by AG Rantos on 15 December 2022 in case C-333/21 *European Superleague Company* and case C-124/21 P *International Skating Union*, which also concerned the compatibility of certain sporting rules with the EU law provisions governing the internal market (see A. DUVAL, *Playing the final in Luxembourg: The Court of Justice and the future of transnational sports governance*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 29(4), 2022, p. 409 ff.; L. MARRUZZO, *UEFA's monopoly v the European Super League: chronicle of an already written ending?*, in *European Competition Law Review*, 43(5), 2022, p. 219 ff.).

2. *Background and facts*

Somewhat similar to *International Skating Union*, which dealt with the eligibility rules of a skating association, in *Royal Antwerp Football Club* the

* Lecturer in International and European Law at Maastricht University – 30 March 2023.

rules at stake concern the mandatory inclusion of a specific number of home-grown players (HGPs) in clubs' squad lists. Such lists, which must contain a maximum of twenty-five players, constitute the teams participating in the interclub competitions organised by two football associations, namely UEFA (Union of European Football Associations) and URBSFA (Union Royale Belge des Sociétés de Football Association). For a club, HGPs are players who were trained, for a minimum period before they reached a certain age, by the club itself *or* by another club affiliated to the national football association to which the first club belongs. For instance, for A.C. Milan, HGPs are players trained in A.C. Milan's academy or trained in the academies of other Italian clubs. In the same vein, F.C. Barcelona may register as HGPs both players trained by F.C. Barcelona and players trained by Real Madrid C.F., Valencia C.F., etc. In particular, UEFA rules also provide that four out of the (minimum) eight HGPs included by a club in its list must have been trained by the club itself.

The facts can be briefly summarised as follows. UL, a professional football player with the nationality of a third country as well as Belgian nationality, and Royal Antwerp Football Club, a professional football club based in Belgium, brought an action before the Belgian Court of Arbitration for Sport seeking a declaration that UEFA and URBSFA rules breached Article 45 TFEU. The claim was dismissed and the applicants brought an action before the Brussels Court of First Instance for the annulment of the arbitration award. UEFA intervened in the proceedings and the Belgian court stayed the proceeding and referred to the CJEU.

3. *The Opinion of the Advocate General*

In his Opinion, the AG has no doubts about the admissibility of the case. Indeed, the jurisprudence of the CJEU confirms that even purely internal situations may give rise to admissible free movement cases where it is "not inconceivable" that nationals established in another Member State have been or are interested in exercising their freedom of movement to access the market of the first Member State (see case C-268/15, *Ullens*, para 50). This can be the case for professional football players established in a Member State other than Belgium (para 29).

In the same vein, the AG observes that the applicability of Article 45 TFEU to professional football and the rules applied by private entities organising and managing sporting competitions is beyond doubt (paras 34-

36), as clarified by the Court since seminal rulings like *Walrave and Koch* (case 36/74, *Walrave and Koch*) and *Bosman* (case C-415/93, *Bosman*; see A. DUVAL, B. VAN ROMPUY, *The Legacy of Bosman*, Springer 2017; S. VAN DEN BOGAERT, *Bosman: One for All*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 22(2), 2015, p. 172 ff.; S. WEATHERILL, *Anti-doping revisited: The demise of the rule of "purely sporting interest"?*, in *European Competition Law Review*, 27(12), 2006, p. 645 ff.).

The Opinion then assesses whether the rules at stake constitute a restriction on the freedom of movement for workers. The AG considers that the provisions in question indirectly distinguish on the basis of residence (see case C-350/96, *Clean Car Autoservice*, para 29, where the Court held that "national rules under which a distinction is drawn on the basis of residence are liable to operate mainly to the detriment of nationals of other Member States, as non-residents are in the majority of cases foreigners") - younger players are more likely to reside in their place of origin - and constitute a qualification requirement for admission to the occupation as football players (see case 222/86, *Heylens and others*, paras 9-11). The AG concludes that this is a case of indirect discrimination, whereby neutral rules discourage football players residing in one Member State from leaving a club in that Member State to join a club in another Member State (para 44). Should the Court not find any discrimination, according to the AG the rules would nevertheless be a non-discriminatory restriction prohibited under Article 45 TFEU read in light of the relevant case-law (para 45; see case, C-176/96 *Lehtonen and Castors Braine*, para 49).

Having established the restriction of freedom of movement for workers, the AG turns his attention to potential justifications. Before delving into the assessment of overriding reasons relating to the public interest, the Opinion includes a detailed reflection on the role played by Article 165 TFEU. This Treaty Article provides that the Union shall contribute to, *inter alia*, the promotion of European sporting issues. Following a literal interpretation, the AG observes that this provision is addressed to the Union, formulated in typical soft law terms, and giving expression to a merely supporting competence (para 51; see Articles 2(5) and 6(e) TFEU). From a systemic and teleological perspective, the AG interprets Article 165 TFEU as a provision devoid of general application and entrusting EU institutions with certain functions that cannot be "outsourced" (para 54) to private entities such as UEFA and URBSFA. In other words, UEFA and URBSFA are not in charge of implementing EU policies and cannot invoke Article 165 TFEU as a "blank cheque" for restrictions on the free movement of

workers. The role of Article 165 TFEU is limited, in essence, to *helping* to identify overriding reasons in the public interest justifying the adoption of restrictive measures or serving as an interpretative tool for the application of the proportionality test.

In that regard, the overriding reason relating to the public interest mentioned in the Opinion are:

- (i) encouraging the training and recruitment of young players,
- (ii) improving the competitive balance of interclub competitions, and
- (iii) protecting young players and their education from disruptions in their social and family environment.

The AG observes that, while the Court held in *Bosman* that the public or private nature of the contested provisions is in principle irrelevant, the public interest in the aim pursued by private entities cannot be presumed and should be carefully scrutinised. It is noted in the Opinion that, in its case-law, the Court has already carried out such scrutiny for the overriding reasons relating to the training of players and the competitive balance (paras 56-60). Curiously, the AG does not analyse the overriding reason relating to the protection of young players' education and social and family life.

With regard to the proportionality of the rules in question, the AG assesses their suitability and necessity. In particular, in the key paragraph of his Opinion, the AG concludes that the mandatory rules on HGPs are not suitable to achieve the legitimate aim pursued in so far as they include in the definition of HGP "not only a player trained by the club itself but also one trained by another club in the national league" (para 67). The design of this definition, according to the AG, frustrates both the aims of incentivising the training of young players and improving the competitive balance of interclub competitions. As for young players' training, the AG believes that clubs that can "buy", by signing them on the transfer market, HGPs trained in other clubs belonging to the same national league will not be encouraged to train young players. With regard to the competitive balance, the AG maintains that the possibility for clubs to "buy" their HGPs undermines the aim of improving the competitive balance of interclub competitions.

Finally, the AG deems the rules at stake as necessary and therefore justified to the extent that they are suitable, that is, to the extent that HGPs cannot emanate from another club in the relevant national football association (para 82).

4. *On the role of Article 165 TFEU*

In his Opinion, with respect to the role of Article 165 TFEU, AG Szpunar declares to “fully subscribe” to the Opinion of AG Rantos in the *European Superleague Company* case (note 39). It is interesting, however, that the two Opinions in question do not seem to attach the same value to Article 165 TFEU.

According to AG Szpunar, the protection of the “European Sports Model” and, in more general terms, the promotion, by entities such as UEFA and URBSFA, of the values enshrined in Article 165 TFEU does not necessarily correspond to an overriding reason in the public interest. AG Szpunar stresses the specific, non-general character of Article 165 TFEU, its strictly vertical application – it cannot be invoked against the conduct of private entities – and even its quasi-soft law nature.

On the contrary, AG Rantos adopts a significantly less strict view in his Opinion in the *European Superleague Company* case. There, AG Rantos stresses the horizontal nature of Article 165 TFEU, as a tool for the interpretation of other Treaty provisions and an objective to consider when implementing all EU policies. Furthermore, AG Rantos insists on the constitutional value of the “European Sports Model”, understood as the organisational model stemming from the three fundamental characteristics of European sports: pyramid structure, open competitions and financial solidarity. According to AG Rantos, whilst such specific characteristics cannot be relied on to exclude sporting activities from the scope of EU law, they can be relevant for the assessment of any objective justification for restrictions on competition or free movement. Significantly, indeed, AG Rantos believes that the fact that the aims pursued by UEFA rules coincide with the objectives of Article 165 TFEU entails “that their legitimacy cannot be contested” (Opinion of AG Rantos in case C-333/21, *European Superleague Company*, para 93).

Having recognised the protection of the European Sports Model as the legitimate objective pursued by UEFA, AG Rantos applies the other steps of the ancillary restraints doctrine established in cases such as *Wouters* (case C-309/99, *Wouters and Others*) and *Meca-Medina* (case C-519/04 P, *Meca-Medina and Majcen v Commission*) to conclude that the UEFA rules in question can be excluded from the scope of Article 101(1) TFEU (See P. IBÁÑEZ COLOMO, *AG Rantos in Super League and ISU: towards continuity and consistency in the case law*, in *eulawlive.com*, 2022; G. GRECO, *Le conclusioni dell'Avvocato generale Rantos nella delicata ques-*

tione della Superlega, in this *Blog*, 2023). Conversely, AG Szpunar is reluctant to provide the *Wouters* test with the role of “general principle” allowing private entities, such as UEFA, a wide margin of discretion in free movement cases (para 75).

When comparing the Opinions of AG Szpunar and AG Rantos, the question arises as to the role played by Article 165 TFEU in the assessment of internal market restrictions. At the time of landmark cases such as *Bosman* and *Deliège* (case C-51/96, *Deliège*), Article 165 TFEU had not entered the EU constitutional picture yet. Instead, it would have been later introduced by the Lisbon Treaty. In *Olympique Lyonnais*, the Court made use of Article 165 TFEU at the stage of the proportionality test (case C-325/08, *Olympique Lyonnais*, para 40). Therefore, there is no doubt that Article 165 TFEU has a significant weight in the typical balancing exercise proper of EU law’s proportionality test. Instead, it is unclear whether the pursuit, by sporting associations, of the objectives enshrined in Article 165 TFEU could be automatically considered as an overriding reason in the public interest justifying restrictions on free movement.

In that respect, among the arguments provided by AG Szpunar to highlight the limited function of Article 165 TFEU there is its correspondence with a merely supporting competence under Article 6 TFEU. This is not convincing. In fact, grounds for justification corresponding to areas of EU supporting competence are widely recognised in the Treaties (for example the protection of human health in Article 36 TFEU) and in the case-law (for example cultural policy in case C-288/89, *Gouda*, para 23). On the contrary, the fact that UEFA is pursuing an objective recognised in a horizontal provision such as Article 165 TFEU seems to suggest that, as suggested by AG Rantos, the legitimacy of such an objective should be presumed.

It remains to be seen whether the legal value of Article 165 TFEU, described in different ways by AG Szpunar – “*helpful [...] to identify a ground of justification*” (emphasis added) – and AG Rantos – “*relevant for the purposes [...] of analysing, in the field of sport, any objective justification*” (emphasis added) –, will be clarified in the Court’s upcoming judgments.

5. *On the suitability of home-grown players rules*

The indirectly discriminatory effect of HGP rules is beyond doubt (see

L. FREEBURN, *European Football's Home-Grown Players Rules and Nationality Discrimination Under the European Community Treaty*, in *Marquette Sports Law Review*, 20(1), 2009, p. 177 ff.). Conversely, it is the application of the proportionality test, and in particular the analysis of the suitability requirement, that provides food for thought. Two premises are necessary here. First, the concrete application of the proportionality test to the facts of each case remains in principle a prerogative of national courts. The CJEU should normally limit itself to provide guidance. At times, however, this guidance is extremely generous and does not leave much room for discretion to national authorities (see for instance case C-118/20, *JY v. Wiener Landesregierung*, paras 58-74; see also C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, Oxford, 2019, p. 510). Second, the assessment of the suitability of a given measure is a question of fact (case C-145/88, *Torfaen*, para 16; see also T. MARZAL, *From Hercules to Pareto: Of bathos, proportionality, and EU law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 15(3), 2017, p. 621 ff.). Based on empirical findings, a court can determine whether a certain rule is effectively achieving the objective that it is legitimately pursuing.

In 2012 the European Commission funded a study to assess the effectiveness of the HGP rules introduced by UEFA in 2007 (see the study by M. DALZIEL AND OTHERS, *Study on the Assessment of UEFA's 'Home Grown Player Rule'*, European Commission, 2013; the results of the study are also presented in P. DOWNWARD AND OTHERS, *An assessment of the compatibility of UEFA's home grown player rule with article 45 TFEU*, in *European Law Review*, 39(4), 2014, p. 493 ff.). The study could not rely on sufficient quantitative data to provide reliable predictions as to the long-term effect of HGP rules. Nevertheless, it concluded that the restriction on free movement caused by HGP rules should be considered proportionate, also in light of their very modest restrictive effect, to the extent that no other less restrictive measures could be adopted to achieve an equally effective impact in terms of competitive balance and youth development. In other words, according to that study, it was not the suitability of HGP rules but their necessity that had to be demonstrated (see K. PIJETLOVIC, *EU Sports Law and Breakaway Leagues in Football*, The Hague, 2015, pp. 116-118). Remarkably, as observed above, AG Szpunar reaches the opposite conclusion in his Opinion, ruling out the suitability of those rules to the extent that they include players trained by other national clubs within the definition of HGPs.

In the absence of conclusive empirical findings, the assessment of the

AG is necessarily carried out in the abstract. While this would have allowed to carefully consider several potential effects of the inclusion of players trained by other national clubs within the definition of HGPs, the assessment of the AG does not take into account a number of relevant elements.

First, with regard to the aim of encouraging the training of young players, the possibility to “buy” players trained by other national teams to comply with HGP rules comes at a cost, that is, the cost of signing those players on the transfer market and paying “compensation fees for training” (see case C-325/08, cit.). It could well be economically more convenient for clubs to train their own HGPs. Moreover, UEFA (and URBSFA) current rules increase the attractiveness of players trained by national clubs on the transfer market. By increasing the demand, HGP rules may allow the clubs which sell HGPs on the transfer market to obtain a higher price. In light of HGPs’ attractiveness on the market, furthermore, clubs may be incentivised to train more players than just the minimum number required by HGP rules.

Second, when considering the objective of improving the competitive balance, one should keep in mind that clubs established in more populated areas will most likely have more opportunities for talent scouting. For instance, when recruiting young talents, a team based in Madrid or Rome will probably have more choices than a team based in Vila-real or Bergamo. The inclusion of players trained by other national clubs within the meaning of HGPs may allow clubs to compensate for the differences stemming from their location. In this way, such inclusion would benefit the competitive balance of intracub competitions (for a different opinion, that is, that these rules, framed within the “territorial model of football”, favour clubs which reside in larger countries, see R. HOUBEN, S. PETROVIĆ, *The State of Football Governance - Advocate General Szpunar Paves the Way for a Critical Assessment of the Status Quo*, in *Asser International Sports Law Blog*, 2023).

Although these arguments may not be decisive to determine the suitability of the HGP rules at stake, they should at least be considered by the Court in its decision.

6. *Concluding remarks*

The *Royal Antwerp Football Club* case will be decided at a time when

football is particularly topical from an EU law perspective. While competition lawyers debate about breakaway leagues, the European Parliament discusses the exclusion of Belarus from international football tournaments (see N. CAMUT, *EU lawmakers demand UEFA bans Belarus from football tournament*, in *politico.eu*, 2023).

In the case at hand, the Court will have an opportunity to further clarify the role of Article 165 TFEU beyond proportionality assessments. In particular, in its decision, the Court may define the exact relationship between the objectives promoted in that Treaty provision and the overriding reasons relating to the public interest that can be invoked in sports cases.

Concerning the specific issue of HGP rules, the Court will assess their proportionality and will hopefully do so in light of the broadest possible range of considerations. That being said, new empirical studies concerning the suitability and necessity of HGP rules remain desirable. In the absence of such studies, it is difficult to exclude, in the abstract, the suitability of those rules to achieve the aim of encouraging the training of young players and improving the competitive balance of interclub competitions.

Should the Court follow the Opinion of AG Szpunar, UEFA and URBSFA will be forced to change their HGP rules. In particular, for UEFA, which has “welcomed” the Opinion of AG Szpunar and “take[n] note of the Advocate General’s recommendation to improve the effectiveness of the existing rules in place”, two options are conceivable: deleting HGP rules or changing the definition of “HGP” so that it does not include players trained by other clubs. Within the latter scenario, UEFA could soften HGP rules and only require four HGPs. In this case, not much would change in practice for European teams, as UEFA already requires that four out of the eight mandatory HGPs are trained in each club’s own academy. Alternatively, UEFA could decide to apply the new, narrower definition while maintaining the minimum requirement of eight HGPs. This - similar consideration would also apply for any minimum requirement above four HGPs - would force many clubs to replace players trained by other national teams with players trained within their own academies. In turn, new significant legal and economic challenges may arise.

CYBERATTACKS: IPOTESI DI REAZIONI

Andrea Bianco*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La legittima difesa. – 3. L'art. 5 Patto NATO. – 4. L'art. 42 TUE. – 5. L'art. 222 TFUE. – 6. L'Unione europea e la cybersicurezza. – 7. *Segue*. – 8. Conclusioni.

1. *Premessa*

I *cyberattacks* che hanno segnato i primi giorni di febbraio hanno riacceso i riflettori su uno strumento bellico sempre più diffuso ed idoneo a produrre un impatto particolarmente grave sulla vita degli Stati (ENISA *Threat Landscape*, 2022). Ad enfatizzare i rischi connessi a tali attacchi, l'Estonia ha affermato che gli stessi risultano comparabili al blocco dei porti di due secoli fa (NATO Parliamentary Assembly, *NATO and Cyber Defence*, 173 DSCFC 09 E bis, 2009, para. 25, 59).

Per inquadrare la tematica, occorre ricordare che l'Agenzia per la Cibersecurity Nazionale ha rilevato il primo attacco, il 5 febbraio 2023, da parte del Csirt-It, verso diversi paesi del mondo, tra cui la Francia che è risultato il paese più colpito (ACN, Comunicato stampa del 5 febbraio 2023, www.acn.gov.it/notizie/contenuti/rilevato-lo-sfruttamento-massivo-della-cve-2021-21974-in-vmware-esxi). Anche nel nostro Paese, sebbene nessun settore critico sia stato danneggiato, è stata sollecitata, dalla Presidenza del Consiglio, l'adozione di misure di protezione per i settori più sensibili.

Un secondo attacco cibernetico è stato registrato il 13 febbraio, contro numerosi siti internet web della NATO. Ancora, il 21 febbraio, diversi siti web italiani sono stati attaccati dal gruppo hacker filorusso NoName057, che ha rivendicato l'attacco sui propri canali Telegram.

Secondo le prime indagini, tali attacchi non sarebbero stati perpetrati da uno (o più) Stato(i) ma, al contrario, da hackers privati, al fine di richiedere un riscatto.

Invero, non si tratta di un fatto raro od originale, giacché la prassi ha già registrato casi in cui i *cyberattacks* siano sferrati da privati.

* Dottorando di ricerca in diritto dell'Unione europea – Università degli Studi di Napoli Suor Orsola Benincasa) – 24 febbraio 2023

La reazione a tali attacchi è affidata in prima istanza agli strumenti tipici del diritto penale e del diritto amministrativo, ma giocano un ruolo chiave anche il diritto internazionale e quello dell'Unione europea.

Più in dettaglio, per quanto riguarda il diritto internazionale, sebbene sia auspicabile che la comunità internazionale reagisca in via accentrata, attraverso gli strumenti offerti dalla Carta delle Nazioni Unite, il multilateralismo imperfetto dell'ultimo ventennio impone di continuare a ragionare in termini di legittima difesa individuale e collettiva (P. FERRARA, *La sicurezza dell'Europa e la difesa europea nel mondo multipolare: sfide, minacce, opportunità*, R. GUALTIERI, J. L. RHI-SAUSI (a cura di), *La difesa comune europea dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna, 2011, p. 33 ss.). L'azione dell'Unione europea in materia di *cybersecurity* va analizzata poi alla luce degli artt. 42 TUE e 222 TFUE.

2. *La legittima difesa*

Cominciando l'analisi dal livello internazionale, c'è da chiedersi se cyberattacchi legittimino, in assenza dell'intervento del Consiglio di Sicurezza, una reazione in legittima difesa.

Sul punto, la dottrina ha elaborato diverse considerazioni.

In primo luogo, viene fatto osservare che, un cyberattacco, pur non sostanziandosi in una violazione del divieto di uso della forza, corrisponde ad una violazione del diritto internazionale, cui lo Stato leso, potrà rispondere con contromisure pacifiche. È questo il caso, ad esempio, di un attacco cibernetico volto ad influenzare i risultati elettorali di un altro Stato (United Nations General Assembly, *OEWG in the field of information and telecommunications in the context of international security*, 10 marzo 2021), che sicuramente viola la *domestic jurisdiction* di uno Stato leso, senza però tradursi in un attacco armato.

In secondo luogo, è stato affermato che un cyberattacco, se analogo, in termini di *scale and effect*, ad un attacco cinetico, legittima una reazione in legittima difesa, con strumenti cibernetici o tradizionali (C. FOCARELLI, *Diritto Internazionale*, Vicenza, 2021, p. 628 ss.). La possibilità di qualificare una condotta come attacco armato, infatti, lungi dal dipendere dal tipo di arma utilizzata (parere della Corte internazionale di giustizia dell'8 luglio 1996, *Nuclear Weapons*), discende dagli effetti da essa prodotti, secondo l'interpretazione della CIG nella sentenza *Nicaragua* (A. STIANO, *Il ricorso agli attacchi informatici da parte della Russia e il ruolo del Diritto internazionale*, in *SIDIBlog*, 2022).

In materia di *cyberattacks*, la dottrina ha altresì individuato criteri volti a classificare un attacco “cibernetico” sulla base di requisiti di portata ed effetti. Così, secondo autorevoli autori un attacco cibernetico, per considerarsi “armato”, dovrebbe integrare sette caratteri: “1) Severity, 2) Immediacy, 3) Directness, 4) Invasiveness, 5) Measurability, 6) Military Character, 7) Presumptive legitimacy” (M. N. SCHMITT, *Computer Network Attack and the Use of Force in International Law. Thoughts on a Normative Framework*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 37, 1999, p. 18).

Deve precisarsi altresì che, ai sensi del diritto consuetudinario, la reazione in legittima difesa deve rispettare i principi di necessità e proporzionalità e che la sua finalità deve essere strettamente volta a respingere l’attacco, senza assumere connotati punitivi (Y. DINSTEIN, *Computer Network Attacks and Self-Defence*, in *International Law Studies*, vol. 76, 2002, p. 100 ss.). Consentita è pure la legittima difesa collettiva, che vede uno Stato intervenire in sostegno dello stato vittima dell’attacco; necessaria, a tal fine, è la richiesta di intervento formulata dallo Stato leso.

Con riguardo alla legittima difesa, viene in rilievo un ulteriore problema, connesso al soggetto autore dell’attacco. Il diritto consuetudinario, infatti, ammette una legittima difesa contro attacchi perpetrati da Stati, mentre più problematico risulta il caso di attacchi realizzati da attori non statali, come pare essere l’attacco del 3 febbraio scorso. Sul punto, gli Stati hanno elaborato diverse teorie, caratterizzate da un’interpretazione estensiva della Carta ONU, quali quella dello Stato “unwilling o unable” a contrastare la condotta di attori non statali presenti nel suo territorio, ovvero la “pinprick theory” (M. ROSCINI, *World Wide Warfare – Jus ad bellum and the Use of Cyber Force*, in A. VON BOGDANDY, R. WOLFRUM (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 14, 2010, p. 86 ss.). Tali teorie, utilizzate specialmente per giustificare l’utilizzo degli strumenti del diritto internazionale in reazione agli attacchi terroristici, sono state avallate da una prassi sempre più permissiva rispetto alla legittima difesa contro attori non statali.

Analoghe giustificazioni teoriche possono utilizzarsi in materia di cybersecurity. Vale a dire che un attacco cibernetico, se idoneo ad integrare gli standard di portata ed effetti tipici dell’attacco armato, consentirebbe allo Stato leso di reagire *ex art. 51*.

3. L’art. 5 Patto NATO

Passando invece all’ipotesi di legittima difesa collettiva, si ricorda che

l'articolo 5 del Patto Atlantico collettivizza il problema della sicurezza, stabilendo che un attacco armato contro una delle parti sarà considerato come diretto contro tutte. E, nell'ipotesi in cui tale attacco si concretizzasse, la norma impegna le parti a prestare assistenza allo Stato leso, nell'esercizio del diritto di legittima difesa individuale e collettiva, intraprendendo "such action as it deems necessary, including the use of armed force" (art. 5).

La norma considerata configura perciò un obbligo di assistenza, che può – ma non necessariamente deve – tradursi in un sostegno armato, in legittima difesa collettiva.

Con specifico riguardo ai *cyberattacks*, l'articolo 5 potrebbe trovare applicazione se congiuntamente si verificasse un attacco armato, che, però, si considera sussistente solo nell'ipotesi di uso della forza caratterizzata da un particolare livello di intensità, in termini di portata ed affetti (Y. MIADZVETSKAYA, R. A. WESSEL, *The Externalisation of the EU's Cybersecurity Regime: The Cyber Diplomacy Toolbox*, in *europeanpapers.eu*, vol. 7, n. 1, 2021, p. 413 ss.).

In assenza di tale presupposto, potranno venire unicamente in rilievo le diverse forme di cooperazione previste dal Patto (art. 4). Tale interpretazione è avallata dal Summit di Varsavia del 2016 (North Atlantic Council, Warsaw Summit Communiqué, 8-9 luglio 2016), dove il Consiglio del Nord Atlantico ha affermato che gli attacchi cibernetici rientrano a pieno nel "domain of operations in which NATO must defend itself". Nella stessa prospettiva si pone l'analisi del Group of Experts 2012, secondo il quale "[t]he next significant attack on the Alliance may well come down a fibre optic cable" (NATO 2020, Assured Security; Dynamic Engagement, Analysis and Recommendations of the Group of Experts on a New Strategic Concept for NATO, 17 maggio 2010).

Sul punto, rileva il caso dell'Estonia, Stato parte del Patto dal 2004, che nel 2007 subì un imponente attacco cibernetico, attribuito alla Federazione Russa. In quell'occasione, l'atteggiamento della NATO fu molto ambiguo; infatti, alla luce degli atti citati, le minacce cibernetiche avrebbero dovuto rientrare dell'ambito di operatività dell'articolo 5 del Patto, invece, agli attacchi non seguì una risposta adeguata in attuazione di tale norma. Pare, quindi, ragionevole sostenere che il tipo di reazione dell'Alleanza dipenda dalle scelte del Consiglio dell'Atlantico del Nord, alla luce di "nature, source, scope, and other aspects" dell'attacco (NATO 2020, Assured Security, cit., 2010)

Per quanto riguarda gli attacchi mossi da attori non statali, l'attivazione dell'articolo 5 potrebbe comunque essere giustificata sulla ba-

se dell'analogia con il fenomeno del terrorismo. In presenza di un attacco armato, l'obbligo di assistenza potrebbe operare a prescindere dalla qualificazione di diritto internazionale dell'autore della condotta, alla luce del Concetto Strategico del 1999, che riprende, sul punto, l'omonimo documento del 1991.

4. *L'art. 42 TUE*

Venendo agli strumenti messi a punto dall'Unione europea avverso i *cyberattacks*, la difesa collettiva è prevista dall'articolo 42 TUE, che, affermando che la politica di sicurezza e difesa comune è parte integrante della PESC, traduce in norma la strategia iniziata con il Vertice franco-britannico di St. Malo, del 1998, volta ad abbandonare le ipotesi di integrazione dell'UEO nell'Unione Europea e diretta a costituire una politica di difesa interamente europea. Tale scelta politica si premura altresì di non pregiudicare gli impegni assunti dagli Stati nella NATO, che resta il fondamento della difesa collettiva degli Stati che ne sono membri, ed affida la direzione della politica di difesa dell'Unione al Consiglio, che delibera all'unanimità, su proposta dell'Alto Rappresentante (S. IZZO, *La politica estera, di sicurezza e di difesa comune*, in G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di F. FERRARO, P. DE PASQUALE, vol. II, Napoli, 2021, p. 414 ss.).

L'ultimo paragrafo dell'articolo codifica la clausola di difesa reciproca. La norma, in maniera analoga all'articolo 5 del Patto NATO, sancisce un obbligo di assistenza che gli Stati dell'Unione dovranno prestare allo Stato che sia vittima di un'aggressione armata.

Tra le due norme, però, corre una fondamentale differenza: mentre l'articolo 5 del Patto NATO impone un generico obbligo di sostegno, che può tradursi nel supporto armato, l'articolo 42.7 prevede un obbligo di assistere lo Stato leso "by all the means in their power, in accordance with Article 51 of the United Nations Charter". Gli Stati membri dell'Unione sono pertanto obbligati a fornirsi reciproco sostegno armato, nell'ipotesi in cui siano vittima di un attacco armato (L. PALADINI, *La cooperazione strutturata permanente dell'Unione europea: disciplina, prassi e ruolo nell'integrazione in materia di difesa comune*, in *DPCE online*, vol. 40, n. 3, 2019, p. 1905 ss.).

La clausola sancisce così un obbligo particolarmente stringente, che risulta subordinato alla sussistenza di un attacco armato. Come nel caso della Carta delle Nazioni Unite e del Patto NATO, infatti, l'attacco armato risulta

quale imprescindibile presupposto per l'applicazione della clausola di legittima difesa collettiva. Ne deriva che la norma potrà applicarsi solo in presenza di una violazione del divieto di uso della forza caratterizzata da portata ed effetti particolarmente intensi (P.B.M.J. PIJPER, J.F.R. BODDENS HOSANG, P.A.L. DUCHEINE, *Collective Cyber Defence – the EU and NATO Perspective on Cyber Attacks*, in *Amsterdam Law School Research Paper No. 2021-37*, *Amsterdam Center for International Law No. 2021-13*, 2021, p. 7).

Alla luce di tali considerazioni, in materia di attacchi cibernetici, rilevano, ai fini dell'articolo 42.7, soltanto quelli equiparabili agli attacchi cinetici. Gli attacchi del 3 e del 21 febbraio, al pari di quello sferrato ai server NATO da Killnet, non rientrerebbe quindi nel novero delle fattispecie coperte dalla norma.

Con riguardo alla clausola di mutua difesa, viene in rilievo un ulteriore problema, rappresentato dagli attacchi cibernetici lanciati da attori non statali. Difatti, la norma, non precisa quali soggetti di diritto internazionale possano sferrare una *armed aggression* e, dunque, contro quali aggressori sia ammesso – ed anzi doveroso, ai sensi del TUE – reagire in legittima difesa collettiva. Sul punto, alla luce del carattere particolarmente stringente dell'obbligo di mutua difesa, ed altresì alla luce degli obiettivi e dei valori sanciti dagli articoli 2, 3 e 22 TUE, pare ragionevole adottare un'interpretazione estensiva e ritenere che la nozione di attacco armato prescindendo dalla natura dell'autore dello stesso (J.F.R. BODDENS HOSANG, P.A.L. DUCHEINE, *Implementing Article 42.7 of the Treaty On European Union: legal foundations for mutual defence in the face of modern threats*, in *Amsterdam Law School Research Paper No. 2020-71*, *Amsterdam Center for International Law No. 2020-35*, 2020, p. 6).

D'altronde, l'estensione dell'ambito di applicazione della legittima difesa, nel diritto internazionale, agli attacchi posti in essere da attori non statali pare confermare tale conclusione.

Come affermato, però, la norma deve considerarsi comprensiva dei soli *cyberattacks* che integrino un vero e proprio attacco armato, data anche la sua non invocazione in conseguenza degli attacchi subiti dalle istituzioni nazionali ed europee sino ad oggi.

5. L'art. 222 TFUE

Nell'ipotesi di attacchi cibernetici che non siano attacchi armati, potrebbe allora assumere rilevanza la clausola di solidarietà, sancita

dall'articolo 222 TFUE, secondo il quale gli Stati membri agiscono congiuntamente “in a spirit of solidarity”, nell'ipotesi in cui uno di essi subisca un attacco terroristico ovvero sia vittima di una calamità naturale o causata dall'uomo. In tali ipotesi, l'Unione si obbliga a impiegare tutti i mezzi a sua disposizione, compresi quelli militari, per supportare lo Stato vittima dell'evento o dell'attacco. Gli Stati membri, coordinandosi nel Consiglio, prestano altresì assistenza a tale Stato.

Invero, la norma potrebbe essere adeguata a configurare un'ipotesi di supporto in presenza di un attacco cibernetico che non raggiunga la soglia di intensità necessaria ad integrare un attacco armato, ma produca conseguenza di particolare intensità (J.F.R. BODDENS HOSANG, P.A.L. DUCHEINE, *op. cit.*).

Al fine di favorire la corretta applicazione della norma, il Consiglio ha adottato la Decisione 2014/415 del 24 giugno 2014, che per espressa previsione (Art. 2) non ha implicazioni in materia di difesa, ma concerne ipotesi di disastro naturale o causato dall'uomo e di terrorismo.

Prendendo in considerazione, per quanto qui di interesse, l'ipotesi di calamità causata dall'uomo, ai sensi della decisione 2014/415, per disastro si intende una situazione suscettibile di produrre un forte impatto su “people, the environment or property, including cultural heritage”. In tale nozione potrebbe rientrare, attraverso un'interpretazione estensiva, la fattispecie di *cyberattacks*, che non corrispondano ad attacchi armati o terroristici (J.F.R. BODDENS HOSANG, P.A.L. DUCHEINE, *op. cit.*, p. 12).

Peraltro, considerando che l'assistenza va prestata ad uno Stato membro “sul suo territorio”, pare ragionevole ritenere che tale espressione sia comprensiva dello “spazio digitale”, pienamente rientrante nella *domestic jurisdiction* degli Stati (A. M. MARTINO, *the “Solidarity Clause” of the European Union –Dead Letter or Enabling Act?*, in *SIAC-Journal – Journal for Police Science and Practice*, vol. 6, 2016, p. 44).

La maggiore elasticità dello strumento di cui all'articolo 222 TFUE rispetto alla clausola di mutua difesa lo rende più facilmente adattabile e, perciò, invocabile in ipotesi di *cyberattacks*; anche perché, sotto il profilo delle conseguenze della sua attivazione, comporta un generico obbligo di sostegno ed assistenza tra gli Stati membri dell'Unione.

6. L'Unione europea e la cyber-sicurezza

In materia di cybersicurezza, l'Unione è comunque intervenuta su di-

versi fronti, soprattutto per rafforzare la cooperazione tra gli Stati (F. GATTA, *L'Unione europea sotto (cyber)attacco: strategie e prospettive in tema di ciberresilienza e cibersecurity*, in *rivista.eurojus.it*, 2022).

In questa prospettiva, di recente, Commissione europea, ha rilevato il carattere limitato dell'attuale cooperazione operativa tra gli Stati membri ed ha auspicato l'estensione della stessa, *anche nel contesto dell'articolo 42, paragrafo 7 [TUE] e dell'articolo 222 [TFUE]*, enfatizzando il ruolo del settore privato e facendo riferimento al concetto di "cibersolidarietà" (COM JOIN(2022)49 final, 10 novembre 2022).

A ben vedere, la comunicazione si pone in linea con la Strategia per la cyber sicurezza del 2020 (COM JOIN(2020)18 final, 16 dicembre 2020) che, tra i principali obiettivi, annovera lo sviluppo della resilienza e della tutela della "technological sovereignty", il miglioramento delle capacità di prevenzione, deterrenza e reazione e la cooperazione con gli attori statali e privati, coerentemente con la Bussola per il digitale (COM(2021)118 final, 9 marzo 2021), che enfatizza il ruolo trasversale delle tecnologie digitali rispetto alle politiche europee.

Nello stesso contesto si pone altresì la comunicazione relativa al Report sulla EU Security Union Strategy (COM(2022)745 final, 13 dicembre 2022), con la quale la Commissione, preso atto della diffusione e della pericolosità degli attacchi cibernetici, prende in considerazione il fenomeno sia con riguardo alla violazione del principio di non ingerenza, in merito *al* settore della difesa sia rispetto alle fattispecie del terrorismo e del cybercrime. Più precisamente, l'esecutivo UE ha inteso così favorire il dialogo tra le istituzioni europee, gli Stati e gli attori privati, al fine di promuovere lo sviluppo delle capacità cibernetiche e digitali dell'Unione.

De jure condendo, assume poi importanza la proposta di regolamento della Commissione (COM(2022)454 final, 15 settembre 2022), volta ad introdurre requisiti comuni di cibersecurity, per ridurre la vulnerabilità nei prodotti digitali, ed a favorire la trasparenza e dell'informazione verso i consumatori. La proposta detta taluni "cybersecurity requirements", intesi a migliorare le capacità di difesa dei prodotti digitali da attacchi cibernetici.

Anche il Parlamento europeo ha fatto riferimento al concetto di sicurezza cibernetica, nella risoluzione sulla sicurezza nell'area del partenariato orientale (risoluzione del Parlamento europeo sulla sicurezza nell'area del partenariato orientale e il ruolo della politica di sicurezza e di difesa comune, P9 TA(2022)0236, 8 giugno 2022). La stessa istituzione ha poi adottato una risoluzione sulle ingerenze straniere in tutti i processi democratici nell'Unione europea (risoluzione del Parlamento europeo sulle ingerenze

straniere in tutti i processi democratici nell'Unione europea, inclusa la disinformazione, P9 TA(2022)0064, 9 marzo 2022), relativa agli attacchi cibernetici idonei a perpetrare una violazione della *domestic jurisdiction* degli Stati dell'Unione, interferendo illegittimamente nei processi elettorali nazionali. Il documento si pone in linea con il Report del National Intelligence Council americano (NIC, *Foreign Threats to the 2020 US Federal Elections*, 10 marzo 2021), che afferma la sussistenza di tentativi russi di interferenza, perpetrata con strumenti cibernetici, nelle elezioni del 2020.

Molto significativo è altresì il ruolo dell'ENISA, che, dal 2004, contribuisce a favorire lo sviluppo di un elevato livello comune di cybersicurezza in Europa. L'azione trasversale della stessa l'ha resa un elemento imprescindibile della strategia europea in materia di cybersecurity (L. LONARDO, *EU Law Against Hybrid Threats: A First Assessment*, in *europeanpapers.eu*, vol. 6, n. 2, 2021, p. 1075 ss.).

Sul punto, assume rilievo il regolamento (UE) 2019/881, che rafforza il mandato dell'ENISA ed istituisce un European cybersecurity certification framework, al fine di rafforzare la capacità dell'Unione di far fronte a *cyber threats*.

7. Segue

Sul piano della cooperazione internazionale, con decisione (UE) 2022/895, del 24 maggio 2022, il Consiglio ha autorizzato l'avvio di negoziati, per una convenzione internazionale globale sul contrasto all'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione a fini criminali.

Infine, in ambito PESC, assume rilievo la decisione (PESC) 2019/797, concernente misure restrittive contro gli attacchi informatici che minacciano l'Unione o i suoi Stati membri, attraverso la quale il Consiglio dispone misure restrittive che gli Stati possono adottare in risposta ad attacchi cibernetici idonei a produrre effetti significativi, fissando, all'articolo 3, criteri volti a comprendere se un attacco debba ritenersi tale. La decisione, adottata sulla base dell'articolo 29 TUE, rientra nel contesto delle *smart sanctions*, strumento spesso utilizzato dall'Unione per contrastare condotte lesive dei suoi valori ed obiettivi e prevede l'adozione di specifiche misure restrittive mirate, quali il *travel ban* (art. 4) e l'*asset freeze* (art. 5).

A tale atto è conseguita l'adozione, ex art. 215 TFUE, del regolamento (UE) 2019/796, concernente misure restrittive contro gli attacchi informatici che minacciano l'Unione o i suoi Stati membri.

8. *Conclusioni*

Al di là dell'importanza delle singole misure sommariamente esaminate, va segnalato che nessuna di esse pare essere uno strumento autosufficiente adeguato a rispondere ai diversi tipi di cyber-attacco, la cui nozione è particolarmente ampia ed incerta (L. LONARDO, *op. cit.*, p. 1093).

Infatti, le diverse forme di attacco cibernetico sono di difficile qualificazione, soprattutto se poste in essere da privati. La loro eterogeneità impone, pertanto, di ragionare *casu casu*, sulle reazioni più adatte al singolo attacco, tanto sotto il profilo dell'efficacia quanto sotto quello della legittimità.

In estrema sintesi, la materia continua a collocarsi tra le sabbie mobili di una disciplina ancora in evoluzione che impone una difficile attività ermeneutica, prestandosi ad interpretazioni abusive e strumentali; ma soprattutto le maggiori difficoltà si rinvergono nell'attività di *attributing*, ossia nella possibilità di affermare con certezza la responsabilità di uno Stato nella commissione di un attacco cibernetico, per ragioni tecniche e politiche (N. KATAGIRI, *Why international law and norms do little in preventing non-state cyber attacks*, in *Journal of Cybersecurity*, vol. 7, n. 1, 2021, p. 3 ss.). Per tali motivi essa continuerà ad essere oggetto di molta attenzione e non soltanto degli addetti.

IL GREEN DEAL INDUSTRIAL PLAN:
VERSO L'ADOZIONE DELL'ENNESIMO QUADRO TEMPORANEO
IN MATERIA DI AIUTI DI STATO?

Francesca Cagossi*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'*Inflation Reduction Act* degli USA e la risposta europea: il *Green Deal Industrial Plan* – 3. *Segue*: la proposta di adottare un (altro) quadro temporaneo di crisi e transizione – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Il 1° febbraio 2023 la Commissione europea ha presentato il *Green Deal Industrial Plan for the Net-Zero Age Deal*, un nuovo piano industriale volto a rafforzare la competitività dell'industria europea e a sostenere la rapida transizione verso la neutralità climatica, attraverso l'istituzione di un contesto più favorevole all'aumento della capacità produttiva dell'Unione per le tecnologie e i prodotti a zero emissioni nette, essenziali per il raggiungimento degli ambiziosi obiettivi climatici dell'UE.

Tale piano – parte del Green Deal europeo dell'11 dicembre 2019 e integrazione della Strategia industriale dell'UE, lanciata dalla Commissione nel marzo 2020 e aggiornata nel maggio 2021 – risponde all'invito del Consiglio europeo di avanzare, entro la fine di gennaio 2023, proposte di investimento nelle tecnologie pulite volte a favorire un aumento della competitività dell'UE in questi settori. L'obiettivo è dunque quello di fare dell'Unione europea una protagonista della transizione verde anche sul fronte industriale e, al contempo, contrastare la concorrenza extra-UE. Difatti, la proposta risponde altresì all'esigenza di contrastare l'*Inflation Reduction Act (IRA)*, l'iniziativa statunitense che, attraverso la mobilitazione di 370 miliardi di dollari in investimenti, si pone l'obiettivo di ridurre i costi energetici per le famiglie e le piccole imprese, accelerare gli investimenti privati in soluzioni energetiche pulite in ogni settore e rafforzare le catene

* (Dottoranda di ricerca in diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Milano) – 7 marzo 2023.

di approvvigionamento, creando così anche nuove opportunità economiche per i lavoratori.

La risposta europea, chiamata appunto *Green Deal Industrial Plan*, è intesa a rendere più semplice l'accesso alle agevolazioni fiscali per le aziende sostenibili, reindirizzare le risorse a disposizione verso tali industrie e allentare la rigidità della normativa sugli aiuti di Stato.

Attraverso il presente contributo, ci si propone di focalizzare l'attenzione proprio su tale ultimo profilo, ovvero il progetto di proposta di trasformazione del quadro temporaneo di crisi per gli aiuti di Stato. In particolare, si tenterà di riflettere, alla luce dell'attuale disciplina in materia di aiuti di Stato alle imprese, sulle eventuali conseguenze che tale proposta potrebbe avere sul mercato interno.

2. *L'Inflation Reduction Act degli USA e la risposta europea: il Green Deal Industrial Plan*

Come anticipato, l'iniziativa europea si inserisce in questa sorta di "corsa legislativa" già avviata in diversi Paesi, dove sono stati presentati piani di sostegno all'industria. Negli Stati Uniti, in particolare, il Presidente Biden ha firmato il 16 agosto 2022 l'*Inflation Reduction Act*, la legge sulla riduzione dell'inflazione, che segna l'azione più significativa intrapresa dal Congresso in materia di energia pulita e cambiamenti climatici, rappresentando un pilastro fondamentale della strategia economica e industriale dell'attuale Presidenza. Nello specifico, tale atto comprende oltre 20 incentivi fiscali, nuovi o modificati, e programmi di sovvenzioni e prestiti destinati a stimolare gli investimenti e la diffusione di nuove tecnologie energetiche pulite, oltre che a rafforzare la transizione verso un'economia green.

Così, il piano presentato dalla Commissione, come sottolineato nel discorso della Presidente von der Leyen al Forum economico mondiale di Davos, si configura come il tentativo di rendere l'Europa "la patria della tecnologia pulita e dell'innovazione industriale sulla strada verso la neutralità climatica", arrivando ad effettuare questa transizione senza creare nuove dipendenze. Si tratta di un pacchetto di misure piuttosto complesso, il cui punto di partenza è la necessità di aumentare considerevolmente lo sviluppo tecnologico, la produzione e l'installazione di prodotti ed energia a zero emissioni nel prossimo decennio, con il valore aggiunto di un approccio a livello europeo per affrontare tale sfida. Il Piano si articola in quattro pilastri fondamentali: un contesto normativo prevedibile e semplificato; un

accesso più rapido ai finanziamenti; migliori competenze e un commercio aperto per catene di approvvigionamento resilienti.

Partendo dalla considerazione che le quote di mercato dell'industria europea sono sempre più sottoposte a forti pressioni (in gran parte perché i sussidi all'estero rendono ben poco agevole il mantenimento del *level playing field*), il secondo pilastro del citato Piano è volto ad incrementare gli investimenti e i finanziamenti per lo sviluppo di tecnologie sostenibili in Europa. In questo quadro, la politica di concorrenza fornisce già strumenti per sostenere lo sviluppo e la diffusione di tecnologie strategiche all'avanguardia per la transizione verde e digitale, che consentono di preservare altresì l'integrità del mercato unico. Tuttavia, la Commissione intende ora concedere agli Stati membri un'ulteriore flessibilità per l'erogazione di aiuti limitati ad aree accuratamente definite e su base temporanea. Alla luce di ciò, la Commissione ha difatti inviato agli Stati membri, per consultazione, un progetto di proposta di trasformazione del quadro temporaneo di crisi per gli aiuti di Stato in un quadro temporaneo di crisi e transizione, c.d. *Temporary Crisis and Transition Framework (TCTF)*.

3. Segue: la proposta di adottare un (altro) quadro temporaneo di crisi e transizione

Il quadro temporaneo di crisi per gli aiuti di Stato – adottato il 23 marzo 2022 per consentire agli Stati membri di continuare ad avvalersi della flessibilità prevista dalle norme sugli aiuti di Stato, al fine di sostenere l'economia nel contesto dell'aggressione russa all'Ucraina, modificato e prorogato fino al 31 dicembre 2023 – ha già semplificato gli aiuti a favore dell'installazione di impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili. All'interno di tale quadro, infatti, le misure volte a diminuire la dipendenza dai combustibili fossili russi e ad agevolare la transizione verde, contemplate alle sezioni da 2.5 a 2.7, sono giustificate sulla base dell'art. 107, par. 3, lett. c), TFUE, in quanto agevolano “lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche”.

La nuova bozza del TCTF parrebbe andare oltre. Le modifiche proposte riguarderebbero, in primo luogo, la semplificazione degli aiuti per la diffusione delle energie rinnovabili e la decarbonizzazione dei processi industriali attraverso l'estensione delle disposizioni a tutte le tecnologie rinnovabili (nel quadro della *Renewable Energy Directive II*), all'idrogeno rin-

novabile e allo stoccaggio di biocarburanti; l'eliminazione della necessità di gare d'appalto aperte per le tecnologie meno mature (per le quali queste possono funzionare in misura minore); la proroga dei termini per il completamento dei progetti; la concessione di aiuti in riferimento a percentuali standard dei costi di investimento (sulla base di esperienze concrete, per l'uso dell'idrogeno, l'efficienza energetica e l'elettrificazione) e, infine, la possibilità di massimali di aiuto più flessibili per beneficiario nei regimi che soddisfano condizioni specifiche. Secondariamente, l'intento è quello di realizzare migliori regimi di sostegno agli investimenti per la produzione di tecnologie strategiche a zero emissioni – compresa la possibilità di concedere aiuti più elevati per eguagliare gli aiuti ricevuti per progetti simili da concorrenti situati al di fuori dell'UE, garantendo al contempo la proporzionalità di tali aiuti – e aiuti più mirati per i principali nuovi progetti di produzione nelle catene di valore strategiche a zero emissioni, colmando la carenza di investimenti produttivi a livello dell'Unione. Tali nuove disposizioni rimarrebbero in vigore fino al 31 dicembre 2025.

In più, la Commissione si impegna ad adeguare ulteriormente il Regolamento generale di esenzione per categoria (GBER) – attualmente in corso di revisione – oltre alle disposizioni legate agli importanti progetti di interesse comune europeo (IPCEI), *ex art.* 107, par. 3, lett. b), TFUE – la cui Comunicazione è stata anch'essa soggetta a recente revisione –, il che garantirebbe complessivamente una maggiore flessibilità agli Stati membri.

4. *Considerazioni conclusive*

L'adozione di misure temporanee, derogatorie alla disciplina sugli aiuti di Stato, è divenuta ormai prassi della Commissione, a partire dalla crisi economica e finanziaria del 2008 e di nuovo con l'emergenza sanitaria da Covid-19. Pertanto, non sorprende che la Commissione abbia agito rapidamente per istituire un quadro temporaneo a seguito dell'aggressione della Russia contro l'Ucraina e che ora l'intenzione sia di ricorrere allo stesso strumento. Del resto, il turbamento politico ed economico provocato da tale evento ha messo in luce un nuovo squilibrio nell'UE e, per far fronte alle sue difficili conseguenze, appare necessario un rafforzamento dell'industria europea attraverso un finanziamento pubblico. È poi altrettanto vero che senza un'azione coordinata a livello dell'Unione, solamente gli Stati con un'economia più solida sarebbero in grado di affrontare una tale sfida, con conseguente pericolo di frammentazione del mercato unico

(e l'intento della Commissione sembra proprio quello di evitare un tale scenario, come sottolineato anche al punto 25 dell'attuale quadro temporaneo; intento ribadito sia dalla Commissaria Vestager che nelle conclusioni dello scorso Consiglio europeo).

Tuttavia, con l'idea di arrivare ad un quadro normativo sugli aiuti di Stato "più semplice, rapido e prevedibile", la Commissione continua in realtà ad ammorbidire sempre di più la disciplina di controllo degli aiuti di Stato – identificata, fin dal Rapporto Spaak del 1956, come una delle politiche fondamentali per la creazione del mercato comune – trasformando i quadri temporanei da strumenti pensati appunto come transitori in "quasi-permanenti", con il timore che queste misure, concepite come eccezione alla disciplina ordinaria, diventino, però, di fatto, la nuova regola (considerando anche che tale nuovo quadro è pensato per restare in vigore fino al 2025). Del resto, le preoccupazioni sull'integrità del mercato interno sono più che fondate, dal momento che non tutti gli Stati membri sono stati finora in grado di offrire sussidi nella stessa misura (sul punto D. LYPALO, *Bend it until it breaks: Flexibility of Temporary Crisis Framework in the context of the Russian Invasion of Ukraine*, in *eulawlive.com*, 6 February 2023; I. AGNOLUCCI, *Will COVID-19 Make or Break EU State Aid Control? An Analysis of Commission Decisions Authorising Pandemic State Aid Measures*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2022, pp. 3-16).

Per quanto la diffusione delle energie rinnovabili e la decarbonizzazione dell'industria appaiano come un obiettivo legittimo, è tuttavia opportuno domandarsi se questa ripetuta proroga di discipline eccezionali non rischi di avere pesanti ripercussioni. Da un lato, e in una prospettiva di sistema, perché si mette di fatto in discussione il divieto di aiuti di Stato alle imprese di cui all'art. 107, par. 1, TFUE, dal momento che, se l'eccezione estende sempre più il suo ambito di applicazione, viene da domandarsi se il principio dell'incompatibilità valga ancora come regola generale. Dall'altro lato, poiché, in un contesto di crisi, solamente gli Stati con maggiori disponibilità economiche saranno in grado di investire più significativamente in tali settori emergenti, mentre quelli più deboli sono tendenzialmente orientati a concentrare i propri sforzi sui salvataggi di singole imprese, spesso già in difficoltà (così F. ROSSI DAL POZZO, *Aiuti di Stato e stato di emergenza tra solidarietà e condizionalità*, in *rivista.eurojus.it*, p. 67); di conseguenza, più a lungo questo regime specifico rimane in vigore, più il fenomeno può amplificarsi.

Infine, occorre mettere in luce come l'attuale quadro temporaneo per l'Ucraina specifichi che le misure di aiuto adottate nell'ambito di tale comunicazione possono essere combinate con quelle già approvate nell'ambito del quadro temporaneo Covid-19 (e così probabilmente sarà specificato anche dal nuovo quadro). Così facendo, però, è evidente un possibile rischio di sovrapposizione di diverse misure di aiuto per lo stesso fabbisogno di liquidità dei beneficiari, oltre ad un'incertezza per le imprese che assistono ad una continua modificazione della disciplina e dei relativi requisiti.

In generale, è sempre bene ricordare che il sistema delle regole di concorrenza europee è un'importante garanzia nella prospettiva della competitività, per cui è necessaria un'estrema cautela per non mettere a repentaglio i pilastri della struttura. Una questione più ampia, certamente da non sottovalutare, è poi se sia necessario un ripensamento del sistema, del ruolo dei governi e quindi delle regole di concorrenza sulla scia della pandemia e delle sfide in corso a breve e lungo termine, tra cui l'inflazione dei prezzi dell'energia, la sicurezza e il cambiamento climatico.

A questo proposito, sarà interessante valutare come la Commissione intenderà sviluppare la proposta di un Fondo europeo per la sovranità, quale risposta strutturale alle esigenze di investimento, nel contesto della revisione del quadro finanziario pluriennale prima dell'estate 2023. Questo perché tale proposta potrebbe forse rappresentare uno strumento complementare ma, allo stesso tempo, alternativo all'emanazione continua di quadri temporanei, arrivando alla realizzazione dello stesso risultato, salvaguardando, però, più efficacemente la coesione e il mercato unico dai rischi che possono essere causati da una disponibilità disuguale di misure di sostegno pubblico da parte degli Stati.

DALLE DICHIARAZIONI DI CARATTERE NON FINANZIARIO
ALLA RENDICONTAZIONE SOCIETARIA DI SOSTENIBILITÀ:
UNA PRIMA LETTURA DELLA DIRETTIVA (UE) 2022/2464

Federico Ceci*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'evoluzione della rendicontazione societaria di sostenibilità nel contesto dell'Unione: cenni. – 3. Gli obiettivi della direttiva (UE) 2022/2464. – 4. Le novità introdotte. – 5. Considerazioni finali.

1. *Premessa*

Il 5 gennaio 2023 è entrata in vigore la direttiva (UE) 2022/2464 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 dicembre 2022, che modifica il regolamento (UE) n. 537/2014, la direttiva 2004/109/CE, la direttiva 2006/43/CE e la direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la rendicontazione societaria di sostenibilità (di seguito, anche, la “Direttiva”), con termine di attuazione fissato, seppur con differenti scadenze stabilite in base alle dimensioni delle imprese coinvolte, al 2024.

La Direttiva in parola costituisce un nuovo tassello del quadro legislativo adottato dall'Unione in materia di *non-financial disclosure*, che mira ad ampliare il numero delle imprese soggette agli obblighi informativi di sostenibilità e a specificarne il contenuto, in precedenza disciplinato dalla direttiva 2014/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2014, recante modifica della direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità da parte di talune imprese e di taluni gruppi di grandi dimensioni.

La direttiva 2014/95/UE, invero, ha introdotto per le imprese di grandi dimensioni, che costituiscono enti di interesse pubblico, l'obbligo di comunicare informazioni ambientali, sociali, attinenti al personale e al rispetto dei diritti umani, e rappresenta, così, il primo atto tipico adottato in materia di Responsabilità Sociale d'Impresa (nel prosieguo “RSI” o, con l'acronimo in lingua inglese di *Corporate Social Responsibility*, “CSR”).

* Ricercatore TD di diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari “Aldo Moro” – 2 marzo 2023

Tuttavia, la limitata efficacia di tale strumento – dovuta al ristretto ambito soggettivo di applicazione e alla mancanza di uno standard comune in base al quale le imprese dovrebbero comunicare le informazioni richieste – ha condotto la Commissione ad impegnarsi, con la comunicazione sul Green Deal europeo dell'11 dicembre 2019 (COM (2019) 640), a proporre una versione rivista della direttiva sulla rendicontazione non finanziaria, come parte della strategia per rafforzare le basi per gli investimenti sostenibili. La proposta della Commissione è stata poi presentata il 21 aprile 2021 (COM(2021) 189) e le modifiche contenute nella stessa sono risultate favorevolmente accolte, tanto da restare sostanzialmente invariate nel testo definitivo della Direttiva.

L'adozione di quest'ultima, la cui base giuridica è costituita dagli artt. 50 e 114 TFUE, ha comportato, come si è detto, l'estensione del perimetro delle categorie di imprese da assoggettare agli obblighi di comunicazione, la specificazione del contenuto di tali obblighi attraverso l'indicazione di principi comuni in materia di informativa sulla sostenibilità, nonché la previsione di un'attestazione esterna rispetto alla conformità delle informazioni divulgate. Elementi che, alla luce del complesso e articolato percorso normativo dell'Unione in tema di dichiarazioni non finanziarie, meritano un approfondimento. Pertanto, con il presente lavoro si intende compiere una disamina delle più significative novità introdotte dalla Direttiva, con specifico riferimento a quelle in materia di rendicontazione di sostenibilità, ed effettuarne una prima valutazione.

2. *L'evoluzione della rendicontazione societaria di sostenibilità nel contesto dell'Unione: cenni*

Preliminarmente, occorre evidenziare come sin dal principio dell'azione europea di promozione della CSR, gli obblighi di trasparenza circa gli impatti sociali e ambientali dell'attività di impresa sono stati considerati un settore nevralgico e funzionale al raggiungimento degli obiettivi prefissati in materia.

Invero, sin dalla pubblicazione del Libro Verde del 18 luglio 2001, intitolato “Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese” (COM(2001) 366), la Commissione ha identificato, seppure in maniera molto ampia e flessibile, i contenuti propri della RSI e, di conseguenza, i settori per i successivi interventi, tra cui, per l'appunto, le informazioni non finanziarie (sul punto, si veda S. MACLEOD, *Reconciling Regu-*

latory Approaches to Corporate Social Responsibility: European Union, OECD and United Nations Compared, in *European Public Law*, 2007, p. 680 ss.). In particolare, il Libro Verde – oltre a fornire una prima definizione della RSI come “l’integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle imprese nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate” – ha qualificato la trasparenza sui risultati conseguiti in ambito ambientale e sociale dalle imprese come condizione essenziale per un effettivo coinvolgimento di tutti i soggetti interessati, e, dunque, di una politica vincente per la promozione della CSR. Tale consapevolezza, tuttavia, non ha trovato riscontro, a livello europeo come pure in ambito internazionale, nell’individuazione del genere di informazioni da comunicare, delle modalità di presentazione delle stesse e dei procedimenti per valutarne la correttezza e l’affidabilità.

La situazione è rimasta pressoché invariata con la Comunicazione adottata dalla Commissione il 2 luglio del 2002, intitolata “Responsabilità sociale delle imprese: un contributo delle imprese allo sviluppo sostenibile” (COM(2002) 347). Quest’ultima, presentata alla luce dei risultati del processo di consultazione sul Libro Verde, ha ulteriormente ribadito la necessità di adottare un quadro normativo per la divulgazione di informazioni non finanziarie da parte delle imprese, ritenute l’unico strumento trasversale in grado di assicurare la comparazione tra i risultati conseguiti con riguardo all’impatto delle stesse sull’ambiente, sui diversi soggetti interessati e sulla tutela dei diritti umani (al riguardo, si veda A. DI PASCALE, *La responsabilità sociale dell’impresa nel diritto dell’Unione europea*, Milano, 2010, p. 163 ss.).

Tali valutazioni hanno condotto la Commissione a formulare un nuovo piano strategico di promozione della CSR, fondato sulla conferma della natura volontaria della stessa, sulla necessità di implementare la trasparenza delle pratiche non finanziarie delle imprese, su un approccio globale in linea con gli altri strumenti internazionali e, infine, sulla considerazione, tenendo conto delle loro peculiarità, delle piccole e medie imprese.

Il percorso di promozione della CSR è così proseguito attraverso la presentazione, avvenuta il 22 marzo del 2006, della seconda comunicazione della Commissione intitolata “Il partenariato per la crescita e l’occupazione: fare dell’Europa un polo di eccellenza in materia di responsabilità sociale delle imprese” (COM(2006)136), che avrebbe dovuto rappresentare, in teoria, una sintesi evolutiva delle diverse posizioni e proposte affermate all’interno del *Multi-Stakeholder Forum*, istituito con la comunicazione del 2002. Al di là del titolo chiaramente ambizioso, la comunica-

zione è risultata, invece, una sostanziale, seppur più consapevole, riaffermazione di quanto già stabilito nei precedenti atti (O. DE SCHUTTER, *Corporate Social Responsibility European Style*, in *European Law Journal*, 2008, p. 203 ss.).

Una svolta positiva, in termini di efficacia e organicità, nelle politiche europee in materia di CSR e, in particolare, in tema di divulgazione di informazioni non finanziarie si è avuta soltanto attraverso l'adozione della comunicazione del 25 ottobre 2011, intitolata "Strategia rinnovata dell'UE per il periodo 2011-14 in materia di responsabilità sociale delle imprese" (COM(2011) 681) (sul punto, si veda E. PISTOIA, *Il volontarismo regolamentato nell'azione europea a sostegno della responsabilità sociale d'impresa*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 267 ss.). Invero, l'obiettivo di realizzare un proficuo *smart mix* fra strumenti volontari e normativa complementare, attraverso la formale assegnazione alle pubbliche autorità di un ruolo di supporto delle attività private, ha posto le basi per sviluppare al meglio uno degli aspetti fondamentali della nuova strategia, ovvero la *non-financial disclosure*. In questa prospettiva, la Commissione si è impegnata a formulare una proposta di direttiva concernente la divulgazione di informazioni sociali e ambientali, poi presentata il 17 aprile 2013 (COM (2013) 207). Da quest'ultima è emersa con chiarezza la sussistenza di una fondamentale problematica: l'inadeguato livello di trasparenza, in senso quantitativo e qualitativo, delle suddette informazioni.

Il primario obiettivo è stato dunque quello di incrementare il livello di uniformità, comparabilità e pertinenza delle informazioni non finanziarie divulgate da determinate società. A tal fine, la direttiva 2014/95/UE, adottata in virtù della disposizione di cui all'art. 50, par. 1, del TFUE, modificando la direttiva 2013/34/UE, ha disposto, attraverso l'introduzione dell'art. 19 *bis*, l'obbligo per le imprese di grandi dimensioni, che costituiscono enti di interesse pubblico e il cui numero di dipendenti occupati in media durante l'esercizio è pari o superiore a 500, di includere nella relazione sulla gestione una comunicazione di carattere non finanziario. Il medesimo obbligo informativo è stato peraltro esteso, *ex art. 29 bis*, agli enti di interesse pubblico che risultano essere imprese madri di un gruppo di grandi dimensioni e il cui numero di dipendenti occupati, su base consolidata, è pari a 500.

Nella Proposta di Direttiva, la Commissione ha stimato che tali vincoli informativi gravano attualmente su circa 11700 società e gruppi operanti nel contesto europeo. L'inclusione delle sole imprese che costituiscono enti di interesse pubblico non ha dunque consentito di realizzare il principale

obiettivo sotteso all'adozione della direttiva del 2014, ovvero sia, come pocanzi osservato, fronteggiare la necessità di maggiore trasparenza di informazioni non finanziarie, in termini qualitativi e quantitativi. Inoltre, Il ristretto ambito soggettivo di applicazione imposto dai citati artt. 19 *bis* e 29 *bis* ha sacrificato sensibilmente la valutazione dell'impatto ambientale dell'attività d'impresa: invero, i destinatari degli obblighi in esame risultano essere soggetti tendenzialmente operanti nel settore finanziario. Al contrario, l'inclusione delle imprese di grandi dimensioni in termini di risorse umane e fatturato, non considerate enti di interesse pubblico, fra i destinatari dei vincoli divulgativi avrebbe soddisfatto differenti aspettative.

Tale conclusione è peraltro rafforzata dall'analisi degli obblighi imposti dai predetti artt. 19 *bis* e 29 *bis*, con i quali è stato previsto che le imprese debbano presentare una dichiarazione contenente "almeno" informazioni ambientali, attinenti al personale, al rispetto dei diritti umani e alla lotta contro la corruzione. Il criterio per la selezione delle informazioni è stato identificato nella misura per la quale le stesse siano necessarie alla comprensione dei risultati e degli impatti dell'attività di impresa sulla società. Ai sensi di tali norme, la rendicontazione deve comprendere (i) una breve descrizione del modello aziendale, (ii) una descrizione delle politiche sociali applicate e (iii) dei risultati delle stesse, (iv) i principali rischi connessi agli aspetti sociali e, infine, (v) gli indicatori di prestazione di carattere non finanziario attinenti all'attività d'impresa.

Inoltre, nonostante l'individuazione degli ambiti da includere nella dichiarazione sia stata effettuata attraverso la previsione di un obbligo minimo, le imprese sono libere di non attuare politiche relative ad uno o più degli aspetti menzionati. Difatti, *ex art.* 19 *bis*, par. 1, qualora un'impresa non abbia applicato strategie in relazione ad uno degli aspetti indicati ha solo il dovere di fornire una motivazione "chiara ed articolata" di questa scelta.

L'approccio flessibile fin qui delineato trova riscontro, inoltre, nella mancata individuazione di uno standard uniforme di riferimento per la *non-financial disclosure*. La direttiva ha infatti consentito alle imprese di basarsi su standard nazionali, internazionali e dell'Unione, per determinare la forma e il contenuto della dichiarazione. Al riguardo, va rilevato che, al fine di favorire una divulgazione coerente e sistematica delle informazioni non finanziarie, la Commissione ha elaborato degli orientamenti non vincolanti sulla metodologia di comunicazione (2017/C 215/01). Questi ultimi, tuttavia, non individuano uno standard comune europeo, né adottano come riferimento uniforme uno degli standards internazionali maggiormente

diffusi, limitandosi piuttosto a prevedere ad una lista di esempi esplicativi e indicatori fondamentali di prestazione, che seppure utile ad integrare la disciplina della direttiva, non supera la portata prescrittiva minima della stessa.

Tale quadro giuridico ha comportato il permanere di una certa frammentarietà e disomogeneità fra le legislazioni dei singoli Stati, nonostante l'introduzione di uno strumento volto, per l'appunto, all'armonizzazione delle stesse. In altri termini, la direttiva del 2014, pur rappresentando un importante sviluppo nel percorso di promozione della responsabilità sociale, non ha compiutamente raggiunto gli obiettivi prefissati. La mancanza di una specifica ed esaustiva definizione dei contenuti da rendere nelle dichiarazioni non finanziarie e l'assenza di uno standard di riferimento comune e uniforme hanno prodotto conseguenze negative sulla qualità delle informazioni sociali e ambientali divulgate. Allo stesso tempo, l'applicabilità alle sole imprese di grandi dimensioni che costituiscono enti di interesse pubblico ha invece limitato la comparabilità e l'affidabilità, in termini quantitativi, delle dichiarazioni (per un'analisi completa della direttiva 2014/95/UE ci sia consentito rinviare a F. CECI, *L'obbligo di divulgazione di informazioni di carattere non finanziario quale strumento di Corporate Social Responsibility nel quadro dell'Unione europea*, in M. CASTELLANETA, F. VESSIA (a cura di), *La responsabilità sociale d'impresa tra diritto internazionale e diritto societario*, Napoli, 2019, p. 339 ss.).

Tali criticità, come anticipato, hanno comportato la necessità di una revisione della disciplina relativa all'informativa non finanziaria, introdotta con l'adozione della Direttiva. Questa esigenza, e il conseguente giudizio di inadeguatezza della normativa del 2014, è altresì emersa sia dalle risoluzioni del Parlamento europeo del 29 maggio 2018 sulla finanza sostenibile e del 17 dicembre 2020 sul governo societario sostenibile, sia dalla valutazione di impatto della proposta di Direttiva (SWD(2021)150), che ha contribuito a definirne il contenuto.

3. *Gli obiettivi della direttiva (UE) 2022/2464*

La Direttiva, infatti, riscontra la crescente richiesta di informazioni non finanziarie dei diversi soggetti interessati all'impatto dell'attività delle imprese. Nello specifico, da una parte, gli investitori hanno raggiunto maggiore consapevolezza circa l'incidenza delle questioni legate alla sostenibilità sui risultati finanziari. Consapevolezza che, oltre a seguire una nota ten-

denza di mercato, appare anche legata all'adozione del regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio – che ha introdotto un sistema di classificazione delle attività economiche ecosostenibili allo scopo di potenziare gli investimenti sostenibili e contrastare il greenwashing dei prodotti finanziari – e del regolamento (UE) 2019/2088 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari, che regola la modalità con cui i partecipanti ai mercati finanziari dovrebbero comunicare le informazioni sulla sostenibilità agli investitori finali. Dall'altra parte, com'è noto, le parti sociali e le differenti categorie di stakeholders hanno sempre maggiori aspettative in relazione alla responsabilità delle imprese per l'impatto delle loro attività sull'ambiente e sulle persone e, in questo senso, le dichiarazioni non finanziarie risultano l'unico strumento utile a verificare efficacemente tale impatto.

Per altro verso, sono le stesse imprese soggette alle prescrizioni della direttiva 2014/95/UE ad aver incontrato difficoltà, dovute alla scarsa precisione della disciplina da questa stabilita, riguardo le informazioni da comunicare e le modalità di divulgazione.

L'obiettivo della Direttiva, pertanto, è quello di estendere l'ambito di applicazione degli obblighi in esame e di specificarne al meglio il contenuto e le modalità di adempimento, in modo da migliorare l'attendibilità e la comparabilità delle informazioni di sostenibilità e contribuire al processo di responsabilizzazione delle imprese operanti nel mercato unico europeo per ciò che concerne il loro impatto sull'ambiente e sulla società.

Inoltre, il nuovo atto normativo risponde alla necessità di conseguire un'armonizzazione e una convergenza a livello internazionale delle iniziative in materia di informativa di sostenibilità, quali, ad esempio, la proposta dell'*International Financial Reporting Standards Foundation* di creare un nuovo organismo di normalizzazione in materia di sostenibilità o i modelli già ampiamente diffusi quali quelli adottati dalla *Global Reporting Initiative* e dal *Sustainability Accounting Standards Board*. Invero, un allineamento globale dei principi applicabili alla comunicazione delle informazioni non finanziarie consentirebbe una maggiore comparabilità delle stesse e, soprattutto, minori costi per le imprese che operano in differenti mercati.

4. *Le novità introdotte*

Così individuati i principali obiettivi della Direttiva, e passando

all'analisi delle novità introdotte dalla stessa, va anzitutto rilevato come, su un piano terminologico, l'espressione "informazioni di carattere non finanziario" sia stata sostituita con quella di "informazioni sulla sostenibilità", per tali intendendosi quelle concernenti i fattori ambientali, sociali, relativi ai diritti umani e di governance. Tale scelta, introdotta *ex art.* 1, n. 2), lett. B), della Direttiva, oltre che rispondere ad una prassi seguita dalla maggior parte delle imprese, rappresenta la conseguenza dell'acquisita consapevolezza della rilevante incidenza delle questioni di sostenibilità sui risultati finanziari.

Quanto all'ambito soggettivo di applicazione, occorre in primo luogo sottolineare che la nuova formulazione dell'art. 19 *bis* della direttiva 2013/34/UE, risultante dalla Direttiva (art. 1, n. 4), abbia esteso gli obblighi informativi a tutte le imprese di grandi dimensioni, ovvero sia quelle che superino almeno due dei seguenti requisiti: a) totale dello stato patrimoniale di 20 milioni di euro; b) ricavi netti delle vendite e delle prestazioni di 40 milioni di euro; c) 250 dipendenti occupati in media durante l'esercizio. Appare evidente come tale estensione, che pertanto include le imprese di grandi dimensioni non quotate, sia dovuta alle preoccupazioni relative agli impatti ambientali e sui diritti umani di quelle società multinazionali che, pur disponendo di ampie e rischiose catene di valore, non operano nel settore finanziario.

La nuova formulazione dell'art. 19 *bis* rende applicabili gli obblighi informativi anche a tutte le imprese medie e piccole – ad eccezione delle microimprese (totale dello stato patrimoniale di 350.000 euro, ricavi netti delle vendite e delle prestazioni di 700.000 euro e un numero medio dei dipendenti occupati durante l'esercizio non superiore a 10) – con valori mobiliari quotati nei mercati regolamentati dell'Unione. L'innovativa inclusione delle società di dimensioni medio-piccole nell'ambito di applicazione della Direttiva appare giustificata dal fatto che queste imprese rappresentano una parte rilevante degli enti quotati europei e dal conseguente interesse degli investitori e delle parti sociali ad avere accesso alle loro informazioni di sostenibilità. A tal riguardo, è tuttavia opportuno evidenziare come la previsione in parola risulti mitigata dall'art. 5, par. 1, della Direttiva, il quale dispone che tali imprese inizino a comunicare le informazioni di sostenibilità dopo tre anni dall'entrata in vigore. In aggiunta, il contenuto delle prescrizioni della Direttiva, come si vedrà a breve, consente alle piccole e medie imprese soggette agli obblighi informativi di poter adempiere agli stessi in maniera proporzionata alle loro capacità e risorse.

Inoltre, l'art. 29 *bis* della direttiva 2013/34/UE, come modificato dalla

Direttiva (art. 1, n. 7), impone alle imprese madri di un gruppo, che su base consolidata risulti di grandi dimensioni, di includere nella relazione sulla gestione consolidata le informazioni di sostenibilità. Tale disposizione va letta in combinato disposto con quella di cui al citato art. 19 *bis*, par. 9, in virtù della quale l'impresa figlia ricompresa nella relazione sulla gestione consolidata dell'impresa madre è esentata dai vincoli informativi, e sarà semplicemente tenuta ad includere nella propria relazione il nome e la sede legale della holding che comunica informazioni sulla sostenibilità a livello di gruppo, il link alla relazione e un riferimento all'esenzione dalla rendicontazione.

Ancora, uno degli aspetti più innovativi concernente le modifiche dell'ambito di applicazione soggettivo della Direttiva riguarda l'inclusione di alcune imprese di Stati terzi, con evidenti ricadute positive in termini di parità di condizioni di mercato e di responsabilizzazione di queste società. Invero, attraverso l'introduzione dell'art. 40 *bis* nella direttiva 2013/34/UE, saranno soggette agli obblighi informativi le imprese di grandi dimensioni o con valori mobiliari quotati nei mercati regolamentati dell'Unione stabilite nel territorio di uno Stato membro, anche qualora appartengano ad un gruppo la cui holding è disciplinata dal diritto di uno Paese terzo. Allo stesso modo, le succursali o le controllate di imprese soggette al diritto di uno Stato terzo, qualora situate sul territorio di uno Stato membro – ma esclusivamente nei casi in cui tali società non europee abbiano generato nell'Unione ricavi netti delle vendite e delle prestazioni superiori a 150 milioni di euro per ciascuno degli ultimi due esercizi consecutivi –, dovranno anch'esse adempiere all'obbligo di rendicontazione, a livello consolidato o a livello individuale dell'impresa.

Con riguardo alle modifiche adottate sul piano oggettivo, la nuova formulazione degli artt. 19 *bis* e, con riferimento ai gruppi, 29 *bis* della direttiva 2013/34/UE impone ai citati enti societari di includere nella relazione sulla gestione, in maniera chiara e identificabile, le informazioni necessarie alla comprensione dell'impatto dell'impresa sulle questioni di sostenibilità, nonché quelle utili alla verifica del modo in cui tali questioni influiscono sull'andamento dell'impresa e sui suoi risultati, indicando altresì le procedure attuate per individuare dette informazioni.

Sotto il profilo dei contenuti, l'adempimento riguarderà anzitutto una breve descrizione del modello e della strategia aziendale dell'impresa, dal quale emergano le misure poste in essere in relazione ai rischi connessi alle questioni di sostenibilità e le modalità di attuazione della relativa strategia; le opportunità per l'impresa connesse a tali questioni; i piani, inclusi le

azioni finanziarie e di investimento, atti a garantire che il modello e la strategia aziendali siano compatibili con le previsioni dell'accordo di Parigi, adottato il 12 dicembre 2015, sui cambiamenti climatici e con l'obiettivo di conseguire la neutralità climatica entro il 2050 stabilito dal regolamento (UE) 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio, nonché il modo in cui i modelli e le strategie tengono conto degli interessi degli *stakeholders* e dell'impatto sulle questioni di sostenibilità.

Inoltre, le informazioni dovranno altresì includere una descrizione degli obiettivi temporalmente definiti connessi alle questioni di sostenibilità individuati dall'impresa – compresi, qualora possibile, quelli di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra almeno per il 2030 e il 2050 –, una descrizione dei progressi realizzati nel conseguimento degli stessi e una dichiarazione che attesti se questi sono basati su prove scientifiche.

In aggiunta, e in linea con gli strumenti internazionali in materia di *due diligence* di sostenibilità – tra cui i Principi guida delle Nazioni Unite su imprese e diritti umani e le linee guida OCSE destinate alle imprese multinazionali – ma soprattutto con la proposta di direttiva della Commissione del 23 febbraio 2022 relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità (COM(2022) 71), le informazioni dovranno altresì contenere una descrizione delle procedure di *due diligence* adottate (sul punto, si veda G. CARELLA, *La responsabilità civile dell'impresa transnazionale per violazioni ambientali e di diritti umani: il contributo della proposta di direttiva sulla due diligence societaria a fini di sostenibilità*, in *fsjeurostudies.eu*, n. 2, 2022, p. 10 ss.). Queste ultime, in particolare, devono riguardare i principali impatti negativi, effettivi o potenziali, legati alle attività dell'impresa e alla sua catena del valore, compresi i suoi prodotti e servizi, i suoi rapporti commerciali e la sua catena di fornitura, oltre che le azioni intraprese per identificare, monitorare per prevenire o attenuare tali impatti.

Infine, in relazione alla governance, le imprese saranno tenute a fornire una descrizione del ruolo degli organi di amministrazione, gestione e controllo per ciò che concerne le questioni di sostenibilità e le competenze e capacità in relazione allo svolgimento di tale ruolo, oltre che un'indicazione degli incentivi connessi alle citate questioni.

Gli obblighi informativi sin qui descritti appaiono attenuati, e più flessibili, per le piccole e medie imprese ricomprese nell'ambito di applicazione della Direttiva. Queste ultime, invero, avranno facoltà di presentare esclusivamente una breve descrizione del modello e della strategia dell'impresa; delle politiche adottate in relazione alle questioni di sostenibi-

lità; dei principali impatti negativi, effettivi o potenziali, in relazione a dette questioni e delle eventuali azioni intraprese per identificare, monitorare, prevenire o attenuare tali impatti.

Passando alle modalità con cui presentare le citate informazioni, occorre rilevare come, avendo acquisito consapevolezza dell'inadeguatezza degli orientamenti non vincolanti pubblicati dalla Commissione nel 2017 e nel 2019, la Direttiva ha previsto l'introduzione di principi comuni obbligatori di rendicontazione di sostenibilità, così da garantirne la comparabilità e la pertinenza. In particolare, in virtù di quanto disposto dall'art. 29 *ter*, la Commissione adotterà entro il 30 giugno 2024 atti delegati, ad integrazione della stessa Direttiva, al fine di determinare principi volti a specificare le informazioni che le imprese saranno tenute a comunicare e le modalità per presentare tali informazioni. Da un punto di vista generale, i citati principi troveranno applicazione a tutte le informazioni rilevanti richieste a norma della Direttiva e risultano necessari per garantire un'armonizzazione della materia, grazie alla quale le rendicontazioni di sostenibilità possano divenire maggiormente comparabili, finanche con quelle di carattere finanziario. Per conseguire questo obiettivo, tali principi, oltre a tenere in considerazione la disciplina europea in materia di rendicontazione finanziaria e no, dovrebbero risultare allineati agli strumenti internazionali in tema di informativa di sostenibilità, quali, tra tutti, quelli elaborati dalla *Global Reporting Initiative* o dal *Sustainability Accounting Standards Board*.

Sempre sotto un profilo delle novità introdotte, con la previsione di cui all'art. 29 *quinquies* è stato disposto l'obbligo in capo alle imprese di redigere la relazione sulla gestione in formato elettronico, da mettere gratuitamente a disposizione del pubblico, così da offrire l'opportunità di utilizzare le informazioni in maniera più efficiente e ridurre notevolmente i costi a carico degli utenti e delle imprese stesse.

Infine, la Direttiva ha previsto due differenti misure per garantire che le prescrizioni imposte dalla stessa siano adempiute correttamente e in maniera affidabile ed efficace.

Anzitutto, la modifica dell'art. 33, par. 1, ha introdotto l'obbligo in capo agli Stati membri di prevedere una forma di responsabilità collettiva per gli organi di amministrazione, gestione e controllo delle imprese, nelle rispettive competenze, con riguardo all'osservanza delle previsioni della Direttiva e dei principi comuni che verranno adottati dalla Commissione.

In secondo luogo, attraverso una modifica dell'art. 34, si è altresì previsto che le imprese debbano presentare un'attestazione di conformità della rendicontazione di sostenibilità, rilasciata dal revisore legale o

dall'impresa di revisione contabile o, a determinate condizioni, dai prestatori indipendenti di tali servizi. Tale attestazione dovrà riguardare la conformità della rendicontazione con le prescrizioni previste dalla Direttiva e dalla normativa europea in tema di informativa di sostenibilità, nonché le procedure svolte dall'impresa per individuare le informazioni comunicate secondo i principi di rendicontazione. Pur trattandosi di un'attestazione finalizzata ad acquisire un livello di sicurezza limitato – in base al quale verranno formulate conclusioni in forma negativa circa l'insussistenza di inesattezze rilevanti –, si tratta di un notevole passo avanti rispetto alla disciplina del 2014 che, invece, impone esclusivamente un obbligo di verifica circa l'avvenuta presentazione della dichiarazione di carattere non finanziario. A tal riguardo, appare inoltre rilevante evidenziare come, con una modifica della direttiva 2006/43/CE, la Direttiva abbia introdotto l'art 26 *bis*, in virtù del quale la Commissione adotterà, entro il 1° ottobre 2026, degli atti delegati per fornire principi che stabiliscano le procedure che i revisori dovranno seguire per le attestazioni con un livello di sicurezza limitato sulla conformità della rendicontazione, e, entro il 1° ottobre 2028, ulteriori atti delegati per stabilire i principi di attestazione per acquisire un livello di ragionevole sicurezza sulla conformità, ovvero sia con standard di controllo più rigidi e complessi che prevedono, tra l'altro, una verifica interna dell'impresa che provvede alla rendicontazione. Infine, alla luce del fondamentale ruolo dei revisori legali nel garantire l'affidabilità delle informazioni sulla sostenibilità, la Direttiva ha altresì introdotto delle disposizioni di riordino di tale categoria e di quella dei prestatori indipendenti di attestazioni, che incide sui requisiti professionali e sulla formazione richiesti, nonché sul riconoscimento delle qualifiche.

5. *Considerazioni finali*

Avendo sin qui evidenziato i tratti salienti delle novità introdotte dalla Direttiva, è possibile compiere alcune osservazioni relative alla portata delle stesse.

Anzitutto, appare rilevante sottolineare come l'estensione dell'ambito soggettivo delle norme introdotte dalla Direttiva condurrà, stando alle stime della Commissione, all'inclusione nella sfera di applicazione della nuova disciplina di circa 49000 imprese, corrispondenti al 75 % del fatturato di tutte le società di capitali del territorio europeo. Dato, quest'ultimo, che, oltre a consentire una migliore comparabilità delle informazioni divulgate

in termini quantitativi, avrà altresì un effetto positivo indiretto sul rispetto dei diritti umani e delle norme a tutela dell'ambiente. Invero, attraverso l'imposizione di obblighi di trasparenza ad un così ampio numero di destinatari, la Direttiva contribuirà a rendere le imprese, europee ma anche di Stati terzi, maggiormente consapevoli e responsabili del loro impatto sulla società e su interessi ormai ritenuti fondamentali – quali, per l'appunto, l'ambiente e il rispetto dei diritti umani –, influenzando positivamente il modo in cui le stesse gestiscono le ripercussioni negative in tali ambiti. Allo stesso tempo, la citata estensione fungerà da incentivo per gli investimenti in favore delle società che adottano politiche effettivamente sostenibili. Inoltre, gli obblighi in parola consentiranno anche alle piccole e medie imprese, da una parte, di avere più facilmente accesso al capitale finanziario e, dall'altra parte, di essere incluse in un maggior numero di portafogli di investimento gestiti da fondi europei. Per altro verso, la previsione di un recepimento differenziato nel tempo degli obblighi in parola – 1° gennaio 2024, per gli enti già tenuti alla presentazione della dichiarazione non finanziaria; 1° gennaio 2025, per le imprese di grandi dimensioni e 1° gennaio 2026 per le PMI – dovrebbe assicurare che tutte le società incluse nell'ambito di applicazione possano disporre del tempo necessario per programmare i relativi adempimenti e rispettarli in misura proporzionata alle relative capacità economiche.

Contestualmente, la precisa specificazione del contenuto della rendicontazione – con una spiccata attenzione verso i fattori climatici e ambientali –, unitamente con la previsione di un termine per l'introduzione di principi comuni relativi alla modalità di presentazione delle informazioni di sostenibilità, comporterà significativi miglioramenti sulla resa qualitativa delle stesse. Conseguentemente, da una parte, gli investitori e gli stakeholders potranno avere accesso a rendicontazioni comparabili e dal contenuto uniforme, poiché redatte sulla base di standard comuni; dall'altra parte, le imprese soggette agli obblighi informativi saranno agevolate nella presentazione delle rendicontazioni, dovendo attenersi a modelli obbligatori e in linea con gli altri strumenti internazionali in materia, con evidenti benefici in termini di costi da sopportare e di parità di condizioni di mercato.

Infine, l'introduzione dell'obbligo di attestazione di conformità delle rendicontazioni di sostenibilità garantirà alle stesse un alto grado di affidabilità, dato dall'imparzialità dei professionisti coinvolti, che gradualmente potrebbe divenire corrispondente a quello delle informazioni finanziarie e di gestione delle imprese.

Alla luce di tali elementi, ci sembra che le novità introdotte dalla Di-

rettiva risultino certamente idonee a superare le criticità della disciplina del 2014 e a contribuire alla realizzazione degli obiettivi dell'Unione con riferimento alla transizione verso un'economia moderna, sostenibile e competitiva, attraverso il coinvolgimento di larga parte degli attori privati. In questo senso, con l'adozione della Direttiva, il percorso politico e legislativo in materia di informazioni non finanziarie ha raggiunto esiti senz'altro positivi, in termini di efficacia e organicità, che rendono l'Unione un polo di eccellenza globale per la *CSR*, conseguendo in tale ambito un risultato alla cui realizzazione l'azione europea era tesa sin dal principio.

IL “CODICE DI CONDOTTA DELLE ONG” ITALIANO
ALLA PROVA DEL DIRITTO DELL’UNIONE EUROPEA
E DEL DIRITTO INTERNAZIONALE

Erika Colombo*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’obbligo di salvataggio in mare nel diritto internazionale. – 3. La sorte dei richiedenti asilo. – 4. I profili di criticità del d.l. n. 1/2023. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

Il 2 gennaio 2023, il Governo italiano ha adottato il decreto-legge n. 1/2023 – ribattezzato dai mass media “codice di condotta delle ONG” –, con il quale ha inteso regolamentare l’attività di soccorso in mare delle navi impegnate in operazioni di ricerca e soccorso in mare (*search and rescue operations*, di seguito “operazioni SAR”). La novella ha introdotto alcune modifiche all’art. 1 del d.l. n. 130/2020, che legittima l’adozione di misure di interdizione all’ingresso o alla sosta nelle acque territoriali delle suddette navi. Proprio tale disposizione aveva peraltro consentito al Ministro dell’Interno (in accordo con il Ministro della Difesa e quello delle Infrastrutture, sentito il Presidente del consiglio) di adottare, qualche mese prima, i decreti del 4 e 6 novembre 2022, che avevano previsto un divieto di ingresso e sosta per due navi impegnate in operazioni SAR. In particolare, tali decreti – il primo indirizzato alla nave *Humanity 1*, della ONG *Sos Humanity*, battente bandiera tedesca, mentre il secondo rivolto alla nave *Geo Barents di Medici Senza Frontiere*, battente bandiera norvegese – avevano disposto il divieto per suddette navi di “sostare nelle acque territoriali nazionali oltre il tempo necessario ad assicurare le operazioni di soccorso delle persone che versino in condizioni emergenziali e in precarie condizioni di salute segnalate dalle competenti Autorità nazionali”. I decreti interministeriali, in sostanza, avevano autorizzato quello che è stato definito uno “sbarco selettivo”: solamente ai soggetti vulnerabili o in stato di salute precario veniva riconosciuto il diritto di sbarco, mentre tutti colo-

* Dottoranda di ricerca in diritto dell’Unione europea – Università degli Studi di Milano “La Statale” – 12 febbraio 2023.

ro che non si trovavano in simili condizioni potevano accedere esclusivamente “[al]l’assistenza necessaria per l’uscita dalle acque territoriali”.

Queste prime misure che hanno inaugurato la politica di gestione dell’immigrazione del nuovo Governo italiano stanno facendo molto discutere i commentatori (C. FAVILLI, *La stagione dei porti semichiusi: ammissione selettiva, respingimenti collettivi e responsabilità dello Stato di bandiera*, in *Questione giustizia*, 8 novembre 2022; F. R. PARTIPILO, *La chiusura dei porti alle navi umanitarie nel diritto internazionale: diritti ed obblighi di Stati e capitani*, in *Sistema Penale*, 9 novembre 2022), sia sotto un profilo di stretta legittimità giuridica delle misure adottate, sia sotto un profilo di opportunità politica delle stesse (si pensi alla tensione diplomatica generatasi con la Francia a seguito dell’adozione dei decreti interministeriali di inizio novembre 2022; sul punto si veda L. SCAZZIERI, *Europe’s migration problems are back*, Centre for European Reform Insight, 24 November 2022).

Ci si propone, pertanto, di focalizzare l’attenzione sul d.l. n. 1/2023, al fine di evidenziarne i profili di criticità in una prospettiva di compatibilità con il diritto internazionale e, più nello specifico, con la normativa europea in materia di tutela del diritto d’asilo.

2. *L’obbligo di salvataggio in mare nel diritto internazionale*

Per valutare la legittimità della novella da ultimo introdotta dal Governo italiano, occorre innanzitutto richiamare il regime giuridico internazionale relativo alla regolamentazione delle attività di salvataggio di persone in mare.

La normativa di riferimento si rinviene, innanzitutto, nel diritto internazionale pattizio. Sono numerosi, infatti, i trattati che codificano un specifico obbligo per gli Stati firmatari di salvare persone in mare: la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (United Nations Convention on the Law of the Sea, “UNCLOS”), la Convenzione per la salvaguardia della vita in mare (International Convention for the Safety Of Life At Sea, “SOLAS”) e la Convenzione internazionale sulla ricerca e il soccorso (International Convention on Maritime Search and Rescue, “SAR”; cfr. I. PAPANICOLOPULU, *Le operazioni di search and rescue: problemi e lacune del diritto internazionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, vol. 2, 2019, pp. 507-520). Inoltre, l’obbligo di salvare le persone in pericolo in mare costituisce una norma di diritto consuetudinario (cfr. I. PAPANICOLOPULU, *The Historical Origins of the Duty to Save Life at Sea in International Law*, in *Journal of the History of International Law*, vol. 24, 2022, pp. 149–188),

considerata quindi fonte di diritto vincolante anche all'interno del sistema ordinamentale europeo (sentenza della Corte del 16 giugno 1998, causa C-162/96, *Racke*).

Si tratta di un obbligo dotato di natura generale e universale, in quanto: a) vincola tutti gli Stati, sia in tempo di pace, che in tempo di guerra (cfr. I. PAPANICOLOPULU, *The Duty to Rescue at Sea, in Peacetime and in War: A General Overview*, in *International review of the Red Cross*, vol. 98, 2016, pp. 491–514); b) si applica a tutte le navi, sia pubbliche, che private; c) è vigente in tutte le zone marine; d) riguarda qualsiasi persona che si trovi in situazione di pericolo in mare.

L'obbligo di salvare le persone in mare consta inoltre di due componenti: *i*) l'obbligo di prestare soccorso; *ii*) l'obbligo di predisporre un sistema di ricerca e soccorso.

Quanto al primo aspetto, gli Stati di bandiera hanno l'obbligo di imporre ai comandanti delle loro navi di prestare soccorso a qualsiasi persona che venga trovata in mare in condizioni di pericolo, di procedere quanto più velocemente è possibile al soccorso delle persone in pericolo e di prestare soccorso alle persone a bordo di un'altra nave in caso di collisione (art. 98, par. 1, UNCLOS). E ciò in virtù del principio in forza del quale ogni Stato esercita una giurisdizione esclusiva sulle navi battenti la propria bandiera che si trovano in alto mare (art. 91 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare). L'unica ipotesi di deroga a tale obbligo riguarda il caso in cui il soccorso generi un pericolo grave per la nave soccorritrice, il suo equipaggio o i suoi passeggeri.

Quanto al secondo aspetto, invece, gli Stati costieri sono tenuti a promuovere la costituzione e il funzionamento permanente di un servizio adeguato ed efficace di ricerca e soccorso per tutelare la sicurezza marittima (e aerea) e, se necessario, collaborare con gli Stati adiacenti tramite accordi regionali (art. 98, par. 2, Conv UNCLOS).

Tutti gli obblighi concernenti le operazioni di *search and rescue* vengono poi meglio definiti dalla Convenzione SAR, la quale si occupa, *in primis*, proprio di dare una definizione ai concetti di "ricerca" e "soccorso".

Il primo indica un'operazione, normalmente gestita da un centro di coordinamento dei soccorsi (Rescue Coordination Centre, "RCC"), che utilizza il personale e le strutture disponibili per localizzare persone in difficoltà (cfr. par. 1.3.1. dell'Allegato alla Convenzione SAR). Essa, dunque, deve essere preferibilmente gestita dagli Stati, tramite gli RCC; tuttavia, l'utilizzo dell'avverbio "normalmente", non esclude che tali operazioni possano essere coordinati anche da attori privati.

Il “soccorso”, invece, viene definito come un’operazione volta a recuperare persone in difficoltà, provvedere alle loro prime necessità mediche o di altro tipo e portarle in un luogo sicuro (cfr. par. 1.3.2). Si tratta, come già illustrato, di un obbligo vincolante per il comandante di qualsiasi nave, pubblica o privata.

Inoltre, la Convenzione richiamata definisce le cosiddette “zone SAR” (*search and rescue regions*), ossia aree marittime convenzionalmente o unilateralmente individuate dagli Stati firmatari della Convenzione “[t]o help ensure the provision of adequate shore-based communication infrastructure, efficient distress alert routing, and proper operational co-ordination to effectively support search and rescue services” (par. 2.1.3). Esse, dunque, si distinguono dalle zone marine previste dalla UNCLOS – acque interne, mare territoriale, zona contigua, zona economica esclusiva e piattaforma continentale –, poiché, a differenza di queste ultime, non costituiscono aree di mare sulle quali lo Stato costiero esercita i propri poteri sovrani. La loro delimitazione comporta per lo Stato che ne sia titolare esclusivamente obblighi e responsabilità, legate alla ricezione delle richieste di soccorso e, conseguentemente, al coordinamento delle operazioni di soccorso per assicurare lo sbarco delle persone salvate in un porto sicuro (cfr. par. 3.1.9).

Proprio per quanto riguarda l’obbligo, facente capo ai comandanti delle navi che hanno prestato soccorso in mare, di condurre le persone salvate in un luogo sicuro, occorre fare alcune precisazioni.

Innanzitutto, una risoluzione dell’Organizzazione marittima internazionale (International Maritime Organization, “IMO”) definisce “*place of safety*”, un luogo in cui: a) si considera che le operazioni di soccorso siano terminate; b) la sicurezza della vita delle persone soccorse in mare non è più in pericolo; c) possono essere soddisfatte le esigenze umane minime di queste persone; d) è possibile organizzare il trasporto verso la destinazione successiva o finale dei sopravvissuti (cfr. IMO, Resolution *MSC.167(78): Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea* (Rescue Guidelines), 20 May 2004, par. 6.12). Di conseguenza, una nave che presta assistenza in mare – a bordo della quale le persone salvate fuoriescono dalla situazione di immediato pericolo in cui si trovavano in precedenza – può fungere esclusivamente da “*place of safety*” temporaneo, essendo poi necessario trovare una soluzione alternativa il prima possibile (cfr. par. 6.13).

A tal fine, gli Stati firmatari della Convenzione sono tenuti a coordinarsi e cooperare per consentire ai comandanti delle navi che hanno prestato soccorso in mare ad effettuare lo sbarco delle persone salvate “with minimum further deviation from the ships’ intended voyage” (cfr. par. 3.1.9 Conv. SAR e Cap. V, Regola 33, par. 1-1 Conv. SOLAS).

Non esiste, tuttavia, una norma, pattizia o consuetudinaria, che consenta di individuare con certezza il luogo in cui le persone soccorse dovranno essere sbarcate. Secondo la risoluzione dell’IMO già citata, dovrebbe essere lo Stato responsabile della zona SAR in cui è avvenuto il salvataggio ad avere *in primis* l’obbligo di fornire un luogo sicuro di sbarco, ma si tratta pur sempre di una previsione non vincolante.

In ogni caso, certo è che, nel rispetto dei principi fondamentali del diritto internazionale dei rifugiati e dei diritti umani, primo tra tutti il diritto al non respingimento, lo sbarco non potrà mai avvenire: a) in un luogo in cui le persone salvate potrebbero essere a rischio di persecuzione, tortura o trattamento disumano o degradante, o privazione arbitraria della vita; b) in un luogo in cui le stesse potrebbero rischiare di essere allontanate verso una destinazione in cui corrano tali rischi; c) trasferiti sotto il controllo di un altro Stato che potrebbe non proteggerli da tali rischi (UNHCR, *Legal considerations on the roles and responsibilities of States in relation to rescue at sea, non-refoulement, and access to asylum*, 2022, par. 3.2).

3. *La sorte dei richiedenti asilo*

Orbene, è necessario a questo punto esaminare l’interazione dalle norme di diritto internazionale pattizio sopra analizzate con la situazione individuale di coloro che esprimono un bisogno di protezione internazionale.

In questa prospettiva, occorre considerare che le Convenzioni SOLAS e UNCLOS non erano state originariamente pensate nell’ottica di far fronte al fenomeno dell’arrivo via mare di rifugiati e migranti, “in cerca di lavoro, di migliori condizioni di vita, di opportunità di istruzione o in cerca di protezione internazionale dalla persecuzione o da altre forme di minaccia alla propria vita, libertà o sicurezza, spesso mettendo il proprio destino nelle mani di trafficanti criminali senza scrupoli” (UNHCR e IOM, *Soccorso in mare. Guida a principi e pratiche da applicarsi a migranti e rifugiati*, p. 2). Dunque, l’elevato numero di persone salvate dalle navi impegnate in operazioni SAR ha molto influenzato il coordinamento dell’obbligo di soccorso in mare con gli obblighi di tutela del diritto d’asilo e ha reso necessari alcuni emendamenti alle due convenzioni, volti espressamente ad imporre in capo agli Stati quegli obblighi di cooperazione nelle situazioni di soccorso, per sollevare i comandanti delle navi dalla responsabilità di prendersi cura dei sopravvissuti e di consentire agli stessi di essere prontamente trasferiti in un luogo sicuro (UNHCR e IOM, *cit.*, p. 2; v. anche par. 2).

Tanto premesso, occorre tenere presente che la libertà di lasciare qualsiasi Paese, così come il diritto ad avere accesso alla procedura di asilo da parte delle persone soccorse non possono mai essere frustrati dalle modalità di sbarco, anche quando sussistano accordi interstatuali che prevedono il trasferimento, da uno Stato ad un altro, delle persone asseritamente bisognose di protezione internazionale (UNHCR, *cit.*, par. 3.4).

Inoltre, l'UNHCR chiarisce che la primaria responsabilità per gli obblighi verso i richiedenti asilo ricade sullo Stato che esercita la giurisdizione territoriale o il controllo effettivo sui soggetti interessati, salva comunque la necessaria cooperazione di tutti gli Stati coinvolti per il raggiungimento di soluzioni per le persone soccorse (par. 4).

Le procedure di asilo dovrebbero svolgersi preferibilmente a terra (par. 4.1): infatti, UNHCR considera non appropriato lo svolgimento di tali procedure a bordo delle navi in mare, dal momento che i comandanti non sono generalmente competenti ad esaminare le domande di protezione internazionale (par. 4.4). Si potrebbe eccezionalmente ammettere lo svolgimento delle procedure di asilo a bordo delle navi solamente qualora vengano assicurate modalità di accoglienza (anche per le persone vulnerabili), processi di valutazione dell'ammissibilità delle domande e garanzie procedurali in linea con gli standard internazionali. Quanto alla competenza ad esaminare le domande di asilo, essa dovrebbe ricadere sullo Stato in cui avviene lo sbarco, ovvero in quello altrimenti individuato come competente.

In particolare, trattandosi di Stati membri dell'Unione europea, la competenza ad esaminare suddette domande deve essere individuata secondo i criteri dettati dal regolamento Dublino. In via prioritaria, dunque, dovrà essere verificata la sussistenza di legami peculiari con determinati Stati membri (ossia la sussistenza di legami familiari con soggetti residenti in uno degli Stati membri, ovvero il rilascio da parte di uno di questi ultimi di un visto di ingresso), e, solo in via residuale, andrà applicato il criterio dello stato di primo ingresso (ossia, nel caso di soggetti soccorsi in mare, lo Stato di sbarco; cfr. C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione Europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 701 ss.).

4. *I profili di criticità del d.l. n. 1/2023*

Venendo quindi alla normativa nazionale, come già anticipato, l'art. 1,

co. 2, del d.l. n. 130/2020 attribuisce al Ministro dell'Interno, di concerto con i Ministri della difesa e delle infrastrutture e dei trasporti, il potere di limitare o vietare il transito e la sosta di navi nel mare territoriale “per motivi di ordine e sicurezza pubblica”, ovvero nel caso di attività in “violazione delle leggi di immigrazione vigenti” (cfr. art. 19, co. 2, lett. g) della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare). Tale divieto di transito e di sosta, in ogni caso, non può trovare applicazione nell'ipotesi di operazioni di soccorso immediatamente comunicate al centro di coordinamento competente per il soccorso marittimo e allo Stato di bandiera, ed effettuate nel rispetto delle indicazioni della competente autorità per la ricerca e il soccorso in mare. Anche l'Italia, infatti, è vincolata all'obbligo di soccorso in mare delineato dalle disposizioni internazionali sopra richiamate, nonché ribadito dagli artt. 489 e 490 del Codice della navigazione.

Tuttavia, è rispetto a questa disposizione che si colloca la novità legislativa introdotta con il d.l. n. 1/2023. Il decreto, in particolare, ha previsto ulteriori specifiche condizioni che consentono a tale eccezione di operare. In particolare, il comma 2-*bis* della norma entrata in vigore il 3 gennaio del 2023 richiede espressamente che:

a) la nave che effettua in via sistematica attività di ricerca e soccorso in mare operi in conformità ad autorizzazioni o abilitazioni rilasciate dalle competenti autorità dello Stato di bandiera e sia in possesso dei requisiti di idoneità tecnico-nautica alla sicurezza della navigazione;

b) siano state avviate tempestivamente iniziative volte a informare le persone prese a bordo della possibilità di richiedere la protezione internazionale e, in caso di interesse, a raccogliere i dati rilevanti da mettere a disposizione delle autorità;

c) sia stata richiesta, nell'immediatezza dell'evento, l'assegnazione del porto di sbarco;

d) il porto di sbarco assegnato dalle competenti autorità venga raggiunto senza ritardo per il completamento dell'intervento di soccorso;

e) siano fornite le informazioni necessarie a ricostruire l'operazione di soccorso posta in essere;

f) le modalità di ricerca e soccorso in mare da parte della nave non abbiano concorso a creare situazioni di pericolo a bordo, né impedito di raggiungere tempestivamente il porto di sbarco.

Orbene, occorre sin d'ora evidenziare come solamente alcune di queste condizioni costituiscono novità a livello normativo rispetto agli adempimenti richiesti alle navi a seguito di un salvataggio in mare, mentre altre si limitano a ribadire quanto già desumibile da altre disposizioni in materia.

Ad esempio, era già richiesto alle imbarcazioni di possedere tutte le autorizzazioni alla navigazione, richieste e rilasciate dagli Stati di bandiera (lett. a), così come era già previsto che, una volta effettuato il salvataggio, le navi richiedessero agli RRC l'indicazione di un porto sicuro ove far sbarcare le persone soccorse (lett. c), comunicando informazioni precise circa lo svolgimento delle operazioni di soccorso (lett. e).

Con riferimento a ciò, tuttavia, alcune preoccupazioni riguardano la recente prassi degli RRC italiani di assegnare porti di sbarco molto lontani rispetto all'area in cui è avvenuto il soccorso. Come evidenziato dai primi commenti al D.L. n. 1/2023 (cfr. ASGI, *Contro la Costituzione, le ONG e i diritti umani: l'insostenibile fragilità del decreto legge n.1/2023*, 5 gennaio 2023), tale pratica rischia: a) di violare l'obbligo, imposto agli Stati dalle Convenzioni SAR (par. 3.1.9) e SOLAS (Cap. V, Regola 33, par. 1-1), di cooperare affinché i comandanti delle navi che hanno prestato soccorso in mare siano liberati dal loro impegno con minima deviazione possibile dalla rotta originariamente prevista; b) di protrarre nel tempo il raggiungimento di un "porto sicuro" per le persone salvate, non consentendo il corretto adempimento dell'obbligo di soccorso in mare.

Inedita, invece, è la previsione della possibilità di consentire alle persone salvate in mare di presentare domanda di protezione internazionale direttamente a bordo delle navi. Secondo alcuni Stati costieri (tra cui, appunto, l'Italia; cfr. Dichiarazione congiunta sui flussi migratori dei ministri competenti di Italia, Malta, Cipro e Grecia), infatti, dato il principio della sovranità territoriale dello Stato di bandiera, già richiamato, la competenza ad esaminare le domande di asilo dei naufraghi salvati nelle acque internazionali dovrebbe spettare agli stessi Stati di bandiera delle navi soccorritrici. Le persone salvate in acque internazionali dovrebbero avere la possibilità di presentare domanda di asilo a bordo delle navi che attuano il soccorso e, di conseguenza, la responsabilità per l'accoglimento o il respingimento della domanda di protezione internazionale dovrebbe radicarsi in capo agli Stati di bandiera delle navi stesse. In questo modo, qualora l'Italia dovesse concedere lo sbarco a naufraghi che abbiano già presentato domanda di asilo a bordo di una nave, il Governo italiano sarebbe poi legittimato ad attivare i meccanismi di trasferimento disciplinati dal Regolamento Dublino III, sulla base del criterio dello Stato di primo ingresso sancito all'art. 13 (cfr. C. FAVILLI, *La stagione dei porti semichiusi: ammissione selettiva, respingimenti collettivi e responsabilità dello Stato di bandiera*, in *Questione Giustizia*, 8 novembre 2022).

Una simile prospettiva, tuttavia, presenta almeno due criticità, che fanno dubitare della sua compatibilità con il diritto UE.

Innanzitutto, la previsione per cui la competenza all’esame delle domande di protezione internazionale potrebbe radicarsi sulla base della bandiera della nave che effettua il salvataggio in mare, finirebbe per introdurre un nuovo criterio la determinazione dello Stato membro competente, non previsto dal regolamento Dublino III. E ciò, come ovvio, porterebbe ad una violazione di un regolamento europeo, che, come tale, ha diretta applicabilità ed è obbligatorio in tutti i suoi elementi. Non potrebbe infatti considerarsi applicabile il criterio di cui all’art. 13 del suddetto regolamento, relativo ingresso irregolare nel territorio di uno Stato membro, inteso come il superamento illegale di una sua frontiera terrestre, marittima o aerea di uno Stato (C. HRUSCHKA, F. MAIANI, *Dublin III Regulation (EU) No. 604/2013, Article 13 MN 2*, in D. THYM, K. HAILBRONNER (eds.), *EU Immigration and Asylum Law. Article-by-article Commentary*, III ed., Oxford, 2022, p. 1680)

In secondo luogo, la normativa europea affida agli Stati membri la facoltà di designare discrezionalmente l’autorità competente per l’esame di suddette domande, richiedendo esclusivamente che quest’ultima sia dotata “di mezzi appropriati, in particolare di personale competente in numero sufficiente, per assolvere ai suoi compiti” (art. 4, par. 1, direttiva 2013/32/UE). Ad esempio, ai sensi dell’art. 3, d.lgs. n. 25/2008, l’Italia ha attribuito: a) alla polizia di frontiera e alla questura, il compito di ricevere le domande di asilo; b) alla cosiddetta Unità Dublino, il compito di determinare lo Stato competente all’esame di suddette domande, in applicazione del regolamento (UE) n. 604/2013; c) alle Commissioni territoriali, il compito di procedere a suddetto esame, nel caso in cui sia stata accertata la competenza dell’Italia. Dunque, sarebbe quanto meno necessario che lo Stato di bandiera abbia designato il comandante della nave come autorità competente, per poter ammettere la possibilità che riceva e/o esamini le domande di asilo eventualmente presentate dalle persone soccorse. In ogni caso, la Corte europea dei diritti dell’uomo, nella sentenza *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, è stata chiara nell’affermare che “il personale a bordo delle navi militari non [ha] la formazione necessaria per condurre colloqui individuali e non era assistito da interpreti e consulenti giuridici” (par. 186); a maggior ragione, dunque, dovrebbe dubitarsi che il personale a bordo di navi private sia adeguatamente formato per svolgere l’esame delle domande di asilo nel rispetto degli standard imposti dalla normativa europea.

Da ultimo, criticità si rinvengono nell’obbligo imposto alle navi di raggiungere “senza ritardo” il porto sicuro loro assegnato (lett. d): esso, infatti, letto in combinato disposto con la previsione per cui le operazioni di

salvataggio non devono impedire di raggiungere “tempestivamente” il suddetto porto di sbarco (lett. f), permette di desumere l'intento del legislatore di escludere che una nave che abbia già soccorso delle persone in mare possa soccorrerne altre, ovvero possa procedere al trasbordo delle persone soccorse su un'altra nave umanitaria. Come è stato evidenziato dai commentatori (cfr. ASGI, *cit.*), siffatti criteri rischiano così di integrare una violazione *de facto* dell'obbligo di salvataggio in mare. I comandanti delle navi, come noto (v. *supra*, par. 2), hanno un obbligo di prestare soccorso a tutti coloro che si trovino in pericolo in mare. Tale obbligo è dotato di natura assoluta, ammette un'unica eccezione (ossia il caso in cui il salvataggio possa mettere a rischio l'equipaggio a bordo della nave) e non consente ulteriori limitazioni. Pertanto, non sarebbe legittimo l'implicito divieto di soccorsi plurimi implicato dal contenuto delle lett. d) e f).

5. *Considerazioni conclusive*

La misura adottata dal Governo italiano presenta dunque numerosi profili di criticità, tanto dal punto di vista della sua compatibilità con le disposizioni di diritto internazionale che governano l'obbligo di soccorso in mare (v., in proposito, la lettera della Commissaria per i diritti umani del Consiglio d'Europa), quanto dal punto di vista del rispetto delle disposizioni di diritto europeo in materia di riconoscimento del diritto di asilo. Oltre al tentativo di introdurre una sorta di “nuovo criterio” per individuare la competenza ad esaminare le domande di protezione internazionale, chiaramente in contrasto con il regime fissato dal regolamento Dublino III, il d.l. n. 1/2023 sembra ignorare gli obblighi che il diritto UE impone in capo agli Stati membri – Italia compresa – nei confronti dei richiedenti asilo. Prospettare la possibilità che il “territorio” di una nave possa consentire lo svolgimento di tutte le funzioni relative all'accertamento del diritto al riconoscimento della protezione internazionale, potrebbe rappresentare il primo passo verso una nuova forma di esternalizzazione delle procedure di asilo: questa volta, non più alle frontiere o nelle zone di transito, ma, addirittura, nel mezzo delle acque internazionali. Ed è chiaro che una simile misura non risulterebbe adeguata ad assicurare il rispetto di tutte le garanzie che la normativa europea (cfr. in particolare, gli artt. 12 e 15 della direttiva procedure) chiede di assicurare ai richiedenti asilo.

Il decreto-legge italiano, però, rappresenta anche l'ennesima dimostrazione dell'inadeguatezza del meccanismo che regola il riparto di responsa-

bilità nella gestione del fenomeno migratorio tra gli Stati membri dell’Unione. Un’inadeguatezza che, per quanto ormai evidente, non può tuttavia sfociare nell’adozione di misure nazionali come il d.l. n. 1/2023. La soluzione ad un problema comune non può che transitare attraverso l’elaborazione di un approccio condiviso, ispirato ad una maggiore cooperazione tra gli Stati membri, in un’ottica, per usare le parole del trattato, “di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità” (art. 80 TFUE). Certamente, si tratterà poi di valutare in che termini realizzare siffatta solidarietà (v., ad esempio, l’approccio promosso dal Partito Popolare Europeo nel *position paper* del 1° febbraio 2022, con cui sono state proposte, tra le altre, misure di rafforzamento delle frontiere esterne, di intensificazione delle operazioni di rimpatrio e di esternalizzazione delle procedure di asilo). In ogni caso, l’unica (e legittima) via percorribile dall’Italia è quella di farsi promotrice dell’elaborazione di norme comuni, adeguate a far fronte alle esigenze nazionali, ma che, allo stesso tempo, consentano di salvaguardare gli interessi degli altri soggetti coinvolti, primi fra tutti i richiedenti asilo.

ENERGY AND ENVIRONMENTAL STATE AID:
THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION
INTERPRETS EXTENSIVELY THE NOTION
OF “INCENTIVE EFFECT” IN THE CASE *VEEJAAM AND ESPO*,
C-470/20, OF 15 DECEMBER 2022

Giuseppe Emanuele Corsaro*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The incentive effect in Environmental and Energy Aid Guidelines (EEAG). – 3. The connection between the “start of works” and the “incentive effect”. – 4. State aid and mandatory environmental standard. – 5. On existing aid, new aid, and the regime of unlawful aid compatible with internal market. – 6. Concluding remarks.

1. *Introduction*

With the ruling in the case *Veejaam and Espo*, C-470/20, issued on December 15th, the European Court of Justice provided interpretive clarifications on the notion of the “incentive effect” in the context of the compatibility assessment of environmental State aid, in accordance with the 2014 Guidelines on State Aid for Environmental Protection and Energy (EEAG). The 2014 Guidelines require State aid for environmental and energy purposes to have an “incentive effect” for internal market compatibility. This implies that the aid should encourage beneficiaries to change their behaviour and improve environmental protection, instead of only reimbursing them for regular business expenses.

The judgment is noteworthy because the Court, balancing competition rules with environmental objectives, has provided a significantly broad interpretation of the concept of the “incentive effect”. This interpretation may appear to diverge from the 2014 Guidelines; nevertheless, the Court has affirmed its consistency with the EU law.

Veejaam and Espo, two electricity producers in Estonia, were deemed ineligible for State aid by the competent Estonian authority, Elering, despite replacing their generating units with new turbine generators accord-

* Post-doc in International Law and European Union Law – University of Catania, Law Department – 28 March 2023.

ing to the Estonian Law on the electricity market (ELTS). Indeed, the generators could be eligible for subsidies under the ELTS, which provided a renewable energy support scheme that was declared compatible with the internal market by the Commission in its 2014 (SA.36023) and 2017 (SA.47354) decisions. However, Elering refused to grant aid to the companies as the scheme was meant to “to promote the entry onto the market of new operators, and not to support electricity producers on a permanent basis” (C-470/20, paragraph 8).

The case was brought before the Supreme Court of Estonia, which expressed doubts regarding the compatibility of the authorised State aid scheme with the EEAG, and referred five questions for a preliminary ruling to the Court of Justice.

The first two questions concern the notion of the “incentive effect” required under paragraphs 49-52 of the 2014 Guidelines, which expressly state that “aid does not present an “incentive effect” for the beneficiary in all cases where work on the project had already started prior to the aid application by the beneficiary to the national authorities”. The remaining questions regard, on the one hand, the distinction between existing aid and new aid, and, on the other, the regime of unnotified aid deemed compatible by the Commission.

2. *The incentive effect in Environmental and Energy Aid Guidelines (EEAG)*

Before analysing the judgement, this section will first elucidate the issue of the compatibility assessment of environmental aid with the internal market.

In general terms, State aid regulation has been influenced by soft law instruments such as guidelines, frameworks, notices, explanatory notes, communications, and opinions (M. CINI, *The Soft Law Approach: Commission Rule-making in the EU's State Aid Regime*, in *Journal of European Public Policy*, 2001, pp. 192-207). Although these documents are considered non-binding, many of them form the basis for decision-making by the European Commission when evaluating the compatibility of national measures with the internal market. Consequently, Member States must take into account these instruments when designing national measures to avoid “negative decisions” and orders to recover illegal State aid. This trend is especially evident in the strategic policy area of environmental protection, which has been regulated through Commission guidelines since 1994.

The aim of State aid control regarding environmental protection and energy is to guarantee that State aid measures produce a higher level of environmental protection than what would have been achieved without the aid, and that the aid's positive effects outweigh any negative impacts on competition. According to the 2014 Guidelines, State aid for environmental and energy purposes must have an "incentive effect" to be compatible with the internal market. This "incentive effect" means that the aid should motivate the beneficiaries to modify their behaviour in order to enhance environmental protection, rather than simply compensating them for regular business expenses, even if their business decisions already have positive environmental impacts. This includes costs related to complying with mandatory environmental protection legislation.

By implementing environmental protection standards and requirements in the compliance assessment procedure, even for non-environmental aid, the "incentive effect" can be used as a crucial tool to identify projects that are genuinely likely to bring about a higher level of environmental benefits, and are therefore classified as authentic environmental aid. Only State aids capable of achieving a degree of environmental protection consistent with the high standards fixed by environmental objectives (currently part of the European Green Deal) are considered compatible with the internal market (S. VERSCHUUR, C. SBROLLI, *The European Green Deal and State Aid: the Guidelines on State Aid for Environmental Protection and Energy Towards the Future*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2020, pp. 287-289). For individually notified aid, the EEAG require Member States to provide clear evidence of the aid's effective impact on investment decisions and a detailed description of the aided project and its profitability without the aid.

In relation to mandatory environmental protection requirements, the "incentive effect" plays a pivotal role for companies planning to exceed current environmental standards. Pursuant to the EEAG, such companies are eligible for aid in connection with investments that exceed EU standards, that facilitate early implementation of EU standards, or that comply with a national standard surpassing EU standards.

The EEAG also cover cases where a company adapts to future EU standards that have been adopted but are not yet in force. In such cases, aid can still be granted if the investment is implemented and finalized at least one year before the standard enters into force, as this is considered to have an "incentive effect". The rationale behind the "incentive effect" is to encourage companies to engage in additional activities that they would not

have carried out otherwise or to a lesser extent. Compliance with future environmental standards ahead of time has a positive impact on the environment, which is why such investments are eligible for aid.

The EEAG consider supporting investments going beyond the applicable EU standards to be a positive contribution to the relevant environmental or energy objective, regardless of the existence of more stringent mandatory national standards. In these cases, the Commission will assess whether the aid recipient would have faced significant cost increases that they could not have absorbed. This is based on the basic idea that businesses should typically bear the costs of complying with environmental regulations, but Member States have some leeway to provide compensation to affected businesses when they impose ambitious environmental standards that exceed EU requirements.

3. *The connection between the “start of works” and the “incentive effect”*

The ruling of the Court of Justice in the case *Veejaam and Espo* should be read in light of the aforementioned backdrop.

The Estonian Supreme Court’s first question queried whether an aid scheme that enables energy producers to apply for subsidies after commencing works on a project is compatible with the internal market, under the EU legal framework on State aid, including the EEAG.

Both the referring court and the ECJ recognised that “according to paragraph 50 of those Guidelines, the Commission considers that aid does not present an “incentive effect” for the beneficiary in all cases where work on the project concerned had already started prior to the submission of the aid application by the beneficiary to the national authorities” (C-470/20, paragraph 28). Nonetheless, the ECJ went beyond the potential conflict between the authorised aid scheme and the EEAG, by affirming that Commission soft law instruments are not binding for Member States.

The Court quoted the well-known case *Kotnik* - C-526/14 (A. ANTONUCCI, *Gli “aiuti di Stato” al settore bancario: le regole d’azione della regia della Commissione*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2018, pp. 593-597; G. LO SCHIAVO, *Burden Sharing Arrangements vs. Shareholders and Creditors: Kotnik, Dowling and the Current State Aid Policy in the Banking Sector*, in *European Business Organization Law Review*, 2018, pp. 588-591) to emphasize that the EEAG are binding on the Commission, which limits its discretion when Member States notify aids that meet the requirements

provided in the Guidelines. However, Member States have the right to notify aids that do not meet these criteria and the Commission shall assess the compatibility of this measure in exceptional circumstances. Indeed, the Court concurred with the Opinion of AG Rantos that the “incentive effect” requirement can be satisfied even if the aid application is submitted after work has commenced.

It is noteworthy that soft law instruments in State aid law have several positive effects on Member States. The guidelines offer certainty and ensure that by meeting the specific requirements State aid is compatible with the internal market. Otherwise, in the ordinary compatibility assessment, the Member State shall demonstrate that State aid “promote the execution of an important project of common European interest”.

The Commission, which has full discretion in the assessment under Article 108(3), stated that “anyone who has started work on a project is clearly prepared to implement the project even if no aid is granted” (C-470/20, Summary of the request for a preliminary ruling pursuant to Article 98(1) of the Rules of Procedure of the Court of Justice, paragraph 19), thus the aid could not have an “incentive effect”.

On the contrary, the Court and the AG Rantos did not provide further clarification on the exceptional circumstances that might justify environmental aid, nor did they elaborate on how the State could demonstrate the “incentive effect” on the beneficiary when the application was submitted after the start of works.

4. *State aid and mandatory environmental standard*

In the reply to the second interpretative question, the ECJ analysed the connection between the “incentive effect” and mandatory environmental standards.

The second question pertained only to Veejaam, which replaced its turbines in 2015 due to changes in environmental approval. As the replacement was mandatory under Estonian law, it raised doubts about the existence of the “incentive effect” and the need for subsidy to adhere to mandatory laws.

The referring court observed that in the absence of the aid, the energy producer would have been forced to stop electricity production. In the same line of reasoning the Estonian Supreme Court recognised that replacing the generating unit was mandatory to obtain the environmental approval

necessary to produce electricity in Estonia. Thus, one may wonder whether the “incentive effect” – that is the enhancement of the environment – is caused by the environmental standard improvement, or by State aid.

The Court stated that State aid that supports investments necessary to obtain environmental approval could have an “incentive effect”. In this context, national judges shall verify the so-called “alternative scenario”, i.e., whether the aid enhances the environment or whether the same environmental situation would exist without the aid.

The argument put forth by the Court of Justice in paragraphs 38-39 is difficult to reconcile with State aid case law and EC’s praxis. It appears that the ECJ stated that if in the “alternative scenario” the electricity producer cannot bear the cost necessary to reach environmental standards, thus without the aid the operator would have to stop its activity, then the State aid would have an “incentive effect”. It is questionable that the mere fact that the enterprise would have stopped the electricity production without the aid implies an environmental “incentive effect”; otherwise, it seems that the Court is overlapping individual advantage with “incentive effect”.

Under this perspective, a producer capable of complying with the more stringent conditions would be ineligible for the aid because, in the “alternative scenario”, it could make the investment without State aid. Conversely, a less efficient producer that lacks the financial resources to meet the environmental standards would be eligible for the aid.

An attempt to reconcile the argument advanced by the ECJ with State aid law could be developed taking into account the reflections put forth in section 2 of this paper.

State aid may have an “incentive effect” where an economic operator made investments in order to comply with environmental standards that exceed EU ones. The “incentive effect” is not contingent on the economic condition of the undertakings, but rather on the degree to which it contributes to enhancing environmental protection in line with EU objectives.

5. *On existing aid, new aid, and the regime of unlawful aid compatible with internal market*

Questions 3 to 5 pertained to a general issue of EU State aid governance. Specifically, the referring court asked whether an existing aid scheme should be considered “new aid” within the meaning of Article 1(c) of Regulation 2015/1589 if the scheme is applied beyond the end date indicated

in the Commission's authorisation decision. The referring court also sought guidance on how to handle State aid applications submitted by companies in connection with unnotified State aid.

The case has some problematic aspects. Indeed, before Estonia's accession to the EU, the national Law on the electricity market provided subsidies for renewable energy, that could be deemed as existing aid according to article 1(b)(i), since it is an aid scheme "which [was] put into effect before, and are still applicable after, the entry into force of the [FEU Treaty] in the respective Member States". Between 2005 and 2007, after Estonian's accession to the EU, that scheme was amended and implemented in breach of the stand-still obligation set out in Article 108(3) TFEU. In 2014, the EC authorised the aid scheme until 31 December 2014, nonetheless, Estonia maintained that scheme in force during 2015 and 2016. Eventually, in 2017 the EC found that "the scheme was compatible with the internal market, including after its period of validity had been extended" (C-470/20, paragraph 47).

It is rather clear in Regulation 2015/1589 that any alteration of an existing aid determines a new aid (case *Azienda Sanitaria Provinciale di Catania v Assessorato della Salute della Regione Siciliana*, C-128/19, 20 May 2021). Nonetheless, the ECJ provided further clarifications, corroborating existing case law, stating that "the period of validity of existing aid is a factor likely to influence the evaluation, by the Commission, of the compatibility of that aid with the internal market" (paragraph 43), "thus, extension of the duration of existing aid must be considered to be an alteration of existing aid and therefore, in accordance with Article 1(c) of Regulation No 2015/1589, constitutes new aid" (paragraph 44).

The Estonian scheme was lawful until 31 December 2014, then it was unlawful between 2015 and 2016, being eventually compatible with the internal market after the 2017 Decision.

The Court held that a national judge is not bound to order recovery of unlawful State aid if that aid has been declared compatible with the internal market by a subsequent decision of the Commission.

However, EU law requires national courts to order measures that are appropriate to remedy the consequences of unlawfulness. Thus, "the national courts are bound, under EU law, to order the aid recipient to pay interest in respect of the period of unlawfulness of that aid".

With respect to the specific case in Estonia, in which the applicant Veejaam made an investment in 2014, during the period when the aid scheme was considered lawful, and requested the subsidy in 2015, during

the period of unlawfulness, the Court interestingly held that Article 108(3) TFEU does not preclude the operator from being eligible for the aid. Indeed, since “it cannot be precluded that an economic operator may benefit from the premature payment of the aid implemented in breach of the obligation to notify laid down in Article 108(3) TFEU, where the Commission adopts a final decision finding that that aid is compatible with the internal market, that provision also does not preclude that operator from obtaining that aid in respect of the period prior to such a Commission decision, as from that point at which the operator applied for the aid”.

6. *Concluding remarks*

The “incentive effect” is a crucial element in State aid for climate, energy, and the environment. It ensures that Member States do not waste money helping inefficient operators but instead use taxpayers’ funds for a European common interest, such as a greener transition.

From the first part of the judgment, it appears that an “incentive effect” could be demonstrated outside the scope of the EEAG in light of the primary rule provided by Article 107(3)(b) TFEU. However, the Court does not explain how Member States can demonstrate that aid “promotes the execution of an important project of common European interest”.

While at first glance, the judgement suggests that subsidies have an “incentive effect” when economic operators cannot bear the cost of environmental standards, it is argued in this paper that a coherent interpretation of State aid law should take into consideration principally the enhancement of environmental protection. Eventually, State aid for investments in environmental standards that exceed EU requirements has an “incentive effect”, irrespective of the financial condition of the beneficiary, even if the standards are mandated by national environmental law.

The preliminary ruling in the case *Veejaam and Espo* has underlined that the promotion of renewable energy development is an objective of common interest under EU law, and may outweigh the potential distortion of competition. The EU State aid plays a pivotal role in achieving the objectives of the European Green Deal through the dialogue between Member States and the European Commission. The future development of case law will contribute to clarifying the appropriate balance between competition and environmental objectives.

LA TUTELA DEL PASSEGGERO PER IL RITARDO DEL VOLO
IN COINCIDENZA: NUOVI SPUNTI DALLA SENTENZA
FLIGHTRIGHT

Emanuela De Falco*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L’evoluzione del regolamento n. 261/2004. – 3. La tutela del passeggero nell’ambito della causa C-436/21. – 4. La decisione della Corte di giustizia. – 5. Considerazioni generali.

1. *Introduzione*

Con sentenza resa il 6 ottobre 2022, nell’ambito della causa C-436/21, *Flightright GmbH c. American Airlines Inc* (in prosieguo: la sentenza *Flightright*), la Corte di giustizia si è pronunciata sulla disciplina prevista a favore degli utenti che subiscono ritardi legati al trasporto aereo, interpretando estensivamente la nozione di “volo con coincidenza” e di “prenotazione unica”.

Il contesto normativo in cui si inserisce questa pronuncia è il regolamento (CE) n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 febbraio 2004 (in prosieguo: il regolamento 261/2004), che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato. In particolare, il regolamento 261/2004 mira a migliorare le norme di protezione già stabilite all’interno del regolamento (CEE) n. 295/1991 “sia per rafforzare i diritti dei passeggeri sia per provvedere affinché, nell’ambito di un mercato liberalizzato, i vettori aerei operino secondo condizioni armonizzate” (considerando 4) con l’obiettivo di “garantire un elevato livello di protezione per i passeggeri” (considerando 1).

A tal fine, il regolamento 261/2004 disciplina quegli eventi che sono causa di “gravi disagi e fastidi” per gli utenti (considerando 2) e lo fa imponendo ai vettori aerei responsabili per l’inadempimento, il versamento ai danneggiati di una compensazione pecuniaria (articolo 7), la rimodulazione del contratto di trasporto aereo (articolo 8) e l’assistenza intesa, ad esem-

* Dottoranda di ricerca in “EU Law and Circular Economy” presso l’Università degli Studi di Padova – Università degli Studi di Napoli “Parthenope” – 12 gennaio 2023.

pio, come vitto e/o alloggio da garantire in relazione alla durata dell'attesa (articolo 9).

Il presente contributo intende esaminare la sentenza *Flightright* alla luce della precedente giurisprudenza relativa al regolamento 261/2004. In particolare, si vedrà, da un lato, in che modo la Corte di giustizia ha colto l'occasione per ampliare nuovamente e in modo significativo le garanzie in capo al passeggero consumatore e, dall'altro, in che misura essa ha esteso la responsabilità risarcitoria.

2. *L'evoluzione del regolamento n. 261/2004*

Ai fini della trattazione, è bene ricordare che la Corte di giustizia si è pronunciata più volte sul regolamento 261/2004, attraverso interventi volti a rendere uniforme l'interpretazione delle sue disposizioni e a correggere le eventuali disparità, contribuendo ad una più ampia ed efficace tutela del passeggero. Questa attività della Corte di giustizia è stata codificata negli *Orientamenti interpretativi relativi al reg. (CE) n. 261/2004* del 15 giugno 2016, adottati dalla Commissione europea al fine di migliorare l'applicazione di tale regolamento. Questi orientamenti si inseriscono nel solco della proposta di riforma del regolamento n. 261/2004 avanzata dalla stessa Commissione, però essi non intendono integrarla né sostituirla; piuttosto, tali orientamenti “mirano a chiarire” una serie di disposizioni contenute nel regolamento 261/2004, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia.

Ad esempio, attraverso la sentenza *Sturgeon* (sentenza della Corte del 19 novembre 2009, cause riunite C-402/07 e C-432/07, *Sturgeon*), la Corte di giustizia aveva equiparato i passeggeri dei voli ritardati – la cui disciplina è contenuta nell'articolo 6 del regolamento 261/2004 – ai passeggeri dei voli cancellati (articolo 2), concedendo anche ai primi la compensazione pecuniaria prevista all'articolo 7 del regolamento 261/2004. Nella stessa pronuncia, la Corte di giustizia aveva sottolineato che un volo deve considerarsi “ritardato” quando “[...] l'orario di partenza effettivo viene ritardato rispetto all'orario di partenza previsto” (sentenza *Sturgeon*, cit., punto 32; per un approfondimento sulla differenza tra cancellazione e ritardo del volo, si rinvia a M. BRIGNARDELLO, *La tutela dei passeggeri in caso di negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo prolungato*, Torino, 2013, p. 46 ss.). Tale ritardo va calcolato secondo i casi previsti dall'articolo 6 del regolamento 261/2004.

Appare evidente che fin da tale pronuncia, la Corte di giustizia ha inteso assicurare al passeggero il più ampio spettro di tutele, orientamento che si contrappone a quello di parte di alcuni giudici nazionali, volto a negare il risarcimento ai passeggeri dei voli in ritardo (J. VLEK, *Compensation of passengers for delayed flights – AG confirms Sturgeon case*, in *European Law Blog*, 21 May 2012).

A conferma di quanto detto, la Corte di giustizia ha imposto un onere probatorio molto gravoso ai vettori aerei che intendano invocare le “circostanze eccezionali”, enunciate dall’art. 5, par. 3 del regolamento 261/2004, per sottrarsi all’obbligo di corrispondere ai passeggeri dei voli ritardati una compensazione pecuniaria. Ad esempio, il Giudice dell’Unione ha precisato che la compagnia aerea deve provare che ha adottato tutte le possibili misure a sua disposizione, economiche e tecniche (sul tema, G. TORALDO, *Voli cancellati tra esercizio del diritto di sciopero e diritto a compensazione pecuniaria. La Corte di giustizia si pronuncia – nuovamente, ma non troppo – sulle “circostanze eccezionali”*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, nn. 3-4, 2021; v. inoltre le sentenze della Corte del 22 dicembre 2008, causa C-549/07, *Wallentin Hermann c. Alitalia*, punti 40 e 41 e del 23 ottobre 2012, cause riunite C-581/10 e C-629/10, *Nelson*); per di più, la compagnia aerea deve altresì dimostrare di aver provveduto ad avvertire il passeggero della cancellazione del volo o comunque del disagio immediato (v. sentenza della Corte dell’11 maggio 2017, causa C-302/16, *Krijgsman*; in dottrina, S. VERNIZZI, *Cancellazione del volo: la tempestiva comunicazione da parte del solo intermediario non esonera il vettore aereo operativo dagli obblighi del Reg. CE n. 261/2004*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 6, 2017, p. 1820; ID, *La disciplina della cancellazione del volo e la maggior tutela del passeggero secondo la giurisprudenza europea*, in *Responsabilità civile e previdenza*, nn. 1-2, 2022, p. 71).

Da tale giurisprudenza emerge, dunque, che l’esonero del vettore aereo rappresenta l’eccezione, mentre la compensazione al passeggero rappresenta la regola (v. sentenza della Corte del 22 dicembre 2008, *Wallentin Hermann*, cit., punto 17; in dottrina, S. VERNIZZI, *La disciplina della cancellazione del volo*, cit., pp. 72-74).

La posizione della Corte di giustizia, particolarmente favorevole alla tutela del passeggero, si pone nel solco dell’evoluzione storica che ha condotto all’adozione del regolamento 261/2004.

Nelle more dell’adozione di politiche comuni nel settore dei trasporti da parte delle istituzioni comunitarie, il settore è stato a lungo soggetto alla disciplina dei singoli Stati membri. Sul mercato dominavano poche com-

pagnie di proprietà statale, il che si traduceva in una ridotta concorrenza, prezzi elevati e minori garanzie ai consumatori (F. GASPARRI, *The EU Air Transport Liberalization and Re-Regulation*, in *International and Comparative Law Review*, vol. 11, n. 2, 2011, p. 13 ss.).

La materia del trasporto aereo e delle tariffe è stata liberalizzata solo con la direttiva 87/601/CEE (direttiva del Consiglio 87/601/CEE, del 14 dicembre 1987, sulle tariffe per i servizi aerei di linea tra gli Stati membri, considerando 7; in dottrina, si rinvia a M. HUTTUNEN, *The Development of the Air Transport Policy of the European Union from the Point of View of the Consumer: From the Creation of the Internal Market to the Regulation of Consumer Rights Proper*, in F.S. BENYON (ed.), *Services and the EU Citizen*, vol. 15, Oxford, 2013, p. 9 ss.). Da qui, si è fatto strada il processo di regolamentazione a tutela dei diritti dei passeggeri che è poi sfociato nell'adozione del regolamento 261/2004 che trova la sua base normativa nell'ex articolo 80 TCE (oggi art. 100, par. 2, TFUE), che attribuisce all'UE competenze legislative in tema di trasporto aereo. Disciplina che si affianca a quella già prevista dall'ex art. 95 TCE (oggi articolo 114 TFUE) che consente di adottare misure che proteggono i passeggeri (più nel dettaglio, si rimanda a L. PERRILLO, *I diritti dei passeggeri aerei in tempi di pandemia tra cancellazioni straordinarie, rimborsi negati e voucher imposti*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 16, febbraio 2022, p. 811 ss.).

A questi sviluppi, tuttavia, si aggiunge la recente sentenza *Flightright* della Corte di giustizia, la quale, come si vedrà, fornisce ulteriori spunti alla risoluzione delle problematiche relative alla tutela dei passeggeri di voli aerei, in particolare per quanto attiene alle nozioni di “volo con coincidenze” e di “prenotazione unica”. Essa si pone nel segno già tracciato dalla giurisprudenza europea e lo innova.

3. *La tutela del passeggero nell'ambito della causa C-436/21*

Nell'ambito del procedimento principale che ha dato origine alla pronuncia in commento, una passeggera, al fine di recarsi da Stoccarda a Kansas City, aveva concluso un contratto di intermediazione con un'agenzia di viaggi, sotto forma di un *unico biglietto elettronico*, che comprendeva una tratta di volo da Stoccarda a Zurigo, operato dalla *Swiss International Air Lines AG*, e due tratte da Zurigo a Filadelfia e da Filadelfia a Kansas City, operate dalla *American Airlines*. Mentre le prime due tratte venivano effettuate secondo i tempi previsti, l'ultima subiva un ritardo di oltre quattro ore.

In primo grado, la *Flightright GmbH* – un’agenzia tedesca di recupero crediti alla quale la passeggera si è affidata per ottenere la compensazione pecuniaria prevista dal regolamento 261/2004, cedendole i diritti derivati dal ritardo del volo – aveva chiesto alla convenuta, *American Airlines Inc.*, un risarcimento di 600€ ai sensi dell’articolo 7, paragrafo 1, lettera c) del regolamento 261/2004. Tuttavia, tanto il giudice di primo grado quanto il giudice d’appello (*Landgericht Stuttgart*, Tribunale del Land, Stoccarda, Germania), negavano la richiesta di risarcimento, rilevando che l’*American Airlines* non aveva effettuato la tratta del volo “in partenza da un aeroporto situato nel territorio di uno Stato membro” e che quindi l’onere della compensazione prevista dall’articolo 7 del regolamento 261/2004 non sussisteva (v. sentenza della Corte del 6 ottobre 2022, causa C-436/21, *Flightright GmbH c. American Airlines Inc.*, punto 9 ss.).

A questo punto, la *Flightright* aveva proposto ricorso per cassazione (*Revision*) dinanzi alla *Bundesgerichtshof* (Corte federale di giustizia, in seguito: la Cassazione federale tedesca) rispetto all’interpretazione degli artt. 2, 3, 7 del regolamento 261/2004 e dell’accordo CE-Svizzera.

In primo luogo, ad avviso della Cassazione federale tedesca, il regolamento 261/2004 doveva essere considerato applicabile specificamente all’articolo 3, paragrafo 1, lettera a), ritenendo, a differenza dei giudici di primo e secondo grado, che le tre tratte aeree in questione dovessero essere considerate come un “unico volo”.

In secondo luogo, la Cassazione federale tedesca aveva considerato, al fine di determinare se ricorresse un’unica prenotazione, due possibili interpretazioni: la prima, che fosse sufficiente che un’agenzia di viaggi combinasse voli operati da vettori aerei diversi in un’unica operazione di trasporto, fatturasse a questo scopo un prezzo totale al passeggero ed emettesse un unico biglietto elettronico; la seconda, che fosse altresì necessaria la sussistenza di uno specifico rapporto giuridico tra i vettori aerei (v. sentenza *Flightright GmbH*, cit., punti 13 e 14 e giurisprudenza ivi riportata). Tra tali interpretazioni, la Cassazione federale tedesca ha sposato la seconda, affermando che una prenotazione a prezzo unico che, come nel caso in esame, si traduce nell’emissione di un unico biglietto, da un lato, era sufficiente per constatare che i voli in parola costituiscono oggetto di un’ “unica prenotazione”; dall’altro, che il regolamento 261/2004 all’articolo 2, lett. f) e g) prevede il diritto per il passeggero di ottenere una compensazione pecuniaria dal vettore aereo operativo che ha accettato la prenotazione dell’intermediario o dell’operatore turistico (v. sentenza *Flightright GmbH*, cit., punto 15; rispetto alla compensazione pecuniaria, v. l’ordinanza della

Corte del 12 novembre 2020, causa C-367/20, *SP c. KLM Royal Dutch Airlines* e la sentenza del 7 aprile 2022, causa C-561/20, *Q e a. c. United Airlines, Inc.*).

Inoltre, la Cassazione federale tedesca aveva anche ritenuto che, qualora i due voli operati dalla American Airlines – ossia quelli che collegavano, rispettivamente, Zurigo a Filadelfia e Filadelfia a Kansas City – fossero considerati un volo in coincidenza, si sarebbe posta la questione se il regolamento 261/2004 fosse applicabile in caso di volo in partenza dalla Svizzera verso uno Stato terzo (v. sentenza *Flightright GmbH*, cit., punto 16), al fine di concedere la compensazione pecuniaria *ex art. 7* del regolamento 261/2004.

Sulla base di quanto detto, la Cassazione federale tedesca (in seguito: giudice del rinvio) aveva chiesto alla Corte di giustizia di chiarire (1) la nozione di “voli in coincidenza”, ai sensi dell’articolo 2, lettera h), del regolamento 261/2004 in presenza di un “unico biglietto”; (2) la nozione di “prenotazione”, in relazione alla sussistenza o meno di un rapporto giuridico tra i vettori aerei operativi diversi; (3) se l’articolo 2 dell’Accordo CE-Svizzera, che consente la libera circolazione delle persone tra Svizzera e Unione, si applicasse anche ai passeggeri in partenza da aeroporti situati nel territorio della Svizzera verso uno Stato terzo.

4. *La decisione della Corte di giustizia*

Nel rispondere ai quesiti sollevati dal giudice del rinvio, è opportuno ricordare che la passeggera lamentava un ritardo prolungato solo per la parte di volo “extraeuropea”, cioè la tratta finale che collegava Filadelfia a Kansas City. La Corte di giustizia, sentito l’Avvocato generale Ćapeta, ha ritenuto di statuire senza conclusioni.

Un aspetto particolare che emerge dalla pronuncia è la scelta della Corte di giustizia di riprendere le nozioni di “voli in coincidenza” – che fa riferimento a due o più voli che costituiscono un tutt’uno ai fini della compensazione – e di “prenotazione” – quale attestazione del possesso di un “biglietto” accettato e che garantisce al passeggero il diritto di trasporto. Essa ha chiarito che queste nozioni devono essere interpretate in maniera estensiva (v. sentenza *Flightright GmbH*, cit., punti 19-22). Traspare la scelta interpretativa della Corte di giustizia che si pone in conformità all’obiettivo dichiarato dal regolamento 261/2004, vale a dire l’attribuzione ai passeggeri di un elevato livello di protezione.

Nel caso di specie, inoltre, la passeggera disponeva di un biglietto elettronico emesso da un'agenzia di viaggi, il cui numero era stato riprodotto sulle carte d'imbarco, che le ha consentito di compiere un tragitto da Stoccarda a Kansas City mediante tre voli in successione (v. sentenza *Flightright GmbH*, cit., punto 24). Quindi, la Corte di giustizia al fine di stabilire se il regolamento 261/2004 fosse applicabile per quella parte di volo effettuato verso uno Stato terzo e se la passeggera potesse godere della compensazione pecuniaria prevista dall'articolo 7 del regolamento 261/2004 – in linea con le considerazioni del giudice del rinvio di cui sopra – ha stabilito che un volo in coincidenza coperto da un'unica prenotazione (lo stesso numero di biglietto) costituisce un unico insieme anche se la prenotazione è stata effettuata dall'agenzia di viaggio (v. sentenza *Flightright GmbH*, cit., punto 26; v. anche la sentenza della Corte del 10 luglio 2008, causa C-173/07, *Emirates Airlines*, punto 40, laddove quest'ultima afferma che “il volo consiste in una operazione di trasporto aereo, e costituisce quindi [...] un'unità”; in dottrina, v. S. VERNIZZI, *La disciplina della cancellazione del volo*, cit., p. 65).

In aggiunta, la Corte di giustizia non ha ritenuto necessaria la sussistenza di un rapporto giuridico tra la *Swiss International Air Lines* e l'*American Airlines* quale requisito per qualificare un “volo in coincidenza”, in quanto tale requisito avrebbe contraddetto gli obiettivi di tutela contenuti nel regolamento 261/2004, limitando i diritti riconosciuti ai passeggeri, come il diritto alla compensazione ai sensi dell'articolo 7 (sentenza *Flightright GmbH*, cit., punti 28 e 29).

Alla luce di quanto riferito, la Corte di giustizia ha risposto alla prima questione dichiarando che l'art. 2, lett. h) del regolamento 261/2004 “deve essere interpretato nel senso che la nozione di “volo in coincidenza” comprende un'operazione di trasporto costituita da più voli, effettuati da vettori aerei operativi diversi che non siano vincolati da uno specifico rapporto giuridico, qualora tali voli siano stati combinati da un'agenzia di viaggi che abbia fatturato un prezzo totale ed emesso un unico biglietto per detta operazione”. Ne consegue che “un passeggero in partenza da un aeroporto situato nel territorio di uno Stato membro e vittima di un ritardo prolungato all'arrivo a destinazione dell'ultimo volo può avvalersi del diritto a compensazione pecuniaria ai sensi dell'articolo 7 di detto regolamento” (sentenza *Flightright GmbH*, cit., punto 31; v. anche la sentenza della Corte del 31 maggio 2018, causa C-537/17, *Wegener*, C-537/17, punti 18 e 19).

Sugli ulteriori quesiti posti dal giudice del rinvio, la Corte di giustizia ha ritenuto superfluo pronunciarsi.

5. Considerazioni generali

Passando all'esame sul merito, un importante elemento di novità che emerge dalla sentenza *Flightright* è rappresentato dal fatto che la Corte di giustizia ha colto l'occasione per chiarire che l'esistenza di uno specifico legame giuridico tra gli effettivi vettori aerei non è una condizione per l'applicazione del regolamento 261/2004, sulla base del fatto che tale requisito non è espressamente previsto da alcuna norma del medesimo regolamento e che imporlo in via interpretativa avrebbe significato ridurre le garanzie previste all'interno del regolamento stesso (sentenza *Flightright GmbH*, cit., punto 28).

Pertanto, dalla lettura di questa pronuncia si evince che quando tra i vettori è in vigore un accordo di *code-sharing* o di interlinea, in caso di ritardo bisogna ritenere unico il biglietto acquistato presso il singolo intermediario (sul concetto di *code-sharing*, si rinvia a JT. GENTER, B. POKORA, *What Is A Codeshare Flight And Why It Matters To Travelers*, in *Forbes Advisor*, 29 September 2022). Quindi, il diritto al risarcimento dei passeggeri che abbiano subito un ritardo prolungato sancito dal regolamento 261/2004 spetta anche ai passeggeri di voli in coincidenza effettuati da compagnie diverse, nel caso in cui il volo comprensivo di più tratte (tre nella fattispecie) sia stato acquistato da un'agenzia di viaggi con emissione di un unico biglietto elettronico, con un unico numero di prenotazione, con indicazione di un vettore quale "prestatore di servizi" ed a fronte dell'emissione di un'unica fattura per l'intero prezzo, compreso il volo di ritorno (P. ROSSI, *Compensazione pecuniaria per il ritardo del volo in coincidenza anche se effettuato da diverso vettore*, in *Il Sole 24 ore*, 6 ottobre 2022). In tali circostanze, i vettori aerei operativi che hanno effettuato i voli che costituiscono "il volo in coincidenza" potranno rivalersi ai sensi dell'articolo 13 del regolamento 261/2004 attraverso la richiesta di "rimborso ad un operatore turistico o a qualunque altra persona con cui abbiano stipulato un contratto, conformemente al diritto nazionale applicabile" (sentenza *Flightright GmbH*, cit., punto 30).

Tuttavia, se da un lato la sentenza *Flightright* può definirsi pioniera per l'ampia lettura che la Corte di giustizia ha operato delle disposizioni del regolamento 261/2004 allo scopo di estendere ulteriormente le garanzie poste a tutela dei passeggeri consumatori; dall'altro, pone alcuni dubbi interpretativi.

In effetti, qualsiasi richiesta di risarcimento dovrebbe essere rivolta al singolo vettore operativo che ha dato origine al motivo della compensazio-

ne per irregolarità, nel caso di specie la compagnia aerea responsabile del ritardo. Si è visto che il regime di compensazione da applicare nel caso in esame è una questione giuridica delicata, trattandosi di più vettori aerei operativi. Perciò, posto che la Corte di giustizia attraverso la sentenza *Flightright* ha esteso la garanzia ai passeggeri consumatori, essa ha allo stesso tempo allargato la responsabilità in termini oggettivi. Di fatto, al punto 30 della sentenza *Flightright* si legge che: “il vettore aereo operativo che ha dovuto versare la compensazione pecuniaria [al passeggero] prevista da [il regolamento 241/2004 può] rivalersi, al fine di ottenere la compensazione di tale onere economico, [...] nei confronti del soggetto tramite il quale i biglietti sono stati emessi”. Ciò significa che il vettore aereo operativo locale, dopo aver risarcito il passeggero consumatore, ha la possibilità di rivalersi presso qualunque operatore con cui è stato stipulato il contratto aereo; di conseguenza, potrebbe sorgere la seguente domanda: fino a che punto l'operatore può essere considerato responsabile del ritardo imputabile alla compagnia aerea locale?

Inoltre, l'interpretazione estensiva delle disposizioni del regolamento 261/2004 potrebbe indurre a pensare che l'onere probatorio spetta unicamente alla compagnia aerea, ciò illuderebbe i passeggeri di voli extraeuropei della possibilità di poter invocare – in ogni caso – a tutela delle proprie ragioni, i diritti derivati dalla compensazione pecuniaria *ex* regolamento 261/2004, creando così un contenzioso smisurato (sull'onere probatorio in capo ai passeggeri di voli extraeuropei, v. sentenza della Cass. Civile, sez. III, n. 9474, del 9 aprile 2021).

Pertanto, è alla luce di tali vicissitudini che non è da escludersi che il regolamento 261/2004, che la sentenza *Flightright* interpreta, possa ancora essere oggetto di rinvio da parte dei giudici di altri Stati membri.

Con buone probabilità, in futuro i rinvii pregiudiziali relativi a tale regolamento dovranno essere sottoposti al Tribunale: la Corte di giustizia ha infatti presentato una proposta di riforma che prevede il trasferimento della competenza del rinvio pregiudiziale al Tribunale limitatamente a sei specifiche materie, tra le quali figura proprio quella dei diritti alla compensazione pecuniaria e all'assistenza dei passeggeri dei voli aerei.

Tale trasferimento di competenza è stato a lungo auspicato come soluzione al progressivo aumento del carico di lavoro della Corte di giustizia (sul tema, si rinvia a S. I. SÀNCHEZ, *Preliminary rulings before the General Court*, in *EU Law Live*, weekend edition n. 125, 17 December 2022).

La Corte di giustizia ha stimato, infatti, che nel periodo compreso tra il 1° gennaio 2017 e il 30 settembre 2022, le cause pregiudiziali definite, ri-

guardanti la sola disciplina della compensazione pecuniaria e dell'assistenza dei passeggeri dei voli aerei, sono state ben 237.

Alla luce di quanto riferito, tutto lascia presumere che il regolamento 241/2004 continuerà ad essere al centro di pronunce pregiudiziali. Pertanto, sarà interessante osservare come il Tribunale intenderà orientare tali pronunce, nel solco della giurisprudenza della Corte di giustizia.

“FRANCOVICH AMBIENTALE”? SARÀ PER UN’ALTRA VOLTA.
CONSIDERAZIONI A MARGINE DELLA SENTENZA
MINISTRE DE LA TRANSITION ÉCOLOGIQUE

Patrizia De Pasquale*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. I fatti all’origine della controversia. – 3. La sentenza.
– 4. Le conclusioni dell’avvocato generale. – 5. Osservazioni finali.

1. *Premessa*

I valori limite per la qualità dell’aria, imposti dall’Unione europea dalle direttive 80/779/CEE, 85/203/CEE, 96/62/CE, 1999/30/CE e 2008/50/CE, non sono preordinati a conferire diritti individuali ai singoli né attribuiscono loro un diritto al risarcimento, nei confronti di uno Stato membro, per eventuali danni alla salute causati dal loro superamento.

In estrema sintesi, questa è la conclusione a cui giunge la Corte di giustizia con la sentenza *Ministre de la Transition écologique y Premier ministre* (22 dicembre 2022, causa C-61/21, *Responsabilité de l’État pour la pollution de l’air*), la cui importanza va, però, ricercata al di là del mero assunto che, letto anche soltanto frettolosamente, genera delusione e sconcerto. In realtà la pronuncia non soltanto non soddisfa le aspettative di chi aveva letto le conclusioni dell’avv. gen. Kokott (5 maggio 2022), ma soprattutto appare poco coerente, giacché il suo epilogo si discosta dalle premesse di più ampio respiro. Precisamente, il grande rigore che la Corte pone sul rispetto degli obiettivi di cui alle direttive a tutela della qualità dell’aria sembra dissolversi con riguardo agli strumenti di *enforcement* a favore dei singoli, in particolare, alle azioni di risarcimento dei danni per responsabilità derivanti dal loro inadempimento.

Nondimeno, essa va segnalata, innanzitutto, perché oggetto di violazione sono le disposizioni di una direttiva (anzi di più direttive) che, come noto, è un atto, in generale, privo di efficacia diretta, per cui gli interessati non possono far valere i loro diritti nei confronti dello Stato davanti ai giudici nazionali, in assenza di provvedimenti di attuazione. Così, sulla scia

* Professore ordinario in diritto dell’Unione europea, Università degli Studi di Napoli Federico II – 4 gennaio 2023.

della sentenza *Francovich* (19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90) e della giurisprudenza successiva, la Corte avrebbe dovuto condurre un attento *screening* delle disposizioni rilevanti nella fattispecie, al fine di verificare la sussistenza delle tre classiche condizioni della responsabilità per i danni causati ai singoli da violazioni del diritto dell'Unione imputabili allo Stato. Vale a dire essa avrebbe dovuto prendere in esame i requisiti in presenza dei quali la direttiva violata: *i*) abbia lo scopo di conferire diritti ai singoli, *ii*) sia sufficientemente qualificata, *iii*) sussista un nesso causale diretto tra tale violazione e il danno subito dai singoli. Ma, come si dirà, il giudice dell'Unione si è fermato alla verifica del primo requisito, ancorché sia il terzo quello che da sempre genera più problemi.

Altro aspetto significativo della pronuncia risiede nella conferma dell'impegno che da anni l'Unione riserva all'ambiente e, in tale ottica, essa rappresenta un ulteriore tassello tra le molteplici azioni intraprese per garantirne un livello elevato di tutela (in dottrina, di recente, 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.; M. ONIDA, *Il diritto ambientale dell'UE nel tempo, tra agenda europea e politiche nazionali*, in *federalismi.it*, n. 7, 2020, p. 92 ss.).

Last but not least, essa convalida il binomio ambiente-salute, ribadendo che, quantunque non di rado sia stata accordata prevalenza all'uno o all'altro elemento, il loro legame è comunque inscindibile. Purtuttavia, come detto, la Corte non si spinge oltre ed evita di affermare che lo Stato membro è tenuto a risarcire i danni alla salute derivanti ai singoli per violazione dei valori limite e per la mancata definizione di piani per la qualità dell'aria in caso di loro superamento (in generale, C. OSIMANI, *Il danno ambientale: l'interazione tra il danno ambientale e la tutela della salute*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, n. 2, 2021, p. 319 ss.; L. BUSATTA, *Le politiche europee per la qualità dell'aria e le sfide di un concetto polisemico di salute*, in *Corti supreme e salute*, n. 3, 2018, p. 501 ss.)

2. I fatti all'origine della controversia

Prima di passare ad esaminare la sentenza, è utile ricordare brevemente i fatti alla sua origine. La *querelle* vede protagonista un abitante dell'agglomerato di Parigi che ha lamentato danni alla sua salute determinati dall'inquinamento atmosferico ed ha chiesto allo Stato francese un risarcimento pari a 21 milioni di euro. In particolare, la responsabilità dello

Stato francese è stata ravvisata nel non aver garantito il rispetto dei valori limite di sostanze inquinanti dell’aria. In realtà, già con la sentenza del 24 ottobre 2019, causa C-636/18, *Commissione c. Francia* (Dépassement des valeurs limites pour le dioxyde d’azote), il giudice dell’Unione aveva constatato il superamento, in maniera sistematica e persistente, del valore limite orario fissato per il biossido di azoto nell’agglomerato di Parigi e, di conseguenza, aveva ritenuto che la Repubblica francese fosse venuta meno, da tale data, agli obblighi ad essa incombenti in forza dell’articolo 13, par. 1, della direttiva 2008/50/CE, relativa alla qualità dell’aria ambiente e per un’aria più pulita in Europa, in combinato disposto con l’allegato XI alla suddetta direttiva, e ciò dall’entrata in vigore dei limiti nel 2010 (per un commento, A. RICHARD, *Respect des valeurs limites de dioxyde d’azote et obligation d’adopter des mesures de correction dans le cadre de la directive « qualité de l’air »*. CJUE, 24 octobre 2019, Commission européenne/République française, C-636/18, in *Revue des affaires européennes*, n. 4, 2019, p. 777 ss.).

Inoltre, con sentenza del 28 aprile 2022, causa C-286/21, *Commissione c. Francia* (Valeurs limites - PM10), la Corte aveva reiterato il suo giudizio nei confronti del medesimo governo, per il superamento del valore limite di PM 10 (materiale particolato), precisando che il governo francese aveva altresì violato l’art. 23, par. 1, co. 2, della direttiva 2008/50, nonché l’allegato XV della stessa, in quanto non aveva garantito che i piani per la qualità dell’aria contenessero misure adeguate a circoscrivere, in un periodo breve, il superamento di tale soglia (sulla sentenza, v. M. MOLINER-DUBOST, *Condamnation de la France pour non-respect de la directive “air pur pour l’Europe” concernant les particules PM10*, in *Revue juridique de l’environnement*, n. 3, 2022, p. 647 ss.).

Ad aggravare la posizione della Francia è sopraggiunto poi il Consiglio di Stato che ha accertato un continuato superamento dei valori di biossido per Parigi fino al 2020, nonché un superamento dei valori limite per il PM10, per gli anni fino al 2018 e al 2019.

Investita della questione, dopo che il Tribunal administratif de Cergy-Pontoise aveva respinto la domanda di risarcimento, la Corte amministrativa d’appello di Versailles ha sottoposto alla Corte di giustizia due quesiti pregiudiziali diretti a precisare la portata dell’art. 13, par. 1, e dell’art. 23, par. 1, della direttiva 2008/50, al fine di riconoscere ai singoli un diritto al risarcimento di danni alla salute in caso di violazione sufficientemente qualificata, da parte di uno Stato membro, degli obblighi risultanti da tali disposizioni. E, nell’ipotesi in cui tali disposizioni fossero effettivamente ido-

nee a far sorgere tale diritto, a quali condizioni sia subordinato il suo riconoscimento, “per quanto riguarda in particolare il momento in cui si deve ritenere avvenuto l’inadempimento imputabile allo Stato membro di cui trattasi”.

3. *La sentenza*

Il percorso argomentativo seguito dalla Corte, che si discosta sostanzialmente da quello seguito dall’avvocato generale, parte da quanto affermato nella sua precedente giurisprudenza, ricordando che la “responsabilità dello Stato per danni causati ai singoli da violazioni del diritto dell’Unione ad esso imputabili è inerente al sistema dei trattati sui quali quest’ultima è fondata” (*ex multis*, sentenza della Corte del 18 gennaio 2022, causa C-261/20, *Thelen Technopark Berlin*, punto 42).

Su tale premessa, la Corte esamina i presupposti per l’esperibilità dell’azione risarcitoria nella fattispecie ad essa sottoposta, in quanto – come noto – la responsabilità degli Stati non discende automaticamente dall’illegittimità del loro operato (in tal senso, F. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati per violazione del diritto dell’Unione*, Milano, 2012, p. 89).

In particolare, essa si sofferma sulla prima condizione della risarcibilità che, come detto, consiste nella verifica dell’attribuzione, da parte della norma violata, di diritti ai singoli. A tal riguardo, il giudice dell’Unione ribadisce che tale condizione sussiste sia qualora le disposizioni del diritto dell’Unione espressamente attribuiscono diritti, sia in relazione ad obblighi positivi o negativi imposti in maniera ben definita ai singoli, agli Stati membri e alle istituzioni dell’Unione. E, rammenta pure, che il diritto di ottenere un risarcimento – in caso di violazione di obblighi derivanti dall’appartenenza all’UE – garantisce la piena efficacia delle norme, a prescindere dal fatto che esse abbiano o meno effetto diretto (sentenza *Franovich e a.*, cit., punti 33 e 34).

Prendendo poi in considerazione la direttiva 2008/50, ma altresì le direttive 96/62, 1999/30 80/779 e 85/203 che, nelle more del recepimento della prima hanno disciplinato la qualità dell’aria ambiente, stabilisce che le relative norme sono sufficientemente chiare e incondizionate da individuare con precisione il contenuto dell’obbligo, in capo agli Stati, di rispettare i valori limite a decorrere dalla data di recepimento (1° gennaio 2010) e, qualora tali standard siano superati, di prevedere misure appropriate per rimediare, in particolare con l’adozione di piani per la qualità dell’aria.

Inoltre, richiamando la sentenza *Janecek* (sentenza del 25 luglio 2008, causa C-237/07), aggiunge che le misure per il miglioramento della qualità dell’aria contenute nella direttiva 96/62 imponevano sì agli Stati membri di individuare le zone e gli agglomerati, in cui i livelli di uno o più inquinanti superavano le soglie oltre il margine espressamente fissato, ma soprattutto di elaborare piani d’azione recanti misure idonee a ridurre al minimo il rischio di superamento, garantendo il giusto equilibrio con gli interessi pubblici e privati rilevanti.

Nondimeno, la Corte – forse temendo di aprire un varco troppo ampio a ricorsi di egual tenore – frena e trae conclusioni poco coerenti con le osservazioni fin qui svolte. Specificatamente, essa rileva che, come affermato dagli art. 1 delle direttive in questione, i suddetti obblighi perseguono un obiettivo generale di protezione della salute umana e dell’ambiente nel suo complesso. E, dunque, tali disposizioni non contengono alcuna attribuzione esplicita di diritti individuali e non consentono di ritenere che, nel caso di specie, a singoli o a categorie di singoli siano stati implicitamente conferiti diritti la cui violazione possa far sorgere la responsabilità di uno Stato membro per danni loro cagionati. Ne consegue, essa afferma, che la prima delle tre condizioni non è soddisfatta e che i singoli potranno agire dinanzi ai giudici nazionali per ottenere la predisposizione di un piano d’azione, nell’ipotesi in cui siano raggiunte le soglie di allarme per la qualità dell’aria; e che in tale sede potranno altresì essere imposte ingiunzioni accompagnate da penalità, in modo da garantire il rispetto, da parte dello Stato, degli obblighi derivanti dalle direttive in parola.

Alla luce di tali considerazioni, la Corte ritiene di non dover procedere oltre e, dunque, di non dover verificare la sussistenza delle altre condizioni né di dover rispondere al secondo quesito.

4. *Le conclusioni dell’avvocato generale*

In realtà, molto più puntuali e “coraggiose” erano sembrate le conclusioni dell’avvocato generale Kokott (5 maggio 2022), la cui notazione più significativa riguardava lo stretto legame tra tutela dell’ambiente e tutela della salute, utilizzata per affermare che gli interessati devono potersi avvalere di norme imperative a tutela dei propri diritti e che il superamento dei valori limite, mettendo in pericolo la salute (fino ad arrivare alla mortalità precoce), attribuisce sia pure implicitamente un diritto di natura personale e individuale che lo Stato ha la responsabilità di tutelare. Ma soprattutto

era apparso importante che, in tale ottica, l'avvocato generale circoscrivesse i soggetti legittimati ad agire, precisando che la qualità dell'aria va sì tutelata in generale, ma problemi specifici sorgono con riferimento a luoghi ben definiti ed a categorie identificabili di persone, di frequente, con *status* socio-economico basso (cfr. anche EEA, *Unequal exposure and unequal impacts: social vulnerability to air pollution, noise and extreme temperatures in Europe*, EEA Report No 22/2018, pp. 19-22). Pertanto, il danno causato alla salute non dovrebbe essere classificato come diffuso e, quindi, non risarcibile, in quanto la cerchia delle persone che potrebbero vedere accolta una richiesta di risarcimento dei danni non è così ampia da riguardare la totalità degli abitanti.

Con riferimento specifico alla responsabilità dello Stato per i danni alla salute causati dalla violazione delle norme relative alla qualità dell'aria ambiente, l'avvocato generale aveva poi introdotto taluni chiarimenti di rilievo. Infatti, aveva ricordato che, in base al principio chi inquina paga, i costi dovrebbero essere sopportati in via prioritaria da chi materialmente reca danni all'aria, ma ciò non esonera lo Stato dal farsi carico della propria responsabilità in tutte le ipotesi in cui autorizza o non impedisce l'inquinamento atmosferico in violazione del diritto dell'Unione. Aveva altresì precisato che tale responsabilità non è legata esclusivamente alla tutela degli interessi finanziari, giacché la piena efficacia del diritto dell'Unione e l'effettiva tutela dei diritti che i singoli ne derivano sarebbero messe a repentaglio se questi non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti fossero lesi da una violazione di tale diritto.

Per tali motivi, l'avvocato generale Kokott aveva suggerito di ritenere che gli obblighi derivanti dalle direttive in parola fossero preordinati a conferire diritti individuali ai singoli e ad attribuire loro un diritto al risarcimento nei confronti di uno Stato membro, nell'ipotesi di superamento delle norme sulla qualità dell'aria e di mancata elaborazione di piani diretti a ridurre (anche temporalmente) i conseguenti pericoli.

Peraltro, venendo alla seconda condizione, l'avvocato generale aveva chiarito che l'esistenza di una violazione qualificata delle norme relative alla protezione della qualità dell'aria ambiente è imprescindibile per accertare la responsabilità dello Stato. Ed aveva ricordato che tale condizione è ben precisata in una giurisprudenza consolidata, alla luce della quale "fra gli elementi che il giudice competente può eventualmente prendere in considerazione, vanno sottolineati il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, l'ampiezza del potere discrezionale che tale norma riserva alle autorità nazionali o comunitarie, il carattere intenzionale o involontario

della trasgressione commessa o del danno causato, la scusabilità o l’inescusabilità di un eventuale errore di diritto, la circostanza che i comportamenti adottati da un’istituzione comunitaria abbiano potuto concorrere all’omissione, all’adozione o al mantenimento in vigore di provvedimenti o di prassi nazionali contrari al diritto comunitario” (sentenze della Corte del 5 marzo 1996, cause C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur e Factortame*, punto 56, e del 29 luglio 2019, causa C-620/17, *Hochtief Solutions Magyarország Fióktelepe*, punto 42).

Nella fattispecie, aveva ritenuto la violazione qualificata per sua stessa natura, dal momento che l’obbligo di rispettare i limiti è chiaro e non lascia alcun margine discrezionale agli Stati membri. Ed altrettanto chiaro ed incondizionato è l’obbligo di elaborare piani di azione, come ribadito dalla sentenza *Janecek*. Inoltre, aveva osservato che tale qualificazione riguarda qualsiasi periodo contrassegnato da un superamento delle soglie e dall’assenza di un adeguato piano di miglioramento.

Infine, venendo alla terza condizione (la più complessa) che impone di determinare l’esatto livello probatorio e di verificare che il danno derivi in modo sufficientemente diretto dalla violazione del diritto dell’Unione da parte dello Stato membro, rispettando i principi di equivalenza e di effettività, l’avvocato generale aveva affermato che il nesso eziologico tra la violazione qualificata delle norme in materia di qualità dell’aria e i danni concreti alla salute deve essere provato dall’interessato, sulla base di accurate perizie mediche. Nello specifico, egli sarebbe tenuto a dimostrare: *i*) di avere soggiornato per un periodo sufficientemente lungo in un ambiente in cui i valori limite del diritto dell’Unione per la qualità dell’aria ambiente sono stati violati in misura rilevante; *ii*) un collegamento tra il danno e l’inquinamento atmosferico; *iii*) l’esistenza di un nesso di causalità diretto tra il soggiorno in un luogo in cui un valore limite per la qualità dell’aria ambiente è stato violato in maniera grave e il danno lamentato.

5. Osservazioni finali

A bene vedere, dunque, lungi dal diventare una sentenza-pilota rispetto all’esperibilità di azioni risarcitorie dei singoli per violazioni del diritto ambientale UE imputabili agli Stati membri, quella in esame verrà ricordata come un’ulteriore occasione perduta per riconoscere un diritto (autonomo) all’aria pulita da parte dei singoli. Il diritto alla salute avrebbe potuto essere declinato, anche a livello dell’Unione europea, come diritto

all'ambiente salubre, la cui protezione sarebbe assimilata a quella propria dei diritti fondamentali e inviolabili della persona umana e che, più precisamente, si concretizzerebbe nell'osservanza di uno standard di diligenza, portando ad internalizzare in maniera ottimale l'esternalità negativa dovuta all'inquinamento (sul tema, si vedano le considerazioni di G. MARCATAJO, *La tutela dell'ambiente come diritto della persona*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, n. 3, 2021, p. 611 ss.). Al contempo, la sua violazione comporterebbe il sorgere di responsabilità civile, in capo allo Stato membro, laddove fosse dimostrato un nesso di causalità tra il danno alla salute e l'azione o l'omissione nel rispetto della normativa europea a tutela dell'ambiente.

In tale prospettiva si è mossa la Corte EDU che, a seguito del ricorso di decine di cittadini italiani, ha dichiarato la responsabilità dell'Italia per non aver adottato le misure amministrative e legali necessarie alla bonifica di una determinata area e per non aver fornito ai singoli un efficace rimedio interno, così violando gli artt. 8 e 13 della CEDU (sentenza del 24 gennaio 2019, ricc. nn. 54414/13 e 54264/15, *Cordella e a. c. Italia*). Invero, in linea con una prospettiva antropocentrica e con una giurisprudenza consolidata in materia di danni ambientali derivanti da attività pericolose, la Corte di Strasburgo ha accertato la permanenza di una situazione di inquinamento ambientale atta a mettere in pericolo la salute dei ricorrenti e, più in generale, di quella della popolazione residente nella zona. Va, però, notato, che essa è riuscita a tutelare il diritto all'ambiente salubre, non in quanto tale, ma quale strumento di protezione di altri diritti umani individuali, come il diritto alla vita privata e familiare (art. 8). Ed ha pure stabilito che ad essa non spetta il compito di individuare le misure che lo Stato avrebbe dovuto adottare per ridurre il livello di inquinamento, bensì di verificare se le autorità nazionali abbiano affrontato la questione con il giusto livello di diligenza e tenendo in considerazione l'insieme degli interessi rilevanti.

Nella sentenza in esame, invece, il giudice dell'Unione rimanda ancora una volta "l'appuntamento con la giustizia climatica", come era già successo, per altro verso, nel noto caso *Carvalho* (sentenza del 21 marzo 2021, causa C-565/19 P, per cui v. le note di F. GALLARATI, *Caso Carvalho: la Corte di Giustizia rimanda l'appuntamento con la giustizia climatica*, in *DPCE online*, 2021, p. 2603 ss. e M. MESSINA, *Il locus standi delle persone fisiche e giuridiche e il problema dell'accesso alla giustizia climatica dinanzi al giudice dell'UE dopo la sentenza Carvalho: necessità di riforma della formula "Plaumann"?*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, n. 1, 2022, p. 121 ss.).

La Corte si ferma cioè a metà del guado, confermando

un’impostazione piuttosto prudentiale, secondo cui la salvaguardia dell’ambiente sia da assicurare soltanto tramite rimedi di sistema (procedura di infrazione) e non impone un esplicito riconoscimento di un diritto, idoneo a far sorgere la responsabilità dello Stato membro a risarcire i danni ai singoli derivanti dalla sua violazione (sul ruolo della Corte a protezione dell’ambiente, v. F. JACOBS, *The Role of the European Court of Justice in the Protection of the Environment*, in *Journal of Environmental Law*, vol. 18, 2006, p. 185 ss.).

Quantunque le argomentazioni della Corte possano essere collocate nell’alveo della teoria che attribuisce ad ogni individuo la co-responsabilità della protezione dell’ecosistema, questa tesi non sembra sufficiente ad escludere che debba essere assicurata una tutela effettiva a chi ha subito danni alla salute per via di condotte anti-ambientali che lo Stato non è stato in grado di fronteggiare. Di talché, la Corte avrebbe ben potuto riconoscere la risarcibilità del danno, salvo rimettere ai giudici nazionali la valutazione in concreto della sua effettiva sussistenza, soprattutto sotto il profilo del nesso causale.

D’altronde, se il mancato passo in avanti si fonda sul timore di un eccessivo allargamento delle maglie risarcitorie, esso è già sconfessato dall’enorme difficoltà dei singoli di provare il nesso eziologico tra l’inquinamento ambientale e il danno alla persona; profilo che la Corte, invece, non ha neppure sfiorato. Infatti, in situazioni di tal guisa, il vero problema è rappresentato proprio dalla necessità di dimostrare che patologie con prognosi infausta siano strettamente correlate, sotto il profilo causale, all’inquinamento oppure ad un disastro ambientale prodotto da attività antropica.

La complessità della ricostruzione dei nessi eziologici, in considerazione sia della diffusione su vasta scala dei fattori di rischio sia del carattere latente e multifattoriale delle patologie che da essi derivano è comunque, da tempo, oggetto di approfondite analisi scientifiche ed oramai sono incontestabili i dati relativi all’impatto che le aggressioni all’ambiente producono sulla salute umana, ampiamenti dimostrati da numerose prove fattuali (ad es., v. il report dell’OMS “Ambient Air Pollution: A global assessment of exposure and burden of disease”, 2016, p. 15, che classifica l’inquinamento atmosferico come il principale rischio ambientale per la salute in Europa); ma è pur vero che si tratta di prove particolarmente complesse nell’ipotesi di danni riflessi, sia per la molteplicità di cause concorrenti o alternative che possono cagionarli, sia per gli effetti che potrebbero non essere immediati, sia per l’impossibilità di circostanziare il danno asse-

ritamente subito. Difficoltà che trovano conferma nel fatto che, ad oggi, il giudice amministrativo francese (dinanzi al quale sono state sottoposte talune questioni significative e di elevato impatto mediatico) ha respinto tutte le domande di risarcimento presentate da persone fisiche, in quanto non dimostravano l'esistenza di un nesso causale diretto e certo tra il superamento dei valori limite per le sostanze inquinanti l'atmosfera e le patologie (prevalentemente respiratorie) sofferte (cfr. M. B. GALANTUCCI, *Il caso L'Affaire du siècle: lotta al cambiamento climatico e obblighi dello Stato. Considerazioni sulle possibili ricadute in termini di obblighi di protezione internazionale dei movimenti transnazionali di giustizia ambientale*, in *Osservatorio SIOI – Osorin*, 14 ottobre 2021, spec. p. 7).

Dalla sentenza in esame esce in ogni caso rafforzato il ruolo del giudice nazionale, giudice “naturale” per le azioni risarcitorie. Ad esso spetterà continuare ad adottare “ogni rimedio necessario affinché gli Stati membri si conformino alle disposizioni procedurali (es. regole sui punti di campionamento ovvero sul contenuto dei piani della qualità dell'aria) e sostanziali (es. limiti di concentrazione degli inquinanti) della Direttiva” (L. CALZOLARI, *Il contributo della Corte di giustizia alla protezione e al miglioramento della qualità dell'aria*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, n. 4, 2021, p. 871).

Ma soprattutto sarà suo compito evitare che l'esperibilità di azioni risarcitorie promosse da singoli si trasformi in un percorso ad ostacoli, operando, come è stato osservato, “in modo non diverso da quanto normalmente avviene l'accertamento di eventuali patologie nei luoghi di lavoro” (F. MUNARI, *Public e Private enforcement del diritto ambientale dell'Unione*, in *I Post di AISDUE*, V, sezione “Atti Convegni AISDUE”, n. 1, 2023, p. 27). Ad esempio, introducendo una presunzione relativa in forza della quale “un danno alla salute tipico, nel caso di un soggiorno di durata sufficientemente lunga in una zona in cui è stato superato un valore limite, è imputabile a tale superamento” (conclusioni Kokott, cit., punti 138 e 139).

Infine, va osservato che l'unica vera via per proteggere davvero la persona umana resta quella di “prevenire” la lesione dei suoi diritti fondamentali, a partire dal diritto alla salute e, quindi, ad un ambiente salubre. Prevenzione che deve essere garantita, innanzitutto, da una regolamentazione efficace e da un'attività di monitoraggio e di controllo *ex ante* concrete e coordinate (cfr. F. MUNARI, L. SCHIANO DI PEPE, *Tutela transnazionale dell'ambiente. Principi, regole, problemi*, Bologna, 2012, spec. p. 133 ss.). E che, ad oggi, ancora manca.

NULLA DI NUOVO... SOTTO IL SOLE?
QUALCHE CONSIDERAZIONE A PRIMA LETTURA
SULLA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA
NELLA CAUSA AGCM C. COMUNE DI GINOSA

Davide Diverio*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le risposte della Corte di giustizia ai quesiti pregiudiziali del Tar per la Puglia. – 3. L'irrelevanza dell'“interesse transfrontaliero certo”, la verifica circa la sussistenza della “scarsità delle risorse naturali”, la validità della direttiva 2006/123/CE. – 4. La riconosciuta diretta applicabilità dell'art. 12, parr. 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE e il conseguente obbligo di disapplicazione, anche per le amministrazioni comunali, delle disposizioni nazionali con tale articolo contrastanti. – 5. Considerazioni conclusive: il quesito pregiudiziale rimasto senza risposta.

1. *Premessa*

Basterebbe, forse, il chiaro dettato dell'art. 20, comma 5, dello Statuto della Corte di giustizia, secondo cui “ove ritenga che la causa non sollevi nuove questioni di diritto, la Corte può decidere, sentito l'avvocato generale, che la causa sia giudicata senza conclusioni”, a sintetizzare efficacemente il contenuto della sentenza resa dalla Corte di giustizia il 20 aprile 2023, nel rinvio pregiudiziale C-348/22 sollevato dal Tar per la Puglia - Lecce (d'ora in poi anche *AGCM c. Comune di Ginosa*); ovvero ad avvertire chi si accingesse alla sua lettura di non sorprendersi se le sue conclusioni siano, in larghissima parte, o addirittura quasi per intero, del tutto inattese. Detto in altri, e ben più prosaici, termini, chi avesse qualche dimestichezza con i meccanismi di funzionamento del mercato interno e delle libertà economiche di circolazione e si fosse mosso alla lettura di tale sentenza con la curiosità, pienamente legittima, con la quale avrebbe affrontato la lettura di un romanzo giallo, potrebbe ben affermare, giunto alla fine degli 85 (dunque non pochi) punti di motivazione, di aver capito fin dal principio, oppure addirittura prima ancora di iniziare a leggere, “chi fosse l'assassino”.

In effetti, a dispetto dell'eco assai vasta di cui tale sentenza sta già go-

* Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Milano – 28 aprile 2023.

dendo in Italia, la Corte di giustizia, d'intesa, come ricordato, con l'avvocato generale, ha ritenuto, conformemente all'art. 252, comma 2, TFUE, che la causa *de qua* potesse anche non richiedere il suo intervento, potendo cioè prescindere, nell'occasione, da quel "mezzo di analisi approfondita della causa, con l'esame dei fatti che hanno comportato la nascita e gli argomenti di diritto" (M. BORRACCETTI, *L'avvocato generale nella giurisdizione dell'Unione europea*, Napoli, 2011, p. 32) che le conclusioni dell'avvocato generale rappresentano.

Ciò non toglie, evidentemente, che la sentenza presenti notevoli punti di interesse, se non altro in una prospettiva, che potremmo ben dire didascalica, di qualificato riepilogo di alcune coordinate essenziali dell'ordinamento dell'Unione, oltre che, altrettanto evidentemente, in una chiave, tutta di rilievo politico, di conferma della perdurante situazione di inadempimento, da parte di uno Stato membro, rispetto ad alcuni obblighi fondamentali che tale ordinamento a quest'ultimo Stato pone.

Sotto la prima prospettiva visuale, appare infatti evidente che la sentenza si presti a costituire una sorta di concisa trattazione di diritto dell'Unione con riguardo ai temi, centrali e pur tuttavia costantemente bisognosi di opportune, per quanto ripetute, "messe a fuoco", dell'efficacia delle direttive, delle loro finalità, del loro rapporto tanto con il diritto primario dell'Unione (i Trattati) quanto con gli ordinamenti nazionali, dei vincoli che esse generano all'interno di tali ultimi ordinamenti nazionali. Quanto al secondo profilo, sarebbe probabilmente un errore ritenere che la sentenza costituisca unicamente un'occasione per ribadire quanto già chiaramente affermato, ovverosia la situazione (già in precedenza certificata) di inadempimento da parte di uno Stato membro rispetto agli obblighi imposti dall'ordinamento dell'Unione. Certamente questa chiave di lettura, pur politicamente rilevante e senza dubbio presente, sarebbe soltanto superficiale. Non si dimentichi, infatti, che, anche volendo prescindere dai riflessi, talvolta anche interistituzionali, puramente interni all'ordinamento giuridico italiano che la vicenda ha fin qui determinato (con ovvie "ricadute" su taluni fondamentali istituti del nostro ordinamento; in merito, per tutti, G. GRECO, *Nuove regole di applicazione del diritto UE in sede nazionale?*, in *rivista.eurojus.it*, n. 1, 2022, pp. 168-218, in part. p. 195 ss.), una (ennesima) presa di posizione della Corte di giustizia sul punto non costituisce una mera affermazione di principio fine a se stessa ma, invece, un tassello quanto mai opportuno (forse necessario) per, innanzitutto, tentare di chiudere un contenzioso concreto che da troppo tempo oramai agita le corti nazionali e che, in ultima analisi e per quanto più decisamente (e con-

cretamente) rileva, attiene all'individuazione, la più precisa possibile, del contenuto dei diritti che l'ordinamento dell'Unione, per il tramite degli Stati membri, offre ai propri cittadini.

2. *Le risposte della Corte di giustizia ai quesiti pregiudiziali del Tar per la Puglia*

Alla luce di tali premesse e nel limitato approfondimento che tanto la collocazione editoriale di queste note quanto una prima lettura della pronuncia in questione consentono di svolgere, quali sono state, dunque, le risposte della Corte di giustizia ai quesiti pregiudiziali posti dal Tar per la Puglia? Nell'ordine seguito dai giudici di Lussemburgo (che non corrisponde all'ordine nel quale le domande erano state poste dal giudice del rinvio), essi hanno affermato che l'art. 12, parr. 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE non si applica unicamente alle concessioni di occupazione del demanio marittimo che presentino un interesse transfrontaliero certo; che l'art. 12, par. 1, di tale direttiva consente, alle competenti autorità degli Stati membri, di valutare la sussistenza dei suoi presupposti di applicazione (ovverosia, nel contesto che ci occupa, la "scarsità delle risorse naturali") combinando un approccio generale e astratto, a livello nazionale, con un approccio caso per caso, fondato su un'analisi del territorio costiero di volta in volta in questione; che la direttiva 2006/123/CE è conforme al diritto dell'Unione, in particolare alla luce dell'art. 94 del Trattato CE; che l'art. 12, parr. 1 e 2, di tale direttiva debbono considerarsi disposizioni produttive di effetti diretti e che l'eventuale conseguente obbligo di disapplicare disposizioni nazionali contrarie a esse incombe sia sui giudici nazionali che sulle autorità amministrative, incluse quelle comunali.

3. *L'irrilevanza dell'"interesse transfrontaliero certo", la verifica circa la sussistenza della "scarsità delle risorse naturali", la validità della direttiva 2006/123/CE*

Riguardo alla prima risposta, è noto come la nozione di "interesse transfrontaliero certo" sia stata, di fatto, concepita dalla Corte di giustizia, proprio nel contesto della disciplina degli appalti pubblici e delle concessioni (fra le prime affermazioni del criterio, sentenza della Corte del 13 novembre 2007, causa C-507/03, *Commissione c. Irlanda*, punto 29), per con-

sentire l'applicazione delle disposizioni del Trattato sul diritto di stabilimento e sulla libera prestazione dei servizi alle cosiddette situazioni puramente interne (sul tema, per tutti, A. ARENA, *Le "situazioni puramente interne" nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2019), vale a dire, secondo una formula ben consolidata degli stessi giudici di Lussemburgo, "fattispecie i cui elementi si collocano tutti all'interno di un solo Stato membro" (per tutti, ordinanza del 15 novembre 2022, causa C-260/21, *Corporate Commercial Bank*, punto 24). Non è, tuttavia, il caso, nel rinvio pregiudiziale in oggetto, originatosi nell'ambito di un ricorso, da parte dell'AGCM, volto all'annullamento di una delibera del Comune di Ginosa con la quale si comunicava ai concessionari di occupazione del demanio marittimo del territorio comunale che le loro concessioni sarebbero state prorogate *ex lege* (ai sensi dell'art. 1, commi 682 e 683, della legge n. 145/2018 e dell'art. 182 del d.l. del 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge del 17 luglio 2020, n. 77), di porsi il dubbio del rilievo transfrontaliero delle concessioni di cui si discute. Invero, già la pronuncia *Promoimpresa* (14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15), oltre che, naturalmente, la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia sul punto, avrebbe dovuto fugare le perplessità del giudice del rinvio in merito. La clausola in questione, infatti, deve ritenersi rilevante soltanto laddove ci si interroghi circa l'applicabilità del diritto primario dell'Unione, non certo quando a venire in gioco sia un atto di diritto derivato, come, in questo caso, la direttiva 2006/123/CE. Non esistono, cioè, più "situazioni puramente interne" laddove la disciplina della materia sia dettata, con finalità armonizzatrici, dall'Unione e, dunque, non ha alcun pregio domandarsi se, nella causa che ci occupa, le concessioni demaniali prorogate abbiano o meno un interesse transfrontaliero certo. Del resto, come anticipato, la sentenza *Promoimpresa* aveva introdotto e trattato tale tema soltanto "con [...] riserva" (punto 62), ovvero sia soltanto per fornire una risposta al giudice del rinvio che avesse ritenuto inapplicabile l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE e, dunque, applicabile il solo diritto primario.

La seconda risposta assume invece un significativo rilievo in quanto, effettivamente, volta a meglio precisare un profilo che, come appena implicitamente ricordato, il precedente *Promoimpresa* aveva, per così dire, lasciato in sospeso. Il dubbio del Tar per la Puglia riguarda, qui, la modalità con cui procedere all'accertamento dei presupposti di fatto per poter ritenere applicabile l'art. 12 della direttiva: a chi spetta e come deve essere condotta la verifica di trovarsi dinnanzi a quella "scarsità delle risorse" che per una data attività legittima – sensibile eccezione al regime ordinario – il

rilascio di un numero limitato di autorizzazioni al suo svolgimento? In quella sentenza la Corte aveva evidenziato come occorresse tenere in considerazione la circostanza per cui le autorizzazioni *de quibus* fossero rilasciate a livello comunale e non nazionale; una tale indicazione, secondo i giudici di Lussemburgo, era stata fornita per aiutare il giudice nazionale ad accertare la concreta sussistenza della “scarsità delle risorse” prevista dalla direttiva. Ora, invece, la Corte si sforza di essere più precisa sul punto e, soprattutto, offre rilevanti indicazioni, dal rilievo che va anche al di là della causa, in merito alla discrezionalità, che indubbiamente la direttiva concede agli Stati membri, da impiegare nella scelta dei criteri concretamente applicabili per accertare tale condizione preliminare. Significativo è, perciò, apprendere che una tale verifica possa essere condotta combinando insieme un approccio generale e astratto (a livello nazionale) e un approccio più specifico (caso per caso). Ciò in quanto, a parere dei giudici di Lussemburgo, una tale combinazione di criteri sarebbe “equilibrata e, pertanto, idonea a garantire il rispetto di obiettivi di sfruttamento economico delle coste che possono essere definiti a livello nazionale, assicurando al contempo l’appropriatezza dell’attuazione concreta di tali obiettivi nel territorio costiero di un comune” (AGCM *c. Comune di Ginosa*, punto 47). Ancor più rilevante, forse, è la prescrizione, ora di ordine più generale e coerente con la consolidata giurisprudenza della stessa Corte, secondo cui, “in ogni caso” (AGCM *c. Comune di Ginosa*, punto 48), e dunque, verrebbe da ritenere, qualsiasi siano i criteri di volta in volta adottati, essi debbano necessariamente fondarsi su “criteri obiettivi, non discriminatori, trasparenti e proporzionati” (*ibidem*). Si tratta, come ben noto, dei medesimi criteri (cui potremmo aggiungere la parità di trattamento e il mutuo riconoscimento) ai quali i giudici di Lussemburgo imponevano di subordinare la disciplina nazionale delle concessioni di servizi quando essa era soggetta al solo diritto primario (dunque agli articoli sul diritto di stabilimento e sulla libera prestazione dei servizi; *ex multis*, si veda sentenza della Corte del 7 dicembre 2000, causa C-324/98, *Telaustria Verlags e a.*); i medesimi criteri, del resto, che la stessa direttiva (all’art. 9) impone vengano osservati, in linea generale, nella disciplina, dettata dagli Stati membri, dei regimi di autorizzazione per l’accesso e/o l’esercizio di una data attività economica autonoma.

Per fornire la terza risposta al Tar per la Puglia, la Corte di giustizia deve affrontare un tema senz’altro di rilievo, per così dire, “costituzionale”, ovverosia quello della scelta del fondamento giuridico di un atto dell’Unione da parte del legislatore di diritto derivato. Il dubbio del giudi-

ce *a quo* consisteva nella circostanza per cui alla base della direttiva 2006/123/CE siano stati posti gli artt. 47, par. 2, e 55 del Trattato CE (attuali artt. 53 e 62 TFUE) e non l'art. 94 (attuale art. 115 TFUE). Quest'ultima disposizione, espressamente prevista per l'adozione di direttive "volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno", sarebbe stata, lascia intendere il giudice amministrativo italiano, più adeguata. Comportando essa una delibera del Consiglio all'unanimità e secondo la procedura legislativa speciale (con mera consultazione del Parlamento europeo), però, ne discenderebbe l'invalidità della direttiva 2006/123/CE, invece adottata sulla base delle due differenti basi giuridiche appena sopra menzionate e, dunque, con un voto a maggioranza qualificata del Consiglio. Premessi alcuni rinvii a principi consolidati della propria giurisprudenza, incentrati, in estrema sintesi, sulla necessità che a guidare il legislatore dell'Unione in tale difficile operazione debbano essere elementi quanto più possibile oggettivi, quali lo scopo e il contenuto dell'atto, e sulla circostanza per cui sia da ritenersi del tutto eccezionale prevedere per un atto una duplice base giuridica, decisione peraltro impossibile, come nel caso che qui occupa la Corte, qualora le basi giuridiche astrattamente impiegabili presentino procedure fra loro incompatibili, i giudici di Lussemburgo ritengono pienamente valida la direttiva. Avuto riguardo, infatti, al suo obiettivo principale, agevolare l'accesso alle attività non salariate e il loro esercizio, essa è senz'altro volta, come recita l'attuale art. 53, par. 1, TFUE, "al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative all'accesso alle attività autonome e all'esercizio di queste". La disposizione in parola, per di più, viene espressamente qualificata alla stregua di una norma speciale rispetto alla norma generale rappresentata dall'attuale art. 115 TFUE: correttamente, dunque, il legislatore della direttiva 2006/123/CE l'ha privilegiata.

4. *La riconosciuta diretta applicabilità dell'art. 12, parr. 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE e il conseguente obbligo di disapplicazione, anche per le amministrazioni comunali, delle disposizioni nazionali con tale articolo contrastanti*

La presa di posizione senz'altro più attesa della Corte di giustizia è quella che riguarda il quesito circa la possibilità di riconoscere efficacia di-

retta all'art. 12, parr. 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE. Come ben posto in evidenza (C. BURELLI, *Balneari. Dopo lo stop del Consiglio di Stato e il monito del Quirinale, in attesa della Corte di giustizia*, in *eublog.eu*, 31 marzo 2023), la risposta dei giudici di Lussemburgo assume un rilievo tanto più significativo per il fatto che, non essendosi ancora espressamente pronunciati in merito, è tale (forse) da porre definitivamente fine alla discordanza di voci registrata sul punto da parte dei differenti giudici nazionali.

Pare opportuno, a questo punto, tornare per un momento alle considerazioni di apertura di queste brevi note. Ciò eminentemente al fine di chiarire quella che potrebbe, a prima vista, suonare come una contraddizione nel ragionamento che qui si sta conducendo. Occorre, cioè, sottolineare, da un lato, che, alla luce della sua consolidata giurisprudenza, non v'erano concrete perplessità in merito a quanto, sul punto, avrebbe concluso la Corte di giustizia (ovverosia, come anticipato, che l'art. 12, parr. 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE debba ritenersi produttiva di effetti diretti negli ordinamenti nazionali); dall'altro lato, che, sulla base, essenzialmente, della *ratio* stessa dell'art. 267 TFUE, per quanto la citata conclusione dovesse ritenersi del tutto prevedibile non per questo motivo essa debba ritenersi superflua. Avviando il ragionamento proprio da quest'ultima considerazione, giova partire da un presupposto ben noto agli studiosi del diritto dell'Unione, vale a dire, secondo le parole della dottrina, "che eventuali effetti diretti di una direttiva non possono considerarsi propri di questa in quanto tale, ma solo di sue specifiche disposizioni, nella misura in cui le stesse presentino caratteristiche tali da potere essere concretamente applicate dal giudice dinnanzi al quale siano invocate" (così, R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2022, p. 155). Ne deriva, a partire dal celeberrimo caso *Van Duyn*, la necessità di "esaminare, caso per caso, se la natura, lo spirito e la lettera della disposizione di cui trattasi consentano di riconoscerle efficacia immediata nei rapporti fra gli Stati membri ed i singoli" (sentenza del 4 dicembre 1974, causa 41/74, punto 12). Richiedendosi, perciò, un esame, come ricordato, "caso per caso", si potrebbe ben affermare che, rispetto alla possibilità di riconoscere efficacia diretta a talune disposizioni di una direttiva, fino a quando tale possibilità non venga effettivamente messa alla prova da parte di un giudice – innanzitutto, come ovvio, del giudice nazionale di fronte al quale tali disposizioni sono invocate –, potrebbe essere ragionevolmente, più o meno s'intende, lecito dubitare che esse presentino tali caratteristiche. Giungiamo, allora, al primo dei profili più sopra accennati, quello relativo alla *ratio* della competenza in via pregiudiziale della Corte di giustizia. Per

quanto, a parere di chi scrive, una simile conclusione fosse pacificamente desumibile dalla lettera della disposizione in parola, ovviamente letta alla luce della consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, si conferma qui, se mai ve ne fosse stato davvero bisogno, l'assoluta centralità dell'istituto del rinvio pregiudiziale nell'ordinamento dell'Unione, "chiave di volta del sistema giurisdizionale istituito dai trattati" (così, sentenza della Corte del 6 ottobre 2021, causa C-561/19, *Consorzio Italian Management e a.*, punto 27), concepito com'è per assicurare un'interpretazione, e dunque una conseguente applicazione, uniforme del diritto dell'Unione in tutti gli Stati membri (per tutti G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE e F. FERRARO, vol. I, Napoli, 2021, p. 442). Ciò di cui si percepiva davvero la necessità, detto nel modo più semplice possibile, era l'esplicita presa di posizione da parte della Corte di giustizia intorno a un dubbio interpretativo che, lo si ribadisce, per quanto avesse ben poco motivo ragionevole di essere nutrito, pur tuttavia agitava, sotto traccia, la giurisprudenza di uno Stato membro e, soprattutto, consentiva, appunto fino a una inequivoca parola definitiva da parte dei giudici di Lussemburgo invitati a pronunciarsi in via pregiudiziale sul punto, pronunce fra loro discordanti. Come detto in apertura di queste brevi note, occorre infatti evidenziare come la necessità di disporre finalmente di tale evocata parola definitiva della Corte debba senz'altro motivarsi con il concreto contributo che essa porta, in piena coerenza con le finalità del rinvio pregiudiziale, alla definizione di una sorta di contenuto minimo e certo di diritti che, direttamente derivanti dalle disposizioni del mercato interno, persone fisiche e persone giuridiche degli Stati membri sono ora certi di poter invocare di fronte ai propri giudici nazionali.

Poste tali premesse, la sentenza del 20 aprile 2023 sancisce la diretta applicabilità sia dell'obbligo, per gli Stati membri, di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra potenziali concessionari, sia del divieto di rinnovare automaticamente un'autorizzazione rilasciata per una determinata attività. I giudici di Lussemburgo giungono a una tale conclusione applicando pedissequamente la propria giurisprudenza consolidata in tema di diretta applicabilità delle direttive (fra la giurisprudenza citata, *ex multis*, sentenza del 19 gennaio 1982, causa 8/81, *Becker*; in dottrina, per tutti, F. COSTAMAGNA, *Diritti fondamentali e rapporti tra privati nell'ordinamento dell'Unione europea*, Torino, 2022, p. 17 ss.). Nondimeno, con esplicito riferimento, in particolare, alla prima enunciazione, dunque all'obbligo per gli Stati membri di applicare una specifica procedura competitiva fra gli aspiranti concessionari (quanto al divieto di rinnovo au-

tomatico sarebbe, in effetti, sufficiente ricordare che l'art. 12 afferma inequivoco che "l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico"), la Corte offre significativi chiarimenti circa la possibilità di considerare fra loro non anti-tetici la riconosciuta diretta applicabilità delle disposizioni di una direttiva e la discrezionalità che, in ogni caso e pacificamente, residua, a partire proprio da quelle stesse disposizioni, in capo agli Stati membri in sede di attuazione di tale atto. Del tutto esplicitamente, infatti, essa riconosce che "anche se una direttiva concede agli Stati membri un certo margine di discrezionalità nell'adozione delle modalità della sua attuazione, tale circostanza non incide sul carattere preciso e incondizionato delle sue disposizioni qualora tale margine di discrezionalità non escluda che sia possibile determinare alcuni diritti minimi e che sia, quindi, possibile determinare la tutela minima che deve in ogni caso essere applicata" (*AGCM c. Comune di Ginosa*, punto 65). Assorbente risulta il riferimento alla nozione di "obbligo di risultato" (*AGCM c. Comune di Ginosa*, punto 64) che la direttiva porrebbe a carico degli Stati membri e la considerazione per cui un tale obbligo debba sempre essere considerato "preciso e assolutamente incondizionato" (*ibidem*) anche laddove, come detto, la direttiva lasci agli Stati membri un qualche margine di discrezionalità nella sua attuazione. Il ragionamento dei giudici di Lussemburgo è, dunque, chiarissimo. Per quanto, come del resto già riconosciuto pochi punti di motivazione più sopra dalla Corte stessa, l'attuazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE implichi l'esercizio di un certo margine di discrezionalità da parte degli Stati membri (a partire dall'individuazione del suo stesso presupposto di fatto e per giungere alle reale "costruzione" di un procedimento di selezione che soddisfi taluni criteri imposti dall'osservanza dei principi generali in tema di libertà economiche di circolazione nel mercato interno), l'obbligo di risultato è, a suo giudizio, chiaro, incondizionato e sufficientemente preciso; si tratta, in sostanza, dell'obbligo di prevedere un meccanismo di selezione imparziale e trasparente, esplicitamente qualificato come il "contenuto di tutela minima a favore dei candidati potenziali" (*AGCM c. Comune di Ginosa*, punto 67). In questa presa di posizione, verosimilmente, è da leggersi il più rilevante valore aggiunto della sentenza in esame.

Peraltro, particolarmente significativo risulta poi sottolineare che una tale presa di posizione, di ordine, per così dire, "costituzionale" non appaia isolata – neppure essa, verrebbe da dire – nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia. *Mutatis mutandis* (ma, del resto, fra i numerosi precedenti cui rinvia è la stessa sentenza *AGCM c. Comune di Ginosa* a far-

vi espresso riferimento) occorre ricordare come l'evocata diretta applicabilità di principi generali dell'ordinamento dell'Unione, come quello della proporzionalità delle sanzioni, faccia leva, nella sostanza, proprio su tale nozione di "obbligo di risultato". A fronte, cioè, delle perplessità manifestate dai giudici degli Stati membri in ordine alla effettiva possibilità di procedere alla disapplicazione di una disposizione interna perché in contrasto con un principio generale dell'ordinamento dell'Unione, perplessità motivata dal fatto di ritenere, nella sostanza, di non disporre davvero di una norma dell'ordinamento dell'Unione da applicare in luogo di quella nazionale, è appunto su considerazioni del tutto analoghe a quelle qui presentate che la Corte ha invece fondato un tale obbligo di disapplicazione. Nella pronuncia *NE* (8 marzo 2022, causa C-205/20; sia consentito il rinvio a D. DIVERIO, *Spetta al giudice nazionale valutare la proporzionalità delle sanzioni previste dalla disciplina del distacco disapplicando all'occorrenza le disposizioni di legge attuative della direttiva*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, II, 2022, pp. 382-390), in effetti, la Corte ricorda che se è vero che il principio della proporzionalità delle sanzioni "concede agli Stati membri un certo margine di discrezionalità nel definire il regime sanzionatorio applicabile in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate in attuazione della citata direttiva, un siffatto margine di discrezionalità trova i propri limiti nel divieto, enunciato in termini generali e inequivocabili da detta disposizione, di prevedere sanzioni sproporzionate" (punto 27). Sarebbe, perciò, proprio tale divieto, connotato dalle caratteristiche (richieste) della sufficiente determinatezza e incondizionalità, a rappresentare quell'"obbligazione di risultato[,]" precisa e assolutamente incondizionata quanto all'applicazione della regola da essa enunciata" (*NE*, punto 19), espressamente enunciata nella sentenza qui in commento come norma dal contenuto minimo direttamente applicabile (e, per analogia, si rinvia altresì a Corte costituzionale, 16 marzo 2022, n. 67; *ex multis*, S. FILIPPI, *Una inammissibilità che conferma l'impegno della Consulta nel dialogo con Lussemburgo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2022, pp. 2157-2166; B. NASCIMBENE, I. ANRÒ, *Primato del diritto dell'Unione europea e disapplicazione. Un confronto fra Corte costituzionale, Corte di Cassazione e Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale*, in *giustiziainsieme.it*, 31 marzo 2022).

Naturalmente, come già avvenuto in occasione di precedenti particolarmente illustri (si veda, ad esempio, seppure con riferimento al diritto primario dell'Unione, sentenza del 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e a.*, punto 41), la Corte di giustizia non manca di precisare che tut-

to il ragionamento fin qui ricordato, che ha consentito di concludere nel senso di riconoscere diretta applicabilità all'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, non esime certamente il legislatore italiano dall'obbligo di rispettare il contenuto della disciplina che tale art. 12 pone e, in una parola, di garantire dunque il recepimento effettivo di tale disposizione della direttiva nell'ordinamento giuridico interno. Ecco, come si anticipava all'inizio di queste brevi note, un ulteriore (o l'unico) livello, tuttavia minimo, di lettura della sentenza in parola. Pur nel contesto di un rinvio pregiudiziale e pur avendo dissipato ogni dubbio in capo al giudice di tale rinvio circa la possibilità, nella sostanza, di garantire che il contenuto minimo della direttiva, nella parte che qui viene in rilievo, trovi applicazione attraverso (come appunto si dirà esplicitamente) la disapplicazione del regime interno incompatibile con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, la Corte certifica, per così dire, l'inadempimento continuato dello Stato italiano, concretizzatosi non soltanto in una sua inerzia nella traduzione, nel proprio ordinamento, dei principi contenuti in tale art. 12 ma anche nella previsione di una normativa pacificamente in contrasto con questi ultimi.

Anche per l'ultima risposta resa dalla Corte di giustizia, si conferma, forse addirittura accentuandosi, l'impressione di *déjà-vu* che, come si anticipava, ha accompagnato l'intera lettura della pronuncia in commento. I giudici di Lussemburgo possono infatti limitarsi a rinviare al proprio precedente *Fratelli Costanzo c. Comune di Milano* (22 giugno 1989, causa 103/88) per rispondere al Tar per la Puglia che "l'obbligo di disapplicare le disposizioni nazionali contrarie [all'obbligo e al divieto previsti dall'art. 12, parr. 1 e 2 della direttiva 2006/123/CE] incumb[e] ai giudici nazionali e alle autorità amministrative, comprese quelle comunali" (*AGCM c. Comune di Ginosa*, punto 79). In quell'occasione, essi avevano del resto affermato molto chiaramente che sarebbe "contraddittorio statuire che i singoli possono invocare dinanzi ai giudici nazionali le disposizioni di una direttiva [direttamente applicabile], 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 ad esse non conformi", concludendo perciò che a un tale obbligo fossero da ritenersi tenuti "tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, come i comuni" (*Fratelli Costanzo c. Comune di Milano*, punto 31). Il precedente era, dunque, ben noto ma la precisazione (per quanto in forma di ripetizione) è nondimeno utile posto che, in occasione di *Promoimpresa*, la Corte aveva espressamente affermato che, in quella specifica situazione, spettasse al giudice nazionale verificare la sussi-

stenza dei requisiti preliminari per poter ritenere applicabile l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. Rispondendo qui al giudice del rinvio, essa intende fugare ogni dubbio in merito al fatto che un tale obbligo incomba, in linea generale, su qualsiasi organo debba applicare l'art. 12 della direttiva, dunque anche quello amministrativo, esplicitamente tenuto infatti a garantire, in forza di tale disposizione, "una procedura di selezione tra i candidati potenziali e [...] tutte le condizioni previste da detta disposizione [...] disapplicando, se del caso, le norme del diritto nazionale non conformi" (AGCM c. *Comune di Ginosa*, punto 78).

5. *Considerazioni conclusive: il quesito pregiudiziale rimasto senza risposta*

Quella resa lo scorso 20 aprile appare, in definitiva, una sentenza opportuna perché ha chiarito in modo definitivo gli aspetti sui quali si è pronunciata; sebbene si tratti di profili sui quali si poteva ben immaginare quale potesse essere la posizione della Corte di giustizia. Nondimeno, resta appunto molto rilevante l'affermazione della diretta applicabilità dell'art. 12, parr. 1 e 2 della direttiva 2006/123/CE; una presa di posizione già ricavabile (pacificamente, a parere di chi scrive) dalla pronuncia *Promoimpresa* ma che, effettivamente, non essendo stata in quell'occasione espressamente sancita poteva considerarsi una sorta di poco chiaro e dunque equivoco 'non detto'. Parimenti, qualche preziosa indicazione è stata fornita in merito al contenuto (e alla modalità di esercizio) della discrezionalità che tale art. 12 concede alle competenti autorità degli Stati membri in ordine all'individuazione delle sue stesse premesse fattuali.

Qualche perplessità, semmai, si appunta sulla circostanza per cui la Corte non abbia preso esplicita posizione intorno all'argomento, di fatto, più cavalcato nel contesto nazionale per opporsi alla piena applicazione di tale disposizione della direttiva e addivenire a una riforma della disciplina in parola in senso conforme al diritto del mercato interno dell'Unione. Il vero e proprio, se è consentito così definirlo, elefante nella stanza (o per meglio dire, qui, ... sulla spiaggia) che il giudice del rinvio porta apertamente allo scoperto nella sua ultima (la nona) questione pregiudiziale, rappresentato dagli effetti più venalmente concreti che scaturirebbero dalla, ormai apertamente riconosciuta, diretta applicabilità dell'art. 12, parr. 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE. Il Tar per la Puglia si domanda, infatti, se in applicazione di tale ultima disposizione si verifichi l'effetto, in costanza dell'art. 49 del Codice della Navigazione (ai sensi del quale all'atto di ces-

sazione della concessione “tutte le opere non amovibili restano acquisite dallo Stato senza alcun compenso o rimborso”), di recare attentato al diritto fondamentale di proprietà e, più in particolare, all’art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione. Appare del tutto chiaro quale sia il dubbio del giudice del rinvio: l’obbligo di disapplicazione potrebbe, a sua volta, ritenersi da disapplicare (dunque non operante) in considerazione del fatto che esso stesso determinerebbe, in concreto, un’illegittima lesione di un diritto fondamentale al quale lo stesso ordinamento dell’Unione garantisce tutela.

Come detto, la Corte di giustizia non risponde alla nona questione pregiudiziale prospettata ritenendo che il giudice italiano non le abbia davvero esposto tutti gli elementi di fatto e di diritto che caratterizzano la situazione concreta sorta dinnanzi a esso. La controversia, a parere dei giudici di Lussemburgo, riguarda infatti la proroga delle concessioni e non già la questione del diritto del concessionario uscente a un qualche genere di compenso per le opere inamovibili che esso abbia edificato sul terreno avuto in concessione. Appare tuttavia piuttosto evidente come i due profili siano strettamente connessi e consequenziali l’uno all’altro. Non occorre, neppure in questo caso, possedere particolari doti predittive, dunque, per prevedere fin da ora, in tempi probabilmente anche molto brevi, un nuovo rinvio pregiudiziale che, in maniera più circostanziata sul punto questa volta, sollevi espressamente (e solo) la questione della tutela che l’ordinamento dell’Unione intenda concretamente accordare al concessionario uscente (e al suo diritto fondamentale di proprietà) in conseguenza della disapplicazione della norma interna incompatibile con la direttiva 2006/123/CE.

THE WINDSOR FRAMEWORK:
A STEP FORWARD MORE STABLE EU-UK RELATIONS?

Jasmine Faudone*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Movement of goods. – 3. The Stormont Brake: a break in the storm? – 4. Conditions and procedure to trigger the Stormont Brake. – 5. Main legal issues of the Stormont Brake. – 6. Conclusions.

1. *Introduction*

On 27 February 2023, UK Prime Minister Rishi Sunak and the President of the European Commission Ursula von der Leyen reached a political agreement to overcome the deadlock surrounding the Ireland/Northern Protocol. The ‘Windsor Framework’, named after Windsor Park, where the meetings took place, is a set of joint solutions made of several documents from political declarations to legal acts to be implemented, covering the arrangements on customs, agri-food, medicines, VAT, and the application of EU Law in Northern Ireland (NI). The main document of the Windsor Framework is the EU-UK Joint Committee decision adopted on 24 March 2023, amending the Ireland/Northern Ireland Protocol. It is worth reminding that the EU-UK Joint Committee is a body established by the Art. 164 - Part VI ‘Institutional and Final Provisions’ of the Withdrawal Agreement (WA), and it is responsible of its implementation. It is composed by EU and UK representatives, and the decisions taken by mutual consent are legally binding as the WA. This short comment will first analyze the provisions regarding the movement of goods. Then it will move to the main innovation of the agreement, namely the ‘Stormont Brake’, questioning its effectiveness. Finally, it will reflect on the Windsor Framework’s effect on the long-term EU-UK relationship.

2. *Movement of goods*

Concerning the movement of goods, it is worth recalling the provi-

* Ph.D Candidate at the DCU Dublin City University Affiliated with the DCU Brexit Institute - 4 maggio 2023.

sions already contained in the Ireland/Northern Ireland Protocol (below NI Protocol) in articles 4-6. Art. 4 of the NI Protocol establishes that Northern Ireland is part of the customs territory of the United Kingdom, meaning that the UK can include NI in the territorial scope of any agreement it may conclude with third countries. Art. 5 NI Protocol regulates trade between NI and Great Britain (GB) and vice versa. The movement between NI and GB poses *nulla questio*, and those goods are not subject to customs duties. On the contrary, the movement from GB to NI was subject to customs duties if and when the goods were at risk of entering the European Union (EU). The NI Protocol had left this asymmetry in trade, creating *de facto* a border in the Irish Sea and leaving the burden to further define the technicalities to the Joint Committee. Finally, art. 6 establishes the protection of the UK internal market.

The Windsor Framework did not substantially alter these provisions. Instead, the approach adopted for the movement of goods is more practical and attempts to meet the needs of businesses and companies. The most significant part of the Joint Committee decision, indeed, regards the reduction of checks on goods going from Great Britain to Northern Ireland to fill the gaps left by article 5 NI Protocol and remove the border in the Irish Sea. The Windsor Framework sets up arrangements for a UK internal market system, the so-called 'green lane' for internal trade, relieving goods being sold in Northern Ireland from paperwork, checks, and duties. In simple terms, traders will declare whether goods are being sold in Northern Ireland or in the Republic of Ireland. In the first case, the goods will go through the 'green lane', with the minimum documents needed. On the contrary, goods being exported in the Republic of Ireland will go through a 'red lane', and trade moving into the EU will be subject to third-country processes and requirements. On closer inspection, this system is reminiscent of the one previously established by the Northern Ireland Protocol. The main novelty, and one capable of making trade traffic smoother, would therefore be the exchange of real-time trade data, which the parties will share to avoid smuggling in the Irish Sea. Article 6 (2) was also amended without substantive alteration. It was added: *'This includes specific arrangements for the movement of goods within the United Kingdom's internal market, consistent with Northern Ireland's position as part of the customs territory of the United Kingdom under this Protocol, where the goods are destined for final consumption or final use in Northern Ireland and where the necessary safeguards are in place to protect the integrity of the Union's internal market and customs union'*, which is nothing more than a

specification. Although the changes made are not substantive in nature, the Windsor Framework was nonetheless welcomed by both the EU and the UK Parliament, which considered it a victory for protecting the integrity of the UK market.

3. *The Stormont Brake: a break in the storm?*

As mentioned before, the Windsor Framework's adoption was welcomed positively despite the lack of substantive changes, as it represents a break of the political stalemate surrounding the Northern Ireland Protocol. However, on the other hand, its main development, the so-called Stormont Brake, caused debate as to its effectiveness.

The Stormont Brake will enable members of the devolved Northern Ireland Assembly (which meets at Stormont) to initiate a procedure that could delay or even block the entry into force of EU Single Market rules in Northern Ireland. Its purpose is to alleviate the perceived "democratic deficit" in Northern Ireland, wherein the territory is subject to EU rules without having a democratic input into the making of those rules. The inclusion of the Stormont Brake in the Windsor Framework was intended to entice the political parties in Northern Ireland – and in particular the Democratic Unionist Party (DUP) – to restore the Stormont Assembly and the Northern Ireland executive, which are currently suspended.

Article 13 (3) of the Northern Ireland (NI) Protocol states that 'when this Protocol refers to a European Union act, that reference shall be read as referring to that European Union act as amended or replaced'. Article 13 (4) of the NI Protocol refers to the adoption of new legislation by the EU. In that case, the Union shall inform the UK of the adoption of such new legislation within the Joint Committee. The parties can request to have an exchange of views within the Joint Committee, within 6 weeks of its adoption. The new Stormont Brake, in fact, adds an exception to Article 13 (3) of the NI Protocol. The United Kingdom may block the application of an amended or replaced European Union act by notifying the Joint Committee that it has activated the procedure. It is therefore an emergency measure and triggers a suspension of the application of the amended or replaced EU act. However, the procedure's initiation requires compliance with certain criteria, both substantive and formal. First of all, the United Kingdom has to meet the two months deadline - from the publication of the act - to notify the Joint Committee. Second, the notification must be

accompanied by a detailed substantial and procedural explanation. In other words, the UK must make clear the reason behind the procedure's activation, how the assessment was conducted, and the steps followed to trigger the Stormont Brake. The EU representatives sitting in the Joint Committee can request further explanation within two weeks.

4. *Conditions and procedure to trigger the Stormont Brake*

What is the rationale behind this emergency measure? The image below represents the dual path that is available. Indeed, the Stormont Brake can be activated if:

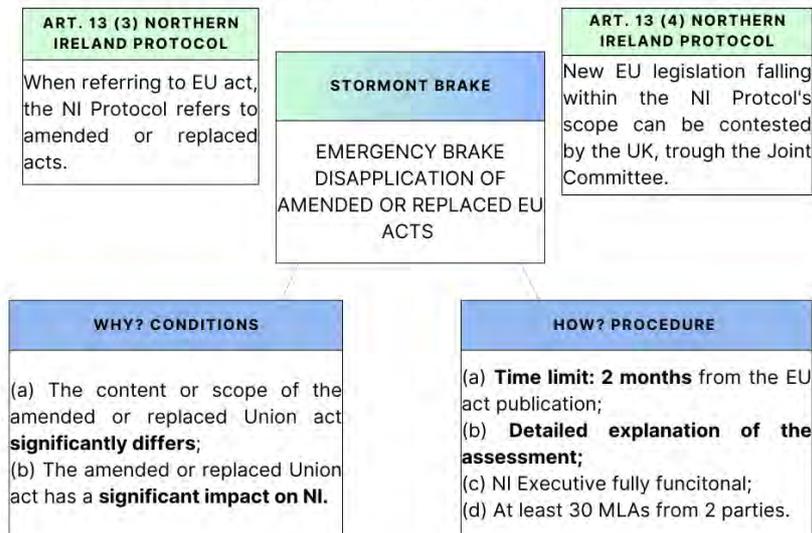
(a) the content or scope of the European Union act as amended or replaced by the specific European Union act significantly differs, in whole or in part, from the content or scope of the European Union act as applicable before being amended or replaced; and

(b) the application in Northern Ireland of the European Union act as amended or replaced by the specific European Union act, or of the relevant part thereof as the case may be, would have a significant impact specific to everyday life of communities in Northern Ireland in a way that is liable to persist.

The Stormont Brake can be activated if the conditions (a) and (b) met, but only in relation to the part of the European Union act amended or replaced interested by (a) and (b), meaning that the rest of the European Union act shall apply. The procedure is activated within the Joint Committee with a number of additional conditions. The mechanism can be activated only if the NI Executive is fully functional. The Executive should be in place, with a First Minister (FM) and a Deputy First Minister in regular session. Members of the Legislative Assembly (MLAs) should act in good faith, including in the appointment of the FM. The minimum threshold is an activation by thirty MLAs (out of a total of ninety in the Assembly) from at least two parties (excluding speakers and deputy speakers). They have to demonstrate that they considered other options prior such activation, including the consultation of the social parties.

At this point, the NI Assembly notifies the UK, which then notifies the EU.

Stormont Brake



5. Main legal issues of the Stormont Brake

As noted above, the main legal issues for applying the Stormont Brake are related to both its scope of application and its procedure. In terms of scope of application, the Stormont Brake refers to *amended or replaced* European Union acts. Article 13 (4) of the NI Protocol, on the other hand, refers to *new* EU legislation. Moreover, Art. 13 (4) NI Protocol establishes that the UK can object to new EU legislation falling within the NI Protocol scope for *any reason* – meaning without any impact assessment on Northern Irish communities, in contrast with the Stormont Brake provision. The issue is therefore to distinguish what is new and what is amended or replaced. Furthermore, the main legal issues will surely arise from the grey area: for example, how to consider European legislation that is primarily new but only amends some provisions of existing legislation? (S. PEERS, *Just Say No? The New Stormont Brake in the Windsor Framework*, in *EU Law Analysis*, March 2023). Moreover, it is not clear what ‘significant impact on the Northern Irish communities’ means.

Finally, in terms of procedure, the Stormont Brake raises concerns about its actual applicability (D. ALLEN GREEN, *Is the Stormont Brake an Instrument or an Ornament? And Does It Matter?*, in *the Law and Policy Blog*, March 2023). Even though the time limit - two months after the adoption of the EU act to activate the procedure – seems reasonable, the

requirements related to the NI Executive and to the Members of the NI Legislative Assembly might be difficult to meet. Those criteria imply political stability and the perfect functioning of the power sharing mechanism established by the Belfast/Good Friday Agreement, factors that have faltered in Northern Ireland precisely because of Brexit.

All these issues lead to questioning the effectiveness of Stormont Brake. On the one hand, the Stormont Brake certainly represented a break in the political stalemate surrounding the NI Protocol but, on the other hand, it remains to be seen how it can pass the test of practical implementation, and any future political storms (J. FAUDONE, *Stormont Brake: a break in the storm?*, in *Brexit Institute Blog*, April 2023).

6. Conclusions

In conclusion, could adopting the Windsor Framework be expected to lead to more stable EU-UK relations in the medium-long term? The fact that not precisely substantive changes have been met with so much political favor would lead one to say yes. However, it is impossible not to notice the asymmetry between politics and the law of the Windsor Framework. It certainly is a break from the political stalemate of recent years, but it remains to be seen if it will really succeed in bringing clarity to practical challenges. For instance, from a legal perspective, it is difficult to predict how the practical implementation will play out or how any legal and practical snags will be resolved. Furthermore, if there are legal snags, the risk that these could create political deadlock again cannot be entirely excluded. The most cautious approach is to welcome this as a positive step in having unblocked the political relationship between the EU and the UK while remaining vigilant on both the implementation of the legal aspects and the stability of the EU-UK relationship. From a political point of view, the question to ask is not whether the Windsor Framework will enable a more fruitful relationship between the EU and the UK. Instead, it might be wondered how long it will last before a new wave of instability in British politics sweeps it away. At the moment, PM Sunak achieved the adoption of the Windsor Framework with a large majority in the House of Commons (I. COOPER, *The Windsor-Westminster Split-Screen Drama*, in *Brexit Institute Blog*, March 2023). Sunak strongly wanted the UK Parliament to have a say, although it was optional for this type of act. It is a remarkable result, in the novelty of Brexit, without any doubt. Sunak has the merit to

have generated a wave of positivity in EU-UK relations from the beginning of its appointment. However, it may be too soon to salute British political stability. Moreover, it could be argued that tying the overcome of internal political division to a single political figure, albeit the PM, is a double-edged sword. If we accept the narrative that a step forward has been made thanks to a single political figure, we should be ready to face the consequences once his consent shifts.

In conclusion, the Windsor Framework is to be welcomed more for its political weight than for the legal changes that have been made. It is a step toward a more fruitful relationship between the EU and the UK, but its stability still looks pretty fragile.

“AUTONOMIA RIMEDIALE” DEGLI STATI MEMBRI
VS. EFFETTIVITÀ DELLA PROTEZIONE GIURISDIZIONALE:
CONSIDERAZIONI A MARGINE DELLA SENTENZA IG
NELLA CAUSA C-289/21

Alessandra Favi*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I fatti all’origine del rinvio pregiudiziale. – 3. La pronuncia della Corte e il rispetto del principio di effettività – 4. “Effettività rimediale” alla luce della tutela perseguita dal singolo. – 5. Brevi considerazioni finali.

1. *Introduzione*

La sentenza *IG*, resa dalla Corte di giustizia il 24 novembre 2022 (causa C-289/21), si inserisce nel quadro dei delicati rapporti tra la c.d. “autonomia rimediale” degli Stati membri e i limiti posti a tale autonomia dal diritto dell’Unione (*ex multis*, A. ALBORS-LLORENS, *The Asymmetrical Impact of Article 47 of the Charter on National and EU Remedies*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford, 2021, pp. 1735 e 1756).

Infatti, la sentenza in esame si colloca nella scia delle pronunce della Corte relative alla necessità che esista a livello nazionale un rimedio giurisdizionale che permetta ai singoli di far valere le posizioni giuridiche loro attribuite dal diritto dell’Unione. In questo senso, si può fare riferimento alla c.d. “autonomia rimediale” degli Stati membri, la quale si concretizza nella discrezionalità lasciata agli ordinamenti nazionali nel definire il sistema di rimedi giurisdizionali più idoneo ad assicurare una tutela giurisdizionale effettiva ai sensi del diritto dell’Unione (si veda, a tal proposito, la distinzione operata da W. VAN GERVEN, *Of Rights, Remedies and Procedures*, in *Common Market Law Review*, 2000, pp. 501-536). Tale autonomia non è tuttavia assoluta e la valutazione dell’idoneità, in concreto, del rimedio ad assicurare la tutela delle posizioni soggettive derivanti dal diritto dell’Unione avviene, sin dalle sentenze della Corte *Rewe* (del 16 dicembre

* Assegnista di ricerca in Diritto dell’Unione europea, Università degli Studi di Firenze – 3 febbraio 2023.

1976, causa 33/76) e *Comet* (sentenza del 16 dicembre 1976, causa 45/76), attraverso il test costituito dai principi di effettività e di equivalenza, a cui si è aggiunto successivamente il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, dapprima sancito dalla Corte di giustizia come principio generale ed ora enunciato dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ("Carta"), rubricato "Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale" e riaffermato all'art. 19, par. 1, comma secondo TUE, che pone un obbligo in capo agli Stati membri di stabilire "i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione" (*ex multis*, S. PRECHAL, *The Court of Justice and Effective Judicial Protection: What has the Charter changed?*, in C. PAULUSSEN ET AL. (eds.), *Fundamental Rights in International and European Law*, The Hague, 2016, p. 143 ss.; R. WIDDERSHOVEN, *National Procedural Autonomy and General EU Law Limits*, in *Review of European Administrative Law*, 2019, pp. 5-35).

Nel valutare, in particolare, il rispetto del principio di effettività, la Corte ha tradizionalmente preso in esame l'ipotesi in cui esista, nell'ordinamento giuridico dello Stato membro, un ricorso diretto in via principale a contestare la conformità della normativa nazionale con il diritto dell'Unione e, d'altro lato, l'ipotesi in cui un tale rimedio non esista, e sia necessario valutare la sussistenza di ricorsi incidentali che permettano al singolo di ottenere il medesimo risultato.

Nella sentenza *IG*, la Corte non si discosta da tale ragionamento ma sembra porre particolare attenzione all'idoneità di tali rimedi, principali o incidentali, a permettere al ricorrente di conseguire, concretamente, la tutela perseguita nel presentare il ricorso di diritto interno. L'esame così svolto porta quindi ad interrogarsi sui rapporti tra i diversi principi coinvolti, in particolare su come il principio di effettività sia interpretato e applicato dalla Corte in maniera funzionale ad assicurare il diritto fondamentale dei singoli, sancito dall'art. 47 della Carta, a disporre di un rimedio effettivo, a cui corrisponde l'obbligo discendente dall'art. 19, par. 1, comma secondo, TUE per gli Stati membri di apprestare rimedi idonei a garantire l'osservanza di tale diritto.

In tale contesto, saranno inizialmente analizzati i fatti all'origine del rinvio pregiudiziale (sezione 2), per poi soffermarsi sul ragionamento della Corte (sezione 3). Questo permetterà di valutare i rapporti tra il principio di effettività e il diritto fondamentale a un ricorso effettivo, anche alla luce della giurisprudenza precedente della Corte (sezione 4). Seguiranno alcune riflessioni conclusive sulle ricadute di una tale ricostruzione rispetto al giu-

dizio nazionale, relativo alla responsabilità risarcitoria dello Stato membro per il danno derivante da una sentenza pronunciata da un organo giurisdizionale nazionale di ultima istanza (sezione 5).

2. *I fatti all'origine del rinvio pregiudiziale*

I fatti all'origine del rinvio pregiudiziale appaiono complessi e riguardano due diversi - ma strettamente connessi - ricorsi presentati da una persona fisica, IG, davanti all'autorità giurisdizionale della Bulgaria. Inizialmente, infatti, IG presentava ricorso davanti alla Corte suprema amministrativa bulgara al fine di far pronunciare l'annullamento di una normativa regolamentare nazionale per contrasto con una direttiva dell'Unione in materia energetica (direttiva 2012/27). Il giudice accoglieva il ricorso e annullava la disposizione nazionale in questione con la motivazione che quest'ultima non consentiva di realizzare l'obiettivo della direttiva.

In pendenza dell'appello presentato dal Ministro dell'Energia bulgaro avverso tale sentenza, il legislatore nazionale aveva tuttavia modificato la normativa in questione, abrogando la disposizione controversa. Ciò aveva comportato che la Corte suprema amministrativa, investita dell'appello in una differente composizione, aveva ritenuto che non vi fosse più luogo a statuire, dato che la controversia davanti ad essa pendente era divenuta priva di oggetto. Infatti, secondo quanto affermato da tale giudice, nel diritto processuale bulgaro, la possibilità di presentare un ricorso di annullamento contro atti regolamentari nazionali, come nel caso di specie, era limitata a quelli vigenti e non concerneva quelli che erano stati modificati o abrogati. La lettera della norma, tuttavia, faceva espresso riferimento ai soli casi in cui l'autorità amministrativa avesse *revocato* l'atto amministrativo o adottato l'atto la cui adozione era stata denegata, quali ipotesi in cui la Corte suprema amministrativa avrebbe potuto annullare, in quanto viziata da irregolarità procedurale, la decisione giudiziaria resa in relazione a tale atto o a tale diniego, così ponendo fine al procedimento. La decisione resa in appello era in seguito divenuta definitiva.

Ritenendo che tale applicazione della normativa procedurale bulgara da parte del giudice nazionale lo avesse privato del suo diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, garantito dall'art. 47 della Carta, “nonché del diritto di beneficiare dei principi di effettività e di equivalenza” (sentenza *IG, cit.*, punto 19), IG presentava ricorso, davanti al Tribunale amministrativo bulgaro, per il risarcimento dei danni derivanti dalla sentenza resa in appel-

lo dalla Corte suprema amministrativa. Il ricorrente contestava, in particolare, la fondatezza della giurisprudenza della Corte suprema amministrativa, secondo la quale la modifica di un atto regolamentare era equiparabile alla sua revoca ai sensi della disposizione processuale bulgara, con la duplice conseguenza che, da un lato, la pronuncia di primo grado con cui si annullava l'atto in contrasto con il diritto dell'Unione aveva potuto essere annullata in appello e che, dall'altro lato, gli effetti dell'atto nazionale avevano continuato a prodursi nel periodo tra la sua entrata in vigore e la sua successiva abrogazione. La Corte suprema amministrativa sosteneva, per parte sua, che il diritto processuale bulgaro permetteva al giudice dinanzi al quale era stato proposto un ricorso per risarcimento danni, di accertare incidentalmente l'illegittimità di un atto rispetto al diritto dell'Unione. In questo modo, secondo la Corte suprema amministrativa, sarebbe stato comunque assicurato il diritto del ricorrente a una tutela giurisdizionale effettiva.

Il Tribunale amministrativo, chiamato a conoscere dell'azione in risarcimento dei danni contro lo Stato membro, aveva quindi deciso di sospendere il procedimento e rivolgersi alla Corte di giustizia in via pregiudiziale al fine di chiarire, in sostanza, se il sistema rimediale predisposto dall'ordinamento bulgaro fosse compatibile con il diritto dell'Unione.

3. *La pronuncia della Corte e il rispetto del principio di effettività*

La Corte, dopo aver dichiarato ricevibili le questioni sollevate dal giudice del rinvio, prende in esame l'interpretazione dell'art. 47 della Carta, nonché dei principi di effettività e di equivalenza, nel contesto di un ordinamento di uno Stato membro in cui una norma procedurale interna consideri la controversia priva di oggetto, cosicché non vi sia più luogo a statuire, qualora una disposizione di diritto interno, oggetto di un ricorso di annullamento per contrarietà al diritto dell'Unione, sia abrogata.

La Corte ricorda innanzitutto la sua giurisprudenza (sentenza del 13 marzo 2007, *Unibet*, causa C-432/05), in base alla quale il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, ora garantito dall'art. 47 della Carta, "non richiede, in quanto tale, l'esistenza di un ricorso autonomo diretto, in via principale, a contestare la conformità di disposizioni nazionali alle norme del diritto dell'Unione, purché esistano uno o più rimedi giurisdizionali che consentano, in via incidentale, di garantire il rispetto dei diritti che spettano ai singoli in forza del diritto dell'Unione" (sentenza *IG, cit.*, punto 34). In

questo senso, la Corte aveva anche già riconosciuto che il principio della responsabilità dello Stato membro per i danni causati ai singoli da violazioni del diritto dell’Unione (per la prima volta affermato nella sentenza della Corte del 19 novembre 1991, *Francovich*, cause riunite C-6/90 e C-9/90) potesse costituire un rimedio incidentale efficace a garantire la tutela giurisdizionale effettiva dei diritti derivanti dal diritto dell’Unione.

Nel caso di specie, tuttavia, la Corte sottolinea come, nell’ordinamento bulgaro, esista invece un rimedio autonomo, diretto specificamente a chiedere l’annullamento della disposizione nazionale in ragione, tra l’altro, della non conformità della stessa con il diritto dell’Unione, prevedendo al contempo che, “in caso di successiva abrogazione di tale disposizione, il ricorso di annullamento eventualmente proposto è considerato privo di oggetto, cosicché non vi è più luogo a statuire su quest’ultimo” (sentenza *IG, cit.*, punto 36).

Come già accennato in precedenza, perché una normativa nazionale possa essere ritenuta compatibile con il diritto dell’Unione e, in particolare, sia considerata in grado di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva, deve rispettare in primo luogo il principio di equivalenza, il quale impone che le modalità processuali dei ricorsi giurisdizionali di diritto interno intesi a garantire la tutela delle posizioni soggettive derivati dal diritto dell’Unione non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe assoggettate al diritto interno. Nel caso di specie, la Corte rileva che la disposizione procedurale bulgara non è applicabile esclusivamente ai ricorsi di annullamento di disposizioni in contrasto con il diritto dell’Unione, pertanto essa appare conforme al principio di equivalenza, cosa che spetta in ogni caso al giudice del rinvio verificare (sentenza *IG, cit.*, punti 39 e 40).

La Corte invece sofferma maggiormente l’attenzione sull’analisi relativa al principio di effettività, il cui rispetto richiede che le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intese a garantire la tutela delle posizioni soggettive derivanti dal diritto dell’Unione non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio di tali posizioni giuridiche.

La Corte innanzitutto distingue tra gli effetti giuridici che derivano dall’abrogazione o dall’annullamento di una norma nazionale contraria al diritto dell’Unione. Da un lato, infatti, l’abrogazione “produce effetti solo per il futuro (*ex nunc*), cosicché essa non rimette in questione il carattere acquisito degli effetti giuridici prodotti dalla disposizione abrogata su situazioni esistenti (sentenza *IG, cit.*, punto 42); dall’altro lato, l’annullamento di una disposizione nazionale opera retroattivamente (*ex tunc*) “a decorrere, in linea di principio, dalla data della sua adozione, co-

sicché gli effetti prodotti da quest'ultima su situazioni esistenti vengono meno a partire dalla stessa data" (sentenza *IG, cit.*, punto 42).

In tale contesto, la Corte si sofferma quindi sulle ricadute che una tale ricostruzione presenta rispetto alla tutela perseguita dal ricorrente attraverso il ricorso di annullamento iniziale. In una prima ipotesi, infatti, la Corte esclude la violazione del principio di effettività, qualora il ricorrente, attraverso il ricorso in annullamento, "mirasse soltanto ad ottenere che la disposizione contestata non produca, in futuro, effetti giuridici che esso considera pregiudizievoli, mentre gli eventuali effetti già prodotti dalla stessa disposizione non lo riguardano" (sentenza *IG, cit.*, punto 44). In questo caso, secondo la Corte, il rispetto del principio di effettività non imporrebbe al giudice nazionale investito del ricorso di annullamento contro la disposizione abrogata di statuire sul merito della controversia, in quanto il ricorrente avrebbe già ottenuto il risultato che intendeva raggiungere.

La seconda ipotesi presa in esame dalla Corte riguarda invece il caso in cui il ricorrente miri ad ottenere anche l'annullamento degli effetti giuridici derivanti dall'applicazione della disposizione contraria al diritto dell'Unione e che gli arrechino pregiudizio. In questo caso, infatti, la mera abrogazione della norma controversa non avrebbe come conseguenza il venir meno degli effetti passati e, pertanto, "l'applicazione, in una simile situazione, di una disposizione procedurale nazionale in forza della quale viene posta fine alla controversia in quanto è divenuta priva di oggetto, può privare il richiedente di una tutela giurisdizionale effettiva" (sentenza *IG, cit.*, punto 46).

La valutazione del rispetto del principio di effettività viene quindi svolta dalla Corte alla luce degli obiettivi perseguiti dai singoli attraverso i ricorsi a loro disposizione nell'ordinamento nazionale. Pertanto, secondo la Corte, dichiarare che, in caso di abrogazione della norma nazionale contraria al diritto dell'Unione, il ricorso di annullamento è stato privato di oggetto e non vi è più luogo a statuire, "senza che il ricorrente possa dimostrare che, nonostante tale abrogazione, egli conserva un interesse all'annullamento di detta disposizione può rendere *eccessivamente difficile* l'esercizio dei dritti conferiti a tale ricorrente dal diritto dell'Unione" (sentenza *IG, cit.*, punto 52, corsivo aggiunto).

La Corte, in seconda battuta, valuta anche gli altri rimedi a disposizione nell'ordinamento bulgaro, quale l'azione per risarcimento danni, che possono contribuire, in via incidentale, ad assicurare la tutela giurisdizionale effettiva dei singoli in quanto permettono al giudice di pronunciarsi sul contrasto della disposizione nazionale controversa con il diritto dell'Unione.

Tuttavia, la Corte rileva come, dal punto di vista del risultato perseguito dal ricorrente, i due rimedi dell’annullamento e del risarcimento non possano essere considerati equivalenti. Infatti, secondo la Corte, “non si può escludere che un singolo che si ritenga leso dagli effetti derivanti dall’applicazione di una disposizione nazionale asseritamente contraria a una direttiva, decida, al fine di eliminare tali effetti, di proporre un ricorso di annullamento contro tale disposizione, qualora un siffatto mezzo di ricorso sia previsto dal diritto interno, anziché un risarcimento contro lo Stato membro interessato” (sentenza *IG, cit.*, punto 49). L’annullamento della disposizione nazionale contraria al diritto dell’Unione potrebbe essere infatti ritenuto preferibile dal singolo rispetto al risarcimento del danno subito a causa degli effetti derivanti da tale disposizione. E questo, in particolare, dal punto di vista del costo, durata e regole di rappresentanza, che possono rendere eccessivamente difficile l’esercizio delle posizioni soggettive conferite dal diritto dell’Unione, soprattutto in una fase avanzata del procedimento, come nel caso di specie.

In conclusione, la Corte ritiene quindi che “il principio di effettività, quale sancito dall’art. 47 della Carta” (sentenza *IG, cit.*, punto 56) osti a una normativa nazionale che, prima di dichiarare priva di oggetto la controversia avente ad oggetto l’annullamento di una disposizione interna per contrarietà con il diritto dell’Unione e, quindi, decidere che non vi sia più luogo a statuire, non consenta alle parti di far valere previamente il loro eventuale interesse alla continuazione del procedimento senza che sia stato tenuto conto di un siffatto interesse.

La pronuncia risulta dunque interessante sotto il profilo dell’esame del rispetto del principio di effettività, che appare funzionale ad assicurare lo specifico interesse delle parti a poter ottenere il risultato perseguito attraverso i rimedi a disposizione dell’ordinamento.

Tale interpretazione e applicazione del principio di effettività deve quindi essere letta alla luce della giurisprudenza consolidata della Corte, la quale ha sviluppato un approccio non sempre lineare rispetto alla valutazione dell’effettività dei rimedi, principali o incidentali, a disposizione dei singoli negli ordinamenti degli Stati membri.

4. “Effettività rimediale” alla luce della tutela perseguita dal singolo

Già dalla sentenza *Rewe II* (sentenza del 7 luglio 1981, *Rewe/ Hauptzollamt Kiel*, causa 158/80), la Corte aveva statuito che il diritto

dell'Unione non ha “inteso istituire mezzi di impugnazione dinanzi ai giudici nazionali, onde salvaguardare il diritto [dell'Unione], diversi da quelli già contemplati dal diritto nazionale” (sentenza *Rewe II, cit.*, punto 44). Tale affermazione è stata poi ripresa e precisata nella successiva sentenza *Unibet* nella quale, come brevemente accennato in precedenza, la Corte ha affermato che una normativa nazionale si porrebbe in contrasto con la tutela giurisdizionale effettiva qualora “risult[asse] dall'economia dell'ordinamento giuridico nazionale in questione che non esiste alcun rimedio giurisdizionale che permetta, anche in via incidentale, di garantire il rispetto dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario” (sentenza *Unibet, cit.*, punto 41). Quindi non è necessario che siano introdotte nuove azioni se, nell'ordinamento interno, è possibile individuare altri rimedi esperibili idonei a garantire, anche in via incidentale, la tutela alle posizioni conferite dal diritto dell'Unione al singolo. Nel caso di specie, la Corte aveva ritenuto che l'azione per il risarcimento dei danni intentata contro lo Stato membro fosse un rimedio idoneo a garantire la tutela giurisdizionale effettiva, in quanto consentiva alla società Unibet “di ottenere una pronuncia giurisdizionale che dichiari la mancata conformità di dette disposizioni con il diritto [dell'Unione]” (sentenza *Unibet, cit.*, punto 61). Tale ragionamento è stato poi ripreso anche nella giurisprudenza successiva della Corte, sia nuovamente rispetto al ricorso per risarcimento dei danni (ad esempio, sentenza del 19 dicembre 2019, *Deutsche Umwelthilfe*, causa C-752/18, punto 54), sia rispetto ad altri ricorsi di diritto interno che, in via incidentale, permettevano al singolo di far valere il contrasto tra una normativa interna e il diritto dell'Unione (sentenza del 24 settembre 2020, *YS*, causa C-223/19, punto 95 e sentenza del 21 novembre 2019, *Deutsche Lufthansa*, C-379/18, punto 61).

Tuttavia, a differenza della sentenza *IG*, la giurisprudenza appena citata è accomunata dal fatto che, negli ordinamenti dei vari Stati membri coinvolti, non esisteva un rimedio specificamente predisposto per permettere ai ricorrenti, in via principale, di contestare la contrarietà di una normativa nazionale con il diritto dell'Unione. In queste ipotesi, l'esame della Corte riguardo al rispetto dei principi di effettività e di equivalenza appare meno approfondito, essendo soddisfatto dall'esistenza nel diritto interno di un rimedio incidentale che permetta al giudice nazionale di potersi pronunciare sulla compatibilità della normativa dello Stato membro in questione con il diritto dell'Unione.

Al contrario, nella sentenza *IG*, l'esame svolto dalla Corte, soprattutto relativo al rispetto del principio di effettività, appare molto più dettagliato

e, come già detto, incentrato sulla tutela che il singolo intendeva perseguire attraverso i mezzi giurisdizionali a disposizione nell'ordinamento nazionale. Un esame altrettanto approfondito era peraltro già emerso nella sentenza *Impact*, nella quale la Corte aveva ritenuto che il fatto di scindere la competenza tra due diversi organi giurisdizionali nazionali (speciali e ordinari), entrambi potenzialmente chiamati a conoscere di ricorsi volti a far valere l'incompatibilità della normativa interna con una direttiva dell'Unione, sulla base della circostanza che la domanda giudiziale sia stata presentata dal ricorrente prima o dopo la trasposizione della direttiva in questione, implicasse “inconvenienti procedurali tali da rendere eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferitigli dall'ordinamento [dell'Unione]” (sentenza del 15 aprile 2008, *Impact*, causa C-268/06, punto 55).

Le conseguenze dell'approccio seguito dalla Corte nella sentenza *IG* sembrano quindi portare, in primo luogo, a determinare una maggiore compressione dell'autonomia rimediale degli Stati membri in presenza di un ricorso autonomo appositamente previsto dall'ordinamento nazionale per contestare, in via principale, la conformità di norme interne con il diritto dell'Unione (per un diverso, ma più risalente, approccio della Corte rispetto al rapporto tra rimedio interno principale e incidentale, si veda M. DOUGAN, *The Francovich Right to Reparation: Reshaping the Contours of Community Remedial Competence*, in *European Public Law*, 2000, pp. 103-128).

In secondo luogo, nel valutare il principio di effettività, la Corte non sembra ritenere sufficiente l'esistenza, nell'ordinamento nazionale, di rimedi potenzialmente idonei ad assicurare la corretta applicazione del diritto dell'Unione, ma pone specificamente l'accento sulla tutela ricercata dal singolo. Il principio di effettività appare quindi funzionale ad assicurare il diritto dell'individuo a un ricorso effettivo, sancito dall'art. 47 della Carta, a condizione che esso sia valutato tenendo conto degli specifici interessi perseguiti dai singoli attraverso tale ricorso. Nella sentenza, il principio di effettività discende quindi dall'art. 47 della Carta e ne diventa parte integrante.

Tuttavia, ci si può chiedere se la conclusione a cui giunge la Corte avrebbe forse potuto essere diversa nel caso in cui, nell'ordinamento bulgaro, non ci fosse stato un rimedio in via principale, ma solo la possibilità per il ricorrente di agire per risarcimento dei danni derivanti ai singoli per violazione del diritto dell'Unione da parte dello Stato membro.

5. *Brevi considerazioni finali*

Ciò che invece appare meno chiaro nella sentenza è quali siano le ricadute di una tale pronuncia rispetto al giudizio nazionale nel quale era stato sollevato il rinvio pregiudiziale. Esso, infatti, trae origine dal ricorso presentato da IG contro lo Stato membro al fine di ottenere il risarcimento dei danni derivanti dalla decisione adottata dalla Corte suprema amministrativa bulgara, con la quale si dichiarava priva di oggetto la controversia relativa all'annullamento dell'atto nazionale contrario alla direttiva dell'Unione.

In particolare, due considerazioni conclusive possono essere tratte. Innanzitutto, la Corte non intende rimettere in questione l'autorità di cosa giudicata della sentenza della Corte suprema amministrativa bulgara. Infatti, la Corte di giustizia espressamente rileva che il rinvio trae origine dalla richiesta di risarcimento danni di IG e che "il riconoscimento del principio della responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione, per la decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado non ha di per sé come conseguenza di rimettere in discussione l'autorità della cosa definitivamente giudicata di una tale decisione" (sentenza *IG, cit.*, punto 30). La pronuncia della Corte sembra quindi fornire un'indicazione interpretativa ai giudici nazionali rivolta più al futuro, in quanto il ricorrente del giudizio da cui era scaturito il rinvio pregiudiziale non avrebbe potuto più far valere il suo eventuale interesse alla continuazione del procedimento rispetto ad una controversia ormai conclusa con una pronuncia passata in giudicato. Indirettamente, quindi, la Corte, sembra riconoscere che nel caso di specie il ricorso per risarcimento dei danni proposto dal ricorrente possa comunque soddisfare la tutela giurisdizionale effettiva. Al contempo, sorge il dubbio se tale conclusione sia coerente con i requisiti di ricevibilità delle domande poste in via pregiudiziale, che dovrebbero portare la Corte a escludere di poter rispondere a questioni meramente ipotetiche.

In secondo luogo, dalla sentenza *IG*, così come dalle conclusioni dell'avvocato generale (del 16 giugno 2022), non appare chiaro se la violazione del principio di effettività derivi dalla norma procedurale bulgara stessa o dalla sua interpretazione e applicazione da parte del giudice nazionale. Infatti, secondo la giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, il principio della responsabilità di uno Stato membro per i danni causati ai privati da violazioni del diritto dell'Unione ad esso imputabili è inerente al sistema dei Trattati, a prescindere dal fatto che il danno sia imputabile al potere legislativo, giudiziario o esecutivo (per una pronuncia recente, sentenza del 4 marzo 2020, *Telecom Italia*, causa C-34/19, punto 67). Tale ri-

medio può essere esperito anche quando all’origine della violazione vi sia la condotta di un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado che abbia violato in maniera grave e manifesta le norme di diritto dell’Unione che era chiamato ad interpretare e applicare nel caso sottoposto al suo giudizio (sentenza del 30 settembre 2003, *Köbler*, causa C-224/01; sentenza del 13 giugno 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, causa C-173/03). Le maglie di tale apprezzamento sono state tuttavia interpretate in maniera piuttosto restrittiva e, in base alla giurisprudenza della Corte, comprendono al momento l’ipotesi di mancata osservanza, da parte dell’organo giurisdizionale, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale o il caso in cui l’organo giurisdizionale abbia adottato la sua pronuncia ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte in quella materia (sentenza *Köbler*, *cit.*, punti 55 e 56).

Pertanto, la distinzione rispetto all’organo al quale sia imputabile la violazione appare rilevante, in quanto, nel caso essa sia originata dalla condotta del giudice nazionale, non sembrerebbe presente il requisito, appena menzionato, della violazione grave e manifesta. Il giudice del rinvio non potrebbe quindi ritenere integrate le condizioni per riconoscere la responsabilità dello Stato membro, con conseguenze pregiudizievoli in termini di tutela del singolo. Nel caso in cui la violazione sia imputabile al legislatore nazionale, e quindi derivi “direttamente” dalla norma procedurale bulgara, potrebbe essere invece ipotizzabile il risarcimento, a condizione che il giudice nazionale accerti che siano integrate tutte le condizioni della responsabilità, segnatamente che la norma giuridica dell’Unione violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, che si tratti di violazione grave e manifesta e che esista un nesso causale diretto tra la violazione dell’obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi. Il dispositivo della sentenza *IG*, così come il ragionamento svolto dalla Corte, sembrerebbero lasciare spazio a questa seconda ipotesi, aprendo quindi la strada, al giudice del rinvio, di valutare la sussistenza delle condizioni per ritenere la responsabilità risarcitoria dello Stato membro per i danni causati al ricorrente.

INTERCETTAZIONI TELEFONICHE AUTORIZZATE
IN ASSENZA DI MOTIVAZIONE SPECIFICA E TUTELA
DEI DIRITTI FONDAMENTALI:
ALCUNE CONSIDERAZIONI CRITICHE
SULLA SENTENZA *HYA E AL.*

Federico Ferri*

SOMMARIO: 1. Contestualizzazione della pronuncia. – 2. Fatti di causa e questioni giuridiche. – 3. L’approccio della Corte di giustizia al tema centrale. – 4. Riflessioni conclusive in un contesto di tutela integrata dei diritti fondamentali.

1. *Contestualizzazione della pronuncia*

Con la sentenza *HYA e al.* del 16 febbraio 2023 la Corte di giustizia (CGUE) ha precisato che le decisioni giudiziarie che autorizzano l’utilizzo di tecniche investigative speciali di captazione, come le intercettazioni telefoniche, sono conformi al diritto UE anche se redatte mediante un testo prestabilito e privo di motivazione specifica; ciò a patto che gli elementi di fatto e di diritto possano essere inferiti agevolmente e senza ambiguità dall’interessato attraverso una lettura incrociata di ciascun provvedimento autorizzativo delle intercettazioni e della precedente richiesta di autorizzazione delle autorità penali competenti. La causa ha dunque implicazioni sul sistema di tutela integrata dei diritti, che a livello europeo si regge sulla Carta dei diritti fondamentali (Carta) e sulla Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU).

Inoltre, la decisione *HYA e al* aggiunge un tassello alla giurisprudenza su *data retention* e diritti fondamentali, che da anni rappresenta un arduo banco di prova per i giudici di Lussemburgo (e non solo), specialmente in virtù delle carenze della legislazione UE in materia (non è questa la sede per addentrarsi nella questione, nonostante i numerosi spunti giuridici da essa suscitati: per approfondimenti sul tema della *data retention* nel diritto europeo, si rinvia in particolare a G. FORMICI, *La disciplina della data retention tra esigenze securitarie e tutela dei diritti fondamentali: un’analisi*

* Professore a contratto di Diritto dell’Unione europea, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna – 9 maggio 2023.

comparata, Torino, 2021. Per considerazioni sulle sentenze più rilevanti della giurisprudenza UE e CEDU, si vedano, tra i tanti, E. CELESTE, *The Court of Justice and the Ban on Bulk Data Retention: Expansive Potential and Future Scenarios*, in *European Constitutional Law Review*, n. 1, 2019, p. 134 ss.; I. CAMERON, *Metadata Retention and National Security: Privacy International and La Quadrature du Net*, in *Common Market Law Review*, n. 5, 2021, p. 1433 ss.; M. NINO, *La disciplina internazionale ed europea della data retention dopo le sentenze Privacy International e La Quadrature du Net della Corte di giustizia UE*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 1, 2021, p. 93 ss.; S. CRESPI, *L'influenza del diritto dell'Unione europea sulla sicurezza nazionale: l'art. 4, par. 2, TUE alla prova della recente giurisprudenza UE tra l'altro in materia di privacy*, in *rivista.eurojus.it*, n. 4, 2022, p. 85 ss.; G. NADDEO, *Il difficile bilanciamento tra sicurezza nazionale e tutela dei diritti fondamentali nella "data retention saga" dinanzi alla Corte di giustizia*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 2, 2022, p. 188 ss.). Da quando, nel 2014, con la celebre sentenza *Digital Rights Ireland*, la Corte ha annullato la direttiva 2006/24/CE sulla conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica, le uniche regole di riferimento continuano ad essere enunciate dall'art. 15, par. 1, della direttiva 2002/58/CE su trattamento dei dati personali e tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, nota anche come "direttiva sulla *privacy*". Tale disposizione rappresenta un'eccezione al principio di non ingerenza stabilito dall'art. 5, par. 1. In sostanza, dal combinato disposto degli artt. 15, par. 1, e 5, par. 1, della direttiva sulla *privacy*, gli Stati membri ad oggi possono disporre l'ascolto, la captazione, la memorizzazione e altre forme di intercettazione o sorveglianza di comunicazione senza il consenso degli utenti solo se la misura risulti necessaria, opportuna e proporzionata ai fini della prevenzione, della ricerca, dell'accertamento e del perseguimento dei reati.

2. *Fatti di causa e questioni giuridiche*

È proprio l'art. 15, par. 1, della direttiva 2002/58/CE il riferimento giuridico principale della causa *HYA e al.*

Ad essere in discussione è una prassi giurisdizionale di uso comune in Bulgaria. Secondo questa prassi, l'autorità giudiziaria competente suole autorizzare con motivazione generica intercettazioni telefoniche nei confronti di persone sospettate di avere commesso reati gravi. Più precisamente,

tende ad essere considerata ammissibile una decisione del giudice istruttore che reca unicamente un rinvio alla precedente richiesta di autorizzazione contenente tutti gli elementi di fatto e di diritto e le altre informazioni puntuali che normalmente devono essere indicate nella motivazione di un provvedimento.

Nel caso di specie, il Presidente del Tribunale penale specializzato bulgaro ha seguito la prassi appena riassunta, disponendo più intercettazioni telefoniche (verso persone indagate per la loro presunta partecipazione a un'organizzazione criminale) con varie ordinanze che prevedevano l'uso ripetuto di un modello prestabilito e privo di motivazione specifica. Il prestampato si limitava essenzialmente a circoscrivere la durata di validità dell'autorizzazione e a rappresentare l'osservanza dei requisiti di garanzia previsti dalla normativa nazionale applicabile. Ritenendo che siffatti elementi fossero già stati rispettati nelle richieste presentate dal pubblico ministero specializzato, il Presidente del Tribunale aveva di volta in volta compiuto un mero riferimento incrociato all'istanza che intendeva accogliere.

Sul fondamento di questi provvedimenti sono state registrate e memorizzate alcune conversazioni telefoniche e ciò ha permesso al pubblico ministero di formalizzare le accuse contro le persone intercettate. Sennonché, il Tribunale penale specializzato, successivamente adito dagli interessati, ha sollevato dubbi circa la conformità della prassi di cui sopra rispetto all'art. 15, par. 1, della direttiva 2002/58/CE, interpretato in un'ottica di tutela del diritto a un ricorso effettivo ai sensi dell'art. 47 della Carta, nonché sull'eventuale utilizzo in giudizio delle informazioni così raccolte. Le due questioni sono state quindi sottoposte alla Corte di giustizia.

3. *L'approccio della Corte di giustizia al tema centrale*

Tanto nelle conclusioni dell'Avvocato generale Collins quanto nella sentenza della Corte è possibile rinvenire lo stesso approccio con riguardo alla premessa di fondo e alla questione teorica principale.

Innanzitutto, Avvocato generale e Corte precisano che la risposta ai quesiti del giudice del rinvio dipende, in concreto, dall'eventuale sussistenza di obblighi di trattamento dati da parte di fornitori di servizi di comunicazioni elettroniche, dal momento che ciò costituisce l'ambito di applicazione della direttiva sulla *privacy*. Tale aspetto può essere al massimo presunto, in attesa di una verifica puntuale ad opera del giudice *a quo*.

Quanto al principale nodo giuridico da sciogliere, né l'Avvocato generale né i giudici ritengono che, di norma, una prassi giudiziaria come quella venuta in rilievo nel caso in esame sia in contrasto con l'art. 15, par. 1, della direttiva 2002/58/CE, letto alla luce dell'art. 47 della Carta. È vero che sussiste un obbligo di assicurare che le decisioni giudiziarie siano debitamente motivate e assunte nel rispetto dei principi generali del diritto dell'Unione e dei diritti fondamentali, ma le specifiche necessarie non devono essere per forza elencate nel provvedimento che autorizza le intercettazioni telefoniche. L'obiettivo finale del diritto ad un controllo giurisdizionale effettivo presuppone, infatti, che l'interessato, al fine di difendere i propri diritti nelle migliori condizioni possibili, possa conoscere la motivazione della decisione adottata nei suoi confronti anche a seguito della relativa comunicazione: è allora sufficiente che tale effetto sia suscettibile di prodursi da una lettura incrociata della richiesta e della successiva autorizzazione.

Insomma, tutto ruota attorno all'esaustività delle richieste elaborate dal pubblico ministero specializzato: se queste espongono in maniera circostanziata le ragioni per le quali viene richiesto l'utilizzo di tecniche investigative speciali, il Tribunale penale specializzato nella fattispecie può considerarsi legittimato ad adottare ordinanze sprovviste di motivazione specifica.

La linea argomentativa delle conclusioni e della sentenza diverge, semmai, sul margine di manovra lasciato al giudice del rinvio per compiere le valutazioni del caso. Da una parte, l'Avvocato generale suggerisce che la legittimità delle autorizzazioni alle intercettazioni telefoniche debba comunque essere valutata dal giudice remittente. Di conseguenza, le conclusioni si soffermano anche sul secondo quesito pregiudiziale: laddove il sindacato del giudice bulgaro sulla legittimità dei provvedimenti autorizzativi dia esito negativo, in linea di principio l'irregolarità non potrà essere sanata retrospettivamente e le prove assunte in violazione di principi generali del diritto UE e dei diritti fondamentali (in specie, il diritto a un equo processo) dovranno essere escluse. Per contro, la Corte di giustizia opta per una soluzione più netta. Pur dichiarando che spetta al giudice del rinvio verificare se nell'ambito della prassi in oggetto i motivi alla radice delle ordinanze che autorizzavano le intercettazioni siano effettivamente accessibili e comprensibili senza ambiguità dagli interessati, la Corte sembra in realtà dare per scontato che nella fattispecie non emergano contrasti con il diritto UE applicabile, al punto che la sentenza non esplora il quesito sui possibili limiti all'utilizzo in giudizio delle informazioni ottenute dal pubblico ministero specializzato.

4. *Riflessioni conclusive in un contesto di tutela integrata dei diritti fondamentali*

La sentenza *HYA e al.* consente di svolgere alcune riflessioni generali sulla portata dell'obbligo di motivazione, ai fini del diritto UE, per decisioni giudiziarie che sempre più di frequente vengono assunte in nome della sicurezza nazionale prima ancora che l'interessato venga formalmente accusato (circa le prerogative, derivanti dal sistema di tutela di diritto UE, che riguardano la posizione di chi invece si trova già in stato di accusa si rinvia a P. DE PASQUALE, *La tutela dei diritti dell'accusato nell'Unione europea*, in A. TIZZANO (a cura di), *Verso i 60 anni dai trattati di Roma. Stato e prospettive dell'Unione europea*, Torino, 2016, p. 115 ss.).

Nell'impianto argomentativo della pronuncia *HYA e al.* vi sono un paio di profili che meritano di essere indagati ulteriormente e che riguardano la tutela dei diritti fondamentali delle persone le cui conversazioni vengono intercettate. Il primo si riferisce ai collegamenti tra la prassi controversa e l'art. 47 della Carta; il secondo all'interazione tra la sentenza e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) su intercettazioni telefoniche e diritto alla vita privata di cui all'art. 8 CEDU.

A. Sul diritto a un ricorso effettivo ai sensi dell'art. 47 della Carta.

Anche se la Corte di giustizia considera l'obbligo di motivazione come una declinazione del diritto a un ricorso effettivo *ex art. 47* della Carta (e la Corte EDU ha assunto un approccio analogo con riferimento all'art. 6 CEDU: al riguardo, è qui sufficiente riportarsi alla sentenza *ASML* della CGUE, punto 28, anche alla luce delle precisazioni avanzate al punto 53 della successiva sentenza *Trade Agency* e al richiamo che essa fa della pronuncia della Corte EDU *Hadjianastassiou c. Grecia*), è bene ricordare che i diritti di difesa riconducibili al campo di applicazione di detto articolo non costituiscono prerogative assolute. Possono, cioè, soggiacere a restrizioni che rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale e che non implicino, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile (es. sentenze *Dokter*, punto 75; *Alassini*, punto 63; *Texdata Software*, punto 84; *UBS Europe*, punto 62). La valutazione dell'esistenza di una violazione di questi diritti va poi compiuta in funzione delle circostanze specifiche di ciascuna fattispecie (*ex multis*, sentenza *Berlioz Investment Fund* del 2017, punto 97).

Stanti questi presupposti, e preso atto dell'assenza di "precedenti" dirimenti in rapporto al problema di cui ci si occupa, bisogna riconoscere

che nella sentenza *HYA e al.* non viene spiegato in modo particolarmente efficace perché, entro il perimetro dell'art. 47 della Carta, siano ammissibili restrizioni all'obbligo di motivazione esaustiva per le ordinanze di autorizzazione delle intercettazioni telefoniche adottate dal Presidente del Tribunale penale specializzato (vale sempre la pena ricordare che, come rilevato in dottrina, la portata di questo articolo è risultata maggiormente incisiva per il diritto degli Stati membri, piuttosto che sul piano dell'ordinamento UE: G. VITALE, *Il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva nell'art. 47 della Carta di Nizza*, in C. AMALFITANO, M. D'AMICO, S. LEONE (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela*, Torino, 2022, p. 304). Il ragionamento della Corte pare piuttosto affrettato, considerando la perentorietà della conclusione raggiunta.

Di fatto, il nucleo dell'argomentazione è una presunzione di conformità della prassi sindacata alla normativa bulgara da seguire. La Corte (punto 53) si limita a rilevare che “nell'ambito di detto procedimento, il giudice competente ha esaminato i motivi di una richiesta circostanziata (...), e al termine del suo esame ha considerato giustificata tale richiesta”; perciò, “si deve ritenere che, firmando un testo prestabilito secondo un modello che indica il rispetto dei requisiti di legge, tale giudice ha convalidato i motivi della richiesta, garantendo al contempo il rispetto dei requisiti di legge”. In forza di questo sillogismo, la sentenza aggiunge che “sarebbe infatti artificioso esigere che l'autorizzazione all'utilizzo di tecniche investigative speciali contenga una motivazione specifica e dettagliata, laddove la richiesta in relazione alla quale tale autorizzazione è concessa contiene già, in forza della normativa nazionale, una siffatta motivazione” (punto 54).

In effetti, la Corte avrebbe ben potuto “sfruttare” in prima battuta l'opinione più accreditata in dottrina quanto all'obbligo di motivazione nel quadro dell'art. 47 della Carta, ossia che le corti nazionali manterrebbero poteri piuttosto consistenti per la determinazione della forma delle decisioni da adottare al riguardo (D. SAYERS, *Art. 47(2): Everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal previously established by law. Everyone shall have the possibility of being advised, defended and represented* – sezione del commento ad *Art. 47: Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: a Commentary*, Oxford-Portland, p. 1264). Così non è stato.

La Corte non ha neanche riproposto un argomento importante e peraltro rinvenibile nella propria giurisprudenza, richiamato invece dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni (punto 39). Invero, ferma re-

stando la necessità dell'obbligo di motivazione delle decisioni giudiziarie, la CGUE aveva già dichiarato che la portata dello stesso potrebbe comunque variare a seconda di determinati fattori che connotano il procedimento nel suo complesso e in base all'insieme delle circostanze pertinenti. Tra questi elementi figurano la natura del provvedimento da assumere e le specifiche garanzie procedurali volte a mettere gli interessati nelle condizioni di proporre ricorso contro la decisione sfavorevole in maniera utile ed effettiva (si vedano, in specie, la già citata sentenza *Trade Agency*, punto 60, e la sentenza *fly-LAL Lithuanian Airlines*, punto 52).

Sarebbe stato inoltre utile chiarire, se del caso, quali potessero essere le specificità procedurali tali da giustificare la produzione di una motivazione didascalica nelle ordinanze di autorizzazione alle intercettazioni telefoniche. In proposito – anche in considerazione dell'urgenza sottesa a un'iniziativa da porre in essere per esigenze securitarie sensibili – si è osservato che le decisioni del Presidente del Tribunale specializzato erano state pur sempre adottate in esito ad una fase non dibattimentale; in simili circostanze, pertanto, gli interessati non avrebbero avuto modo di rappresentare la propria posizione alle autorità competenti per la disposizione di eventuali intercettazioni telefoniche (M. SCHRÖDER, *Pre-drafted template text as statement of reasons: HYA and others (Motivation des autorisations des écoutes téléphoniques)* (C-349/21), in *EU Law Live*, 24 marzo 2023).

B. Sul diritto alla vita privata nella giurisprudenza di riferimento della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Quanto al secondo profilo meritorio di commento, poiché, come annotato in dottrina, l'art. 47 della Carta si presta a limitate considerazioni in merito al diritto ad un ricorso effettivo in materia penale (in questo senso M. CAIANIELLO, *Giudice imparziale precostituito e tutela effettiva dei diritti in materia penale* - sezione del commento ad *Art. 47: Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, 2017, p. 911), è opportuno concentrare l'attenzione anche (e soprattutto) sul sistema di tutela approntato dalla Corte EDU.

Si rammenta anzitutto che il terzo paragrafo dell'art. 52 della Carta impone che qualora vi sia corrispondenza tra diritti garantiti da questo strumento e dalla CEDU il primo vada interpretato in modo che il livello di protezione degli stessi sia almeno equivalente a quello garantito attraverso la seconda.

Si aggiunga che il ‘considerando’ 11 della direttiva 2002/58/CE prevede che le misure di cui si occupa l’art. 15, par. 1, devono essere “appropriate, strettamente proporzionate allo scopo perseguito, necessarie in una società democratica ed essere soggette ad idonee garanzie conformemente alla (...) Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali”. È poi pacifico che la Corte di giustizia associa l’eccezione prefigurata all’art. 15, par. 1, della direttiva del 2002 ai diritti fondamentali concernenti il rispetto della vita privata (art. 7 della Carta) e, in via ulteriore, la protezione dei dati personali (art. 8 della Carta); ciò ha indotto, ancora di recente, la CGUE a creare collegamenti diretti tra queste disposizioni e l’art. 8 CEDU (si cita la sentenza *Commissioner of An Garda Síochána* del 2022, punti 50-55).

Tanto premesso, si è avuto modo di vedere che in *HYA e al.* la CGUE incentra la propria argomentazione sull’art. 47 della Carta. Al contrario, il diritto alla vita privata viene evocato solo tramite minimi cenni all’art. 8 della CEDU, che invece la Corte EDU usa come granitico parametro di legittimità quando viene chiamata a pronunciarsi su norme o prassi nazionali in punto di intercettazioni telefoniche (si rinvia alla *Guide to the Case-Law of the European Court of Human Rights – Data protection*, 31 agosto 2022, pp. 32-33). E tali rapide osservazioni servono alla Corte di giustizia per sostenere che nemmeno la giurisprudenza CEDU più prossima al caso attivato dal giudice bulgaro costituirebbe un elemento ostativo automatico per l’autorizzazione di intercettazioni telefoniche a mezzo di decisioni giudiziarie prive di motivazione specifica. Tuttavia, questi passaggi appaiono parzialmente controversi, per almeno tre ordini di ragioni.

In primis, la Corte di giustizia ha assegnato un peso specifico pressoché irrilevante alla sentenza *Dragojević c. Croazia* del 2015. È vero che questa sentenza verte sulla possibilità di rimediare a posteriori all’assenza o all’insufficienza di motivazione delle decisioni di autorizzazione di intercettazioni telefoniche; ma l’*iter* argomentativo seguito dalla Corte EDU è più ampio, in quanto volto ad appurare se il margine di azione garantito al pubblico ministero dall’ordinamento croato e dalle prassi giudiziarie in essere in questo tipo di procedimenti potesse sfociare in possibili abusi ai danni degli interessati. Non a caso, nella pronuncia (punto 94) si sottolinea quanto sia importante che l’autorità preposta all’autorizzazione delle intercettazioni “determines whether there is compelling justification for authorising measures of secret surveillance”. Inutile dire che solo con un’adeguata motivazione si può soddisfare tale richiesta, tant’è vero che la Corte EDU (punti 95-97) conferma di avere difficoltà ad accettare una si-

tuazione come quella prodotta dalle corti croate, inclini a motivare i suddetti provvedimenti i) con semplici rinvii alle richieste ricevute, ii) al massimo con l'aggiunta di una formula standard che specificava come, in assenza di intercettazioni, le indagini sarebbero risultate estremamente difficili o irrealizzabili, iii) e comunque senza fornire alcun dettaglio inerente ai fatti di causa e a circostanze che potessero giustificare il ricorso alla misura selezionata. Questi rilievi hanno contribuito a far sì che i giudici concludesero all'unanimità circa una violazione dell'art. 8 CEDU da parte della Croazia. Vale la pena rappresentare che, anche a distanza di anni, la Corte EDU ha identificato la sentenza *Dragojević c. Croazia* come uno dei riferimenti primari per ricavare i principi generali relativi alle intercettazioni telefoniche (è accaduto, ad esempio, nel 2021 nella decisione *Abmadov c. Azerbaijan*, punto 61).

In secondo luogo, in *HYA e al.* la Corte di giustizia si propone di suffragare la propria tesi basandosi su un inciso di un'altra sentenza della Corte EDU, *Ekimdzhev e al. c. Bulgaria*, resa ad inizio 2022 e riguardante proprio la prassi oggetto del rinvio pregiudiziale instaurato dal Tribunale penale specializzato. Al punto 314 della sentenza *Ekimdzhev e al. c. Bulgaria* si legge che “the absence of reasons cannot automatically lead to the conclusion that the judges issuing surveillance warrants have not properly reviewed the applications for them”. Ancora una volta, però, si ha la sensazione che la CGUE abbia utilizzato in modo un po' troppo semplicistico un'affermazione che andrebbe letta in un contesto più esteso. Infatti, in *Ekimdzhev e al. c. Bulgaria* la Corte EDU ha rilevato che il Presidente e i Vice-Presidenti di questo organo avevano autorizzato numerose richieste di intercettazioni tramite provvedimenti che “had completely blanket contents, were couched in terms which were general enough to be capable of relating to any possible surveillance application, and lacked any reference to the specific case to which they related except the number of the application”. A fronte di ciò, la Corte EDU (punti 313-321) ha certificato varie lacune idonee a pregiudicare quell'obbligo di motivazione che, sulla scorta della predetta sentenza *Dragojević c. Croazia*, deve essere concepito come una “vital safeguard against abusive surveillance”. Non stupisce allora che anche nel caso in questione sia stato deciso unanimemente che la libertà protetta dall'art. 8 CEDU era stata violata. Circostanza, quest'ultima, di cui la Corte di giustizia non pare, però, tenere conto.

Peraltro, è quanto meno singolare, alla luce di quanto precede, che la Corte di giustizia (così come l'Avvocato generale) non abbia ritenuto di fare alcun accenno ad un'altra sentenza CEDU, resa nel caso *Potoczka e*

Adamčo c. Slovacchia e pronunciata appena un mese prima della decisione *HYA e al.* Posto che la discriminante che la CGUE valorizza per ammettere l'ipotetica legittimità di una decisione giudiziale priva di motivazione specifica è la possibilità di rimediare al problema grazie ad una lettura incrociata del provvedimento che autorizza le intercettazioni telefoniche e della relativa richiesta, i giudici di Lussemburgo avrebbero ben potuto richiamare la sentenza dei giudici di Strasburgo, dato che in *Potoczka e Adamčo c. Slovacchia* questi ultimi sembrano accettare – se non altro in astratto – l'ammissibilità della combinazione predetta per conciliare le varie prerogative in contrasto. Viene appunto vagliata l'eventualità di “any possibility of the contents of that request making up for the lack of reasoning of the warrant if they were to be read together”; tuttavia, a differenza di quanto avvenuto nel procedimento alla base del giudizio *HYA e al.*, la Corte EDU ha annotato che nella fattispecie una soluzione in tal senso non era praticabile.

In conclusione, a parere di chi scrive, i punti d'approdo raggiunti dalla Corte di giustizia in *HYA e al.* non paiono di per sé censurabili, perché la sentenza non perde di vista la necessità di accordare all'interessato una tutela sostanziale ed effettiva.

Si ritiene, però, discutibile la scelta della Corte di percorrere quasi esclusivamente una rotta – in buona parte ancora insidiosa – interna all'art. 47 della Carta, senza ragionare sulle prospettive di attuazione del diritto fondamentale alla tutela della vita privata. In particolare, e per usare una metafora, i “problemi di captazione” dei segnali provenienti da Strasburgo complicano oltremodo il dialogo tra Corti e potrebbero avere ripercussioni multiformi negli ordinamenti interni, sia presi singolarmente sia nelle operazioni di raccolta transfrontaliera di prove (su tale aspetto si veda anche M. KUSAK, *Common EU Minimum Standards for Enhancing Mutual Admissibility of Evidence Gathered in Criminal Matters*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2017, spec. p. 347).

L'auspicio è che a causa di queste incertezze il messaggio finale della CGUE non venga interpretato dai giudici interni in modo da favorire compromessi al ribasso per la tutela dei diritti fondamentali, per di più in un'epoca nella quale l'evoluzione tecnologica suole essere posta (anche surrettiziamente) al servizio della sorveglianza di massa per ragioni securitarie. E che la Corte UE possa sciogliere, nelle pronunce a venire, i nodi che la decisione in commento ha prodotto.

TEMPORARY PROTECTION:
WHICH FUTURE IN THE EU MIGRATION POLICY?

Marco Gerbaudo*

SOMMARIO: 1. Introduction. – 2. Temporary protection: origin and development in EU law. – 3. EU temporary protection's failure and immediate protection. – 4. Temporary protection for Ukrainian refugees: a mix of political will and legal creativity. – 5. Which future for EU temporary protection? *Prima facie* recognition of international protection. – 6. Concluding remarks.

1. *Introduction*

Since the 2015 “migration crisis”, European Union (EU) institutions are attempting, though with little success, to reform EU migration policy, perceived as outdated and inefficient in dealing with sudden influxes of people at EU external borders. After the Russian invasion of Ukraine however, it took only eight days for the EU to adopt and implement an EU-wide temporary protection scheme. Such a scheme granted Ukrainian refugees access to the whole EU territory, giving them immediate and collective protection. The prompt and common EU action was built upon the already existing temporary protection framework introduced in the EU migration policy back in 2001 with the Temporary Protection Directive.

Until the activation of the Directive in 2022, the concept of temporary protection was unfamiliar to many in Europe. If the EU had the tools to efficiently manage the arrival of people in crisis situations, why was it not activated before? The Ukraine crisis showed that the EU was equipped to react to migration crises in a coordinated manner, provided that the EU institutions had the political will and legal creativity to do so.

While the current situation is unprecedented, it provides the *momentum* to reconsider the role of temporary protection in the EU legal framework. How can EU temporary protection be improved to make it more efficient and more easily activable? Two interlinked issues are the most urgent: the provision of alternatives to return upon the end of the protection

* Dottorando di ricerca in International and European Law, Università Bocconi, Milano – 3 maggio 2023.

period, and the introduction of additional instruments to allow EU institutions to better tailor the response to migration crises.

2. *Temporary protection: origin and development in EU law*

The temporary protection regime is not an exclusive tool of the Common European Asylum System (CEAS). While the 1951 Geneva Convention provides for the definition of the status of refugees, it does not address large-scale movements of people fleeing conflicts.

Individuals escaping violence are nonetheless protected by the *non-refoulement* principle, stemming from Article 3 of the European Convention on Human Rights, which obliges States not to return people to a country where they would face irreparable harm. To give effect to such obligation, States increasingly introduced in their national legislation “temporary refugee provisions” ensuring protection of people escaping from generalised violence in their country of origin. Contrary to international protection, temporary protection is not an individualised status but rather a group-based protection intended to provide immediate assistance to people in need, at the same time avoiding overloading States’ asylum systems with applications. For a long time addressed exclusively in national legislation, temporary protection was recognised by the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) as a valid tool to “offer sanctuary to those fleeing humanitarian crises” during the 1990s Balkan wars.

The mass exodus from former Yugoslavia during its dissolution targeted mostly its neighbouring European countries, part of the EU. During the first Balkan war in 1992-1995, many Member States introduced national practices concerning temporary protection, without a proper common approach (M. KJAERUM, *Temporary Protection in Europe in the 1990’s Opinion*, in *International Journal of Refugee Law*, 1994, p. 544). During the 1999 Kosovar crisis, the need for a coordinated EU effort to harmonise national temporary protection schemes became evident. The diverging national practices on temporary protection were indeed detrimental to the well-functioning of the internal market: without any coordination nor responsibility sharing among Member States, displaced persons from the Balkans entered, settled, and circulated in the EU with different legal statuses, entitled to different sets of rights and guarantees.

With the entry into force of the Amsterdam Treaty, the EU gained the competence to set up flanking measures targeting migration to enable the

efficient functioning of the internal market (K. HAILBRONNER, *European Immigration and Asylum Law under the Amsterdam Treaty*, in *Common Market Law Review*, in vol. 35, n. 5, 1998). In 2001, Directive 2001/55/EC (Temporary Protection Directive, hereafter TPD) was adopted. It was the first legislative instrument in the field of asylum to ever be approved at EU level.

The TPD, after having defined what constitutes a mass influx of displaced persons (Chapter I), introduced an activation mechanism and a set of minimum protection standards. The Directive's content is five-folded: first, an activation mechanism under the control of the Council of the EU is set up (Chapter II); second, minimum standards concerning the legal status, rights and guarantees of temporary protection beneficiaries are listed (Chapter III); third, the procedures to follow for beneficiaries of temporary protection to request and obtain international protection is regulated (Chapter IV); fourth, return to the country of origin is normed as the only option to follow the end of temporary protection (Chapter V); finally, a solidarity scheme among Member States is set up, under the form of burden-sharing (Chapter VI) and administrative cooperation (Chapter VII). Many commentators analysed in detail the content of the directive here briefly outlined (see: M. INELI-CIGER, *EU temporary protection directive*, in ID. (ed.), *Temporary Protection in Law and Practice*, Leiden, 2017, pp. 149-167; A. SKORDAS, *Temporary Protection Directive 2001/55/EC*, in K. HAILBRONNER, D. THYM (eds.) *EU Immigration and Asylum Law*, Munchen, 2016, pp. 1055-1108; K. KERBER, *The Temporary Protection Directive*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 4, 2002, p. 193.

The Directive pursues two complementary objectives (Art. 1 TPD): one, "to establish minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons from third countries who are unable to return to their country of origin"; two, "to promote a balance of effort between Member States in receiving and bearing the consequences of receiving such persons".

The first objective consists of a standard application of the soft harmonisation approach adopted under the Amsterdam regime in the asylum field. Member States are given a much-needed set of guidelines on how to implement temporary protection, though allowing for more favourable provisions.

The second objective is more ambitious. Well before the Lisbon Treaty put solidarity among the guiding principles of the EU migration policy (Art. 80 of the Treaty on the Functioning of the European Union), the

TPD strives to establish a burden-sharing mechanism between Member States as a solidarity measure. Member States are indeed required to “receive persons who are eligible for temporary protection in a spirit of Community solidarity” (Art. 25 TPD). Such a solidarity provision remains a *unicum* in the CEAS, where burden-sharing is implemented exclusively via a hierarchy of criteria with no place for equitable distribution among Member States (see the Dublin System, for more information: V. MITSILEGAS, *Solidarity and trust in the common European asylum system in Comparative Migration Studies*, n. 2, 2014, p. 181 ss).

What made it politically possible for the TPD to feature such an innovative solidarity scheme is the key condition of the status granted: the return of temporary beneficiaries as soon as the situation in their country of origin is stabilised. Return is presented as the only possible outcome at the end of the temporary protection period: the TPD often stresses the temporary nature of the protection granted, which cannot be converted into any permanent residence permit, nor it involves any form of integration measure.

3. *EU temporary protection’s failure and immediate protection*

The temporary protection scheme designed by EU law has no comparison at international level, as it creates a system effectively managing the temporary stay of refugees in the EU while avoiding national asylum systems to be paralysed when facing a crisis situation. However, until 2022 the TPD was never activated, despite many migratory crises at the EU external borders could be defined as mass influxes. According to many commentators, the TPD was doomed to remain wishful thinking, due to a variety of factors: in particular, the too broad and vague definition of “mass influx” and the lengthy and complex activation procedure under the sole control of the Council (see H. DENİZ GENÇ, N. ASLI ŞİRİN ÖNER, *Why Not Activated? The Temporary Protection Directive and the Mystery of Temporary Protection in the European Union*, in *International Journal of Political Science and Urban Studies*, 2019; M. INELI-CIGER, *Time to Activate the Temporary Protection Directive*, in *European Journal of Migration and Law*, 2016; ID., *Has the Temporary Protection Directive Become Obsolete? An Examination of the Directive and Its Lack of Implementation in View of the Recent Asylum Crisis in the Mediterranean*, in C. BAULOZ et al, *Seeking Asylum in the European Union*, Leiden, 2015, p. 223)

Looking beyond the practical issues weakening the TPD, the underlying reason for the reluctance of the Commission to propose and the Member States to back its activation is the lack of trust in the pragmatic realisation of the return precondition. Looking at the aftermaths of the Yugoslavian wars, such scepticism appears justified: once the war ended, many displaced persons from Bosnia did not leave their host countries, eventually forcing States to grant them permanent residence status (J. KOO, *Mass Influxes and Protection in Europe: A Reflection on a Temporary Episode of an Enduring Problem*, in *European Journal of Migration and Law*, 2018, p. 157). Without enforceable returns at the end of the temporary protection period, the solidarity scheme of the TPD would no longer be a temporary burden-sharing mechanism but a permanent resettlement scheme, unacceptable for most non-frontline Member States.

In the 2020 New Pact on Asylum and Migration, the Commission proposed to repeal the TPD, as it “no longer responds to Member States’ current reality”. In place of temporary protection, the Commission proposed the institution of a new - yet similar- type of protection: immediate protection (Proposal for a Regulation addressing situations of crisis and force majeure in the field of migration and asylum, Art. 10, hereafter Crisis and Force Majeure Regulation).

Contrary to temporary protection, immediate protection is not a self-standing legal instrument. Its functioning is inserted in a Regulation with a broader scope and content, where immediate protection is included as one of the tools at disposal of Member States facing crisis situations: it is described as a derogation allowing Member States to suspend “the examination of applications for international protection [...] in exceptional situations of armed conflict” (Recital 23). Content-wise, the measure fulfils the first of the two objectives of the TPD: it equips its beneficiaries with an even broader set of rights and guarantees, comparable to the ones given by subsidiary protection. Furthermore, the activation mechanism is simplified, being entrusted solely in the hands of the Commission, with the oversight of the committees of representatives from the Member States (for more information on immediate protection, see E. PISTOIA, *Dalla Protezione Internazionale alla Protezione Immediata: L'accoglienza degli Sfollati dall'Ucraina come Cartina di Tornasole della Proposta di Trasformazione*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 2, 2022, p. 101; R. PALLADINO, *The “Immediate Protection” Status under the New Pact on Migration and Asylum: Some Remarks* in *Journal of Mediterranean Knowledge*, 2021, p. 361).

As for the second objective of the TPD, i.e. the promotion of a balance of efforts between Member States, immediate protection remains silent. The broadening of the protection standards and easing of its procedural requirements came at the cost of depriving immediate protection of any connection with the solidarity provisions which made EU temporary protection so innovative: no burden-sharing mechanism between Member States is prescribed. Within the proposed Crisis and Force Majeure Regulation, there are other provisions outlining a set of solidarity measures to be adopted in crisis situations, which however are disconnected from the immediate protection regime.

Despite the lack of solidarity provisions, immediate protection appeared to be a viable alternative to finally make temporary protection a functional tool of the EU migration policy.

4. *Temporary protection for Ukrainian refugees: a mix of political will and legal creativity*

The widespread agreement on the necessity to replace the pioneering yet unpractical TPD with a pragmatic but un-solidaristic immediate protection was proven wrong at the beginning of 2022, when the TPD was finally activated in response to the Russian invasion of Ukraine. After the beginning of the war on 24 February 2022, a massive influx of Ukrainians crossed the EU external borders, especially in Poland. Facing this delicate situation, the EU surprisingly took action in a swift and cohesive manner: upon a proposal from the Commission tabled on 2 March, on 4 March the Council unanimously adopted an implementing decision activating the TPD.

The Council decision defined the incoming inflow from Ukraine as a mass influx of displaced persons according to the TPD and decided to grant automatic temporary protection to three categories of beneficiaries: (1) Ukrainian nationals residing in Ukraine before 24 February 2022 and their family members; (2) beneficiaries of international protection in Ukraine before 24 February 2022 and their family members; (3) third-country nationals with a valid permanent residence permit in Ukraine who cannot safely return in their country of origin. The protection was granted until 4 March 2023, and was recently prolonged automatically for one year until 4 March 2024. It could be additionally prolonged for one year until 4 March 2025, when the TPD activation must cease having reached its max-

imum duration (for a detailed analysis of the Council Decision, see S. PEERS, *EU Law Analysis: Temporary Protection for Ukrainians in the EU? Q and A*, in *EU Law Analysis*, 27 February 2022; S. CARRERA et al, *The EU Grants Temporary Protection for People Fleeing War in Ukraine*, in CEPS, 14 March 2022).

The activation of the TPD proved that the practical obstacles and the unrealistic prospects of return could be overcome by two factors: political will and legal creativity. Differently from previous crisis situations, the Ukrainian one had peculiar features that convinced Member States to back the activation of the TPD: the scale and speed of arrivals (over 3.6 million people fled Ukraine in the first month of the war); the geographical proximity of Ukraine, directly neighbouring the EU; the cultural similarities between Ukrainians and European citizens; and the EU's foreign policy objective of opposing Russia's invasion (M. INELI-CIGER, *5 Reasons Why: Understanding the Reasons behind the Activation of the Temporary Protection Directive in 2022*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 7 March 2022).

Member States and EU institutions were, and still are, committed to giving Ukraine all the support necessary to stand against Russian aggression, setting up measures spanning from sanctions targeting Russia to military support to the Ukrainian army. Such general commitment translated also into ensuring the smoothest management possible of the influx of people escaping Ukraine.

Political will alone cannot however explain the speediness of the activation of the TPD, especially considering its solidarity features. Knowing the harsh opposition caused by past EU relocation schemes in 2016-2017, Member States' agreement to use a tool which includes compulsory burden-sharing provisions is surprising (B. DE WITTE, E. L. TSOURDI, *Confrontation on relocation—The Court of Justice endorses the emergency scheme for compulsory relocation of asylum seekers within the European Union: Slovak Republic and Hungary v the Council*, in *Common Market Law Review*, vol. 55, n. 5, 2018). The activation of the TPD was ultimately made possible by the legal creativity of the Commission. In its activation proposal, it introduced an "implicit" burden-sharing mechanism, avoiding the lengthy negotiations that a quota system would have caused. Taking advantage of the pre-existing ties between the EU and Ukraine, the Implementing Decision establishes a *laissez-faire* system leaving to the Ukrainian refugees the choice of where to relocate.

The free-choice system consists of three main elements. First, the

acknowledgement of the existence of already-settled Ukrainian communities across the EU: before the beginning of the war, over 1.5 million Ukrainians were regularly staying in the EU, the third biggest group of non-EU citizens. The presence of Ukrainian communities in the EU is of great importance, as they provide support networks for people escaping Ukraine, helping them to settle in the host country of their choice. Second, Ukrainians are exempted from visa requirements to enter the EU for short periods of time (90 days) and have the right to move freely within the EU for 90 days within a 180-day period. The Schengen visa waiver, therefore, provided the legal foundation for letting Ukrainians decide in which Member State to obtain temporary protection. Third, Member States agreed to abolish the return system provided by the TPD (article 11), which would oblige them to take back temporary protection beneficiaries if found in the territory of another Member State (preamble 15 of the Implementing Decision). Such a decision *de facto* prolongs the free movement regime for Ukrainian refugees beyond the visa-exemption period and the 90 days granted by the temporary protection status. The free-choice system is designed to allow temporary protection beneficiaries to freely move around the EU and to change Member State of residence and ask there (but not automatically obtain) for a new residence permit (S. PEERS, *The Odd Couple: Free Choice of Asylum and Temporary Protection*, in *EU Law Analysis*, 16 May 2022).

The free-choice model adopted in the Implementing Decision is firstly a concession to temporary protection beneficiaries, allowing them to “join their family and friends across the significant diaspora networks that currently exist across the Union”. Secondly and more importantly, it is a solidarity measure supporting Member States, as it “will in practice facilitate a balance of efforts between Member States, thereby reducing the pressure on national reception systems” (Recital 16 of the Implementing Decision). While it is debatable whether such a system fulfils the burden-sharing procedural obligations listed in article 25 of the TPD, there is no doubt the model is designed having in mind a “spirit of Community solidarity”.

The conjunction between political will and legal creativity enabled the activation of the TPD, allowing the EU to effectively manage a humanitarian crisis without letting it become a migration crisis: in the first year of the activation of the TPD, nearly 4 million registrations for temporary protection were recorded in the EU.

5. *Which future for EU temporary protection? Prima facie recognition of international protection*

The EU response to the Ukrainian crisis is intrinsically linked to the situation at stake and it would be difficult to replicate it in another context. However, the temporary protection scheme adopted showed the possibility for existing EU tools to be tailored to address a crisis without renouncing solidarity provision. Therefore, the Ukrainian crisis brings the question: which future lies ahead for temporary protection in Europe?

Currently, the Commission has not withdrawn the proposal to repeal the TPD and replace it with the immediate protection. However, in its 2022 State of the Union Address, Commission's President Von der Leyen defined the EU actions towards Ukrainian displaced persons as a display of "determination and solidarity", stressing that they should be the "blueprint for going forward". In a recent Communication, the Commission further elaborated on this point stating that "the Temporary Protection Directive has proven to be an essential instrument to provide immediate protection", and that "it should remain part of the toolbox available to the European Union in the future".

It appears unlikely for the TPD to be repealed any time soon. While this is surely good news, it cannot be ignored that the activation of the TPD has never been taken into consideration before, despite the numerous "migration crises" at the EU external borders in the past decade. The political willingness and legal creativity shown in the activation of the TPD should therefore be deployed to improve the EU temporary protection scheme to better respond first to the ongoing Ukraine crisis, and second to possible future similar situations. Two interlinked issues appear the most urgently needing intervention: first, the "return dogma" surrounding temporary protection should be questioned. Subsequently, the EU migration policy must be equipped with the appropriate tools to better respond to sudden mass influxes.

The "return dogma" of temporary protection has been identified above as one of the main reasons behind the non-activation of the TPD in the past. On one side, temporary protection must have a precise end point to be considered "temporary", and return is the most logical outcome to end such protection. On the other side, return cannot always be enforced, especially in cases of mass influxes of people fleeing violence: in their country of origin, the restoration of safety and stability does not automatically follow the end of active violence. In these situations, Member States cannot

return former temporary protection beneficiaries to comply with the *non-refoulement* obligation. *Rebus sic stantibus*, return in the context of temporary protection cannot be the only option to manage the end of the protection period. At the state of the art, while the TPD specifies that returns can be enforced only if they can be performed in a safe and durable manner (Art. 6(2) TPD), there is no provision providing alternatives to return compliant with the *non-refoulement* principle.

The issue of return is quite pressing in the context of the Ukrainian crisis, with the maximum period for temporary protection ending on 4 March 2025. While there is still some time ahead, there is great scepticism that the situation in Ukraine will be stable and peaceful by then. Therefore, the definition of the status of former temporary protection beneficiaries whose return cannot be enforced will be the next issue EU institutions will face. Among the options identified by commentators, the most common ones are the prolongation of the duration of temporal protection; the change of EU legal migration law to allow the issuance of other residence permits, such as the long-term residence permit; or the issuance of other forms of protection, such as subsidiary protection (see: M. INELI CIGER, *What Happens Next? Scenarios Following the End of the Temporary Protection in the EU*, in *MPC Blog*, 9 March 2023; E. KÜÇÜK, *Temporary Protection Directive: Testing New Frontiers*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 1, 2023).

Having in mind the Ukrainian situation and the necessity to find a sustainable solution which could be replicated in the future, the most suitable option would be to grant former temporary protection beneficiaries a new form of protection. This way, beneficiaries could continue the integration process that began with temporary protection, while not radically changing their status and at the same time being on a clear and durable regularisation path. Unfortunately, EU rules governing all forms of protection other than temporary protection are unfeasible to manage mass influxes situations like the Ukrainian case: they all provide for an individual assessment of every claim. Given the 4 million temporary protection beneficiaries present in the EU and the already existing backlog in many national asylum systems, the process of individual asylum applications would lead to the collapse of the asylum systems of the most affected countries, such as Poland.

The assignment of a new form of protection to temporary protection beneficiaries would therefore require EU institutions to display a new political willingness and legal creativity. A new procedure for the recognition

of international protection should be introduced, namely the recognition on a *prima facie* basis. *Prima facie* recognition of refugee status is a tool recognised by the UNHCR to grant refugee status “on the basis of readily apparent, objective circumstances in the country of origin”, particularly useful “in situations of large-scale displacement in which individual status determination impractical and unnecessary”.

Such a new type of protection would require the amendment of the current EU directives governing international protection. Unfortunately, the change of migration laws at EU level has always been problematic. However, the current situation provides for an unprecedented *momentum*, mixing urgency and availability of reform venues: on one side the Ukrainian case requires urgent solutions; on the other side, the New Pact on Migration and Asylum introduced a set of proposals which could be the starting point for a speedy introduction of *prima facie* recognition of asylum claims in situations of crisis. In particular, the proposed Crisis and Force Majeure Regulation seems quite fitting for the job: the proposed immediate protection could be amended to no longer be a substitute for the temporary protection but instead to work as a *prima facie* protection.

This is exactly what the European Parliament proposed to do on 28 March 2023, when it adopted its negotiating position on the main reform proposals of the New Pact. In their amended proposal of the Crisis and force majeure Regulation, immediate protection is rebranded as “*prima facie* international protection”. As for immediate protection, it would apply in crisis situations, when Member States can suspend the individual examination of applications handled by “displaced persons unable to return to their country of origin”. The Parliament envisaged a streamlined activation procedure entrusted to the Commission, which would indicate in a delegated act establishing the situation of crisis, whether there is a need to apply for *prima facie* international protection and to who it should apply. In a situation of *prima facie* recognition, applicants should receive a form of international protection in accordance with the Qualification Regulation Proposal within a month since lodging the application and with no analysis of merit.

The European Parliament proposal, albeit not much detailed, is commendable for its novelty and effort to fill in the gaps left by the TPD in cases of unenforceable returns. There is only one major problem: according to Recital 23 of the proposal, the *prima facie* recognition will consist of a temporary suspension of the analysis of international protection applications. Within one year at the latest since its suspension, Member States

should resume the examination on the merits of all applications. Such a mechanism would only delay the inevitable collapse of national asylum systems. In cases of mass influxes however, what is necessary is the suspension altogether of the analysis of the merit of beneficiaries of *prima facie* international protection, given their belonging to a category whose refugee status is undoubted. Nonetheless, the European Parliament's proposal is taking over the legal creativity shown by Commission and Council to equip the EU migration policy with more instruments to adequately respond to future migration crises.

It is too early to know if the Parliament proposal on international protection *prima facie* recognition is going to become reality. The road ahead is surely going to be uphill: so far, the Council has yet to adopt a negotiating position on the Crisis and Force Majeure Regulation and the negotiation process is falling behind the objective of agreeing on most of the New Pact reforms by the end of the Parliament legislature (spring 2024). Notwithstanding the difficult way ahead, the Parliament's proposal has the potential of making temporary protection in the EU more accessible and reliable.

6. *Concluding remarks*

After the Balkan wars, a common scheme of temporary protection in Europe was deemed urgent and necessary. However, after the adoption of the TPD, temporary protection disappeared from the EU migration debate for over 20 years. The Russian invasion of Ukraine on February 2022 prompted EU institutions to act swiftly and in unity: thanks to a mix of political will and legal creativity, the TPD was activated for the first time in its history.

After one year since its activation, the success of the temporary protection scheme is evident: around 4 million persons enjoy the status of temporary protection across the EU, and their arrival and stay in the Member States did not encounter legal or practical obstacles. This is in great part possible thanks to the innovative free-choice model implemented by the Implementing Decision, allowing Ukrainians to choose the state where to relocate and obtain temporary protection.

While acknowledging the success of the Ukrainian case, it cannot be ignored that the TPD remained inactive for over 20 years despite the 2010s being the decade of the "migration crisis". Two are the main challenges to

overcome to strengthen the future role of the TPD in the CEAS: the defeat of the “return dogma” surrounding temporary protection, and the introduction of additional tools to better respond to sudden mass influxes in the future and ensure its smooth functioning in its current activation. One possible solution would be the creation of a new type of protection, *prima facie* international protection, which would require EU institutions to display new political will and legal creativity. The European Parliament’s proposal in the context of the negotiations of the New Pact goes in the right direction. The negotiating process is still at the beginning. Nonetheless, the clock is ticking on the TPD activated in wake of the Russian invasion of Ukraine, requiring urgent action. The Ukrainian solidarity system must be preserved from an unorganised and incohesive management of its de-activation. At the same time, it is up to EU institutions to rise to the challenge and improve EU migration policy’s readiness to respond to future migration crises.

LE CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE RANTOS NELLA DELICATA QUESTIONE DELLA SUPERLEGA

Ginevra Greco*

SOMMARIO: 1. Le questioni pregiudiziali e “il modello sportivo europeo”. – 2. Il sistema di approvazione preventiva alla luce della dottrina delle “restrizioni accessorie”. – 3. L’approvazione preventiva non contrasta con gli artt. 101 e 102 TFUE. – 4. In particolare, a proposito dei diritti connessi allo sfruttamento delle competizioni sportive. – 5. Approvazione preventiva e libertà fondamentali.

1. *Le questioni pregiudiziali e “il modello sportivo europeo”*

Nella partita che si gioca a Lussemburgo e che contrappone la European Superleague Company SL (ESLC), da una parte, e la Fédération internationale de football association (FIFA) insieme alla Union de Federaciones Europeas de Futbol (UEFA), dall'altra, l'Avvocato generale Rantos assegna un bel quattro a zero a favore di queste ultime. Infatti, a parte taluni aspetti che potrebbero apparire secondari, le quattro conclusioni rassegnate dall'Avvocato generale sono totalmente a favore dell'accoppiata FIFA-UEFA, mentre le tesi accusatorie della ESLC – che hanno trovato ampia condivisione nel giudice remittente (il Tribunale commerciale di Madrid) – risultano ampiamente disattese, con accenti tali da far dubitare che il progetto di creare una nuova competizione calcistica europea (la c.d. Superlega) possa trovare una qualche protezione nelle norme del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

La “materia del contendere” è ben sintetizzata nel punto 25 delle conclusioni: “*By its questions submitted for a preliminary ruling, the referring court asks the Court to give a ruling, in essence, on the compatibility with the rules of competition and, secondarily, with the fundamental economic freedoms guaranteed by the FEU Treaty of a series of rules which have been adopted by FIFA and UEFA, in their capacity as federations governing all aspects of football at the world and European levels, and concern the organisation and the marketing of football competitions in Europe*”.

* Ricercatrice di diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Palermo – 13 gennaio 2023.

Come sottolineano le conclusioni Rantos, si tratta di questioni che attingono all' "esistenza stessa" della struttura organizzativa dello sport in Europa (cfr. G. GRECO, *Il calcio europeo di nuovo al vaglio della Corte di giustizia*, in questo *Blog*, 22 luglio 2022 e S. BASTIANON, *La Superleague davanti alla Corte di giustizia. Brevi osservazioni a margine dell'udienza del 12 luglio 2022*, in *rivista.eurojus.it*). E ben si può dire che "l'importanza del presente caso è evidente", come evidenziava l'Avvocato generale Lenz nella altrettanto fondamentale vicenda del c.d. caso Bosman del 1995. Solo che in questo caso le conclusioni dell'Avvocato generale sono di segno opposto, come si vedrà poco oltre.

L'Avvocato generale ha ritenuto, invero, necessario individuare in primo luogo la cornice in cui si inquadrano i quesiti e, così, precisare quale sia, ai sensi dell'art. 165 TFUE "il modello sportivo europeo". Esso si caratterizza: a) per una struttura piramidale, con alla base lo sport amatoriale e al vertice lo sport professionistico; b) per gli obiettivi costituiti dalla promozione di competizioni aperte, accessibili a tutti sulla base del "merito sportivo"; c) per un regime di solidarietà finanziaria, attraverso la redistribuzione degli introiti dal vertice alla base (punto 30 delle conclusioni).

Secondo l'Avvocato generale l'art. 165 TFUE tende a garantire "il modello sportivo europeo" ed è una "disposizione specifica" (si direbbe, speciale), che va coordinata con la disciplina generale del diritto della concorrenza (artt. 101 e 102 TFUE), pur applicabile al settore dello sport, per la sua innegabile dimensione (anche) economica. Da qui tutta una serie di implicazioni, che finiscono per legittimare il ruolo, i compiti e il loro concreto esercizio nella vicenda concreta di FIFA e UEFA, nonostante che detti organismi:

- godano di una situazione di monopolio per quanto riguarda l'autorizzazione delle competizioni di calcio professionistico (punto 13);
- siano sicuramente "imprese", ai sensi dell'art. 101 TFUE (punto 58);
- cumulino un potere normativo con l'esercizio di attività economica (punto 71 ss.).

2. *Il sistema di approvazione preventiva alla luce della dottrina delle "restrizioni accessorie"*

Le conclusioni si fanno carico dei precedenti della Corte (sentenza *MOTOE* del 1° luglio 2008 e sentenza *OTOE* del 28 febbraio 2013), che non sono certo favorevoli alle tesi di FIFA e UEFA. Ma l'Avvocato genera-

le reputa di poterli superare in base alla “dottrina” delle “restrizioni accessorie”, originariamente applicata nel contesto degli accordi puramente commerciali, ma poi estesa alle restrizioni ritenute necessarie per motivi di interesse pubblico (anche nel campo dello sport: sentenza *Meca-Medina* del 18 luglio 2006): si tratta delle restrizioni connesse e necessarie per l’attuazione di compiti di per sé non anticoncorrenziali.

Al riguardo l’Avvocato generale rileva che “*most of the objectives invoked by UEFA and FIFA stem from the ‘European Sports Model’ and are therefore expressly covered by primary EU law and, in particular, Article 165 TFEU, with the result that their legitimacy cannot be contested*” (punto 93). Si tratta, dunque, di obiettivi legittimi.

In tale quadro le misure restrittive appaiono anche necessarie e proporzionate. Non solo perché l’istituto dell’approvazione preventiva risulterebbe “essenziale” al fine di garantire regole uniformi e standard comuni per il calcio europeo (punto 99 e ss.), ma anche perché esso sarebbe necessario e proporzionato al fine di impedire la realizzazione di un progetto di competizione, come quello della superlega (punto 102 e ss.), considerato senza mezzi termini di tipo “opportunistico” (punto 108).

In realtà, le conclusioni dell’Avvocato generale si basano in larga misura su una valutazione molto severa dell’iniziativa dell’ESLC, a causa della prospettata “doppia appartenenza” (i club fondatori intendono creare una competizione concorrente con quella dell’UEFA -e nel segmento di mercato più lucrativo-, pur continuando a far parte dell’“ecosistema” della medesima UEFA), a causa della deroga al criterio del “merito sportivo” (i club fondatori sarebbero partecipanti d’ufficio alla competizione europea) e della dubbia partecipazione al sistema solidaristico proprio del modello europeo dello sport e così via. Con la conseguenza che la risposta ai quesiti, che riguardano la compatibilità di compiti e poteri di FIFA e UEFA rispetto a principi cardine del Trattato sul funzionamento dell’Unione, scaturisce in larga misura, appunto, da un’indagine e una valutazione operata nei confronti dell’iniziativa della superlega (che, di per sé, non costituisce oggetto dei quesiti).

3. *L’approvazione preventiva non contrasta con gli artt. 101 e 102 TFUE*

Fatto sta che, sulla base dell’iter logico appena sommariamente riferito, le conclusioni sono nel senso che il regime della previa autorizzazione non contrasta con l’art. 101 TFUE. E ciò anche nel caso in cui i criteri sta-

biliti dall'UEFA non dovessero soddisfare i requisiti di trasparenza e non discriminazione, analiticamente indicati nei punti 113-116 delle Conclusioni. Infatti, applicando una logica che pare più adatta ai vizi di forma sostanziale in un procedimento su ricorso diretto, *“this would not mean that a third-party competition running counter to legitimate sporting objectives should be authorised and that UEFA’s refusal to authorise such a competition could not be justified”* (punto 118).

Conclusioni analoghe valgono anche con riferimento all'art. 102 TFUE. Infatti, nonostante la posizione dominante sul mercato e nonostante che *“the ‘special responsibility’ borne by FIFA and UEFA, for the purpose of Article 102 TFEU, lies specifically in their obligation to ensure, when examining requests for authorisation of a new competition, that third parties are not unduly denied access to the market”* (punto 130), non sussiste contrasto con l'art. 102, per le stesse ragioni (attinenti alle “restrizioni accessorie”) per le quali è stata esclusa la violazione dell'art. 101 TFUE.

Anche con riferimento ai poteri di FIFA e UEFA di imporre sanzioni ai propri tesserati, la compatibilità con gli artt. 101 e 102 TFUE scaturisce dalle conclusioni sopra esposte. Tutto ciò, peraltro, limitatamente alle società affiliate, poiché l'Avvocato generale, viceversa, esclude che vi sia proporzionalità nella sanzione di espulsione dei giocatori *“who have no involvement in the project in question”* (punto 146).

Non risulta peraltro chiarito – né affrontata la questione – se nell'ipotesi di creazione di una competizione indipendente (che, ad avviso dell'Avvocato generale, non necessiterebbe di approvazione preventiva (punto 74, punto 140, ecc.), le sanzioni possano colpire anche i giocatori tesserati, che desiderino trasferirsi in tale competizione indipendente ed eventualmente poi tornare nel c.d. ecosistema UEFA. Eppure, si tratta di un problema rilevante al fine di stabilire se vi siano *“real and concrete possibilities’ for a competitor to set up an independent competition”* (punto 80).

Infatti, seppur teoricamente nulla impedirebbe di istituire società calcistiche (e relativa federazione) al di fuori dell'ecosistema UEFA (e FIFA), il “materiale umano” non potrebbe (in concreto) che essere attinto proprio dai tesserati delle federazioni che fanno capo all'UEFA e alla FIFA. Sicché sanzionare detto trasferimento (come implicitamente sembrerebbe consentito: punto 84 e 177) significherebbe impedire in radice la creazione di competizioni indipendenti.

4. *In particolare, a proposito dei diritti connessi allo sfruttamento delle competizioni sportive*

Più articolata è la risposta al quesito relativo ai diritti connessi allo sfruttamento delle competizioni sportive internazionali. Al riguardo l'Avvocato generale distingue due ipotesi, a seconda che la tematica riguardi detti diritti nei confronti delle eventuali competizioni calcistiche indipendenti, ovvero detti diritti nei confronti dei club affiliati.

Nella prima ipotesi l'Avvocato generale pare escludere ogni criticità. Infatti, pur avendo premesso che “*the Court does not have jurisdiction to interpret provisions of the FIFA and UEFA Statutes*” (punto 153) e pur avendo riconosciuto che dette disposizioni “*do contain ambiguous wording capable of being interpreted as also covering football competitions organised by third parties in Europe*” (punto 157), finisce per operare una sorta di “interpretazione conforme” delle pertinenti norme di detti Statuti. Così concludendo: “*To my mind, those provisions can concern only the commercial rights arising from the competitions organised under the aegis of UEFA, and therefore any independent competition set up outside the UEFA ecosystem could not be subject to those rules*” (punto 157).

Nella seconda ipotesi l'Avvocato generale riconosce che gli accordi che prevedono la cessione esclusiva di tali diritti ad un unico soggetto possono limitare la concorrenza (punto 159). Tuttavia, conclude ancora una volta nel senso che “*the restrictions concerning the exclusive marketing of the rights relating to the competitions organised by FIFA and UEFA appear inherent in the pursuit of the legitimate objectives related to the specific nature of sport and proportionate to them*” (punto 169).

5. *Approvazione preventiva e libertà fondamentali*

Quanto, infine, al quesito sulla compatibilità del regime di approvazione (o autorizzazione) preventiva con le libertà economiche fondamentali, il parere riconosce anzitutto che detto regime non può beneficiare della c.d. “*eccezione sportiva*”. Intendendo per tale le questioni che riguardano aspetti di interesse esclusivamente sportivo, che non hanno implicazioni economiche (sul tema cfr. R. C. R. SIEKMANN, *Introduction to International and European Sports Law*, Rotterdam 2012, p. 68 e R. PARRISH, S. MIETTINEN, *The sporting exemption in European Union Law*, The Hague, 2008).

Data, viceversa, la “dimensione economica” del quesito proposto, le norme statutarie in materia di autorizzazione preventiva – che consentono di controllare discrezionalmente l’accesso al mercato – “*be regarded as being liable to restrict, first, Articles 49 and 56 TFEU on the freedom of establishment and the freedom to provide services of undertakings wishing to enter the market for the organisation of sporting competitions*” (punto 175).

La risposta al quesito fa insorgere una qualche perplessità. Infatti, da un lato il parere riconosce che “*it is for the referring court to examine the question of the possible justification of the prior approval and participation rules at issue here and, if necessary, whether they are appropriate, coherent and proportionate*” (punto 179). D’altro lato, le conclusioni manifestano di ritenere esistenti tali cause di giustificazione (coerentemente a quanto argomentato a proposito delle “restrizioni accessorie”) e di reputarle necessarie e proporzionate (punti 181-185): tant’è che l’Avvocato generale conclude (nel dispositivo) nel senso che le norme sulle libertà fondamentali non ostano alla disciplina statutaria più volte richiamata.

Resta da stabilire se quest’ultima conclusione è sostitutiva (o comunque preclusiva) del pur conclamato rinvio al giudice *a quo*. E la questione non è affatto di poco conto, data l’impostazione che si desume dall’ordinanza di rinvio, che potrebbe essere tale da ribaltare le valutazioni dell’Avvocato generale a quest’ultimo proposito.

Anche per quest’ultima considerazione, oltre che ovviamente per l’autonomia di valutazione della Corte, la partita di Lussemburgo non pare ancora a risultato scontato. Certo è che, se la Corte vorrà seguire integralmente il parere dell’Avvocato generale, si perverrà verosimilmente (almeno) al seguente duplice risultato: *a*) da un lato – e sotto il profilo organizzativo – risulterà acquisito che l’UEFA, ente svizzero di diritto privato (così come la FIFA, conclusioni, punti 11 e 12), abbia assunto il ruolo di custode unico ed esclusivo del richiamato “*modello sportivo europeo*”, con ampi poteri normativi, autorizzatori e sanzionatori; *b*) d’altro lato – e sotto il profilo funzionale – occorrerà dare atto che difficilmente sussisteranno “*possibilità reali e concrete*” per la creazione di una competizione indipendente, che possa porsi in concorrenza col sistema FIFA-UEFA.

Tutto ciò può essere un bene o un male, a seconda dei punti di vista. Spetta alla Corte stabilire, viceversa, ciò che è conforme, o non, al diritto dell’Unione.

A RIGHT TO STAY FOR MEDICAL REASONS?
CASE NOTE TO CASE C-69/21 OF THE CJEU ABOUT THE LIMIT
TO RETURNING A SERIOUSLY ILL AND IRREGULARLY STAY-
ING THIRD-COUNTRY NATIONAL

Anna Kompatscher*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The case in front of the CJEU. – 3. If return is medically impossible: a right to stay for medical reasons? – 4. Recast of Return Directive: what will change?

1. *Introduction*

On November 22, 2022, the Grand Chamber of the Court of Justice of the European Union (hereinafter, the Court or CJEU) ruled the case C-69/21, *X v Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*. The Court interpreted Directive 2008/115/EC (hereinafter “Return Directive”) in light of the Charter of Fundamental Rights of the EU (hereinafter “the Charter” or “CFR”). It concluded that no return decision can be taken and no removal order can be issued against “a third-country national who is staying illegally on the territory of a Member State and suffering from a serious illness” if the return would lead “to a real risk of a significant, permanent and rapid increase of his or her pain, if he or she were returned, on account of the only effective analgesic treatment being prohibited in that country” (para 66; the judgment has been discussed, by V. SALVATORE, *Non può essere rimpatriato il cittadino di uno Stato terzo il cui soggiorno in uno Stato membro è irregolare qualora ciò possa aggravare il suo stato di salute per l’indisponibilità delle terapie alle quali ha accesso nello Stato ospitante*, on this *Blog*, 22 December 2022).

Does this entail a right to stay for medical reasons, that is a right to get a residence permit because of a bad health condition? This contribution will first examine the single questions the CJEU dealt with in the case and then focus on the consequences of the Court’s extensive interpretation. The judgment consolidates the protection from return of sick third-

* Dottoranda di ricerca in Diritto dell’Unione europea, Europa Universität Flensburg, Germania – 2 febbraio 2023.

country nationals under some conditions but the EU is still far from having an explicit right to stay for medical reasons.

2. *The case in front of the CJEU*

A Russian citizen, X, who irregularly stayed in the Netherlands was affected with a rare form of blood cancer and therefore among other treatments received medical cannabis as pain treatment. This treatment is forbidden in Russia because of which X could not have continued his pain therapy if he were returned to his country of origin. When the Dutch Secretary of State refused to give X a residence permit and issued a return decision ordering X to leave the country, X acted against this decision in front of the District Court of the Hague (Rechtsbank Den Haag). This Court then sent four preliminary questions to the CJEU.

Firstly, the Dutch court asked if a significant increase in pain intensity due to a lack of medical treatment precluded the enforcement of a removal order under the Return Directive. The Court of Justice of the EU reminds that Art. 5 of the Return Directive obliges the Member States to follow the principle of non-refoulement at all stages of the return procedure (para 55). This principle leads to precluding Member States from returning a third-country national to a country if there are “substantial grounds for believing that, if that decision is implemented” he or she would be exposed to a real risk contrary to the right to asylum enshrined in Art. 18 of the Charter (para 56). Furthermore, the Court underlines that such a return cannot be carried out if it violates Art. 19 (2) of the Charter according to which no one may be removed, expelled or extradited to a State where there is a serious risk that he or she would be subjected to the death penalty, torture or other inhuman or degrading treatment within the meaning of Art. 4 of the Charter. The Court links the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment or punishment to human dignity, protected under Art. 1 CFR (para 57). In EU secondary law, Art. 9(1) of the Return Directive specifies these principles. According to this Article Member States shall postpone removal if, inter alia, it violates the principle of non-refoulement.

The Court of Justice then refers to the case law of the European Court of Human Rights (hereinafter “the ECtHR”). In the case *Paposhvili v. Belgium* (Judgment of the ECtHR of 13 December 2016) a severity threshold was set by the ECtHR if the prohibition of torture under Art. 3 of the Eu-

ropean Convention on Human Rights (hereinafter “the ECHR”) applies (§ 174 of the judgment). This threshold is attained if the removal of a seriously ill person led (not necessarily to the imminent risk of dying but) to “a real risk, on account of the absence of appropriate treatment in the receiving country or the lack of access to such treatment, of being exposed to a serious, rapid and irreversible decline in his or her state of health resulting in intense suffering or to a significant reduction in life expectancy” (*Paposhvili v. Belgium*, § 183.) The severity threshold under Art. 4 of the Charter is “equivalent to the severity threshold required, in the same circumstances, under Art. 3 ECHR”, confirms the Court of Justice (para 65). Hence, a “real risk of a significant reduction in the life expectancy or a rapid, significant and permanent deterioration in the state of health” as a consequence of the removal of the third-country national precludes a Member State from “adopting a return decision or removing the third-country national who is staying illegally” (para 66 of the ruling)

Linked to the first question, the Dutch court asked, secondly, if Member States are entitled to lay down a strict period within which that deterioration or decline of health must be expected. The answer of the Court is negative: no strict period for such a deterioration is needed to preclude the return decision or the removal order (para 76).

Thirdly, the Dutch court wanted to know if the Return Directive read in conjunction with several norms of the Charter precludes the Member States from considering the consequences of the removal order on the state of health of the third-country national only to examine if he or she is able to travel. The CJEU underlines that Member States must ensure the state of health not only during removal but also afterwards, i.e. in the receiving country (para 78).

Fourthly, the Dutch court asked if the Return Directive read in light of the Charter obliges Member States to take into account the state of health of a third-country national when assessing if a right of residency on the territory of that Member State must be granted or the removal postponed. The CJEU reminds that the Return Directive does not lay down rules on how to attribute a right to residency (para 84). The EU Court refers to its judgment in case C-82/16, *K.A. and others*, from May 8, 2016, where it had already clarified that the Directive does not “lay down rules concerning how to deal with an application for residence”, in the case at hand for the purposes of family reunification (para 45 of that judgment).

Member States do not have to grant a residence right on the basis of Directive 2008/115, as Art. 6(4) of the Directive merely permits Member

State to grant a residence right for “compassionate or humanitarian reasons” (para 86 of the ruling *X v. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*). A residence right cannot be derived based on Art. 7 of the Charter (the right to respect for private and family life) as the Charter may not extend EU law (para 87). Nevertheless, the return policies regulated by the Return Directive must always “fully respect the fundamental rights and dignity of the persons concerned” (para 88). Hence, Member States must respect the fundamental rights protected by the Charter when they implement the Return Directive including the right to respect for private and family life (para 89 and 90). Interestingly, according to the Court, the medical treatment a third-country national receives is part of their private life protected under Art. 7 of the Charter (para 93). The Court here cites the Opinion of Advocate General Pikamäe. In point 114 of the opinion, the Advocate General cited the ECtHR according to which “health must be viewed as a component of private life” (Judgment of the ECtHR of 25 June 2019, *Nicolae Virgiliu Tănase v. Romania*, § 126).

3. *If return is medically impossible: a right to stay for medical reasons?*

Especially the answer of the Court to the fourth question deserves a closer look. The Court adopts a somewhat ambivalent standpoint: on the one side, the Directive cannot be interpreted to oblige Member States to grant a right to stay for any kind of reasons, including health issues. On the other side, the obligation to respect fundamental Charter rights when implementing EU Law including the Return Directive leads to the impossibility to carry out a removal if it violates those fundamental rights. The obligation to respect EU fundamental rights when carrying out a return does not solely stem from the reference to Art. 5 (and also 8) of the Directive, but from the well-consolidated case law of the CJEU as well as Art. 51(1) of the Charter (in this sense and with further references F. SPITALERI, *Il rimpatrio e la detenzione dello straniero tra esercizio di prerogative statali e garanzie sovranazionali*, Torino, 2017, p. 69). Since returns have been regulated on an EU level with Directive 115/2008, the Member States need to respect the fundamental rights guaranteed by EU law when carrying out returns.

It is not the first time that the CJEU is confronted with the issue of a right to stay for medical reasons. Another case dealing with the suspension of a removal order for medical reasons was the *Abdida* case (Judgment of

the CJEU, 18 December 2014, case C-562/13, *Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve v. Moussa Abdida*). In this case, too, the Court only referred to the principle of non-refoulement in Art. 19(2) and not to Art. 35 even though the Advocate General had suggested doing so (see S. ANGELERI, *Healthcare of Undocumented Migrants Framed as a Right to Emergency Treatment? The State of the Art in European and International Law*, in G. NESI (a cura di), *Migrazioni e diritto internazionale. Verso il superamento dell'emergenza*, Napoli, 2018, p. 475).

The right to stay for medical reasons is, hence, derived from Art. 7 and the right to privacy but not Art. 35 of the Charter which foresees a right to healthcare. The Court is reluctant to make use of Art. 35 when it comes to irregular migrants. The right to “preventive health care and the right to benefit from medical treatment” according to the letter of the Charter Article is to be granted to “everyone”, albeit “under the conditions established by national laws and practices”. To avoid a reference to Art. 35, the Court instead refers to the principle of non-refoulement to prevent the deportation, removal or extradition of people with severe health conditions but does not recognise their right to healthcare as enshrined in Art. 35 of the Charter (see S. ANGELERI, *cit.*, p. 471).

The question now is: does the CJEU recognise a comprehensive right to stay for medical reasons? If the return of a third-country national is impossible because of their health condition, does this lead to an effective right to stay? The Return Directive does not foresee that Member States must issue a residence permit when return is impossible. The Return Directive leaves to Member States the discretion “to grant an autonomous residence permit or other authorisation offering a right to stay for compassionate, humanitarian or other reasons to a third-country national staying illegally on their territory” (Art. 6 (4) of the Directive) but does not oblige them to do so.

There are Member States who go further than this and explicitly foresee a right to stay for medical reasons, as is the case in Italy, for instance. Art. 19(2) d-bis of the Italian Immigration Act (“Testo unico sull’immigrazione”) stipulates that authorities issue a residency permit for medical treatment if non-nationals are in serious psycho-physical conditions or suffering from serious pathologies and a return would determine a significant detriment to their health. This residence permit lasts one year maximum and is renewable as long as the duly certified particularly serious health conditions persist. As a purely national regulation, it is valid only within the national territory. We can see from this example that Member

States may grant residence permits for medical reasons but they are not obliged to do so under EU Law.

The question that follows is: is a suspension of removal sufficient to guarantee the fundamental rights of an irregularly staying sick third country national? If there is no provision that foresees a residence permit for medical reasons, this might leave the affected third-country national in a state of legal limbo where he or she can neither be returned nor is granted a right to stay in the given Member State. The Court is not giving a clear answer, probably reluctant to derive legal prerequisites from the Charter in an area of Member States' competence, namely to decide on residence permits.

The CJEU makes a step towards the recognition of a right to stay for medical reasons under some circumstances but the final decision is left to the national judge who has to decide if the conditions apply and if there is a real risk of a significant, permanent and rapid increase of his or her pain. The Member States continue to retain the power to verify if those conditions are given (See F. G. CAPITANI, *La somministrazione terapeutica di cannabis può impedire l'espulsione dello straniero irregolare purchè la patologia sia destinata ad aggravarsi nel paese d'origine*, in *Diritto & Giustizia* 204, 2022). An EU-wide general right to stay for medical reasons needs to be regulated in EU secondary Law, for instance in the Return Directive.

4. *Recast of Return Directive: what will change?*

The Return Directive is currently being reformed. The recast of the Directive is part of the New Pact on Asylum and Migration presented by the European Commission in September 2020 (commented for AISDUE by R. PALLADINO, *Patto sulla migrazione e l'asilo: verso nuove regole sui rimpatri*, in *I Post di AISDUE*, II, 2020).

The recast focuses mostly on how to render returns more effective. It misses the opportunity to solve the question of irregular migrants who cannot be removed ("unremovable" or "non-returnable" migrants, see I. MAJCHER, *Legislating without Evidence: The Recast of the EU Return Directive*, in *European Journal of Migration and Law*, Vol. 23, 2021, p. 125). Unremovable migrants find themselves in a situation where they have neither a right to stay nor are able to be returned to their country of origin for various reasons: because there are practical hurdles like the lack of readmission agreements with the third country of origin or reasons hindering a

return such as their medical condition. The EU does not deal with their difficulties in accessing social rights and the limbo situation they find themselves in (see F. LUTZ, *Non-removable Returnees under Union Law: Status Quo and Possible Developments*, in *European Journal of Migration and Law*, Vol. 2018, pp. 28-52 and P. SCHOUKENS, S. BUTTIENS, *Social protection of non-removable rejected asylum-seekers in the EU: A legal assessment*, in *European Journal of Social Security*, Vol. 19, No. 4, 2017, pp. 313-334).

The fundamental rights of so-called “unremovable migrants” will potentially continue to be violated as long as there is no uniform way of regulating the situation when return is practically impossible. Art. 14 of the Return Directive grants some minimum rights “during the period for voluntary departure in accordance with Art. 7 and during periods for which removal has been postponed in accordance with Art. 9”. But what if they cannot be returned in the long term because of their health condition?

Even after the recent decision of the CJEU, there is no general right to stay for medical reasons for irregular migrants who are very sick. The only pathway to grant a stable situation to the ill third-country national in cases like the one at hand is regularisation under national law on a case-by-case basis. As long as there is no EU legislation on unremovable migrants, Member States should regulate their situation to end the legal limbo they find themselves in. The Italian residence permit described above for medical reasons could be taken as an example.

Nonetheless, this judgment is an important step towards higher protection of the right to healthcare of irregular migrants. The risk of the deterioration of a sick irregular migrant’s health condition following a return to the country of origin can lead to a violation of their fundamental rights and is hence incompatible with EU Law.

IL RIDIMENSIONAMENTO DELL'APPROCCIO
DEL LEGISLATORE EUROPEO (E NAZIONALE)
ALLA "PIENA TRASPARENZA":
IL CASO *LUXEMBOURG BUSINESS REGISTERS*

Miriana Lanotte*

SOMMARIO: 1. Il contesto giuridico sottostante ai rinvii pregiudiziali. – 2. Le conclusioni dell'AG. – 3. La soluzione prospettata della Corte di giustizia. – 4. Il commento.

1. *Il contesto giuridico sottostante ai rinvii pregiudiziali*

Nella sentenza del 22 novembre 2022 relativa al caso *WM e Sovim SA c. Luxembourg Business Registers* (cause riunite C-37/20 e C-601/20), la Corte di giustizia ha dichiarato invalido l'art. 1, punto 15, lettera c), della direttiva antiriciclaggio (UE)2018/843 (modificativo dell'art. 30, par. 5, della direttiva (UE)2015/849) in virtù del quale gli Stati membri dovevano garantire che le informazioni sui titolari effettivi delle società ed enti giuridici (costituite nel loro territorio) fossero accessibili al pubblico.

I rinvii pregiudiziali sono stati presentati nell'ambito di due controversie in cui altrettante società con sede in Lussemburgo e i loro titolari (WM e Sovim SA) contestavano la decisione dell'amministratore del Luxembourg Business Registers (LBR) di non impedire l'accesso al pubblico delle loro informazioni, presenti online, nel registro della proprietà effettiva (UBO). Essi hanno intentato un'azione legale presso la Corte distrettuale del Lussemburgo sostenendo che la divulgazione dei loro dati avrebbe creato un rischio sproporzionato di ingerenza con i diritti fondamentali di cui agli artt. 7 e 8 CDFUE.

Il rapporto conflittuale che viene in rilievo è tra, da un lato, l'esigenza di trasparenza riguardo ai titolari effettivi e alle strutture di controllo delle società, e, dall'altro, il rispetto alla vita privata e la protezione dei dati personali dei titolari effettivi.

In particolare, la direttiva (UE) 2015/849 aveva imposto a ogni Stato

* Dottoranda di diritto dell'Unione europea nell'Università di Bologna – 9 marzo 2023.

membro di istituire un registro della proprietà effettiva contenente i dati personali del titolare di ogni società ed ente giuridico presente sul territorio dello Stato al fine prevenire la commissione dei reati di riciclaggio e finanziamento del terrorismo. Tali informazioni erano accessibili da parte di chiunque avrebbe potuto dimostrare di avere un “interesse legittimo” a conoscerle.

Con l'entrata in vigore della direttiva (UE) 2018/843 l'accesso a questi dati è stato esteso al “pubblico”, ovvero sia a chiunque, senza necessità di provare la sussistenza di un interesse legittimo.

Tuttavia, tale accesso, per essere conforme ai diritti fondamentali, non poteva essere illimitato. A questo proposito la direttiva (UE) 2015/849 consentiva agli Stati membri di prevedere deroghe all'accesso. Queste deroghe, nella versione modificata dalla direttiva (UE) 2018/843, sembrano, tuttavia ridursi a mere circostanze eccezionali in cui l'accesso dei soggetti obbligati o del pubblico espone il titolare effettivo a un rischio sproporzionato di frode, rapimento, ricatto, estorsione, molestia, violenza o intimidazione, o qualora il titolare effettivo sia minore di età o altrimenti incapace per la legge.

Le questioni pregiudiziali hanno ad oggetto la validità del sistema che rende accessibili al pubblico in tutti i casi le informazioni sui titolari effettivi e l'interpretazione del sistema di deroghe previsto dall'art. 30 par. 9, della direttiva del 2015 e, in particolare, l'interpretazione della nozione di circostanze eccezionali, di rischio e di rischio sproporzionato. Tale ultima questione, però, non è stata affrontata dalla Corte e, pertanto, non verrà presa in considerazione dalla presente analisi.

I paragrafi che seguono hanno l'obiettivo di esaminare le conclusioni dell'AG (v. *infra*, par. 2) e la sentenza dei giudici del Lussemburgo (v. *infra*, par. 3) e di svolgere alcune riflessioni critiche sull'opportunità di pronunciare una sentenza di invalidità nel caso di specie (v. *infra*, par. 4).

2. *Le conclusioni dell'AG*

Nelle sue conclusioni, l'AG Pitruzzella ha chiarito, sin da subito, la “questione di carattere costituzionale” alla base dei rinvii proposti, ovvero sia in quale modo sia possibile conciliare l'esigenza di trasparenza con i diritti fondamentali al rispetto alla vita privata e alla protezione dei dati personali. Prendendo le mosse dalla valorizzazione del principio di trasparenza come mezzo per rafforzare la democrazia (punti 38-42), l'AG valuta, in

primo luogo, se vi sia e nel caso quale sia il livello dell'ingerenza nei diritti fondamentali di cui agli artt. 7 e 8 CDFUE del sistema di accesso al pubblico delle informazioni relative ai titolari effettivi; in secondo luogo, egli valuta sulla scorta dell'art. 52, par. 1 CDFUE (R. CISOTTA, *Brevi note sulla giurisprudenza sull'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE in materia di limitazioni ai diritti fondamentali ...con uno sguardo in avanti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2021, pp. 19-80), se una possibile limitazione dei diritti fondamentali sia giustificata dalla tutela di un interesse generale, rispetti il contenuto essenziale di tali diritti e sia proporzionata.

Dalle conclusioni emerge che l'art. 30, par. 5, rappresenta una ingerenza tanto nel diritto fondamentale di cui all'art. 7 CDFUE nella misura in cui consente al pubblico di conoscere dati personali (a prescindere dal fatto che questi siano qualificabili come dati sensibili), quanto nel diritto di cui all'art. 8 CDFUE posto che i dati sono sottoposti a trattamento e, altresì, alla possibilità di essere conservati o diffusi dai soggetti che ne vengono in possesso (punti 87-90).

Gli effetti di tale ingerenze, però, sono da considerarsi modesti e non gravi in virtù: *i*) del fatto che il numero di persone interessate dall'ingerenza è limitato; *ii*) della circostanza che, nel caso di specie, le informazioni accessibili sono, da un lato, dati di contatto (quali nome, mese e anno di nascita e cittadinanza) che non permettono di trarre conclusioni precise sulla vita delle persone, e dall'altro lato, dati qualificati (natura ed entità dell'interesse beneficiario detenuto) che, seppure tendenzialmente identificano il soggetto con una certa precisione, non consentono di ricostruire nel dettaglio la sua situazione patrimoniale.

L'accesso al pubblico di queste due categorie di informazioni, secondo l'AG, non comprime il contenuto essenziale dei diritti garantiti dalla Carta ed è giustificato sulla base dell'interesse generale di individuare i casi di riciclaggio e di evitare che essi si verifichino. La misura di cui all'art. 30, par. 5, oltre ad essere idonea rispetto alle finalità prescritte dalla direttiva anti-riciclaggio, costituisce, dunque, una restrizione alla tutela dei dati personali che opera entro i limiti dello stretto necessario. Infatti, l'obiettivo di prevenzione del riciclaggio e del terrorismo non può essere raggiunto se non attraverso il rafforzamento della trasparenza. A sua volta, garantire una maggiore trasparenza è possibile soltanto a due condizioni: *i*) prevedere un accesso non limitato dal requisito dell'interesse legittimo (la cui definizione aveva creato non pochi problemi, comportando una eccessiva restrizione del diritto di accesso); *ii*) non informare il titolare effettivo del fatto che taluni soggetti hanno avuto accesso alle sue informazioni, pena la messa in pericolo dell'attività di indagine (punti 91-104).

Diversa è, invece, la considerazione che l'AG svolge in relazione alle cd. "informazioni aggiuntive", che gli Stati membri potrebbero rendere accessibili al pubblico previste dall'art. 30, par. 5, terzo comma della direttiva. Tali dati, la cui identificazione è lasciata alla discrezionalità del legislatore nazionale, non sono esattamente definiti e determinabili. Specificatamente, posto che l'individuazione di queste informazioni costituisce elemento essenziale che definisce la portata dell'ingerenza nei diritti fondamentali, non dovrebbe essere demandata agli Stati membri. A causa dell'indeterminatezza di tali dati non è possibile valutare se l'accesso a tali informazioni possa ledere il contenuto essenziale dei diritti fondamentali, se si tratti di una limitazione giustificata da un interesse generale e se tale soluzione sia proporzionata (punti 105-107).

Da ciò ne deriva che l'AG propone di dichiarare invalido l'art. 30, par. 5, comma 3 che consente agli Stati di prevedere l'accesso al pubblico ad informazioni aggiuntive e ritiene, invece, valida la previsione che permette l'accesso ai dati espressamente menzionati dalla disposizione.

3. *La soluzione prospettata della Corte di giustizia*

La Corte di giustizia, discostandosi dalle conclusioni dell'AG ritiene che il legislatore europeo non sia riuscito a trovare il giusto equilibrio tra trasparenza e diritti fondamentali e invalida l'art. 30, par. 5 come modificato dalla direttiva antiriciclaggio del 2018.

Secondo la Corte consentire l'accesso ai dati sulla situazione materiale e finanziaria del titolare della società ad un numero potenzialmente illimitato di persone costituisce una grave interferenza nei diritti di cui all'art. 7 e 8 CDFUE. Siffatta misura può creare conseguenze negative per i titolari effettivi, soprattutto se le informazioni, come nel caso di specie, una volta pubblicate sul sito internet, possono essere liberamente consultate, conservate e diffuse, anche per ragioni estranee all'obiettivo perseguito e senza possibilità concreta di individuare l'autore di un eventuale abuso (punto 42).

Tre sono i punti del ragionamento dei giudici di Lussemburgo che meritano di essere evidenziati.

In primo luogo, la Corte, a differenza di quanto sostenuto dall'AG – il quale aveva distinto le informazioni in dati di contatto e dati qualificati – ritiene che tutti i dati relativi all'effettivo titolare permettano di delineare il profilo personale del soggetto, oltre che, il suo stato patrimoniale nonché i settori economici, i paesi e le imprese in cui quest'ultimo ha investito.

In secondo luogo, la Corte afferma che, sebbene l'accesso del pubblico alle informazioni sulla titolarità effettiva sia una misura idonea a contribuire al raggiungimento dell'obiettivo di prevenzione del riciclaggio, l'ingerenza con i diritti fondamentali individuali non è né limitata allo stretto necessario, né proporzionata al fine perseguito (punto 38).

Con riferimento alla limitazione allo stretto necessario, la Corte sostiene che la difficoltà di fornire una definizione di "interesse legittimo" non può costituire un motivo per il legislatore dell'UE di prevedere l'accesso a tali informazioni al pubblico in generale. Tra l'altro, secondo i giudici non è necessario far conoscere a chiunque, in maniera indiscriminata, i dati nella misura in cui i soggetti menzionati dal considerando 31 (tra i quali, la stampa e le organizzazioni della società civile) hanno un interesse legittimo e possono accedere a tali informazioni (punto 73).

Inoltre, l'interferenza in questione non è proporzionata in senso stretto posto che la disponibilità online delle informazioni sulla titolarità effettiva a condizione di una registrazione online e la previsione, in circostanze eccezionali, di un'esenzione dall'accesso a tali informazioni da parte del pubblico, rispettivamente, non sono in grado di dimostrare: *a)* né un corretto equilibrio tra l'obiettivo di interesse generale perseguito e i diritti fondamentali sanciti dagli artt. 7 e 8; *b)* né l'esistenza di garanzie sufficienti che consentano agli interessati di proteggere efficacemente i loro dati personali contro i rischi di abuso (punto 86).

Da ultimo, la Corte dedica alcuni passaggi particolarmente significativi al principio di trasparenza, stabilendo che esso, sancito agli artt. 1 e 10 TUE e 15 TFUE, può operare quando a venire in rilievo sono attività di natura pubblica e non anche, come nel caso di specie, attività private. Per questo motivo esso non può costituire un interesse generale idoneo a giustificare l'ingerenza nei diritti fondamentali di cui all'art. 7 e 8 CDFUE (punti 60-62).

4. *Il commento*

La sentenza della Corte produce reazioni e sentimenti contrastanti: da una parte, il timore che una simile soluzione possa aver danneggiato, o meglio cancellato con un tratto di penna un tassello importante per il sistema di prevenzione del riciclaggio, dall'altro lato, la rassicurazione che, anche in presenza di interessi generali particolarmente rilevanti, i diritti fondamentali sono presi sul serio in considerazione nell'operazione di bilancia-

mento (E. CELESTE, F. FABBRINI, *Targeted Surveillance: Can Privacy and Surveillance Be Reconciled?*, in S. CARRERA, D. CURTIN, A. GEDDES (eds.), *20 years anniversary of the Tampere Programme: Europeanisation dynamics of the EU area of freedom, security and justice*, Florence, pp. 295-307).

La Corte, invero, aveva già avuto occasione di dimostrare, con le sentenze *Digital Rights Ireland* (8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12), *Schrems* (6 ottobre 2015, causa C-362/14) *Tele2 e Watson* (21 dicembre 2016, cause riunite C-203/15 e C-698/15), *Schrems II* (16 luglio 2020, causa C-311/18), che la sussistenza di ragioni di sicurezza e ordine pubblico non giustifica la totale compromissione dei diritti fondamentali di cui all'art. 7 e 8 CDFUE (*ex multis*, si veda, P. DE PASQUALE, *Verso una Carta dei diritti digitali (fondamentali) dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea (Osservatorio)*, marzo 2022; C. CELLERINO, *Trasferimenti internazionali di dati personali e clausole contrattuali tipo dopo Schrems II*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 2, 2021, pp. 320-351; O POLLICINO, M. BASSINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel reasoning dei giudici di Lussemburgo*, in G. RESTA, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali*, Roma, 2016, pp. 73 -112; B. CORTESE, *La protezione dei dati di carattere personale nel diritto dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 2, 2013, pp. 313-335).

A ben guardare questa sentenza però sembra inserirsi in un *trend* di pronunce in cui la Corte compie un passo ulteriore, ovvero si impone limitazioni significative alla divulgazione sistematica e illimitata di informazioni, quasi a ridimensionare l'approccio basato sulla "piena trasparenza" sempre più spesso utilizzato dal legislatore europeo (ma anche nazionale), specialmente in alcuni settori specifici (sul tema si veda, K. HALONEN, R. CARANTA, A. SANCHEZ-GRAELLS, *Transparency in EU Procurements*, Cheltenham, 2019). Si pensi alla materia degli appalti pubblici in cui la trasparenza è funzionale a verificare che le procedure di gara non siano inquinate da fenomeni corruttivi e si svolgano in condizioni di effettiva concorrenza. Sennonché, la Corte, nella sentenza *Antea Polska S.A.* (sentenza del 17 novembre 2022, causa C-54/21), ritiene che una legislazione nazionale che preveda la pubblicazione o la comunicazione integrale di tutte le informazioni (con la sola eccezione dei segreti commerciali) inviate dagli offerenti alle amministrazioni aggiudicatrici non sia compatibile con la direttiva 2014/24/UE, e rischi di provocare effetti anticoncorrenziali. I giudici si occupano di comprendere il giusto equilibrio tra due interessi generali che potenzialmente si possono porre in conflitto: la prevenzione della cor-

ruzione, da un lato, la concorrenza non falsata, dall'altro. Viene lasciato, invece, al giudice nazionale e all'amministrazione aggiudicatrice il compito di comprendere se siano adeguatamente rispettati i diritti fondamentali della riservatezza e della tutela giurisdizionale effettiva per il concorrente non selezionato che intende fare ricorso. Alla medesima conclusione si era già giunti nella sentenza *Klaipėdos regiono atlieku tvarkymo centra, UAB* (sentenza del 7 settembre 2021, causa C-927/19) in cui la Corte, chiamata a pronunciarsi sul bilanciamento tra tutela delle informazioni riservate fornite da un offerente e diritto di accesso degli operatori economici partecipanti alla gara, ha stabilito che in virtù dell'art. 21 della direttiva 2014/24/UE l'amministrazione aggiudicatrice, in linea di principio, non rivela le informazioni comunicate dagli operatori economici, soprattutto se considerate riservate. Ciò al fine di assicurare una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri e salvaguardare il rapporto di fiducia tra operatori economici e amministrazioni aggiudicatrici. Tuttavia, se l'amministrazione aggiudicatrice intende negare l'ostensione di informazioni riservate è tenuta a motivare il diniego, di modo da consentire ai giudici di esercitare il controllo di legittimità di dette decisioni.

Emerge, dunque, che sebbene la trasparenza funga da mezzo per la salvaguardia di alcuni interessi generali il suo uso deve essere limitato per rispettare i diritti fondamentali e gli ulteriori obiettivi generali.

Nel caso di specie, allora, la Corte meglio avrebbe fatto ad imporre delle limitazioni al sistema di accesso al registro dei titolari effettivi piuttosto che invalidare l'art. 30, par. 5, così discostandosi dalla giurisprudenza in base alla quale un atto dell'UE deve essere interpretato, per quanto possibile, in modo da non inficiarne la validità. D'altronde, siffatto approccio più cauto è stato utilizzato nella recente sentenza *Lingue des droit humains* (sentenza del 22 giugno 2022, causa C-817/19) avente ad oggetto il rapporto tra, da un lato, l'uso efficace del sistema di trasferimento dei dati dei passeggeri dei voli extra-UE (PNR), finalizzato alla prevenzione, accertamento, indagine e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo e dei reati gravi, e, dall'altro, il rispetto dei diritti fondamentali di cui agli artt. 7, 8, e 21 CDFUE (per un commento della sentenza v. K. IRION, *Repairing the EU Passenger Name Record. Directive: ECJ's judgment in Ligue des droit humains (Case C-817/19)*, in *European Law Blog*, 11 October 2022). In questa occasione, i giudici di Lussemburgo, mediante un'interpretazione conforme alla Carta, hanno modificato in modo significativo la portata e l'ambito della direttiva PNR, evitando, così, di invalidarla. Nella sentenza si legge che nonostante tale strumento miri a introdurre

un regime di sorveglianza continuo, non mirato e sistematico, che comprende la valutazione automatizzata dei dati personali di tutti coloro che utilizzano i servizi di trasporto aereo, l'obiettivo di garantire la sicurezza interna dell'UE e di combattere i reati di terrorismo e le forme gravi di criminalità può giustificare tale grave ingerenza nei diritti fondamentali (punti 121 e 122).

Se ne può dedurre, allora, che anche per quanto riguarda il regime di accesso pubblico alle informazioni sui titolari effettivi la Corte avrebbe potuto scegliere soluzioni interpretative che consentissero la sopravvivenza dell'art. 30, par. 5, magari intervenendo sul sistema di deroghe – punto sul quale, invece, non si è espressa – o imponendo che i dati non fossero semplicemente consultabili online, ma vi fosse una banca dati alla quale il soggetto può accedere solo dopo aver rilasciato le proprie informazioni, così da evitare abusi e da rintracciare coloro che ne abusano. Ciò avrebbe consentito di garantire la tutela dei diritti fondamentali ma anche di non porsi in contraddizione con la scelta operata a livello internazionale (risoluzioni 2199(2015) e 2253(2015) del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite; dichiarazione del G20 del 18 aprile 2016) di valorizzare la trasparenza degli assetti societari come uno dei pilastri portanti per rafforzare il sistema di prevenzione del riciclaggio e del terrorismo (M. BREWCZYŃSKA, *Privacy and data protection vs public access to entrepreneurs' personal data. Score 2:0.*, in *European Law Blog*, 15 December 2022). Infatti, la disposizione invalidata corrispondeva al contenuto della raccomandazione n. 24 elaborata dal Gruppo d'azione finanziaria (GAFI), nella quale l'accesso pubblico ai dati relativi ai beneficiari effettivi delle società viene considerato una misura virtuosa per vigilare sull'uso improprio di strutture proprietarie opache (per una trattazione completa sul tema si v., B. VOGEL, J. B. MAILLART (eds.), *National and International Anti-Money Laundering Law*, Cambridge – Antwerp – Chicago, 2020).

Occorre, a questo punto, svolgere una considerazione di carattere sistematico che è, forse, sfuggita alla Corte. Se la funzione classica della trasparenza è quella di garantire ai cittadini il maggior accesso alle informazioni, di consentire loro di conoscere, intervenire e partecipare alla cosa pubblica, il ruolo che essa sta via via assumendo, però, è anche quello di strumento che mette nelle condizioni il cittadino di esercitare un controllo dell'attività pubblica, soprattutto laddove vengano in gioco interessi di carattere generale.

Come ha ben evidenziato l'AG, nelle odierne società complesse la linea di demarcazione tra la sfera pubblica e la sfera privata non è sempre

netta. Spesso le due sfere si sovrappongono e alcuni comportamenti privati possono avere ripercussioni (sulla dimensione pubblica) tali da giustificare un interesse generale a conoscere alcuni aspetti che rientrano nella sfera privata di un individuo.

Questo passaggio è fondamentale per comprendere che la trasparenza non è un interesse generale da tutelare in relazione alle sole attività pubbliche, ma è lo strumento che consente di salvaguardare altri interessi generali. L'ampliamento dei soggetti legittimati ad accedere alle informazioni dei titolari effettivi delle società funge da deterrente, cioè a dire che il fatto che il pubblico possa conoscere i nomi di coloro che stanno dietro la struttura societaria crea un ambiente meno suscettibile di essere utilizzato per le attività di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo (O. POLLICINO, *L' "autunno caldo" della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *federalismi.it*, n. 19, 2019). La normativa anti-riciclaggio, ma anche quella anticorruzione, trova, pertanto, nel concetto di trasparenza una chiave interpretativa significativa nella misura in cui permette di intercettare i reati nel momento della loro manifestazione finanziaria anche grazie all'accesso pubblico di alcuni dati.

Siffatta funzione avrebbe meritato una maggiore considerazione da parte della Corte di giustizia, la quale, però, avrà sicuramente nuove occasioni per pronunciarsi sul conflitto tra obiettivi e interessi generali e tutela dei diritti di cui all'art. 7 e 8 CDFUE, basti pensare al nuovo regolamento (UE) 2022/991 (T. WAHL, *Amended Europol Regulation in Force – Criticism Remains*, in *eu crim*, 20 July 2022; T. QUINTEL, *The EDPS on Europol's Data Big Data Challenge in Light of the Recast Europol Regulation The Question of Legitimizing Unlawful Practices*, in *European Data Protection Law Review*, n. 1, 2022, pp. 90-102) in relazione al quale sono già pendenti due rinvii pregiudiziali (causa T-578/22 e causa T-678/22). Quest'ultimo, al fine di scongiurare rischi elevati per la sicurezza interna dell'Unione, tra le altre novità, conferisce ad Europol maggiori poteri operativi mediante la ricezione e l'analisi di dati anche relativi a categorie di soggetti non legati in alcun modo ad attività criminali.

LA DECISIONE (UE) 2022/2512 RELATIVA
ALLA NON ACCETTAZIONE DEI DOCUMENTI DI VIAGGIO
DELLA FEDERAZIONE RUSSA RILASCIATI IN UCRAINA
E GEORGIA: UNA SCELTA POCO ATTENTA
ALLA SALVAGUARDIA DELLE PERSONE?

Irene Marchioro*

SOMMARIO: 1. La decisione (UE) 2022/2512 relativa alla non accettazione dei documenti di viaggio russi rilasciati in Ucraina e Georgia. – 2. Alcuni nodi critici. – 3. In particolare: le garanzie di tutela dei richiedenti protezione internazionale e protezione temporanea. – 4. ...e la loro scarsa effettività. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *La decisione (UE) 2022/2512 relativa alla non accettazione dei documenti di viaggio russi rilasciati in Ucraina e Georgia*

Lo scorso 14 dicembre 2022 è stata adottata la decisione (UE) 2022/2512 del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alla non accettazione dei documenti di viaggio russi rilasciati nei territori occupati di Ucraina e Georgia (eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:32022D2512; d'ora in avanti: la decisione), al termine di un trilogio rapidissimo, che ha portato all'adozione dell'atto in poco più di tre mesi: la proposta della Commissione, infatti, risale appena al 6 settembre scorso. La base giuridica della decisione è l'art. 77, par. 2, lett. a e b, TFUE, relative, come si vedrà, al rilascio di visti e all'attraversamento delle frontiere esterne dell'Unione.

L'atto si pone nel solco di quelli che, a vario titolo e a vari effetti, hanno contribuito a sanzionare la Federazione russa all'indomani dell'aggressione militare all'Ucraina dello scorso 24 febbraio (cfr., tra gli altri: M. VELLANO, *La guerra in Ucraina e le conseguenti decisioni dell'Unione europea in materia di sicurezza e difesa comune*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2022, p. 121 ss.; S. POLI, *La portata e i limiti delle mi-*

* Assegnista di ricerca in diritto dell'Unione europea presso l'Università di Padova – 6 marzo 2023.

sure restrittive dell'Unione europea nel conflitto tra Russia e Ucraina, in *SIDIBlog*, 22 marzo 2022; S. LATTANZI, *Il Consiglio sanziona "la propaganda del Cremlino" e sospende le attività di diffusione dell'agenzia di informazione Sputnik e del canale RT/Russia Today*, in questo *Blog*, 7 aprile 2022). La decisione, prendendo atto della scelta di tutti gli Stati membri di non riconoscere la sovranità della Russia sulle regioni occupate, sancisce per tale motivo la non accettazione dei documenti russi ivi rilasciati, tanto ai fini dell'attraversamento delle frontiere Schengen, quanto ai fini del rilascio di un visto di breve durata ai sensi del reg. (CE) n. 810/2009 (d'ora in avanti: regolamento visti).

La decisione si compone di soli cinque articoli, a fronte di ventidue considerando, i quali hanno – tra le altre – la funzione di giustificare la competenza dell'Unione ad agire in questo ambito, secondo la base giuridica prescelta. Nello specifico, dopo aver sancito, all'art. 1, che i documenti di viaggio russi rilasciati “nelle regioni o nei territori in Ucraina che sono occupati dalla Federazione russa o nei territori separatisti in Georgia che al momento dell'entrata in vigore della presente decisione non sono sotto il controllo del governo georgiano, o a persone ivi residenti” non sono accettati ai fini sopra visti, la decisione prosegue all'art. 2 sancendo talune deroghe, su cui si avrà modo di tornare. L'art. 3, poi, attribuisce alla Commissione il potere di adottare un atto di esecuzione *ex art.* 291 TFUE, il quale dovrà elencare i documenti di viaggio la cui accettazione è esclusa ai sensi dell'art. 1, oltre alla data di rilascio a partire dalla quale tali documenti non possono più essere considerati validi. Gli ultimi due articoli, infine, sanciscono semplicemente l'entrata in vigore della decisione il primo giorno successivo alla pubblicazione in *Gazzetta* (art. 4) e indicano gli Stati membri quali destinatari della decisione stessa (art. 5).

2. *Alcuni nodi critici*

Nella sua concisione e apparente semplicità, l'atto descritto ha presentato taluni nodi critici.

In primo luogo, dubbi potrebbero sorgere rispetto alla correttezza della base giuridica posta a fondamento della decisione, individuata, come anticipato, nelle lett. a e b dell'art. 77, par. 2, TFUE, relative rispettivamente all'adozione di misure in materia di “politica comune dei visti e di altri titoli di soggiorno di breve durata” e di “controlli ai quali sono sottoposte le persone che attraversano le frontiere esterne”.

Infatti, benché la decisione, al considerando n. 9, precisi di non pregiudicare “la competenza degli Stati membri per quanto concerne il riconoscimento dei documenti di viaggio”, è evidente che la non accettazione di un documento a *taluni* fini implichi proprio il suo mancato riconoscimento, per quanto parziale (in quanto limitato, appunto, a taluni effetti soltanto). Ad ogni buon conto, il titolo della decisione è stato modificato rispetto alla versione originale contenuta nella proposta della Commissione (COM(2022) 662 final; eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0662), la quale faceva riferimento al “non riconoscimento” dei documenti, così da riferirsi oggi a una più neutra “non accettazione”, in linea, appunto, con l’intenzione – fortemente espressa dal Consiglio in sede di trologo, che di queste modifiche è l’autore: eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_13527_2022_INIT&from=EN – di non invadere le competenze degli Stati membri.

Inoltre, la mancata accettazione dei documenti russi ai fini dell’attraversamento delle frontiere esterne dell’Unione e del rilascio di un visto di breve durata si pone, in qualche modo, quale mera conseguenza materiale di un altro obiettivo espressamente enunciato nel preambolo della decisione. L’atto, infatti, sembra mirare solo strumentalmente a “garantire una politica comune dei visti e un approccio comune ai controlli ai quali sono sottoposte le persone che attraversano le frontiere esterne” (considerando n. 8), perseguendo essenzialmente lo scopo di reagire al “rilascio sistematico di passaporti russi [nelle] regioni occupate”, in quanto atto rappresentativo di “un’ulteriore violazione del diritto internazionale e dell’integrità territoriale, della sovranità e dell’indipendenza dell’Ucraina” (considerando n. 6). Benché l’oggetto dell’atto – la non accettazione dei documenti russi – giustifichi la base giuridica prescelta, è allo stesso evidente che lo scopo della decisione guarda oltre, all’affermazione di una presa di posizione politica sullo scacchiere internazionale.

Anche il campo di applicazione della decisione è stato oggetto di discussione ed è stato necessario apportare delle revisioni alla proposta della Commissione nel corso del trologo.

Sotto un primo profilo, si è modificato il riferimento, contenuto inizialmente nella proposta della Commissione, ai “territori occupati” dalla Federazione russa, sostituito con un’indicazione puntuale delle singole aree a cui si estende l’applicazione della decisione (ossia: le regioni o i territori in Ucraina che sono stati occupati dalla Federazione russa e i territori separatisti in Georgia che al momento dell’entrata in vigore della decisione non

erano sotto il controllo del governo georgiano). La generica espressione “territori occupati” rendeva evidentemente incerta l’applicazione territoriale della decisione, che sarebbe stata astrattamente suscettibile di estendersi a nuove aree eventualmente occupate in futuro dalla Russia in assenza, però, di un meccanismo interno al diritto dell’Unione europea che permetta di accertare quali siano tali territori. Come accennato, la decisione nella sua versione finale identifica invece chiaramente le aree all’interno delle quali i documenti russi rilasciati alle persone ivi presenti non devono essere accettati, ancorando questa previsione esplicita al fatto che il Consiglio europeo, in circostanze chiaramente indicate e circostanziate, ha già formalmente condannato l’aggressione dell’Ucraina e, per quel che riguarda la Georgia, la decisione della Russia di riconoscere l’indipendenza dell’Abkhazia e dell’Ossezia del Sud (considerando nn. 3 e 4 della decisione).

Sotto un secondo profilo, anche l’applicazione materiale della decisione ha posto alcune questioni che sono state chiarite e risolte nel corso dei lavori del trilatero. Si è così precisato, all’art. 3, che la Commissione debba indicare, nell’atto di esecuzione in cui è tenuta ad elencare precisamente le tipologie di documenti che debbono essere rifiutati, le relative date di emissione rilevanti, così da circoscrivere gli effetti della decisione ai soli documenti rilasciati successivamente al concreto passaggio di alcuni territori ucraini e georgiani sotto il controllo russo. Anche in questo frangente, l’indicazione specifica dei territori rilevanti ai sensi della decisione permette alla Commissione di individuare un elenco chiuso e tassativo di documenti, non suscettibile di estendersi ad *altri* documenti rilasciati in nuovi territori eventualmente occupati in futuro.

Sotto il profilo dell’applicazione personale, infine, l’art. 2, par. 1, lett. a, ha disposto una deroga all’applicazione della decisione in favore di coloro che erano cittadini russi prima della data indicata nel menzionato atto di esecuzione (e ai loro discendenti). Se tale scelta si presenta come ragionevole nei confronti dei cittadini russi che si trovavano già nei territori occupati *prima* dell’aggressione militare, potrebbero viceversa sorgere dei dubbi circa l’opportunità politica di predisporre una deroga che favorisca, tra gli altri, anche i cittadini russi che abbiano deciso di insediarsi nei territori occupati – per esempio in Crimea – solo *dopo* l’inizio delle aggressioni. Questa critica vale a maggior ragione se si considera, per i motivi che si vedranno subito di seguito, che le persone che di quella aggressione sono state le vittime potrebbero, in certe condizioni, venire invece gravemente pregiudicate dall’applicazione della decisione.

3. *In particolare: le garanzie di tutela dei richiedenti protezione internazionale e protezione temporanea*

Il nodo più critico che in questa sede si intende approfondire è infatti quello del bilanciamento tra il valore politico e latamente sanzionatorio di questa decisione e il suo possibile impatto negativo sulla posizione giuridica di taluni soggetti che vedano la decisione applicata nei propri confronti. Ci si riferisce, in particolare, alla posizione di coloro che, a fronte del rilascio di un documento russo, non siano più in possesso dei propri documenti “nazionali”, in quanto per esempio scaduti o revocati, o che semplicemente non abbiano mai avuto un documento del proprio Stato di origine, in quanto divenuti maggiorenni già sotto il periodo dell’occupazione russa – una situazione in cui si trovano tipicamente molti giovani residenti in Crimea che hanno raggiunto la maggiore età durante il periodo dell’occupazione.

Il rischio, infatti, è che queste persone vedano gravemente compromessa la loro possibilità di entrare nell’Unione europea e muoversi liberamente al suo interno dopo aver richiesto una delle forme di protezione previste dal diritto dell’Unione europea nello Stato membro in cui ritengano più opportuno farlo: di fare, cioè, quello che gli altri cittadini ucraini hanno agevolmente fatto fino a oggi. A tal proposito, giova ricordare che l’Ucraina è uno dei Paesi presenti nell’elenco dell’allegato II del regolamento (UE) 2018/1806, relativo ai Paesi terzi esenti dall’obbligo di visto per soggiorni di breve durata nell’area Schengen. I cittadini ucraini che hanno perduto il possesso di un documento di viaggio ucraino in favore di uno russo, quindi, si troveranno nella condizione di passare da un regime che consentiva loro di entrare nell’Unione europea dietro la mera esibizione di un passaporto ucraino, a uno in cui il passaporto in loro possesso – quello russo – non è idoneo nemmeno per la richiesta di un visto.

In astratto, il pericolo che queste persone si trovino sprovviste di possibilità di tutela in Unione europea parrebbe scongiurato: la decisione prevede, infatti, all’art. 2, par. 2, che “gli Stati membri possono consentire l’ingresso nel loro territorio, in singoli casi, a titolari di documenti di viaggio contemplati dalla [...] decisione, a norma degli articoli 25 e 29 del regolamento (CE) n. 810/2009 e dell’articolo 6, paragrafo 5, del regolamento (UE) 2016/399” (sui tipi di visto e sui requisiti di ingresso di cui all’art. 6 del Codice frontiere Schengen, si rimanda a S. AMEDEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell’immigrazione e dell’asilo dell’Unione europea*, Torino, 2022, p. 19 ss.). Non solo: il considerando n. 13 precisa altresì che “tali deroghe do-

vrebbero essere applicate nella misura più ampia possibile, in particolare per consentire l'ingresso a tutte le persone che rientrano nell'ambito di applicazione" della protezione temporanea. L'art. 2, par. 3, prevede, inoltre, che la "decisione non pregiudica l'acquis dell'Unione in materia di asilo, in particolare il diritto di chiedere protezione internazionale".

Le deroghe menzionate, tuttavia, meritano un'analisi approfondita, così da valutare se e in quale misura esse si pongano come un efficace correttivo al rischio che i soggetti che si trovino nella situazione sopra descritta subiscano, quale effetto collaterale della decisione, un pregiudizio materiale nella loro possibilità di trovare protezione all'interno dell'Unione europea. Si ripercorreranno quindi brevemente le ipotesi di deroga previste nella decisione.

Innanzitutto, la decisione cita l'art. 25 del regolamento visti, il quale prevede che gli Stati membri possano rilasciare un visto a validità territoriale limitata anche in assenza di un documento di viaggio valido, ma solo in talune ipotesi ben precisate. Si tratta, in primo luogo, dell'ipotesi in cui tale visto venga rilasciato "per motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali" (par. 1, lett. a); in secondo luogo, del caso in cui il visto venga rilasciato sebbene il richiedente possieda "un documento di viaggio non riconosciuto da uno o più Stati membri, ma non tutti" (par. 3). Ora, escludendo l'applicabilità, a coloro che si trovino in possesso del solo documento di viaggio russo, della disposizione di cui all'art. 25, par. 3 (atteso che, ad ogni evidenza, nessuno degli Stati membri riconoscerà tale documento di viaggio ai fini del rilascio di un normale visto europeo uniforme), l'unica ipotesi rilevante ai sensi dell'art. 25 pare essere quella del rilascio di visti umanitari ai sensi del par. 1, lett. a; ipotesi della cui effettività, tuttavia, è lecito dubitare, come si vedrà tra breve. In uno con l'art. 25, la decisione cita anche l'art. 29 del regolamento visti, il quale, tuttavia, per quanto qui rileva, disciplina unicamente le modalità di apposizione di un visto adesivo su foglio separato nelle ipotesi in cui il documento di viaggio non sia riconosciuto, senza prevedere ulteriori titoli autonomi di ingresso, e sembra pertanto doversi leggere come mera modalità di esecuzione di una decisione individuale di rilascio di un visto ai sensi dell'art. 25.

La decisione sulla non accettazione dei documenti russi rilasciati nelle zone occupate prevede altresì che gli Stati membri possano consentire l'accesso di titolari di siffatti documenti nei casi previsti dall'art. 6, par. 5, del Codice frontiere Schengen, il quale ammette l'ingresso all'interno dell'Unione di soggetti che non siano in possesso di tutti i requisiti di cui al par. 1 in tre circostanze specifiche. Si tratta, in primo luogo, di coloro "che

sono in possesso di un permesso di soggiorno o di un visto per soggiorno di lunga durata”, i quali “sono ammessi a entrare nel territorio degli altri Stati membri ai fini di transito, affinché possano raggiungere il territorio dello Stato membro che ha rilasciato” il titolo di ingresso. Questa deroga permette agli Stati membri, nell’esercizio delle loro competenze nazionali – posto che a livello europeo non è ancora stata data attuazione all’art. 79, par. 2, lett. a, TFUE sui visti di lunga durata –, di continuare a rilasciare visti e permessi di lunga durata in ipotesi come il ricongiungimento familiare, l’ingresso per lavoro dipendente, per lavoro qualificato, e così via. La deroga, quindi, è certamente rilevante e permetterà a una fetta di cittadini ucraini (o residenti in Ucraina) e georgiani (o residenti in Georgia) di accedere nel territorio dell’Unione anche laddove possedessero unicamente un documento russo: si tratta di una fetta, però, inevitabilmente molto piccola, dovendosi dare le condizioni per il rilascio di un permesso di questo tipo, sulla base delle – notoriamente molto restrittive – discipline nazionali.

La lett. b dell’art. 6, par. 5, del Codice frontiere Schengen non è rilevante in questo contesto, in quanto permette l’ingresso, a talune condizioni, di persone che non siano in possesso di un visto valido, ma che siano, invece, in possesso di un valido documento di viaggio, ciò che è escluso in radice per i casi di cui ci si occupa qui.

La lett. c, invece, torna a rivestire un ruolo di grande rilevanza, là dove permette agli Stati membri di autorizzare l’ingresso “per motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali”. Questa disposizione, tuttavia, fa riferimento pur sempre a ingressi per soggiorni “la cui durata non sia superiore a 90 giorni su un periodo di 180 giorni” e va letta, quindi, di concerto con l’art. 25 del regolamento visti (v. G. CELLAMARE, *Sul rilascio di visti di breve durata (VTL) per ragioni umanitarie*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2017, p. 529 e 531).

In sintesi, quindi, al di là della garanzia del rispetto dell’*acquis* dell’Unione in materia di asilo, di cui si dirà al paragrafo seguente, le deroghe all’applicazione della decisione sono solo due: il rilascio, da parte di uno Stato membro, di un visto o permesso di lunga durata, rimesso quindi integralmente alle discrezionali – e restrittive – scelte degli Stati; ovvero il rilascio di un visto umanitario.

4. ...e la loro scarsa effettività

Come si è cercato di spiegare, il visto umanitario ai sensi dell’art. 25

del regolamento visti risulta essere nei fatti l'unico titolo (al netto dei visti e dei permessi per lungo soggiorno) che permette l'ingresso in Unione europea dei cittadini ucraini o georgiani o residenti nei territori occupati, i quali, a causa del conflitto, siano in possesso del solo documento di viaggio russo. Si rende quindi necessario valutare se questa soluzione sia effettivamente sufficiente per garantire il rispetto dell'*acquis* dell'Unione in materia di protezione internazionale e protezione temporanea.

È evidente, infatti, che nel quadro appena delineato il visto umanitario dovrebbe essere funzionale a un ingresso nel territorio dell'Unione finalizzato alla successiva richiesta di protezione avanzata in uno Stato membro. È giocoforza infatti immaginare che i soggetti colpiti dalla decisione, e quindi non più in possesso di un documento valido per l'attraversamento dei confini esterni, si rivolgeranno alle ambasciate degli Stati membri per richiedere un visto umanitario giustificato dalla necessità di lasciare il Paese e trovare rifugio altrove.

Questo schema, tuttavia, non è coerente con quanto sancito alcuni anni fa dalla giurisprudenza della Corte di giustizia circa la natura del visto umanitario *ex art. 25* del regolamento visti. Come è noto, infatti, nella sentenza della Corte di giustizia del 7 marzo 2017, C-638/16 PPU, *X. e X. c. Belgio*, molto criticata dalla dottrina, la Corte ha radicalmente escluso che il visto umanitario istituito dal regolamento visti possa essere usato in favore di coloro che lo richiedano con l'intenzione di presentare una domanda di asilo una volta giunti nello Stato membro che ha rilasciato il visto (per un commento, cfr. tra gli altri A. DEL GUERCIO, *La sentenza X. e X. della Corte di Giustizia sul rilascio del visto umanitario: analisi critica di un'occasione persa*, in *europenpapers.eu*, 2017, p. 271 ss; V. MORENO-LAX, *Asylum Visas as an Obligation under EU Law: Case PPU C-638/16 X, X v État belge (Part I)*, in *eumigrationlawblog.eu*, 16 febbraio 2017; H. DE VYLDER, *X and X V. Belgium: a Missed Opportunity for the Cjeu to Rule on the State's Obligations to Issue Humanitarian Visa for Those in Need of Protection*, in *Strasbourg Observers*, 14 aprile 2017; C. FRATEA, *Accesso alle procedure di protezione internazionale e tutela delle esigenze umanitarie: la discrezionalità in capo agli stati membri non viene intaccata dal nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, in *fsjeurostudies.eu*, 2021, p. 133 ss.).

I giudici, in particolare, hanno rilevato che il regolamento visti si riferisce esclusivamente al rilascio di visti di transito o per soggiorni previsti sul territorio degli Stati membri non superiori a 90 giorni su un periodo di 180 giorni e, pertanto, le domande di visto umanitario avanzate con l'intenzione di chiedere asilo una volta giunti sul territorio – e, quindi, di

soggiornare per un periodo superiore a 90 giorni – non rientrano nell’ambito di applicazione del regolamento. Viceversa, si tratterebbe di domande che, mirando ad ottenere un visto per lungo soggiorno, rimangono integralmente regolate dal diritto nazionale degli Stati membri. La Corte, in particolare, ha terminato la sua disamina evidenziando (par. 48) che una conclusione di segno diverso equivarrebbe “a consentire ai cittadini di paesi terzi di presentare [...] domande di visto finalizzate ad ottenere il beneficio di una protezione internazionale nello Stato membro di loro scelta, il che lederebbe l’impianto generale del sistema istituito dal regolamento n. 604/2013”.

L’impostazione della Corte di giustizia, peraltro, non è stata intaccata dalla Corte di Strasburgo, la quale in un caso del tutto analogo (sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo del 5 maggio 2020, ric. n. 3599/18, *M. N. e altri c. Belgio*) ha dichiarato irricevibile il ricorso per carenza di giurisdizione (per alcuni commenti, cfr. F. L. GATTA, *La “saga” dei visti umanitari tra le Corti di Lussemburgo e Strasburgo, passando per il legislatore dell’Unione europea e le prassi degli Stati membri, in dirittifondamentali.it*, 12 giugno 2019; A. MUCCIONE, *Obbligo di non refoulement e richieste di visti umanitari nel sistema della Cedu: la decisione della Grande Camera sul caso M. N. e altri c. Belgio*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, p. 105 ss.), non fornendo quindi alcun conforto a coloro che auspicavano l’accertamento di un obbligo internazionale alla concessione di un visto umanitario, perlomeno in situazioni di acclarata necessità di lasciare il Paese.

Sebbene, quindi, taluni Stati membri ammettano il rilascio di visti umanitari al fine di richiedere asilo, anche ai sensi dell’art. 25 del regolamento visti (si veda, per il caso italiano, P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Due Protocolli d’intesa sui “corridoi umanitari” tra alcuni enti di ispirazione religiosa ed il Governo ed il loro possibile impatto sulle politiche di asilo e immigrazione*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1, 2017), ciò corrisponde ad una scelta sovrana e discrezionale degli stessi, in nessun modo prevista o resa obbligatoria dal diritto dell’Unione europea.

In tale contesto, peraltro, non viene in aiuto nemmeno l’art. 33 del regolamento visti, il quale prevede la possibilità di prorogare il periodo di validità e/o la durata del soggiorno “qualora l’autorità competente di uno Stato membro ritenga che un titolare del visto abbia dimostrato l’esistenza di motivi di forza maggiore o di ragioni umanitarie che gli impediscono di lasciare il territorio degli Stati membri”. Tale proroga, infatti, non è destinata a operare nel momento in cui si richiede il visto, bensì solo nel caso in

cui, successivamente al rilascio di un visto e all'ingresso nel territorio di uno Stato membro, si presentino le condizioni per richiedere la proroga (cfr. G. CELLAMARE, *op. cit.*, p. 536).

Traspare da quanto detto che il visto di cui all'art. 25 del regolamento visti non può ritenersi uno strumento realmente idoneo a garantire la tutela dei cittadini ucraini o georgiani o residenti nei territori occupati, i quali si ritrovino in possesso del solo documento russo loro rilasciato durante l'occupazione; ciò sempre che si voglia rimanere aderenti alla giurisprudenza della Corte di giustizia sul ruolo e sul valore del visto *ex art.* 25 del regolamento visti. Peraltro, anche qualora i singoli Stati membri decidessero, nella loro discrezionalità, di utilizzare quello o un diverso tipo di visto per aiutare la fuga di chi voglia lasciare i territori occupati, ciò significherebbe riversare sulle ambasciate un imponente lavoro di esternalizzazione del controllo preliminare delle domande di asilo, al fine di autorizzare l'emissione del visto.

In un quadro come quello delineato, sugli Stati membri continua a gravare, naturalmente, l'obbligo di *non refoulement*. Ciò significa, in sostanza, che, anche in assenza di un documento di viaggio valido, coloro che riusciranno *in qualche modo* a entrare nel territorio dell'Unione (principalmente tramite il confine con la Polonia) non potranno essere espulsi. Questa, tuttavia, è una ben magra consolazione, se si considera la facilità con cui, sulla base della loro cittadinanza, quelle persone dovrebbero poter entrare nel territorio europeo, muoversi al suo interno fino a stanziarsi in uno Stato di elezione, e lì presentare una domanda di asilo. Inoltre, questa soluzione avrebbe come effetto collaterale quello di scaricare tutta la pressione dell'esodo dai territori occupati sulle regioni di confine, impedendo quella distribuzione spontanea di soggetti sfollati che ha finora permesso una ripartizione relativamente efficace degli oneri di accoglienza tra gli Stati membri.

5. *Considerazioni conclusive*

Alla luce di tutto quanto descritto, non è chiaro cosa intenda il legislatore europeo quando scrive, nella decisione, che le deroghe previste al suo interno e finalizzate a facilitare l'ingresso degli individui colpiti dall'atto dovrebbero venire applicate "nella misura più ampia possibile" (considerando n. 13). In effetti, questa raccomandazione sembra destinata a rimanere lettera morta, a meno che non la si interpreti come una spinta ad uti-

lizzare il visto umanitario di cui all'art. 25 del regolamento visti a beneficio di coloro che vogliono fuggire dai territori occupati per chiedere una forma di protezione all'interno dell'Unione.

Ciò darebbe implicitamente prova di una presa d'atto, da parte del legislatore europeo, del *vulnus* di tutela provocato dall'inesistenza, nel sistema europeo comune di asilo, di un visto umanitario per richiesta di protezione internazionale, che pure era stato fortemente sollecitato dal Parlamento europeo (*Relazione recante raccomandazioni alla Commissione concernenti i visti umanitari* (2018/2271(INL), A8-0423/2018 del 4 dicembre 2018), ma che non ha mai trovato posto in una proposta legislativa della Commissione in carica all'epoca, né è comparso nel nuovo "Patto" della Commissione Von der Leyen.

THE EQUALITY PACKAGE: HAS THE HARD LAW MOMENTUM ARRIVED FOR LGBTIQ+ RIGHTS IN THE EU?

Alessandro Marcia*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The Equality package: what is at stake? – 3. The EU old (but soft!) support to LGBTIQ+ rights. – 4. Perspective considerations: is soft law really over with the Package?

1. *Introduction*

EU institutions have always been considered as early allies of the LGBTIQ+ community at European level. The history of European integration is characterized by a long list of statements, declarations of principle and political initiatives that stand by LGBTIQ+ revendications. However, this support has rarely corresponded to the adoption of legally binding rules. EU institutions have thus been strongly reliant on soft law instruments when dealing with this issue. Due to a limited supranational competence in the policy areas concerned by LGBTIQ+ claims, the adoption of binding harmonisation rules required a common political consensus. Indeed, despite Directive 2000/78 dealing with discriminations in employment relationships, the Union has not adopted harmonisation rules directly targeted to LGBTIQ+ revendications and the relevant power to deal with these issues still lies upon the Member States. Therefore, the use of soft instruments in this field is overwhelming.

Against this backdrop, the Equality Package recently launched by the European Commission may seem an inversion of this paradigm. Without prejudice to the role that the Court of Justice can play on LGBTIQ+ matters (it should be recalled, for example, the *Coman* judgment, concerning free movement rights in the framework of Directive 2004/38), for the first time a comprehensive framework was proposed to harmonise rules regarding parenthood in cross-border situations. Moreover, the Commission explicitly stresses the objective of enhancing LGBTIQ+ rights' protection with this Package. Several elements suggest, however, that soft instruments

* Assistant Professor in EU Law – China/EU School of Law, University of Hamburg – 19 aprile 2023.

still have a crucial role to play. Notably, as it will be highlighted, other than a vast preparatory function, soft law is liable to exercise a complementary and even a substitutive function of the rules at stake. This piece will, first, provide an analysis of the legislative innovations proposed in the Package. Second, it will discuss the progressive incorporation of LGBTIQ+ rights within EU law and policies, which has mainly been achieved through soft law instruments. Last, the analysis will converge on some perspective considerations concerning the future implementation of the Package, especially as regards its legal basis and scope of application.

2. *The Equality package: what is at stake?*

On 7th December 2022, the European Commission proposed the Equality Package (hereinafter, “the Package”). Based on article 81(3) TFEU, the new rules attempt to provide legal clarity for families who find themselves in a cross-border situation, while reducing times, costs and burdens of recognition proceedings for both families and national judicial systems (on the content of the Package, see also D. DANIELI, *La proposta di regolamento UE sul riconoscimento della filiazione tra Stati membri: alla ricerca di un equilibrio tra obiettivi di armonizzazione e divergenze nazionali*, in *SIDIBlog*, 2023). Indeed, one of the key aspects of the proposal is that “the parenthood established in a Member State of the EU should be recognised in all the other Member States, without any special procedure” (see Commission’s press release). Moreover, the proposed rules will apply indistinctly to all types of families, thus representing a steppingstone for the legal protection of children of same-sex parents across the Union.

The Package is built on four core elements.

First, the proposal lays down uniform jurisdiction rules on the establishment of parenthood with a cross-border element. In this context, the driver criterion to determine the competent national authority is the proximity to the child. Jurisdiction can be established, alternatively, in the Member State of habitual residence of the child, of the nationality of the child, or of the habitual residence of any one of the parents. The proposal also provides rules for situations in which the jurisdiction cannot be established on one of the general alternative jurisdiction grounds. According to the Commission, this new set of rules would remedy the risk of parallel proceedings, conflicting decisions, and situations of denial of justice.

Second, the Package aims at enhancing legal certainty and predictabil-

ity by proposing common rules on the law applicable to the establishment of parenthood in cross-border situations. As a general rule, the law applicable should be the law of the State of the habitual residence of the person giving birth at the time of birth. However, where the application of this rule results in the establishment of parenthood as regards only one parent, the competent courts may apply one of two subsidiary rules: the law of the nationality of any one of the parents, or the law of the State of birth of the child. Against this backdrop, the Commission states that this scheme is explicitly aimed at addressing “the most frequent problems with the recognition of parenthood occurring today” (p. 14 of the Package); namely, the recognition of only one parent for children of same-sex couples.

Third, the proposed regulation will automatise the recognition of parenthood across the EU. In other words, courts decisions and authentic instruments establishing parenthood with binding legal effects issued in a Member State will be recognised in all the Member States, without any special procedure being required. This point also stems from the conclusions of the Court of Justice in case *Pancharevo*, as regards the recognition of same-sex parenthood for the purpose of exercising the freedom of movement (A. TRYFONIDOU, *The Cross-Border Recognition of the Parent-Child Relationship in RAINBOW Families under EU Law: A Critical View of the ECJ's V.M.A. ruling*, in *European Law Blog*, 2021). Furthermore, the package also provides for the acceptance of authentic instruments regarding parenthood with evidentiary effects.

Last, the proposal creates a European Certificate of Parenthood, issued in a uniform standard template which is attached to the proposal. The certificate is optional, as it will be issued only if the child or a legal representative asks for it. However, once a European Certificate of Parenthood has been issued in a Member State, it must be recognised in all the other Member States.

3. *The EU old (but soft!) support to LGBTIQ+ rights*

Unsurprisingly, the Equality Package has immediately been embraced by a variety LGBTIQ+ activists and movements across the Union. These legislative innovations, if adopted, would apply to all types of families and therefore impact the every-day-life of same-sex parents; even though, as mentioned, the scope of this legislative package is limited to cross-border situations.

Historically, EU institutions have explicitly endorsed LGBTIQ+ revendications on several occasions. Indeed, it has been argued how “LGBT rights are included bot formally and rhetorically in European institutions” and how this institutional approach “can and has been claimed by activists” (P. AYUB, D. PATERNOTTE, *Europe and LGBT rights: A Conflict-ed Relationship*, in *The Oxford Handbook of Global LGBT and Sexual Diversity Politics*, 2020, p. 5). However, as mentioned above, this supportive approach had to deal with the limited supranational competence in the policy areas concerned. In this context, soft law instruments have played a crucial role. As an example, the European Commission has often financed civil society organisations operating in this field, formally endorsed diverse political initiatives, and gave financial support to research projects on LGBTIQ+ rights in Europe (R. HOLZHACKER, *The Europeanization and Transnationalization of Civil Society Organizations Striving for Equality: Goals and Strategies of Gay and Lesbian Groups in Italy and the Netherlands*, in *EUI Working Papers*, 2007). Likewise, the approach of the European Parliament (EP) is characterized by a long list of declarations of principle to stress the importance of LGBTIQ+ rights’ protection. For instance, in 1984 the EP published “sexual discrimination in the workplace”, a working document to condemn discriminations based on sexual orientation in employment relationships. Moreover, in 1994 the same institution published the historical “Equal rights for homosexuals and lesbians in the EC”. This resolution aimed at combating discriminations based on sexual orientation and explicitly encouraged the Member States to take appropriate measures.

Despite the soft nature of these instruments and practices, EU institutions have developed over the years a supranational *répertoire* on LGBTIQ+ rights (see, for example, P. DE PASQUALE, *Cittadini LGBTIQ tra uguaglianza e discriminazioni*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2021). More importantly, as underlined by authoritative doctrine, this soft approach has led to the subsequent creation of hard law instruments at EU level. Notably, the anti-discrimination clause introduced in Article 19 of the Amsterdam Treaty is considered as a symbol of these dynamics (K. KOLLMAN, *European institutions, transnational networks and national same-sex unions policy: when soft law hits harder*, in *Contemporary Politics*, 2009).

Even in recent times, EU institutions have consolidated the soft approach towards LGBTIQ+ rights. The most relevant example is probably represented by the LGBTIQ+ Equality Strategy 2020-2025 (hereinafter,

“the Strategy”). The Strategy has been overwhelmingly welcomed by the members of the European Parliament with the Resolution on the protection of the rights of the child in civil, administrative and family law proceedings and the Resolution on LGBTIQ rights in the EU. These instruments have exercised a comprehensive preparatory function of the Equality Package. Indeed, in the Strategy the Commission committed itself to proposing, by the end of 2022, a “legislative initiative to support the mutual recognition of parenthood between Member States” (p. 17 of the Strategy). Moreover, the proposed rules also stem from the 2021 EU Strategy on the rights of the child. Likewise, reference to the legislative issues addressed in the Package can be found in the 2010 European Council Stockholm programme, the 2010 Green Paper entitled “Less bureaucracy for citizens”, or the 2017 Resolution of the European Parliament on the cross-border recognition of adoption orders. In an attempt to enhance legitimacy and consistency of the Commission’s proposal, all the aforementioned instruments are largely illustrated in the explanatory memorandum of the Package.

Furthermore, the Commission maintains that extensive consultations have been conducted in preparing the proposal. In this context, several stakeholders have been involved, representing children’s rights, rainbow families, legal practitioners, civil registrars and other NGOs or relevant interest groups. According to the Commission, these actors overall supported the legislative proposal (p. 7 of the Package). In addition to these preparatory – and soft – instruments, stakeholders’ consultation is also aimed at strengthening legitimacy of the EU legislative action. Furthermore, it integrates the consolidated soft practice of involving non-institutional actors in the legislative process (see, for example, O. STEFAN, *Covid-19 Soft Law: Voluminous, Effective, Legitimate? A Research Agenda*, in *European Papers*, 2020). Against this backdrop, the crucial point becomes understanding the substantive nature of the proposed rules, and how these are liable to impact LGBTIQ+ rights’ protection at EU level.

4. *Perspective considerations: is soft law really over with the Package?*

Despite the Equality package may be interpreted as a transition towards hard law on LGBTIQ+ rights’ protection at EU level, several elements suggest that soft law is not completely over.

First, attention must be paid to the legal basis of the Equality Package.

Article 81(3) TFEU provides a special legislative procedure and requires the Council to act unanimously. Therefore, it goes without saying that the veto power of each Member State will probably be the greatest challenge to overcome. Indeed, this treaty provision gave rise to similar complications in the past. In 2006, the Commission proposed a Regulation on jurisdiction and applicable law in matrimonial matters, using the Treaty provision corresponding to the current Article 81(3) TFEU as a legal basis. Two years later, the Council concluded that there was a lack of consensus on the proposal and that there were insurmountable difficulties that made unanimity impossible to achieve (see press release of the Council's meeting of 5-6 June 2008, p. 22). Subsequently, a group of fourteen Member States opted for an enhanced cooperation, which resulted in the adoption of Regulation 1259/2010 as regards the law applicable to divorce and legal separation. Moreover, the challenges of consensus have already shown their potential in the political and institutional debate around the Equality Package. For instance, the Committee for EU policies of the Italian Senate ('4^a Commissione permanente - Politiche dell'Unione europea') has examined the Commission's proposal. The members of the Committee approved a final resolution that gives a negative evaluation to the proposed regulation, maintaining that this is not consistent with the principle of subsidiarity (G. BIAGIONI, *Malintesi e sottintesi rispetto alla proposta di regolamento UE in tema di filiazione*, in *SIDIBlog*, 2023). This conclusion, which will probably be reflected in the country's position within the Council, perfectly shows the challenges of article 81(3) TFEU as a legal basis. Another example of these dynamics emerge from the recent debate around the infringement procedure triggered by the European Commission against Hungary, as regards a national law which is liable to discriminate LGBTIQ+ minorities. Fifteen Member States and the European Parliament are supporting the Commission's lawsuit before the Court of Justice, whereas the others backed the position of the Hungarian government. Consensus over sensitive political issues such as LGBTIQ+ rights seem therefore particularly difficult to achieve. In this context, several scholars have already pointed out that soft law is suitable to those situations in which the adoption of legally binding rules is not a practicable option (A. GUZMAN, T. MEYER, *International Soft Law*, in *The Journal of Legal Analysis*, 2010). Therefore, in the event of an overwhelming lack of political consensus on the Package, soft law may remain the only practicable option. Nonetheless, the Commission explicitly states that the legislative measures of the Package will be "accompanied by certain non-legislative measures to

raise awareness, promote good practices and improve cooperation between Member States authorities dealing with parenthood matters” (p. 9 of the Package). A complementary function for soft law is thus already envisaged. Indeed, monitoring and reporting mechanisms are included in the proposal, even though the Commission does not dwell on this point. However, it points out that external experts and relevant stakeholders will be involved within these mechanisms.

Second, a crucial issue concerns the scope of application of the proposed rules which, as anticipated, is limited to the existence of a cross-border element. Therefore, the new rules will not affect or alter the establishment of parenthood in purely internal situations. In other words, the Member States will remain free to regulate – or not to regulate – access to filiation for same-sex couples and the recognition of same-sex parenthood in their respective national legal orders. This difference of treatment seems liable to lead to a reverse discrimination between parenthood established in cross-border situations and parenthood established domestically. The phenomenon of reverse discriminations is common in the context of the operation of EU law and has fascinated scholars since the early days of European integration (see, for example, F. SPITALERI, *Le discriminazioni alla rovescia nel diritto dell’Unione europea*, Roma, 2010). This consists in a difference of treatment that arises between subjects acting in a pure internal situation and those who find themselves in a situation characterised by a transnational (or cross-border) element. The basis of reverse discriminations is therefore constituted by the limitation of the scope of application *ratione personae* of the rules on free movement, which apply only to those situations that are marked by a cross-border element. More practically, the adoption of the Equality Package would lead to the formation of two blocks. On the one hand, families who find themselves in a cross-border situation would benefit from the application of the proposed rules; families who act in a purely internal situation, on the other hand, would be confined to the applicable national law regarding parenthood. Therefore, as regards LGBTIQ+ rights’ protection, only same-sex parents that demonstrate the existence of a cross-border element would benefit from the neutrality of the rules contained in the Package (namely, the fact that the proposed rules would apply indistinctly to all types of parenthood). Moreover, it is not clear whether a reverse discrimination is an issue of EU law and, therefore, need to be addressed by the Union’s judiciary. Some scholars argue that reverse discriminations can be seen as the “unavoidable, normal consequence of the division of competences” between the Union and the

Member States (D. HANF, 'Reverse discrimination' in EU law: constitutional aberration, constitutional necessity or judicial choice?, in *Journal of European and Comparative Law*, 2011). Tolerating these discriminations, therefore, can be interpreted as a reflection of the principle of conferral. Likewise, other scholars believe that reverse discriminations are dramatically different than discriminations based on nationality and the principle of non-discrimination enshrined in article 18 TFEU seems not applicable to these situations (F. SPITALERI, *Le discriminazioni*, cit.). On the other hand, a vast literature maintain that reverse discriminations represent a temporary phenomenon in the gradual development of the EU legal order (see, for example, K. MORTELMANS, *La discrimination à rebours et le droit communautaire*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1980; E. AMBROSINI, *Reverse Discrimination in EU Law: An Internal Market Perspective*, in L.S. ROSSI, F. CASOLARI (eds.), *The Principle of Equality in EU Law*, Cham, 2017). Accordingly, these discriminations have been described as something which is "clearly impossible in the long run" (see AG Mischo in *Edah*, joined cases 80/85 and 159/85). Against this backdrop, if the Package will be concretely adopted, it will be crucial to understand the approach that the Court of Justice decides to undertake – whether to address, totally or partially, reverse discriminations, or to leave the issue in the hands of the Member States' administrations, legislatures and judiciaries.

Last, it must be highlighted that the new rules are not intended to affect or alter the existing rights that a child derives under Union law on free movement. Notably, article 21 TFEU as interpreted by the Court of Justice and other instruments of EU secondary law will continue to apply unaffected (on this point, see case *Pancharevo*, C-490/20; see also I. MARCHIORO, *Quali prospettive per il legislatore europeo dopo Coman e Pancharevo?*, in *I Post di AISDUE*, 31 gennaio 2023). Therefore, as the Commission explicitly points out, a Member State cannot refuse to recognise same-sex parenthood for the purposes of exercising the rights that the child derives under Union law on free movement (p. 11 of the Package).

In conclusion, even though the Equality Package has been widely welcomed among LGBTIQ+ activists and movements, the objective of a Union of Equality seems far from being achieved. As underlined, if unanimity cannot be reached within the Council, a number of Member States can still adopt the proposal in enhanced cooperation. In this case, however, the objective of providing the same rights for all children would probably be undermined, especially in those Member States often associated with more conservative convictions (T. KRUGER, *European Commission Proposal for a*

Regulation on Private International Law Rules Relating to Parenthood, in *Conflict of Laws*, 2022). Furthermore, the potential emergence of reverse discriminations would also jeopardize (at least, partially) the objective of providing legal clarity for all types of families. Therefore, when facing reluctant national laws towards same-sex parenthood, political pressure and soft law will probably remain the only realistic option for the EU action in this field.

LE POTENZIALITÀ DELLE PETIZIONI
AL PARLAMENTO EUROPEO: RIFLESSIONI E PROPOSTE
SUL RUOLO DELL'UNIVERSITÀ, ALLA LUCE DI UN'INIZIATIVA
RECENTEMENTE AVVIATA PRESSO L'UNIVERSITÀ DI TORINO*

Stefano Montaldo e Irene Vercillo*****

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le petizioni al Parlamento europeo e le loro criticità: profili istituzionali e funzionali. – 3. Proposte per una fruizione effettiva delle opportunità partecipative connesse al diritto di petizione.

1. *Introduzione*

Il diritto di ogni cittadino di partecipare attivamente alla vita democratica dell'Unione e il dovere delle istituzioni europee di mantenere i processi decisionali quanto più possibile aperti e vicini ai cittadini sono elementi fondativi del Trattato di Lisbona (art. 10 TUE). In questo contesto, la Conferenza sul futuro dell'Europa ha rappresentato una tappa importante nel percorso di valorizzazione del contributo della società alla definizione delle linee evolutive del processo di integrazione. Il confronto interistituzionale sulla relazione finale della Conferenza alimenta la consapevolezza di non dover disperdere il patrimonio di attitudine al confronto e alla partecipazione maturato negli anni. Questa considerazione mal cela invero la preoccupazione che, superato l'afflato dell'esperienza *sui generis* appena conclusa, le breccie aperte nella – reale o percepita – lontananza dell'Unione dai suoi cittadini tornino presto a cementarsi.

L'esigenza di guardare oltre la Conferenza e di trarne lezioni per l'avvenire chiama in causa molti aspetti del rapporto tra istituzioni europee e cittadini. Fra questi, merita interrogarsi sullo stato di salute delle oppor-

* Il post è frutto delle riflessioni congiunte dell'autore e dell'autrice e di una attività di scrittura condotta a quattro mani. Esso ha origine dell'attività di ricerca e terza missione svolta nell'ambito del progetto "Sportello Europa: facilitare la comunicazione con le istituzioni europee per rafforzare la tutela dei diritti", finanziato dalla Fondazione Cassa di Risparmio di Torino, bando erogazioni ordinarie 2021.

** Professore associato di diritto dell'Unione europea all'Università di Torino.

*** Studentessa del Corso di Laurea magistrale in Giurisprudenza presso l'Università di Torino – 31 marzo 2023.

tunità di *civic engagement* che hanno tradizionalmente arricchito lo strumentario europeo in materia. La prassi quotidiana di ben noti istituti come le petizioni al Parlamento europeo, l'iniziativa dei cittadini europei o le denunce alla Mediattrice europea evidenzia infatti progressi e criticità che amplificano talune sollecitazioni al cambiamento elaborate anche in seno alla Conferenza (per un'ampia disamina di questi istituti nel prisma del principio democratico v. C. MORINI, *Dialogo e partecipazione nella governance dell'Unione europea*, Bari, 2020, spec. il capitolo 2).

In questo quadro articolato, le brevi riflessioni proposte si concentrano in particolare sulle petizioni al Parlamento europeo, un istituto che figurava già nei Trattati di Roma e che, dunque, con alterne vicende, ha accompagnato il dipanarsi del processo di integrazione dalle sue origini sino al presente (J. MENDES, *Participation and the Role of Law after Lisbon: A Legal View on Article 11 TEU*, in *Common Market Law Review*, 2011, pp. 1849–1877).

Come noto, le petizioni godono di un triplice fondamento nel diritto primario dell'UE, in quanto sono disciplinate all'art. 227 TFUE, ma sono altresì richiamate all'art. 24 TFUE e all'art. 44 della Carta dei diritti fondamentali fra le prerogative dei cittadini europei. Secondo una lettura diffusa, il loro inserimento nella sistematica originaria dei Trattati è dovuto alla volontà di colmare le lacune della democrazia rappresentativa europea (N. VOGIATZIS, *The Past and Future of the Right to Petition the European Parliament*, in *Yearbook of European Law*, 2021, p. 82 ss.). A partire dal 1979, questo strumento è divenuto un complemento all'elezione diretta del Parlamento europeo, in quanto “canale per trasmettere le preoccupazioni e idee [dei cittadini europei] ai rappresentanti eletti” (Linee guida della Commissione per le petizioni, p. 3).

Invero, l'oggetto delle petizioni è nella prassi molto ampio e spazia da doglianze rispetto a casi di cattiva amministrazione o impropria attuazione del diritto UE in sede nazionale a più generali sollecitazioni affinché il Parlamento europeo si faccia promotore di modifiche normative o cambiamenti di rotta politica su determinate questioni di competenza dell'Unione. La messa in opera di questo istituto evidenzia analogia flessibilità anche in relazione ai soggetti legittimati a presentare una petizione. È noto che l'art. 227 TFUE riserva questa possibilità ai cittadini europei, alle persone fisiche che risiedono nell'Unione e alle persone giuridiche che abbiano la loro sede nel territorio di uno degli Stati membri. Inoltre, le petizioni possono costituire un'iniziativa individuale o essere formulate in forma collettiva, così come è possibile supportare *ex post* petizioni già presentate da terzi.

Tuttavia, il tema della legittimazione attiva evidenzia una non secondaria differenza tra il testo del TFUE e il disposto della Carta. Se infatti l'art. 227 TFUE prevede che l'oggetto della petizione debba riguardare direttamente colui che attiva questo strumento, l'art. 44 della Carta dei diritti fondamentali non reitera tale requisito. Nella prassi, ciò ha portato la Commissione competente del Parlamento europeo a minimizzare l'importanza del criterio in esame, sancendo l'ammissibilità di petizioni che rispondevano a un interesse generale, anche in assenza di un apparente collegamento con il proponente (C. MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, Torino, 2017). In senso ulteriormente estensivo, merita ricordare che la legittimazione attiva di cittadini di Stato terzo non residenti nell'Unione o di persone giuridiche prive di sede europea non è esclusa in assoluto. L'art. 226, comma 15, del regolamento interno del Parlamento europeo, infatti, dispone che le petizioni presentate da questi soggetti siano raccolte in un registro apposito e sottoposte mensilmente dalla Presidente del Parlamento europeo alla Commissione competente. Quest'ultima può decidere in via discrezionale se approfondire l'analisi di tali petizioni.

Nel complesso, dunque, l'ampiezza del campo di applicazione oggettivo e soggettivo dell'istituto pare preludere a un suo significativo utilizzo, oltre che ad ampi margini di incidenza qualitativa sulla definizione delle politiche europee e sulla soluzione di criticità legate all'attuazione del diritto UE a livello nazionale. Nondimeno, le statistiche annualmente elaborate dalla Commissione petizioni indicano un uso circoscritto dello strumento in esame, soprattutto in proporzione al novero complessivo di potenziali proponenti ed alla possibilità di accedervi compilando un lineare formulario *online*, privo di complesse formalità:

Stato delle petizioni					
Anno	Numero di petizioni	Petizioni aperte		Petizioni chiuse	
2021	1 392	433	31,1 %	959	68,9 %
2020	1 573	493	31,3 %	1 080	68,7 %
2019	1 357	322	23,7 %	1 035	76,3 %
2018	1 220	290	23,8 %	930	76,2 %
2017	1 271	243	19,1 %	1 028	80,9 %
2016	1 569	462	29,4 %	1 107	70,6 %
2015	1 431	186	13,0 %	1 245	87,0 %
2014	2 715	223	8,2 %	2 492	91,8 %
2013	2 891	285	9,9 %	2 606	90,1 %
2012	1 986	126	6,3 %	1 860	93,7 %
2011	1 414	68	4,8 %	1 346	95,2 %
2010	1 656	34	2,1 %	1 622	97,9 %
2009	1 924	14	0,7 %	1 910	99,3 %
2008	1 886	18	1,0 %	1 868	99,0 %
2007	1 506	22	1,5 %	1 484	98,5 %
2006	1 021	4	0,4 %	1 017	99,6 %
2005	1 016	3	0,3 %	1 013	99,7 %
2004	1 002	2	0,2 %	1 000	99,8 %
2003	1 315	0	0 %	1 315	100,0 %

A ciò si aggiunga che, sotto il profilo qualitativo, sia le relazioni periodiche della Commissione competente del Parlamento europeo sia le unanimi reazioni della dottrina convergono nel segnalare il limitato impatto pratico dell'istituto (N. VOGIATZIS, *The European Ombudsman and Good Administration in the European Union*, London, 2018).

Questa circostanza è amplificata dal fatto che, ogni anno, pur con una certa variabilità, circa il 25% delle petizioni è dichiarato irricevibile, in molti casi per carenza di dimostrato legame con gli ambiti di intervento dell'Unione. Inoltre, una percentuale stabilmente superiore al 30% delle interlocuzioni avviate è considerata ricevibile ma immediatamente archiviata, poiché soddisfatta attraverso una semplice trasmissione di informazioni al firmatario. Nel 2021 – ultimo anno di rilevazione disponibile – questo dato ha superato il 41%, per un totale di 573 archiviazioni rapide su 1392 petizioni formulate.

Ciononostante, quasi paradossalmente, negli anni il tempo medio di trattazione dei casi è aumentato in maniera sostanzialmente costante e, di conseguenza, è cresciuta la mole di lavoro arretrato, come dimostra il rapporto tra l'incremento di petizioni aperte e la diminuzione delle trattazioni concluse al momento della rilevazione dei dati annuali.

In definitiva, per quanto necessariamente sintetico, il quadro evidenzia

che il potenziale dell'istituto in esame è lontano da una valorizzazione ottimale. Occorre dunque chiedersi quali siano le ragioni dell'insoddisfacente stato dell'arte e se vi siano possibili rimedi all'orizzonte. A questi interrogativi sono dedicati, rispettivamente, i due paragrafi che seguono.

Teniamo però sin d'ora a sottolineare come la *pars construens* delle argomentazioni proposte poggi su un presupposto chiave: così come nel contesto della Conferenza sul futuro dell'Europa, in forme diverse, molte università, reti di docenti e gruppi di studenti e studentesse hanno contribuito attivamente alla formulazione di proposte, siamo convinti che la comunità accademica – ampiamente intesa – debba continuare a fornire il proprio qualificato sostegno agli strumenti di *civic engagement* europeo.

In quest'ottica vanno dunque lette le riflessioni che seguono, nonché, a monte, la scelta di elaborarle in forma scritta a quattro mani, attraverso un proficuo dialogo tra un docente e una studentessa. L'incontro fra diverse sensibilità ha generato proposte che speriamo siano accolte con benevolenza dal lettore e diano avvio a un confronto più ampio sul ruolo che l'accademia può – e a nostro avviso deve – esercitare a servizio della collettività e del processo di integrazione. D'altra parte, la cd. 'terza missione' richiede all'università di sperimentare modalità sempre più efficaci per promuovere e diffondere la conoscenza e alimentare la consapevolezza civile, quali fattori di progresso della società (I. SUSA, *La terza missione dell'Università*, in *Scienza e Società - Scienza e Democrazia*, 2015, p. 61 ss.). Auspichiamo dunque che queste brevi considerazioni possano aiutare la comunità di studiosi e studiose del diritto dell'Unione europea a condividere argomenti, buone prassi ed esperienze positive in campo didattico e di terza missione. A questo proposito, muoviamo il primo passo cogliendo l'occasione per presentare, nelle riflessioni che concludono il post, una iniziativa recentemente avviata presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

2. *Le petizioni al Parlamento europeo e le loro criticità: profili istituzionali e funzionali*

Nonostante la formulazione di petizioni al Parlamento europeo sia, per natura e obiettivi di tutela, uno strumento promettente per la salvaguardia delle garanzie partecipative di coloro che vi sono legittimati, essa non è finora riuscita ad affermarsi come espressione elettiva di democrazia diretta nel contesto europeo (H. DE WAELE, *Union citizens and the European Par-*

liament: Perception, accessibility, visibility and appreciation, in P. MINDE-RHOUD, S. MANTU, K. ZWAAN (eds.), *Caught in between Borders: Citizens, Migrants and Humans. Liber Amicorum in Honour of Prof. Dr. Elspeth Guild*, Nijmegen, 2019, pp. 175-182).

Le cause delle criticità sottese a questo istituto possono essere distinte in due principali categorie: ragioni legate al contesto istituzionale di riferimento e altre derivanti dalla configurazione dello strumento in esame.

Dal primo punto di vista, le periodiche relazioni della Commissione petizioni del Parlamento europeo evidenziano sistematicamente la carenza delle risorse umane in dotazione alla rispettiva struttura amministrativa, a sua volta sintomo di disponibilità finanziarie limitate. Sul punto, peraltro, le numerose doglianze formulate nel corso degli anni si sono dimostrate sinora del tutto infruttuose (N. VOGIATZIS, *The European Ombudsman and Good Administration in the European Union*, cit., p. 255). Questa circostanza ha generato ricadute negative di breve e lungo periodo.

Quanto alle prime, le lacune di organico e di budget incidono sui tempi di trattazione dei casi, sin dalla fase preliminare del vaglio di ammissibilità, e sulla gestione della natura multilingue del lavoro della Commissione. Come noto, infatti, le petizioni possono essere formulate in una qualsiasi delle lingue ufficiali dell'Unione. Lo stesso vale per la documentazione allegata a corredo della petizione e per la conduzione della eventuale audizione pubblica del firmatario, con relativa esigenza di interpretazione simultanea.

Le ricadute di lungo periodo riguardano anzitutto la programmazione dei modelli di gestione dei casi: nella relazione sull'attività svolta nel 2021, invero, la Commissione petizioni stessa ha evidenziato l'esigenza di modificare il proprio "approccio strategico" alla pianificazione del lavoro e alla trattazione dei casi, poiché il *modus operandi* attuale ha determinato la mancata trattazione "di questioni relative a gravi violazioni del diritto dell'UE che pregiudicano la tutela dei diritti dei cittadini".

Più in generale, inoltre, la penuria di risorse frustra lo sforzo informativo e di sensibilizzazione richiesto non solo per promuovere l'istituto, ma anche per orientare al meglio i potenziali proponenti, allo scopo di assicurare che le petizioni formulate integrino i requisiti di ricevibilità e siano efficacemente redatte, con conseguente beneficio per la gestione del carico di lavoro della Commissione parlamentare. La sensibilizzazione circa l'istituto in esame appare peraltro strategica, in quanto si riscontra negli anni una considerevole disparità geografica nell'origine delle interlocuzioni avviate. Una percentuale largamente preponderante di petizioni, infatti, proviene

da Spagna, Italia, Germania e Polonia o, comunque, da firmatari di queste nazionalità, mentre in numerosi Stati membri la prassi è pressoché assente o del tutto marginale.

Dal secondo punto di vista, non mancano considerazioni critiche in merito alla conformazione funzionale delle petizioni. In via preliminare, in dottrina è stato evidenziato come l'impatto delle petizioni sia strutturalmente limitato dal fatto che esse sono in via elettiva utilizzate come strumento di dialogo diretto e individuale con le istituzioni, mentre la propugnazione di più ambiziosi e sistemici obiettivi di *civic mobilisation* è a oggi secondaria o viene devoluta ad altri istituti (S. ROSENBERGER ET AL., *What Are Petitions Good for? Institutional Design and Democratic Functions*, in *Parliamentary Affairs*, 2022, pp. 217-237 e R. HOUGH, *Do Legislative Petitions Systems Enhance the Relationship Between Parliament and Citizen?*, in *Journal of Legislative Studies*, 2012, pp. 479-495). Sotto il profilo operativo, le petizioni al Parlamento europeo paiono soffrire di una crisi di identità, dovuta sia al loro ampio campo di applicazione, sia alla parziale sovrapposizione con altri istituti e strumenti di coinvolgimento diretto – individuale o collettivo – dei cittadini (N. VOGIATZIS, *The Past and Future*, cit., p. 92). Questioni di interesse collettivo o criticità in tema di tutela dei diritti umani possono invero intraprendere strade diverse, quali l'iniziativa dei cittadini europei o le denunce alla Mediatrice europea, in special modo nel contesto delle indagini avviate in modo autonomo o delle indagini di natura strategica (F. MARTINES, *The European Union External Action, Administrative Function and Human Rights Protection under the Lens of the EU Ombudsman and a Recent Strategic Initiative*, in *Freedom, Security and Justice*, 2022, pp. 39-66). Lo stesso si dica per ulteriori approdi istituzionali in sede nazionale come, a titolo meramente esemplificativo, difensori civici o garanti. Peraltro, è storicamente dimostrato che la Commissione petizioni del Parlamento europeo abbia per lungo tempo avvertito la creazione dell'ufficio del Mediatore europeo, proprio in ragione del rischio di perdita di centralità nel baricentro dei rimedi non giurisdizionali europei (J.-P. JARRY, *The European Parliament and the Establishment of a European Ombudsman: Twenty years of debate, 1974–1995*, in *Historical Archives Unit*, PE 538.885, 2015, capitolo II).

Il tema della possibile sovrapposizione con altri rimedi si registra anche per le doglianze che abbiano a oggetto casi di impropria attuazione del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri. Premessa la disponibilità di rimedi domestici, ivi compresa l'interlocuzione con le istituzioni locali, regionali o nazionali coinvolte, la Commissione parlamentare stessa ha talora

evidenziato la concorrenza con l'operato della Commissione europea, la quale, nella veste di guardiania dei Trattati, riceve regolarmente segnalazioni individuali. In questa prospettiva, è stato rilevato come le richieste di tutela presentate per mezzo di petizioni e aventi a oggetto possibili violazioni del diritto UE siano talora "treated as an inconvenient intrusion into a privileged relationship between the Commission and national governments" (I. HARDEN, *What future for the centralized enforcement of Community law?*, in *Current Legal Problems*, 2002, pp. 495-516).

Talune criticità riguardano altresì la fase successiva alla formulazione di una petizione. In primo luogo, la Corte di giustizia ha chiarito che né l'inazione, né le iniziative intraprese dalla Commissione parlamentare in reazione a una petizione sono suscettibili di scrutinio giurisdizionale, in ragione della natura politica dello strumento e della conseguente ampia discrezionalità accordata all'organo in questione (sentenza del Tribunale, del 7 marzo 2013, causa T-186/11, *Schönberger c. Parlamento europeo*).

In secondo luogo, in ogni caso, lo strumentario a disposizione della Commissione petizioni è complessivamente limitato. In molti casi, la petizione viene trasmessa alla ulteriore commissione parlamentare competente per materia, in vista della eventuale adozione di una risoluzione o di ulteriori interlocuzioni con la Commissione europea o, più raramente, con il governo dello Stato membro interessato. Ulteriori opzioni, quali le visite *in loco* o le relazioni finali, sono relegate a casi eccezionali. A ciò si aggiunga che, per quanto il progresso dell'*iter* di trattazione di una petizione sia consultabile online, le relative informazioni non chiariscono quali esiti una o più petizioni sulla medesima questione abbiano eventualmente determinato. Sul punto, in effetti, nella relazione sull'attività del 2021 la Commissione parlamentare competente ha evidenziato la mancanza di un "registro pubblico che colleghi le petizioni a tutte le azioni di follow-up adottate al riguardo".

3. *Proposte per una fruizione effettiva delle opportunità partecipative connesse al diritto di petizione*

Il Parlamento europeo ha recentemente sostenuto che "la Commissione per le petizioni è l'organo più indicato per mostrare ai cittadini che cosa l'Unione europea fa per loro e quali soluzioni è in grado di offrire a livello europeo, nazionale o locale" (risoluzione del Parlamento europeo, del 15 dicembre 2022, sui risultati delle deliberazioni della commissione per le petizioni nel corso del 2021 (2022/2024(INI)).

Al netto delle rime obbligate di una comprensibile narrativa istituzionale, si è già avuto modo di evidenziare l'inequivocabile scarto tra questa affermazione e la realtà. Una frattura che ha cause profonde e multiformi, a cominciare dalla conformazione dell'istituto e del complesso dei rimedi disponibili nell'ordinamento dell'Unione, ma che in senso più generale attinge all'ampio spettro di motivazioni alla base della crisi della partecipazione diretta dei cittadini alla vita democratica, non solo a livello europeo (G. MORGESE, *Principio e strumenti della democrazia partecipativa dell'Unione europea*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011, pp. 37-60).

Questa situazione, peraltro, rischia di determinare conseguenze di più ampio spettro. È stato infatti evidenziato come ogni esperienza di partecipazione diretta che frustra le aspettative dei suoi promotori sia capace di generare un effetto moltiplicatore negativo (A. ALEMANNI, *Towards a permanent citizens' participatory mechanism in the EU*. Study requested by the AFCO Committee of the European Parliament, 2022). È dunque opportuno guardare al futuro del diritto di petizione con approccio realistico, ma al tempo stesso costruttivo, promuovendo possibili soluzioni all'odierno e insoddisfacente stato dell'arte.

Al riguardo, riteniamo poco credibile che misure 'centralizzate' sortiscano effetti significativi. L'incremento del budget e della dotazione di personale della Commissione petizioni è una *vexata quaestio* che non può da sola risolvere in via strutturale ogni criticità. Anzi, come già evidenziato, le reiterate istanze formulate in proposito nel corso degli anni sono cadute nel vuoto, circostanza che sollecita un opportuno realismo. D'altra parte, la variabilità nel tempo del numero di petizioni e l'imprevedibilità del lavoro che la loro trattazione richiede rischiano di rendere il solo rafforzamento della capacità operativa della Commissione competente una opzione poco efficace in termini di rapporto tra costi e benefici.

Analoghe considerazioni si estendono all'idea – più volte espressa dal Parlamento europeo – di dover potenziare le campagne di sensibilizzazione sul tema in esame. Anche in questo caso, infatti, un'impostazione centralizzata fronteggia il rischio tangibile di disperdere lo sforzo comunicativo e di non incidere sulla qualità del lavoro della Commissione petizioni.

Appare invece più promettente la pianificazione di nuove modalità di gestione del lavoro, che muova dall'analisi dei flussi e delle tipologie di istanze, per delineare misure organizzative *ad hoc*, sia in ordine alla promozione dell'istituto in esame, sia rispetto alla trattazione delle petizioni formulate. Oltre alla ridefinizione dei modelli di lavoro interni, a cominciare

dal *triage* sulla priorità da accordare ai casi, questo approccio potrebbe sostanziarsi in forme di collaborazione operativa tra la Commissione petizioni e ulteriori soggetti.

Da questo punto di vista, già oggi la Commissione per le petizioni non opera in un *vacuum*. Essa infatti partecipa alla rete europea dei mediatori, un *network* informale costituito nel 1966 che vede il coinvolgimento dell'ufficio del Mediatore europeo (responsabile per il suo coordinamento) e dei difensori civici nazionali e regionali degli Stati membri, dei Paesi candidati e di altri Stati dello spazio economico europeo. La rete si pone l'obiettivo di promuovere lo scambio di informazioni e la condivisione di buone prassi tra gli organi che la compongono, in vista del rafforzamento dei diritti dei cittadini. Sebbene a oggi essa abbia un mandato operativo limitato, ci si chiede se proprio la rete europea dei mediatori non possa costituire, in ottica futura, un'affidabile sede di condivisione o ripartizione del carico di lavoro, ad esempio nell'ipotesi non infrequente di petizioni aventi oggetto simile e uguale origine geografica. Lo stesso dicasi per la promozione dell'istituto e, soprattutto, per una efficace divulgazione dei principali esiti maturati in seguito alla presentazione di una petizione.

D'altro canto, la collaborazione *in continuum* nella rete europea dei mediatori rischia di fronteggiare, ai diversi livelli della sua capillare ramificazione, problematiche decisive, a cominciare, a titolo esemplificativo, da comuni problemi di carenza di risorse, sino a giungere a diverse priorità istituzionali e operative degli organi coinvolti.

La nostra proposta principale, dunque, chiama in causa altri soggetti qualificati: le università. Riteniamo infatti che il patrimonio di competenze e conoscenze dell'accademia, sublimato in chiari obiettivi di didattica esperienziale e di terza missione, possa tradursi in una preziosa risorsa per le istituzioni UE e per la cittadinanza, in rapporto agli strumenti di *civic engagement*. Questa convinzione si traduce in sollecitazioni che seguono due linee direttrici principali: una prospettiva ascendente e una discendente.

Il primo approccio – che possiamo definire anche *bottom-up* – può essere utilmente esemplificato attraverso una iniziativa da poco avviata dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino e dall'ufficio Europe Direct della Città Metropolitana di Torino, sulla base di una convenzione siglata da Ateneo e Città Metropolitana stessa. Si tratta dello sportello EDO – Europa, Diritti e Opportunità, un servizio gratuito di informazione, orientamento e supporto in favore dei cittadini che vogliono o abbiano necessità di comunicare con le istituzioni e gli organi dell'Unione o che, più semplicemente, cerchino informazioni qualificate e affidabili

sull'azione dell'Unione. Il mandato dello sportello spazia dunque dal supporto informativo immediato all'assistenza nella redazione di petizioni al Parlamento europeo o in relazione a ulteriori forme di interazione con le istituzioni e gli organi dell'UE.

L'attività, che viene proposta sia in presenza, sia nella veste di sportello online (www.edo.unito.it), si segnala per due principali aspetti. Da un lato, essa è in grado di assicurare una funzione di filtro rispetto – ad esempio – alle molte istanze che la Commissione petizioni stessa dichiara inammissibili o archivia rapidamente a seguito di semplici trasmissioni di informazioni. Il potenziale sgravio del carico di lavoro della Commissione petizioni è ulteriormente arricchito dalla immediata accessibilità dello sportello, dalla rapidità della risposta e dalla possibilità di un più approfondito dialogo con il cittadino coinvolto. L'assistenza mira inoltre ad assicurare maggiore qualità, precisione e completezza delle richieste formulate dai cittadini, oltre alla possibilità di predisporre documenti in più lingue ufficiali UE, con beneficio indiretto per la gestione del lavoro in seno al Parlamento europeo. Parimenti, lo sportello amplifica l'opera di diffusione delle politiche europee propria dei centri Europe Direct, così contribuendo in maniera mirata ed efficace alla sensibilizzazione della cittadinanza sui diritti loro riconosciuti e sui rimedi per tutelarli.

Dall'altro lato, lo sportello EDO attiva un circolo formativo virtuoso. L'attività è infatti condotta da ricercatori e professori di diritto dell'Unione e dai loro studenti, i quali collaborano a vario titolo – da attività di *learning by doing* complementari ai corsi di diritto UE di base a progetti strutturati rivolti agli studenti più esperti – a ogni aspetto dell'iniziativa: redazione di materiale informativo, co-gestione dei casi, promozione e disseminazione, attivazione di collaborazioni con soggetti del territorio, formazione di altri studenti o di cittadini in forma individuale o collettiva. La terza missione diviene così occasione di didattica esperienziale, di acquisizione di cd. competenze morbide e di promozione del valore sociale delle conoscenze giuridiche.

Allo stesso tempo, il beneficio per l'efficace trattazione delle petizioni derivante da iniziative come quella appena richiamata è soltanto indiretto e difficilmente misurabile, anche perché il legame con le istituzioni interessate è meramente eventuale e, se del caso, episodico. Ci chiediamo dunque se non siano maturi i tempi per immaginare soluzioni più promettenti e strutturate di valorizzazione dell'opera di terza missione dell'università, in prospettiva discendente o *top-down*. Ci riferiamo, in particolare, alla possibilità che le università siano formalmente valorizzate nel modello di gestione di

alcune delle interlocuzioni avviate dai cittadini. A titolo esemplificativo (ma trattandosi, per quanto ci consta, di un campo sostanzialmente inesplorato, le opzioni sono molteplici, per forma e livello nazionale o europeo al quale si possono attestare), gli atenei, in forma individuale o nel contesto di reti, potrebbero essere invitati a partecipare a un bando competitivo per l'erogazione di un servizio o la conduzione di un progetto nel quadro di una cooperazione operativa pluriennale simile a quella già attiva, ad esempio, nel contesto dei finanziamenti del programma Giustizia dell'UE. Per altra via, le università potrebbero essere coinvolte in forza di convenzioni o protocolli d'intesa con le rappresentanze dell'Unione negli Stati membri o con altre 'antenne' territoriali dell'Unione quali, a titolo esemplificativo, i centri di documentazione europea. In questo contesto, la Commissione petizioni potrebbe ad esempio investire tali centri territoriali, sotto la sua diretta supervisione, di aspetti quali l'analisi preliminare delle petizioni provenienti da un certo Stato membro o il lavoro di preparazione delle risposte per le petizioni suscettibili di archiviazione rapida, con possibilità di un celere controllo *ex post* prima della formalizzazione della risposta al firmatario. Questi hub universitari nazionali, inoltre, potrebbero assicurare assistenza e un contatto diretto con i firmatari anche in una fase successiva alla presentazione di una istanza, così da risolvere le criticità segnalate a questo riguardo nelle relazioni periodiche dell'organo parlamentare competente. Basti pensare a una più esaustiva spiegazione delle ragioni per le quali una petizione è stata dichiarata inammissibile, del seguito dato a una petizione o dei rimedi alternativi che il cittadino potrebbe (o avrebbe dovuto sin dal principio) esperire. Da ultimo, essi potrebbero costituire ramificazioni territoriali per la disseminazione di campagne di sensibilizzazione o promuovere essi stessi iniziative efficacemente mirate all'uditorio nazionale.

Per quanto questa possibile evoluzione in senso discendente del ruolo delle università necessiti senz'altro più approfondita riflessione, auspichiamo – come segnalato nell'introduzione – che queste brevi riflessioni possano almeno sollecitare l'avvio di un dialogo sulle esperienze positive di terza missione nel campo del diritto dell'Unione europea e sulle iniziative di virtuosa fusione tra terza missione e didattica universitaria esperienziale. Un confronto sui progressi raggiunti, sulle iniziative meritevoli di essere replicate o sulle criticità affrontate è infatti l'essenziale punto di partenza per la piena valorizzazione del ruolo della comunità di studiosi di diritto dell'Unione nell'ambito delle attività di terza missione e, dunque, nella società.

DA LEXITOR A UNICREDIT
PASSANDO PER LA SENT. N. 263/2022:
UN CORTO CIRCUITO GIURISPRUDENZIALE?

Lorenzo Nencini*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I condivisibili correttivi al c.d. principio *Lexitor*. – 3. Una valutazione *ex post* della pronuncia della Corte costituzionale. – 4. Le conseguenze della sentenza *UniCredit* sull'ordinamento italiano. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Con la sentenza del 9 febbraio 2023, causa C-555/21, *UniCredit*, la Corte di giustizia sembra aver corretto il tiro rispetto al c.d. principio *Lexitor*, sconfessando al contempo l'iter motivazionale seguito dalla Corte costituzionale italiana nella pronuncia del 22 dicembre 2022, n. 263.

La nota vicenda, qui solo rievocata, concerne la restituzione dei costi totali in caso di rimborso anticipato di un credito al consumo (per un commento sull'iter normativo interno, I. GUSSO, *Commissione di estinzione anticipata nel credito al consumo e onere probatorio*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2020, pp. 1039-1046). Per anni, gli istituti di credito avevano distinto tra i costi sostenuti a monte (*upfront*), ritenuti non rimborsabili, e quelli legati alla durata contrattuale (*recurring*), oggetto del rimborso. Senonché, con la sentenza dell'11 settembre 2019, causa C-383/18, *Lexitor*, la Corte di giustizia aveva spiazzato gli operatori del settore, interpretando i "costi totali" di cui all'art. 16 dir. 2008/48/CE senza distinguere, in sede di rimborso del consumatore, tra costi *upfront* e *recurring* (*ex plurimis*, G. ALPA, *Il caso Lexitor e l'estinzione anticipata del debito nel rapporto di credito al consumo*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2021, pp. 220-240). Intervenuta nelle more della conversione del decreto-legge c.d. *Sostegni-bis* (l. 23 luglio 2019, n. 106), la pronuncia aveva indotto il Legislatore italiano ad aggiungere un comma 2 all'art. 11-*octies* di tale legge. La novella operava una distinzione tra i contratti

* Dottorando di ricerca in diritto dell'Unione europea all'*Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne* e all'Università degli Studi di Firenze – 19 aprile 2023

conclusi a seguito della propria entrata in vigore, cui avrebbe dovuto applicarsi il nuovo art. 125-*sexties* t.u.b. (con un sostanziale recepimento del principio *Lexitor*), e contratti conclusi in precedenza, che sarebbero rimasti soggetti al regime previgente, con un rinvio alle norme secondarie della Banca d'Italia (e dell'Arbitro Bancario Finanziario). Il tenore letterale di queste ultime, incompatibile con il principio *Lexitor*, aveva indotto il Tribunale di Torino a sollecitare l'intervento della Corte costituzionale (l'ordinanza è consultabile qui). Quest'ultima aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 11-*octies*, l. 23 luglio 2019, n. 106, nella parte in cui rinviava alle norme secondarie della Banca d'Italia; secondo la Consulta, un'interpretazione di queste norme conforme al principio *Lexitor* sarebbe stata necessariamente *contra legem* (D. ACHILLE, *Estinzione anticipata del credito al consumo e "giusta" determinazione dei costi rimborsabili dopo la Corte costituzionale*, in *Jus civile*, 2022, pp. 1423-1442; U. MALVAGNA, *La nuova disciplina dell'estinzione anticipata dei contratti di credito ai consumatori: tra legge, ABF e Corte Costituzionale*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2022, pp. 49-87; R. LO CONTE, *Credito al consumo e disciplina del rimborso anticipato: dalla Lexitor alla Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 2023, pp. 106-128).

In questo complesso quadro legislativo e giurisprudenziale si inserisce la sentenza *UniCredit* del 9 febbraio 2023. La Corte di giustizia era chiamata a interpretare l'art. 25 della direttiva 2014/17/UE, che instaura un regime speciale per i crediti al consumo in materia immobiliare.

Nel procedimento principale, un'associazione austriaca per la tutela dei consumatori adisce il giudice nazionale affinché un ente creditizio cessi di servirsi di una particolare clausola contrattuale. In forza di tale clausola, conforme al diritto austriaco, il consumatore che rimborsi anticipatamente un credito immobiliare ha diritto alla restituzione dei soli costi *recurring*, a esclusione di quelli *upfront*. Di conseguenza, il giudice austriaco solleva il problema dell'applicabilità o meno del principio *Lexitor* (l'indivisibilità dei costi rimborsabili) al regime speciale dei crediti immobiliari. Il dubbio nasce dal fatto che la dir. 2014/17/UE, nel cui campo di applicazione ricade la normativa interna oggetto del giudizio principale, è formulata in modo pressoché identico e con richiami espliciti alla dir. 2008/48/CE. Cosicché, a parere del giudice nazionale, qualora il principio *Lexitor* fosse trasponibile in materia immobiliare, la legge sarebbe contraria al diritto dell'Unione.

Alla questione pregiudiziale, sollevata dalla Corte suprema austriaca, la Corte di giustizia risponde che, per i crediti al consumo in materia immobi-

liare disciplinati dalla dir. 2014/17/UE, gli Stati membri sono liberi di distinguere, in sede di attuazione, tra costi *upfront* e *recurring*. Così, una legislazione nazionale che limiti la restituzione dei costi totali a quelli legati alla durata del contratto non è contraria al diritto dell'Unione (punto 39). Secondo la Corte, invero, la dir. 2014/17/UE predispone dei meccanismi di trasparenza più stringenti rispetto alla dir. 2008/48/CE (v. *infra*). Ne consegue che, in materia immobiliare, il margine di manovra di cui dispongono gli enti creditizi è minore, potendosi determinare oggettivamente quali costi rientrino tra quelli iniziali e quali, invece, tra quelli legati alla durata del contratto (punto 35).

Oltre a rappresentare una decisa virata rispetto al principio *Lexitor*, la sent. *UniCredit* solleva delle importanti questioni in materia di articolazione tra il diritto italiano e quello dell'Unione. In particolare, non è chiaro se la diversa soluzione adottata dal giudice del Lussemburgo sia giustificata da un mero mutamento di contesto legislativo, oppure se si tratti di un *revirement*. In questo caso, non è escluso che ci si trovi dinanzi a un corto circuito giurisprudenziale tra le motivazioni della sent. *UniCredit* e quelle della precedente sent. n. 263/2022 della Corte costituzionale italiana. Sulla scorta dei primi autorevoli commenti (W. G. CATURANO, *La sentenza "UniCredit Bank Austria" e i fantasmi della Lexitor*, in *expartecreditoris.it*, 9 febbraio 2023; R. CAFARI PANICO, *UniCredit versus Lexitor. La saga senza fine della restituzione dei costi in caso di rimborso anticipato di un finanziamento*, in *rivista.eurojus.it*, 2023, pp. 1-18), qualche considerazione può già essere tracciata. Se, da un lato, le precisazioni fornite dalla Corte di giustizia sono largamente condivisibili, dall'altro, la valutazione della Corte costituzionale era inevitabile, a fronte di una condotta del Legislatore italiano quantomeno discutibile.

2. *I condivisibili correttivi al c.d. principio Lexitor*

La sentenza *UniCredit* appare condivisibile nella soluzione che prospetta, sebbene resti poco convincente nell'iter motivazionale. In effetti, la Corte di giustizia applica all'art. 25, dir. 2014/17/UE, gli stessi criteri ermeneutici che aveva utilizzato per l'art. 16, dir. 2008/48/CE. I "considerando" nn. 19 e 20 della dir. 2014/17/UE richiamano l'impianto della dir. 2008/48/CE, cosicché i due strumenti rispecchierebbero una medesima *ratio legis*, fatte le dovute distinzioni per le specificità dei crediti immobiliari rispetto alla disciplina generale (menzionate al "considerando" n. 22).

Ecco perché la motivazione della sentenza *UniCredit* ricalca quella della *Lexitor*: la tutela del consumatore dai rischi di abuso da parte dell'istituto di credito può prevalere sul diritto di quest'ultimo a ricevere il pagamento del corrispettivo per le prestazioni offerte. Ora, come si è detto, la Corte ritiene che la direttiva sui crediti immobiliari, a differenza della dir. 2008/48/CE, consenta, tanto al consumatore *ex ante*, quanto al giudice *ex post*, di conoscere con maggiore certezza l'ammontare dei costi *upfront* e di quelli *recurring*, attraverso il rinvio a meccanismi di trasparenza più stringenti (*UniCredit*, punto 34). In altre parole, il richiamo della dir. 2014/17/UE al c.d. PIES (Prospetto informativo europeo standardizzato) ridurrebbe l'alea e il margine di manovra dell'istituto di credito sulla fissazione dei costi, soddisfacendo quell'esigenza di trasparenza concepita come *maître-mot* dei rapporti di credito. La differenza di contesto legislativo tra i casi *Lexitor* e *UniCredit* consente alla Corte di giustizia di servirsi di analoga motivazione per giungere a conclusioni opposte.

Tuttavia, il ragionamento non sembra molto convincente, dato che non è sicuro che il PIES differisca in maniera sostanziale dal modulo c.d. IEBCC (Informazioni europee di base sul credito ai consumatori) richiamato dalla dir. 2008/48/CE. Donde il dubbio che la differenza di contesto adottata dalla Corte non sia determinante, o quantomeno non al punto da rendere necessario l'abbandono del principio d'indivisibilità dei costi rimborsabili (così R. CAFARI PANICO, *op. cit.*, p. 13. *Contra*, l'A. cita B. NASCIMBENE, "No" *Lexitor*, con avvertenze per le banche, in *Il Foro Italiano*, 2023/3 – in corso di pubblicazione).

Certo, la soluzione *UniCredit* sembra condivisibile in quanto, da un lato, la Corte sottolinea giustamente che i costi *upfront* corrispondono a prestazioni già eseguite integralmente, le quali devono trovare equo corrispettivo in sede di estinzione *ex nunc* del rapporto contrattuale (punto 31); dall'altro, la posizione del consumatore è più correttamente tutelata tramite la trasparenza nella fissazione dei costi. La redazione della *Lexitor* come una sentenza di principio era, con tutta probabilità, errata. In quell'occasione, la Corte di giustizia avrebbe forse dovuto fare maggiormente leva sulla legislazione polacca in causa, certamente meno protettrice del consumatore rispetto a quella austriaca nel caso *UniCredit* e a quella italiana *ante sent. n. 263/2022* (art. 35, co. 2, Codice del consumo). Perciò, è proprio lo stile redazionale della *Lexitor* che costringe la Corte di giustizia ad acrobazie argomentative in *UniCredit*, nell'ottica di salvare capra (mantenere la *ratio decidendi*) e cavoli (affermare una nuova soluzione). La forzatura sulla valutazione delle circostanze di specie trova la sua motiva-

zione in un *habitus* giurisprudenziale di una Corte di giustizia assai reticente alle brusche virate (tra i lavori pionieristici in tal senso, preme ricordare J. BENGOTXEA, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice: Towards a European Jurisprudence*, Oxford, 1993): insomma, al plateau del Kirchberg, se si vuole che la soluzione cambi del tutto, bisogna che la motivazione rimanga com'è.

3. Una valutazione ex post della pronuncia della Corte costituzionale

La declaratoria d'illegittimità costituzionale dell'art. 11-*octies*, co. 2, l. n. 106/2019, ad opera della Consulta, sulla base della sentenza *Lexitor*, era inevitabile. Tuttavia, a meno di evidenti forzature, l'iter motivazionale della sent. n. 263/2022 appare ora poco congruo con l'impianto generale della sentenza *UniCredit* (R. CAFARI PANICO, *op. cit.*, p. 14). Quest'ultima, come detto, si fonda sulla possibilità di determinare *ab initio* l'ammontare dei costi fissi e di quelli legati alla durata del contratto. Di converso, nel punto 12.1 "in diritto" della sent. n. 263/2022, la Corte costituzionale afferma che il giudice europeo non avrebbe voluto "lasciare alla mera trasparenza la tutela dei consumatori". Ora, nonostante queste difformità, tre considerazioni consentono di mantenere una valutazione globalmente positiva della sent. n. 263/2022, la quale dev'essere letta nel contesto in cui è stata pronunciata.

Innanzitutto, la Consulta aveva inteso censurare soprattutto la violazione, da parte del Legislatore italiano, del principio di leale cooperazione nei rapporti tra Stati membri e Unione (art. 4.3 TUE). E ciò, a prescindere dalla scelta operata nel caso di specie. In effetti, se al Legislatore spetta di effettuare, in sede di attuazione delle direttive e nell'ambito di discrezionalità lasciategli da queste ultime, un bilanciamento tra i differenti interessi in gioco, tale discrezionalità non può, tuttavia, spingersi sino a rovesciare il significato della normativa europea, di cui la Corte di giustizia è interprete esclusivo (sentenza della Corte del 30 maggio 2006, causa C-459/03, *Commissione c. Irlanda*). In altre parole, oggetto del giudizio di legittimità costituzionale non era già una legge italiana ritrovatasi, da un giorno all'altro, incompatibile con un brusco *revirement* giurisprudenziale, bensì una novella posteriore alla sentenza *Lexitor*, introdotta appositamente in sede di conversione di un decreto-legge all'evidente unico scopo di limitare gli effetti della pronuncia della Corte di giustizia. È già stato notato come, oltre a essere inaccettabile dal punto di vista della leale cooperazione, que-

sta condotta del Legislatore italiano avrebbe potuto condurre all'apertura di una procedura d'infrazione (M. NATALE, *Il "pasticcio" post "Lexitor" bocciato dalla Corte costituzionale*, in *Il Foro Italiano*, 2023/2, I, c. 351). In questo senso va letto il punto 13 "in diritto", dove la Corte costituzionale afferma che nessun bilanciamento può "giustificare la violazione degli obblighi assunti dallo Stato nei riguardi dell'Unione".

Inoltre, la nettezza del principio *Lexitor*, poi corretto dallo stesso giudice del Lussemburgo, non lasciava margine di manovra a una Corte costituzionale sprovvista, peraltro, di ulteriori vie procedurali. Da un lato, infatti, le è precluso il meccanismo *ex artt. 43 statuto e 158 reg. proc. della Corte di giustizia*, riservato alle parti e alle istituzioni dell'Unione. Dall'altro, la chiarezza del principio *Lexitor* sembrava dissuadere da un nuovo rinvio pregiudiziale. Tutt'al più, la Consulta avrebbe potuto attendere la decisione *UniCredit*. Tuttavia, tale sentenza è stata accolta con unanime sorpresa (si rilegga il commento alle conclusioni dell'avvocato generale M. Campos Sánchez-Bordona di R. PARDOLESI, *"Lexitor": falsi positivi e altri incidenti di percorso*, in *Il Foro Italiano*, 2023/2, I, c. 368). Tanto basta per riconoscere che un giudizio prognostico nella direzione della sentenza *UniCredit*, richiesto oggi da parte della dottrina alla Corte costituzionale, fosse, nel contesto di allora, tutt'altro che scontato.

Infine, la sent. n. 263/2022 può essere accolta positivamente anche astraendosi, per un momento, dal caso di specie. La posizione assunta dalla Consulta, in effetti, testimonia come un certo *habitus* culturale abbia fatto breccia, grazie al dialogo tra le corti. Invero, nelle motivazioni, la Corte costituzionale tende ad affermare un principio fondamentale di sostegno reciproco tra le corti supreme europee: in un contrasto tra il giudice dell'Unione e il Legislatore nazionale, nel quale sovente ciascuno spinge al limite le proprie prerogative ermeneutiche sulla normativa europea, la posizione della Corte costituzionale italiana, al di là del merito, ha un sicuro valore di principio. Come se il giudice delle leggi sentisse di dover sanare quel *vulnus* alla leale cooperazione causato dalla condotta del Legislatore italiano, optando esplicitamente per una difesa a oltranza della giurisprudenza del giudice europeo.

4. *Le conseguenze della sentenza UniCredit sull'ordinamento italiano*

Sembra probabile che la Corte di giustizia sarà nuovamente chiamata a pronunciarsi sulla restituzione dei costi totali in caso di rimborso anticipato

di un credito al consumo; la saga inaugurata dalla sentenza *Lexitor*, dunque, continuerà.

Più spinoso è, semmai, l'interrogativo circa gli effetti della sentenza *UniCredit* sull'ordinamento italiano. Ciò che è certo, è che l'interpretazione della Corte costituzionale è difforme rispetto all'ultima pronuncia della Corte di giustizia. Tuttavia, a ben vedere, nulla impedisce al giudice nazionale d'interpretare l'art. 125-*sexties* t.u.b., amputato del riferimento alle norme secondarie della Banca d'Italia per effetto della declaratoria d'incostituzionalità del corrispondente inciso, in modo conforme con l'ultima interpretazione fornita dal giudice del Lussemburgo. Si veda, a conferma di ciò, la recente sentenza del Tribunale di Castrovillari, n. 332 del 10 marzo 2023, che recepisce il principio *UniCredit*. In altre parole, se la sent. n. 263/2022 della Corte costituzionale censurava una previsione legislativa senz'alcun dubbio incompatibile con il principio *Lexitor*, all'epoca in vigore, essa non ha determinato assolutamente un impianto legislativo incompatibile col nuovo principio *UniCredit*.

In ogni caso, è stato sottolineato come l'opportunità di un rinvio pregiudiziale, questa volta per domandare un chiarimento circa l'articolazione delle sentenze *Lexitor* e *UniCredit* nei crediti in materia non immobiliare, appaia auspicabile (addirittura, sarebbe l'unico modo per essere certi della possibilità d'interpretazione conforme dell'art. 125-*sexties* t.u.b. secondo R. CAFARI PANICO, *op. cit.*, p. 16). In questo senso, nulla sembra far pensare che la Corte di giustizia abbandonerà un orientamento, circa gli effetti nel tempo delle proprie pronunce, oramai più che consolidato.

5. Considerazioni conclusive

In conclusione, resta al momento aperta la questione cruciale se *UniCredit* si ponga come un *revirement* rispetto a *Lexitor*, o se invece costituisca una semplice precisazione dei criteri da prendersi in considerazione ai fini del giudizio interno sulla conformità delle norme nazionali col diritto dell'Unione, in materia di credito al consumo.

Una valutazione dell'abituale *modus operandi* della Corte di giustizia potrebbe far propendere per una soluzione intermedia, ossia una "rivoluzione gentile": presumibilmente, in una prossima pronuncia pregiudiziale, i giudici del plateau del Kirchberg opereranno per una sintesi tra le formule di *Lexitor* e *UniCredit*. In tal modo, sarebbe confermata quella tendenza, da tempo rilevata in dottrina, alla formazione di c.d. blocchi di giurispru-

denza (B. BERTRAND, *Les blocs de jurisprudence*, in *RTDeur.*, 2012, pp. 740-770): costruzioni che non si reggono su decisioni di principio isolate (come poteva essere, emblematicamente, la sentenza della Corte del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos*), ma su più pronunce che si succedono, integrando le rispettive formule argomentative. Con un susseguirsi di pennellate (*par touches successives*), si forma un quadro giurisprudenziale che non potrebbe essere compreso, se si sottraesse al “blocco” una delle decisioni che lo costituiscono. È probabile che la sentenza *Lexitor* abbia dato origine a uno di questi blocchi, e che *UniCredit* rappresenti un passaggio intermedio, nell’attesa di una sintesi dei due rispettivi principi. Nello specifico, tale sintesi potrebbe articolarsi attorno al concetto di trasparenza. Essa permetterebbe di valorizzare le differenze di contesto tra le due direttive fornendo, al contempo, delle linee guida univoche ai giudici nazionali e conciliando, così, le soluzioni *Lexitor* e *UniCredit*.

Più precisamente, la Corte potrebbe persistere nell’affermare la maggiore facilità nell’identificazione dei costi totali garantita dal modulo PIES, relativo ai crediti immobiliari, rispetto al modulo IEBCC, relativo al regime generale del credito al consumo. Questa circostanza non sembra poter essere negata aprioristicamente, essendo il tenore letterale dei suddetti moduli effettivamente divergente. Ora, dal momento che i due strumenti possono essere trasposti con un certo grado di autonomia da parte degli Stati membri, il contesto legislativo nazionale diventa determinante per la valutazione dell’adeguatezza delle misure di trasparenza; valutazione che spetta, in principio, al giudice nazionale.

Intraprendendo questa strada, la Corte di giustizia fornirebbe ai giudici degli Stati membri due parametri alla luce dei quali effettuare tale valutazione di adeguatezza: da un lato, la tutela del consumatore dal rischio di abusi dell’istituto di credito (*Lexitor*); dall’altro, la garanzia di un giusto corrispettivo per delle prestazioni integralmente eseguite (*UniCredit*).

In questo modo, come si è detto, la trasparenza nella fissazione dei costi totali sarebbe eretta a chiave di volta in materia di rimborso anticipato del credito al consumo, e ne sarebbe consentita un’articolazione bilanciata rispetto al caso di specie, in funzione tanto del contesto legislativo nazionale quanto delle finalità perseguite dalla normativa europea.

LA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA NEL CASO *FIAT*:
IL DIVIETO DI AIUTI DI STATO E IL LIMITE DELL'AUTONOMIA
FISCALE NAZIONALE

Gabriella Perotto*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La decisione della Commissione europea e la sentenza del Tribunale. – 3. La sentenza della Corte di giustizia. – 4. Commento.

1. *Introduzione*

La recente sentenza della Corte di giustizia pronunciata l'8 novembre 2022 nella controversia fra la Fiat Chrysler Finance Europe e la Commissione (cause riunite C-885/19 P e C-898/19 P) è l'ultimo capitolo della lunga saga che negli ultimi anni ha visto la Corte impegnata nello spinoso rapporto fra misure fiscali e aiuti di Stato, considerati rispettivamente fonte e panacea di fenomeni distorsivi dell'equità fiscale fra Stati. L'origine di questo filone giurisprudenziale deriva dall'impugnazione da parte delle imprese e degli Stati membri coinvolti di una serie di decisioni della Commissione relative al recupero di aiuti fiscali concessi dalle autorità fiscali nazionali a società parte di gruppi multinazionali. Le misure in oggetto avevano la forma di *tax rulings*. Si tratta di decisioni tributarie anticipate emesse dalle autorità nazionali, solitamente su richiesta delle imprese, che sono vincolanti rispetto al futuro trattamento fiscale delle loro operazioni. Le indagini formali aperte dalla Commissione al riguardo si inseriscono sulla scia di grandi scandali mediatici come quello di *LuxLeaks*.

I *tax rulings* sono misure statali soggette al generale divieto di aiuti di Stato ma, allo stesso tempo, possono anche rientrare nell'ambito di applicazione del Codice di Condotta in materia di tassazione delle imprese. Quest'ultimo è uno strumento di *soft law* che ha lo scopo di contrastare la concorrenza fiscale dannosa, risentendo però di limiti in termini di incisività derivanti dalla propria natura. L'insieme di questi casi rivela come la Commissione abbia inteso utilizzare il divieto di aiuti di Stato come mezzo

* Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università Commerciale "Luigi Bocconi" di Milano – BLEST – 17 gennaio 2023.

per contrastare la concorrenza fiscale dannosa. Tale conclusione è suffragata anche dalle dichiarazioni di Margrethe Vestager, oltre che dal *modus operandi* della Commissione che è stato, in buona parte, convalidato dal Tribunale (D. KYRIAZIS, *Fiscal State Aid Law as a Tool Against Harmful Tax Competition in the EU: Déjà Vu?*, in *Yearbook of European Law*, 2022). Tuttavia, non pochi problemi sono stati riscontrati nel tentativo di far rientrare questo tipo di misure nei criteri previsti dell'articolo 107(1) TFUE.

La sentenza in analisi sembra porsi in controtendenza rispetto all'approccio interpretativo utilizzato in decisioni precedenti, il quale tendeva ad estendere la nozione di aiuto di Stato mediante il conferimento di un'ampia discrezionalità in capo alla Commissione. L'obiettivo del presente contributo è dunque quello di presentare una prima analisi del caso *Fiat*, fornendone una lettura che sia informata al contesto descritto. In particolare, in primo luogo verrà brevemente ricostruito il contenuto della decisione della Commissione e della sentenza del Tribunale in merito (par. 2). Seguirà l'analisi della recente sentenza della Corte di giustizia (par. 3) e, infine, verranno presentate alcune riflessioni conclusive (par. 4).

2. *La decisione della Commissione europea e la sentenza del Tribunale*

La misura oggetto della pronuncia in analisi era stata adottata dalle autorità tributarie lussemburghesi nel settembre 2012 nei confronti di Fiat Chrysler Finance Europe (all'epoca Fiat Finance and Trade Ltd, in breve FFT, parte del gruppo automobilistico Fiat/Chrysler). Con tale decisione anticipata veniva approvato un accordo sui prezzi di trasferimento intra-gruppo. Più precisamente, mediante tale decisione le autorità tributarie lussemburghesi si vincolavano per i successivi 5 anni, approvando il metodo di attribuzione degli utili a favore di FFT all'interno del gruppo e consentendo a quest'ultima di determinare l'importo dell'imposta sulle società da versare annualmente al Lussemburgo.

A partire dal giugno 2013 la Commissione aveva trasmesso una prima richiesta di informazioni in merito rivolta al Granducato di Lussemburgo fino a che, l'anno successivo, era stato avviato il procedimento di indagine formale *ex* articolo 108(2) TFUE. Quest'ultimo, si è concluso con l'adozione della decisione (UE) 2016/2326 del 21 ottobre 2015 relativa all'aiuto di Stato SA.38375 (2014/C ex 2014/NN). In questa sede la Commissione ha sostenuto che tale decisione costituiva un aiuto di Stato in

quanto tutti i requisiti previsti dall'articolo 107(1) TFUE erano integrati. In particolare, il criterio dirimente è stato il vantaggio selettivo poiché, secondo la ricostruzione effettuata dalla Commissione, il *ruling* fiscale adottato nei confronti di FFT aveva comportato una riduzione dell'imposta dovuta da quest'ultima in Lussemburgo. Il fulcro dell'argomentazione della Commissione implicava l'inclusione dell'*arm's length principle*, il principio di libera concorrenza, nella valutazione del vantaggio selettivo. Tale principio veniva considerato dalla Commissione alla stregua di un corollario dell'articolo 107(1) TFUE nel caso in cui la valutazione riguardasse misure fiscali relative a operazioni tra società di uno stesso gruppo. È importante sottolineare che, alla luce di questa interpretazione, il principio di libera concorrenza doveva essere parte di detta valutazione indipendentemente dall'incorporazione del principio nell'ordinamento nazionale (A. ARENA, *State Aids and Tax Rulings: an Assessment of the Commission's Recent Decisional Practice*, in *Market and Competition Law Review*, 2017, p. 49 ss.; T. ILIOPOULOS, *The State Aid Cases of Starbucks and Fiat: New Routes for the Concept of Selectivity*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2017, p. 263 ss.).

Questa impostazione veniva di fatto confermata dal Tribunale nella sentenza del 24 settembre 2019 (cause riunite T-755/15 e T-759/15) con la quale venivano respinti i ricorsi diretti all'annullamento della decisione della Commissione. In particolare, il Tribunale affermava che il principio di libera concorrenza costituisce un valido "strumento" o "criterio di riferimento" per verificare che i prezzi delle operazioni infragruppo accettati dalle autorità tributarie nazionali mediante *ruling* fiscale siano a condizioni di mercato. Di conseguenza, il Tribunale considerava questo principio come un utile parametro per la valutazione *ex* articolo 107(1) TFUE indipendentemente dalla sua integrazione nell'ordinamento nazionale.

Più precisamente, il Tribunale aveva respinto gli argomenti dedotti dal Granducato di Lussemburgo e dalla FFT rispetto alla carenza di un valido fondamento giuridico nell'ordinamento dell'Unione europea che suffragasse il ricorso a tale criterio considerando che il principio di libera concorrenza costituisce necessariamente parte integrante dell'esame *ex* articolo 107(1) TFUE nel caso di misure fiscali concesse a società integrate in quanto declinazione del più generale principio di parità di trattamento in materia tributaria. Inoltre, il Tribunale non aveva considerato accoglibile l'argomento per il quale la posizione assunta dalla Commissione eccedesse le proprie competenze e costituisse una forma di armonizzazione dissimulata delle imposte dirette in violazione dell'autonomia fiscale degli Stati

membri. Tale decisione è stata argomentata sostenendo che il ricorso al principio di libera concorrenza era fondato in quanto le norme tributarie lussemburghesi prevedono che le società integrate siano tassate allo stesso modo rispetto a quelle autonome. A supporto di tale tesi veniva richiamata sentenza *Belgio e Forum187 c. Commissione* (sentenza della Corte del 22 giugno 2006, causa C-182/03 e C-217/03) nella quale, secondo l'impostazione della Commissione avallata dal Tribunale, la Corte aveva di fatto applicato il principio di libera concorrenza pur senza menzionarlo esplicitamente. Infatti, si sosteneva che l'utilizzo dei termini "che svolge le proprie attività in condizioni di libera concorrenza" e "prezzi di trasferimento" (punti 95 e 96) non lasciasse spazio ad una diversa interpretazione (T. JORIS, W. DE COCK, *Is Belgium and Forum 187 v. Commission a Suitable Legal Source for an EU "At Arm's Length Principle"?*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2017, p. 607 ss.).

3. *La sentenza della Corte di giustizia*

La controversia davanti alla Corte verte sulla richiesta delle parti ricorrenti che, con le rispettive impugnazioni, hanno chiesto l'annullamento della sentenza del Tribunale e della decisione controversa. La Corte accogliendo tali ricorsi e annullando dette pronunce, è giunta alle medesime conclusioni proposte dall'Avvocato generale Pikamäe il 16 dicembre 2021.

In via preliminare, la Corte ha sottolineato che, nei settori in cui non è intervenuta l'armonizzazione da parte dell'Unione europea, gli Stati membri possono esercitare le proprie competenze ma sempre nel rispetto del diritto dell'Unione europea di cui fanno parte le regole relative al divieto di aiuti di Stato. A tal proposito, citando la propria consolidata giurisprudenza in merito (sentenze della Corte del 6 ottobre 2021, causa C-51/19 P e C-64/19 P, *World Duty Free Group e Spagna c. Commissione*, del 16 marzo 2021, causa C-562/19 P, *Commissione c. Polonia*, del 15 novembre 2011, cause riunite C-106/09 P e C-107/09 P, *Commissione e Spagna c. Government of Gibraltar e Regno Unito*) la Corte ha ricordato la metodologia che deve essere utilizzata per valutare le misure nazionali alla luce del divieto di aiuti di Stato. Si è soffermata in particolare sul criterio del vantaggio selettivo che impone di stabilire se la misura nazionale sia idonea a favorire "talune imprese o talune produzioni" rispetto ad altre che si trovano in situazioni di fatto o di diritto paragonabili. La valutazione viene strutturata in tre passaggi. Il primo implica l'individuazione del sistema di riferimento,

cioè il regime fiscale “normale” applicabile nello Stato. Il secondo mira a stabilire se la misura in questione deroghi al sistema di riferimento individuato creando, in sostanza, una discriminazione fra soggetti che si trovano nella medesima situazione materiale o giuridica rispetto all’obiettivo perseguito dal sistema. Il terzo livello della valutazione introduce la possibilità di giustificare tale differenziazione sulla base della natura o struttura del sistema tributario di cui la misura in analisi è parte. Alla luce di questa breve ricostruzione è evidente la fondamentale importanza di una corretta ricostruzione del sistema di riferimento, in quanto punto di partenza per la valutazione, e che l’analisi tenga conto degli effetti concreti della misura e non del *nomen iuris*.

Infatti, il fulcro della sentenza della Corte verte proprio sulla valutazione della corretta identificazione del sistema di riferimento e, di conseguenza, sulla possibilità di includervi il principio di libera concorrenza. In merito, la Corte è giunta alla conclusione che l’argomentazione della Commissione, convalidata dal Tribunale, è viziata da un errore di diritto in quanto non tiene debitamente conto delle norme nazionali applicabili (in questo caso, l’articolo 164, par. 3 del codice delle imposte lussemburghese, come precisato dalla circolare 164/2) nell’individuazione del sistema di riferimento. Poiché quest’ultimo rappresenta le fondamenta dell’analisi relativa l’esistenza di un vantaggio selettivo *ex art. 107(1) TFUE*, tale errore vizia l’intera valutazione e porta necessariamente all’annullamento della sentenza del Tribunale

In particolare, la Corte ha ritenuto che, escludendo l’applicazione delle specifiche norme nazionali in favore di un principio esterno a tale ordinamento sulla base del fatto che entrambi perseguono il medesimo obiettivo (cioè pervenire a un’approssimazione affidabile del prezzo di mercato nel caso di operazioni fra società integrate), il Tribunale si sia posto in contrasto con la menzionata giurisprudenza relativa all’applicazione dell’articolo 107(1) TFUE secondo la quale l’esame deve essere effettuato rispetto al diritto nazionale vigente. È sulla base di quest’ultimo che, in mancanza di armonizzazione, devono essere definite le modalità concrete dell’applicazione di tale principio. Pertanto, convalidando il *modus operandi* della Commissione, il Tribunale ha violato le norme del Trattato relative all’adozione da parte dell’Unione europea di misure di ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di imposte dirette, in particolare gli articoli 114(2) e 115 TFUE), limitano indebitamente l’autonomia statale. In assenza di armonizzazione, rientra infatti nella discrezionalità di questi ultimi la scelta di integrare nel proprio ordinamento criteri per la de-

terminazione della “libera concorrenza” e, di conseguenza, ai fini della valutazione relativa al vantaggio selettivo non è possibile utilizzare parametri che siano esterni al sistema tributario nazionale, salvo che quest’ultimo non vi faccia espresso riferimento. Questa argomentazione è peraltro espressione del principio di legalità dell’imposta, principio generale del diritto dell’Unione europea in base al quale l’obbligo di pagare un’imposta e tutti gli elementi che definiscono le caratteristiche fondamentali di quest’ultima sono determinati per legge poiché il soggetto passivo deve essere in grado di prevedere e calcolare l’imposta dovuta. Inoltre, la Corte ha sostenuto che il riferimento fatto alla sentenza Belgio e Forum 187 c. Commissione sia fuori luogo poiché in quel caso il principio in oggetto era stato integrato nel sistema tributario nazionale. Non si può dunque ritenere che con detta pronuncia la Corte abbia inteso introdurre un principio autonomo di libera concorrenza applicabile indipendentemente dall’incorporazione di quest’ultimo nel diritto nazionale ai fini dell’esame delle misure di natura fiscale nell’ambito di applicazione dell’articolo 107(1) TFUE.

La Corte non si è limitata all’annullamento della sentenza impugnata ma ha statuito definitivamente sulla controversia annullando la decisione della Commissione. Ciò in applicazione dell’articolo 61(1) dello Statuto della Corte poiché i motivi dei ricorsi volti all’annullamento della decisione sono stati oggetto di discussione in contraddittorio davanti al Tribunale e il loro esame non richiedeva l’adozione di ulteriori misure di organizzazione del procedimento. Anche con riferimento alle argomentazioni della Commissione la Corte ha rilevato un errore di diritto nella valutazione del vantaggio selettivo e, in particolare, nell’individuazione del sistema di riferimento sulla base delle motivazioni già esposte in precedenza.

4. *Commento*

Con la sentenza in commento la Corte, discostandosi dall’impostazione proposta dalla Commissione e dal Tribunale, torna nel solco della sua precedente giurisprudenza con una pronuncia “classica” dal punto di vista degli aiuti di Stato. Si tratta di una sentenza che riporta un’analisi puntale e chiara, inanellando argomentazioni che applicano metodi valutativi assodati ed escludendo la possibilità di considerare il principio di libera concorrenza come una nozione autonoma del diritto dell’Unione europea a corollario dell’articolo 107(1) TFUE. Tuttavia, questa pronuncia non si limita ad avere un impatto sulla disciplina degli aiuti

di Stato ma ha importanti risvolti anche sul concetto di autonomia statale in materia fiscale nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea.

In un momento del processo di integrazione europea in cui ci si chiede se abbia ancora senso parlare di *retained powers* vista la sempre maggiore pervasività del diritto dell'Unione europea (L. BOUCON, *EU Law and Retained Powers of Member States*, in L. AZOULAI (ed.), *The Question of Competence in the European Union*, Oxford, 2014, p. 168 ss.), questa sentenza si pone in controtendenza stabilendo un limite al potere interpretativo e discrezionale della Commissione e, di conseguenza, all'ambito applicativo dell'art. 107(1) TFUE. È interessante notare come le argomentazioni fornite dalla Corte per escludere la possibilità di inserire il principio di libera concorrenza (quando non esplicitamente previsto dall'ordinamento nazionale) nella valutazione di una misura statale *ex* articolo 107(1) TFUE si concentrino proprio sul rispetto dell'autonomia statale e, in ultimo, del principio di attribuzione. Facendo riferimento agli articoli 114 e 115 del TFUE, la Corte chiarisce quindi che non è possibile limitare la discrezionalità statale in materia fiscale mediante un'armonizzazione fiscale di fatto che eluda le norme dei Trattati in materia (C. PETERS, *Tax Policy Convergence and EU Fiscal State Aid Control: In Search of Rationality*, in *EC Tax Review*, 2019, p. 6 ss.; E. TRAVERSA, P. M. SABBADINI, *State-Aid Policy and the Fight Against Harmful Tax Competition in the Internal Market: Tax policy in Disguise?*, in W. HASLEHNER, G. KOFLER, A. RUST (eds.), *EU Tax Law and policy in the 21st Century*, The Hague, 2017, p. 107 ss.).

Un altro riflesso del concetto di autonomia statale in materia fiscale che questa pronuncia evoca sono gli effetti che la limitazione dell'utilizzo di questo strumento può avere rispetto al contrasto alla concorrenza fiscale dannosa. Questo fenomeno consiste nella creazione di dinamiche concorrenziali fra diversi ordinamenti mediante l'uso della leva fiscale al fine di attrarre investimenti e capitali (P. VAN CLEYNENBREUGEL, *Regulating Tax Competition in the Internal Market: Is the European Commission Finally Changing Course?* in *European Papers*, 2019, p. 225 ss.; M. CHASTAGNARET, A. MAITROT DE LA MOTTE, M. KARPENSCHIF, J. ALBERT, L. STANKIEWICZ, *La concurrence fiscale dans l'Union européenne*, in E. CARPANO, M. CHASTAGNARET, E. MAZUYER (sous la direction de), *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, New York, 2016, p. 238 ss.).

Si tratta di uno strumento di *soft law*, basato sul controllo *inter pares* tra gli Stati membri, i quali si impegnano a smantellare le misure fiscali dannose esistenti e ad astenersi dall'introdurre di nuove. La prima versio-

ne di questo strumento intergovernativo è stata adottata nel 1997 e veniva utilizzata per individuare e valutare le misure fiscali preferenziali potenzialmente dannose, cioè quelle misure nazionali che determinano un livello di imposizione inferiore al livello generalmente applicabile. Il Codice di Condotta è stato recentemente riformato (la nuova versione è stata adottata l'8 novembre 2022, medesima data di pubblicazione della sentenza *Fiat*) prevedendo un ambito di applicazione più ampio che includa anche le “caratteristiche fiscali di applicazione generale” che possono portare a casi di doppia non imposizione o plurimi utilizzi di benefici fiscali. Le misure fiscali vengono vagliate da un gruppo appositamente istituito in seno al Consiglio, che è composto da rappresentanti ad alto livello degli Stati membri e della Commissione europea. Al momento, il Codice di Condotta non si è dimostrato particolarmente efficace in quanto, pur avendo un forte valore politico, non è vincolante dal punto di vista giuridico. Peraltro, al riguardo, è interessante notare come nella nuova versione del Codice di condotta si sottolinei insistentemente la natura dello strumento e il fatto che questo non miri ad intaccare l'autonomia statale in materia fiscale. In questo, le assonanze con la pronuncia nel caso *Fiat* sono evidenti.

Anche in considerazione della scarsa incisività del Codice di Condotta ai fini del contrasto alla concorrenza fiscale dannosa, a partire dal 2013 la Commissione ha avviato una serie di procedure con la finalità di indagare sui *tax rulings* concessi dagli Stati membri. Come evidenziato nel corso dell'analisi effettuata, nel farlo la Commissione ha cercato di estendere la nozione di aiuto di Stato in modo da poter utilizzare questo strumento anche con questa finalità (N. BAYÓN FERNÁNDEZ, *The Selective Advantage Criterion in Tax Rulings: The Path Towards a More Coherent and Thorough Analysis of Selectivity*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2021, p. 200 ss.). Con la sentenza *Fiat*, la Corte ha indubbiamente posto un freno a questa tendenza. In ogni caso, vale la pena evidenziare come oltre alle difficoltà relative all'adattamento dei requisiti dell'articolo 107(1) TFUE alle misure in questione, l'utilizzo di questo strumento ai fini del contrasto alla concorrenza fiscale dannosa pone dubbi anche in merito all'adeguatezza dello strumento rispetto ai fini (E. FORRESTER, *Is the State Aid Regime a Suitable Instrument to Be Used in the Fight Against Harmful Tax Competition?*, in *EC Tax Review*, 2018, p. 19 ss.). Basti pensare che il rimedio, nel caso di aiuti di Stato illegittimo, consiste nel recupero dell'aiuto da parte dello Stato in modo da ripristinare il *level playing field* fra le imprese. Tuttavia, nel caso della concorrenza fiscale dannosa, si viene a creare una situazione paradossale in cui lo Stato, soggetto che ha posto

volontariamente in essere la condotta distorsiva ai danni degli altri Stati membri, non viene sanzionato ma, anzi, ottiene un beneficio.

Alla luce della recente pronuncia nel caso *Fiat*, è interessante formulare alcune osservazioni conclusive rispetto a quale sarà in futuro il rapporto fra misure fiscali dannose e aiuti di Stato. In primo luogo, il divieto di aiuti di Stato continuerà ad applicarsi nei casi in cui misure fiscali dannose presentino gli elementi richiesti dall'articolo 107(1) TFUE ai fini della sua applicazione, così come interpretati dalla Corte nella sua giurisprudenza consolidata. Ciò significa che, nella valutazione del vantaggio selettivo, è necessario individuare correttamente il sistema di riferimento, il quale non può includere elementi esterni all'ordinamento nazionale, salvo che vi sia un espresso riferimento. Come specificato dal Codice di Condotta, nel caso in cui si tratti di misure fiscali dannose coperte dall'ambito di applicazione di quest'ultimo che risultino però allo stesso tempo anche degli aiuti di Stato, è preferibile seguire le procedure previste da questo secondo set di norme. Invece, nel caso di misure fiscali dannose che non siano coperte dal divieto di aiuti di Stato, queste ricadono esclusivamente nell'ambito di applicazione del Codice di Condotta con la conseguente applicazione delle procedure ivi previste. La recente riforma del Codice di Condotta lascia intravedere una rinnovata volontà da parte degli Stati a non introdurre e rimuovere misure di questo tipo. Tuttavia, un limite importante che questo strumento continua ad avere consiste nella mancanza di una definizione chiara di "misura fiscale dannosa", limitandosi ad elencare alcuni elementi che possono essere presi in esame in fase di valutazione.

In conclusione, la sentenza della Corte nel caso *Fiat* rappresenta un importante tassello non solo nella giurisprudenza in materia di aiuti di Stato, ma anche nella ricostruzione dei limiti posti a tutela dell'autonomia statale in materia fiscale. Va d'altra parte ricordato che dallo scoppio del caso *LuxLeaks* ad oggi il contesto è sicuramente cambiato notevolmente. Ad esempio, grazie all'adozione di strumenti di coordinamento come le direttive sullo scambio di informazioni fiscali fra Stati membri, è molto più difficile concedere misure fiscali di questo tipo. Tuttavia, è innegabile che il vero punto di svolta in questo settore si avrebbe con il passaggio da un'impostazione di contrasto del fenomeno a una di prevenzione mediante l'armonizzazione della tassazione sulle imprese (G. PEROTTO, *How to Cope with Harmful Tax Competition in the EU Legal Order: Going Beyond the Elusive Quest for a Definition and the Misplaced Reliance on State Aid Law*, in *European Journal of Legal Studies*, 2021, p. 336 ss.). Al riguardo sarà interessante monitorare i prossimi sviluppi previsti per il 2023 con l'adozione

del “Business in Europe: Framework for Income Taxation” (BEFIT). Quest’ultimo è volto a sostituire la proposta in sospenso relativa a una base imponibile consolidata comune per l’imposta sulle società e costituirà un codice unico della tassazione delle imprese per l’Unione europea permettendo così una più equa allocazione dei diritti di imposizione fra Stati membri.

THE COMMISSION RECOMMENDATION ON PROCEDURAL
RIGHTS OF PERSONS HELD IN PRE-TRIAL DETENTION
AND ON MATERIAL DETENTION CONDITIONS.
A TRUE STEP FORWARD?

Marta Ramat*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Overview of the content of the Recommendation.
– 2.1. Recommendations in the field of pre-trial detention. – 2.2. Recommen-
dations in the area of material detention conditions. – 3. Comment.

1. *Introduction*

The Recommendation adopted by the European Commission on 8 December 2022 (C(2022) 8987 final) (Recommendation) is the first EU act laying down common minimum (non-binding) standards on procedural rights of persons subject to pre-trial detention and on material detention conditions.

This act represents the latest step of the paradigm shift having characterised EU judicial cooperation in criminal matters since the 2009 Council’s Roadmap on procedural rights, and which can be described by Advocate General Cruz Villalón’s words: “[a]lthough mutual recognition is an instrument for strengthening the area of security, freedom and justice, [...] the protection of fundamental rights and freedoms is a precondition which gives legitimacy to the existence and development of this area” (Opinion of Advocate General Cruz Villalón delivered on 6 July 2010, Case C-306/09, *B.*, para 43).

Such renewed attention to fundamental rights in criminal proceedings also affected the fields concerned by the present Recommendation, with particular regard to pre-trial detention. In fact, the Roadmap itself requested the Commission to issue a Green Paper, which the Commission did in 2011, to explore the possibility of EU legislation on the topic. Moreover, the need for EU legislation on pre-trial detention and prison conditions has

* (Research and coordination assistant presso European Criminal Law Academic Network, Université Libre de Bruxelles – Cultore di diritto dell’Unione europea presso Università degli Studi di Torino) – 7 febbraio 2023.

been repeatedly addressed by the European Parliament, lastly in its Resolution on the implementation of the European Arrest Warrant of 2011 (para 37). Furthermore, the Court of Justice of the European Union (CJEU) has constantly provided a narrow interpretation of the Presumption of innocence Directive, thereby rendering it ineffective in protecting suspects remanded in custody. For instance, it held in *DK* that the allocation of the burden of proof in pre-trial proceedings falls out of the Directive's scope (Judgment of the Court of 28 November 2019, Case C-653/19 PPU, *Spetsializirana prokuratura*, paras 25-42).

The urgency of common standards in the field of remand detention has been recently highlighted by a rich scholarly debate (A. MARTUFI, C. PERISTERIDOU, *Towards an Evidence-Based Approach to Pre-trial Detention in Europe*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2022, p. 357 ff.; S. MONTALDO, *Special Focus on Pre-Trial Detention and Its Alternatives Under EU Law: an Introduction*, in *europeanpapers.eu*, 2020, p. 1573 ff.). Nonetheless, under Article 82(2)(b) TFEU, the harmonisation of individual rights in criminal proceedings is designed as a mere means to pursue the higher objective of fostering mutual recognition (I. WIECZOREK, *EU Harmonisation of Norms Regulating Detention: Is EU Competence (Art. 82(2)b TFEU) Fit for Purpose?*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2022, p. 467; V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law After Lisbon. Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford, 2016, p. 157). Such functional EU competence raises several concerns as regards the actual possibility of adopting a Directive on pre-trial detention (T. COVENTRY, *Pretrial Detention: Assessing European Union Competence Under Article 82(2) TFEU*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2017).

Against this backdrop, a Non-paper was issued by the Commission in 2021, to stimulate discussions in the JHA Council about the adoption of common minimum rules on core aspects of pre-trial detention and prison standards. In response, the Council denied the need for an EU-law instrument, arguing that the existing international standards should simply be implemented more effectively (Outcome of the Council meeting, Justice and Home Affairs, 7 and 8 October 2021).

Among theoretical doubts on EU competence and the Council's political reluctance, the Commission opted for a soft-law act and adopted, after issuing a Call for evidence, the Recommendation under analysis.

The present contribution will summarise the content of the Recommendation (para 2) and will then provide a few considerations analysing it

through the lens of its declared objectives, namely guaranteeing a better accessibility of existing standards, and the reinforcement of mutual trust (para 3).

2. *Overview of the content of the Recommendation*

The Recommendation sets out an “overview of selected minimum standards [...] in key priority areas”, providing Member States’ legislatures with guidance in the adoption of national measures in the two areas covered. It lays down some definitions and general principles, and then recommends a number of standards regarding procedural rights of persons subject to pre-trial detention and material detention conditions.

Starting from the definitions, “pre-trial detention” consists of “any period of detention [...] prior to conviction”, with the exclusion of the initial arrest. “Alternative measures” are merely described as less restrictive alternatives. Other definitions include that of “detainee” (person held pre-trial or in execution of a prison sentence); “detention facility” (prison or other premises aimed at holding detainees); “child” (person aged below eighteen), young adult (between eighteen and twenty-one); “persons with disability” (defined in conformity with the United Nations Convention on the Rights of persons with Disabilities).

As for the general principles, the Recommendation recalls that pre-trial detention shall be the *extrema ratio* and that inmates shall be “treated with respect and dignity”. Furthermore, the importance of facilitating the social reintegration of offenders and avoiding discrimination on any ground are highlighted.

2.1. *Recommendations in the field of pre-trial detention*

Concerning pre-trial detention, it is reiterated that a person may be remanded in custody only if strictly necessary and following an assessment of case-specific circumstances, where no less restrictive alternatives are available or adequate. The Recommendation stresses the importance of providing for the broadest array possible of alternatives, such as obligations to report, to reside at a certain place or to refrain from specific activities.

The burden of proving the necessity to remand and maintain that person in custody shall be borne by the competent authority. Remand in custody is only justified where there are a reasonable suspicion of the person

having committed the alleged offence and a *periculum libertatis* among the risk of fleeing justice, reoffending, tampering with evidence or threatening public order. Such risks shall be established through a case-by-case assessment, with regard to personal and social circumstances, the gravity of the crime and the possible penalty. It is also recommended to avoid pre-trial detention if the minimum sentence available is of (up to) one year. In addition, the Recommendation underlines that the lack of citizenship or other links with the trial State shall not, in itself, equate to a risk of absconding. The decision remanding the person in custody, prolonging such detention or imposing less restrictive measures shall be “duly reasoned and justified” with regard to case-specific circumstances, and a copy of such statement of reasons shall be provided to the suspect or accused. Importantly, a system of periodic review either *ex officio* or upon the person’s application shall be in place to ensure prompt release once the grounds for detention no longer exist. In the former case, the review should take place at least once a month. Moreover, the length of pre-trial detention shall not exceed, neither be disproportionate to, the available penalty, and cases with a remanded defendant shall be prioritised. As regards judicial guarantees, pre-trial hearings shall take place before a judicial authority, be oral and adversarial and guarantee that the person concerned be heard personally or through a representative. Furthermore, any remanded individual shall be entitled to seize a court competent to review the legality of his or her detention. Finally, the Recommendation prescribes the deduction from the final sentence of all periods served in custody or under alternative measures.

2.2. *Recommendations in the area of material detention conditions*

The set of recommendations devoted to material detention conditions prescribes at the outset the allocation to each detainee of at least 6 or 4 m² of space, in single- or multi-occupancy cells. Additionally, it is clarified that the “absolute minimum” is 3 m², with the possibility of reducing it on an occasional basis, for a short time, guaranteeing out-of-cell movement and activities, and provided that the general conditions of the premises do not add further aggravating elements. The said cell-space includes the floor occupied by furniture but not the sanitary facilities. Concerning the allocation of detainees, the proximity to their home or other place facilitating their reintegration is prescribed, as well as the separation of detainee children and young adults, women and pre-trial prisoners from adults, males and convicts. Further recommendations prescribe the accessibility and pri-

vacy of sanitary facilities, the maintenance of “good hygienic standards through disinfection and fumigation” and the provision of detainees with sanitary products, warm running water, clothing and bedding. As for nutrition, it shall fit each detainee’s necessities, be “prepared and served under hygienic conditions” and be accompanied by drinking water accessible at all times. Particular attention is then devoted to out-of-cell activities, such as outdoors exercise, recreation, work and education. Moreover, the physical and mental healthcare shall be protected at the same level as the national public health system, and examination shall take place “without undue delay” upon arrival and transfer. Concerning the prevention of violence, State authorities have an obligation to take “all reasonable measures” to avoid ill-treatment by staff or other prisoners, and staff’s behaviour and use of force shall be subject to supervision. Attention is also paid to the opportunity for the detainee to keep regular contacts with family, lawyers and other persons from outside.

Furthermore, the recommendation prescribes to guarantee access to a lawyer, confidentiality of all communications and permission for the detainee to access or keep possession of documents concerning their proceedings. A system of requests and complaints shall be in place to allow the treatment of official claims about prison life, and detainees shall be informed of the rules applicable in their prison.

A number of recommendations is then devoted to the specific needs of certain categories of inmates, i.e. women and girls, foreigners, children, persons with disabilities, and those at risk of marginalization and ill-treatment on grounds such as “sexual orientation, racial or ethnic origin or religious beliefs”. As regards the external supervision of prison premises, regular inspections by independent subjects shall be granted, in particular to the Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) and National Preventive Mechanisms (NPMs), and access by national and EU parliamentarians should be allowed. The last set of recommendations deals with the prevention of radicalisation, which shall be tackled through regular individual assessments of risk, proper staff training and specific programmes.

3. *Comment*

To provide a few initial considerations on this Recommendation, it is interesting to measure it against its objectives. Firstly, the act reflects a

practical rationale, namely consolidating existing international and European law standards (para 2) to render them more accessible to judicial authorities (recital 17), and to provide guidance to national legislatures (para 1). Particular attention was paid to the rules stemming from Council of Europe (CoE) soft-law acts and to the case-law of the ECtHR and the CJEU.

Starting from the notion of pre-trial detention, it is defined as “detention of a suspect or accused person in criminal proceedings ordered by a judicial authority and prior to conviction”. Still, the notion of “detention” is not provided. In this regard, it follows from well-established ECtHR case-law that house-arrest amounts to deprivation of liberty equivalent to detention in prison (Judgment of the ECtHR of 5 July 2016, No. 23755/07, *Buzadji v. the Republic of Moldova*, para 104), while measures such as curfews with further restrictions attached require a case-by-case assessment, which may lead to consider them as equivalent to detention (Judgment of the ECtHR of 6 November 1980, No. 7367/76, *Guzzardi v. Italy*) or as mere restrictions on liberty (Judgment of the ECtHR of 20 April 2010, No. 19675/06, *Villa v. Italy*; Judgment of the Court of 28 July 2016, Case C-294/16 PPU, *JZ*). Discrepancies between the two European courts have also been observed (V. MITSILEGAS, *Autonomous concepts, diversity management and mutual trust in Europe’s area of criminal justice*, in *Common Market Law Review*, 2020, p. 55). Therefore, while the “[obligation] to reside at a specified address” is one of the measures that shall be preferred to imprisonment (para 17(e)), in some cases the guarantees attached to this latter form of detention shall nonetheless apply. While this interpretative approach can be inferred from the ECtHR and CJEU case-law, it may have been wiser to specify it in the Recommendation.

More serious doubts may arise from the lack of a notion of “pre-trial”, which is controversial and characterised by divergences within the CoE system, and between the CoE and the EU (A. MARTUFI, C. PERISTERIDOU, *Pre-Trial Detention and EU Law: Collecting Fragments of Harmonisation Within the Existing Legal Framework*, in *European Papers*, 2020, p. 1479 f.). Indeed, the ECtHR defines it as detention before the first-instance conviction (Judgment of the ECtHR of 27 June 1968, No. 2122/64, *Wemhoff v. Germany*, para 9 as to the law). Conversely, the CM/Rec(2006)13 allows for the application of guarantees attached to pre-trial detention also to persons awaiting the passing or the confirmation of that sentence, if considered unconvicted under national law (rule 1[2]). In the EU framework, the Green Paper on detention more sharply considered that “until the sentence is final” the time spent in prison shall be treated as pre-trial deten-

tion (Section 4). In this contradictory framework, the time extension of the guarantees attached to pre-trial detention could have been specified.

Apart from the definition, in the area of remand in custody the Recommendation essentially reproduces the core rules enshrined in CM/Rec(2006)13, as well as essential principles established by the ECtHR. In this context, it is particularly worth noting the Recommendation whereby the burden of proving the necessity of pre-trial detention shall rest with the competent authority, which introduces in EU (soft-)law a requirement that, according to the CJEU judgment in *DK (supra)*, is not prescribed by the Presumption of innocence Directive (Judgment of the Court of 28 November 2019, Case C-653/19 PPU, *Spetsializirana prokuratura*, paras 25-42).

Overall, a more EU-tailored approach could have been expected. This consideration is particularly true with regard to the promotion of the European Supervision Order (ESO), a measure whose underuse is a widespread concern (A. M. NEIRA-PENA, *The Reasons Behind the Failure of the European Supervision Order: the Defeat of Liberty Versus Security*, in *europeanpapers.eu*, 2020, pp. 1493-1509). In fact, the ESO Framework Decision (FD) is mentioned twice: in para 16, recommending the availability of a broad range of alternatives, and in para 70, prescribing the information of foreigners as to the possibility of applying for a pre-trial non-custodial alternative to be supervised in their Member State of residence. Still, the list of possible alternatives in para 17 does not seek to promote the measures enshrined in Article 8 ESO FD in any particular way, being a mere reproduction of rule 2[1] of CM/Rec(2006)13. In addition, the Recommendation does not even reiterate rule 2[2] of the CM/Rec, stating that “[w]herever practicable, alternative measures shall be applied in the state where a suspected offender is normally resident if this is not the state in which the offence was allegedly committed”, which is the concept at the basis of the ESO FD. Finally, the Commission did not take the opportunity, while stating that alternatives should be preferred, to suggest that when the suspect or accused is a non-resident the ESO shall be specifically taken into consideration and discarded before remanding that individual in custody. In this sense, the Recommendation seemingly confirms the scholarly impression that the promotion of the ESO is not amongst the Commission’s priorities (A. SOO, *Common Standards for Detention and Prison Conditions in the EU: Recommendations and the Need for Legislative Measures*, in *ERA Forum*, 2020, p. 334).

As regards material detention conditions, it is interesting to note at the outset that the recommendation does not provide an express definition of

this concept. Hence, it may be simply assumed that in the Commission's view it encompasses all the issues addressed in recommendations 34 to 86, thereby widely exceeding the "physical conditions", referred to by the CJEU in the *Dorobantu* case, and comprising cell-space, outdoor exercise, natural light or air, ventilation, room temperature, toilets' privacy and basic sanitary and hygienic requirements (Judgment of the Court of 15 October 2019, Case C-128/18, *Dorobantu*, para 75).

Concerning the relevant standards, the Commission was faced with a plethora of European and international sources of inspiration. Starting from the standards on accommodation and cell-space, the Recommendation essentially adheres to the rule established in the landmark *Muršić* ECtHR case (Judgment of the ECtHR of 20 October 2016, No. 7334/13, *Muršić v. Croatia*), as the CJEU did in the aforementioned *Dorobantu* judgment. Indeed, the Recommendation sets the minimum cell-space at 4 and 6 m² per detainee, corresponding to the minimum CPT standards respectively for multi- and single-occupancy cells, and defines the 3 m² deriving from the ECtHR case-law as an absolute minimum. This reflects the approach of the two European courts. Indeed, as clarified in *Dorobantu*, the 3 m² area is the very least acceptable before the State incurs in a presumption of breach of Article 4 of the Charter (*Dorobantu*, cit., paras 72-74). Nonetheless, between 3 and 4 m² (for multi-occupancy cells) the insufficiency of space keeps being an issue, while it is only above 4 that the surface ceases to be a problem in itself (*Dorobantu*, cit., paras 75-76). In addition, the Recommendation perfectly reflects the so-called totality-of-conditions approach, i.e. the one that the ECtHR and CJEU upheld by stating that the space factor should always be considered together with all the other conditions (K. KAMBER, *Prison Overcrowding and the Developing Case-Law of the European Court of Human Rights*, in C. BURBANO HERRERA, Y. HEACK (eds.), *Human Rights Behind Bars. Prison Overcrowding and the Developing Case-Law of the European Court of Human Rights*, 2022, Cham, pp. 64-65 and 75).

Subsequently, in many respects the Recommendation recalls the essence of the CoE European Prison Rules (Recommendation Rec(2006)2-rev of the Committee of Ministers to member States on the European Prison Rules) (EPRs). Where necessary, the principles set out in the EPRs are complemented with rules deriving from EU law, ECtHR jurisprudence or CPT standards. To provide a few examples, the rules concerning the allocation of detainees reproduce EPRs 17.1 and 18.8, integrated with the recommendation concerning children offenders reaching eighteen and young adults which recalls Article 12(3) of Directive

2016/800. As regards the prevention of ill-treatment, the obligation to take all reasonable measure to prevent it can be inferred from EPRs 52.2 and 52.3 but was more openly affirmed with regard to inter-prisoner violence by the Strasbourg Court (Judgment of the ECtHR of 10 February 2011, No. 44973/04, *Premininy v. Russia*, paras 82-91). Finally, the recommendation of prompt medical examination at the beginning of detention and of any transfer (para 51) reflects a typical CPT standard (European Union Agency for Fundamental Rights, *Criminal detention conditions in the European Union: rules and reality*, Luxembourg, 2019, p. 33). Additionally, the Recommendation includes an essential synthesis of rules from other sources. By way of example, the recommendations concerning children and young adults devote particular attention to the development of the child in a multidisciplinary regime and the preservation of family ties, which reproduces the spirit of the United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty, and of Recommendation CM/Rec(2008)11 of the Committee of Ministers to member states on the European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures. The same holds true for the principles concerning the contrast to radicalization, which in essence summarise the main points of the Council Conclusions on preventing and combatting radicalisation in prisons, and on dealing with terrorist and violent extremist offenders after release, as regards the need for an individual assessments, the choice between an *ad hoc* wing and dispersion, the importance of staff training.

Most importantly, the Recommendation also aims to foster mutual trust, thereby facilitating mutual recognition, consistently with the functional nature of EU competence highlighted *supra*.

In this regard, the Recommendation specifies that higher guarantees may be ensured by national legislation, but such higher protection “should not constitute an obstacle to the mutual recognition of judicial decisions” (para 3). This approach clearly corresponds to well-established CJEU case-law, according to which the level of fundamental rights protection that may exceptionally justify the refusal to execute an EAW is at most the one enshrined in EU law (Judgment of the Court of 26 February 2013, Case C-399/11, *Melloni*, paras 55-64; Judgment of the Court of 5 April 2016, Joined Cases C-404/15 and C-659/15 PPU, *Aranyosi and Căldăraru*, para 88). Still, concerning the EU-law level of protection, those two landmark cases referred to binding provisions, while it is quite peculiar to have considered non-binding standards to equally represent the level of fundamental-rights protection afforded by EU law.

In this sense, the (desired) harmonisation of fundamental rights by means of a soft-law act undoubtedly represents an element of novelty. If the Recommendation had suggested higher standards than the ECtHR, the CJEU might have been at some point faced with the question: can the execution of an EAW be refused on grounds of a real risk, for instance, of detention conditions consistent with Article 3 ECHR but falling short of the standard laid down in the Recommendation? In hypothetical terms, the CJEU would have two options. On one hand, it may answer in the affirmative. As recalled in *ML*, in *Aranyosi* the CJEU had relied on the ECtHR case-law “in the absence of EU law regarding detention conditions” (Judgment of the Court of 25 July 2018, Case C-220/18 PPU, *ML*, para 90), while a Recommendation is *pleno iure* EU law. Nonetheless, *vis-a-vis* a soft-law instrument, a negative reply would be more likely. Indeed, the *Aranyosi* case-law is founded on Article 1(3) EAW FD, whereby the recognition of foreign decisions “is not to have the effect of modifying the obligation to respect fundamental rights as enshrined in, *inter alia*, the Charter” (*Aranyosi and Căldăraru*, cit., para 83). Still, no fundamental rights obligation on the executing State can arise from an act which is not binding on it. As a consequence, in such a hypothetical scenario, a contrast would emerge between the level of fundamental-rights protection deemed relevant by the CJEU and the one promoted by the Commission, which would render the EU approach incoherent. In this sense, not trying to promote standards materially higher than those resulting from the ECtHR’s case-law was probably a prudent choice.

In any event, the Recommendation may be applied by the CJEU *ad adiuvandum* in the interpretation of the ECtHR jurisprudence for the purposes of the *Aranyosi* test or, more broadly, of EU binding instruments. The latter may be the case of the allocation of the burden of proof in pre-trial proceedings. Contrary to the aforementioned *DK* case, the CJEU might now extend Article 6 of the Presumption of innocence Directive to remand decisions.

To conclude, the Recommendation is *per se* welcome, being the first EU act setting common standards in the two areas concerned. The choice of a non-binding instrument was probably the most realistic compromise between the need to eventually follow up to the repeated EP calls and the reluctance of the Council to the imposition of EU standards. In addition, it circumvents the competence doubts arising from Article 82(2)(b) TFUE. Another undeniable asset of the Recommendation is that it compiles in a short act a series of rules from various sources, thereby attaining the objective of an increased accessibility of those standards.

Nonetheless, some questions remain open. First, the lack of promotion of the ESO is barely explicable *vis-à-vis* such a relevant and underused instrument which is relevant to the issue of pre-trial detention. Secondly, the aptness of a soft-law instrument as a trust-building measure is open to criticism. Not only are Member States free to disregard the principles set out in the Recommendation and no infringement proceedings can be initiated, but the trust in a Member State which persistently falls short of certain standards, despite the presence of an EU-law act upholding them, may even decrease.

It will now be interesting to observe whether and how Member States will follow up to this Recommendation, and if the latter just aimed at paving the way to the adoption of a proposal for a future binding act.

LA RIFORMA DELLA LEGGE DELLA REGIONE AUTONOMA
VALLE D'AOSTA IN MATERIA DI ATTIVITÀ
CONDOTTE NELL'AMBITO DELLE POLITICHE PROMOSSE
DALL'UNIONE EUROPEA

Alessandro Rosanò*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Cenni sul coinvolgimento delle Regioni nei processi decisionali dell'Unione europea nella prospettiva dell'Unione e italiana. – 3. La legge della Regione Autonoma Valle d'Aosta. – 4. Spunti di riforma alla luce di altre leggi regionali. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

L'approvazione da parte della Regione Autonoma Valle d'Aosta (nel prosieguo, “la Regione” o “la Valle d'Aosta”) della legge 7 novembre 2022, n. 27, recante disposizioni in materia di attività della Regione nell'ambito delle politiche promosse dall'Unione europea e dei rapporti internazionali, offre lo spunto per alcune riflessioni relative alla partecipazione delle Regioni al processo di integrazione europea.

Chiarito allora per cenni il processo evolutivo che ha contraddistinto l'esperienza dell'Unione e quella italiana (par. 2), si procederà a illustrare la legge regionale n. 8/2006, con la quale originariamente la Valle d'Aosta aveva posto disposizioni in materia di attività e relazioni europee e internazionali, così come modificata dalla legge regionale 7 novembre 2022, n. 27 (par. 3). In seguito, si svolgeranno alcune considerazioni a partire da spunti offerti dalle leggi adottate da altre Regioni italiane quanto alla partecipazione ai processi decisionali dell'Unione europea, in vista di possibili, ulteriori riforme (par. 4). Le conclusioni saranno dedicate alla necessità del coinvolgimento delle Regioni nel *decision making* europeo (par. 5).

* (Ricercatore a tempo determinato di tipo A in Diritto dell'Unione europea – Università della Valle d'Aosta - Université de la Vallée d'Aoste) – 12 gennaio 2023.

2. *Cenni sul coinvolgimento delle Regioni nei processi decisionali dell'Unione europea nella prospettiva dell'Unione e italiana*

Per lungo tempo, l'attenzione rivolta al coinvolgimento delle Regioni e, in generale, delle articolazioni territoriali degli Stati membri nel processo di integrazione europea è stata limitata, sia a livello sovranazionale, sia a livello interno. Quanto al primo profilo e senza negare l'importanza dell'istituzione del Fondo europeo di sviluppo regionale, nel 1975, e l'inserimento della coesione economica e sociale tra le competenze della Comunità economica europea, con l'Atto unico europeo nel 1986, va ricordato che solo con il Trattato di Maastricht furono assunte iniziative in un'ottica di "regionalizzazione". Esse si espressero in particolar modo tramite l'affermazione del principio di sussidiarietà, l'istituzione del Comitato delle regioni, il riconoscimento in favore degli Stati membri della possibilità di includere esponenti degli enti territoriali nelle delegazioni inviate al Consiglio dell'Unione europea (per una prima introduzione al tema, S. WEATHERILL, U. BERNITZ (eds.), *The Role of Regions and Sub-National Actors in Europe*, Oxford-Portland, 2005). Questo spiega perché una certa dottrina abbia parlato, condivisibilmente, di cecità regionale per indicare il sostanziale disinteresse delle Comunità europee rispetto agli enti territoriali nella prima, lunga fase della storia comunitaria (G. D. FALCON, *La «cittadinanza europea» delle Regioni*, in *Studi in onore di Umberto Pototschnig*, vol. I, Milano, 2002, p. 469).

Considerando l'assetto risultante dalla riforma operata dal Trattato di Lisbona, preme sottolineare che l'art. 1, seconda linea, TUE, riconosce che tale Trattato costituisce una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli europei, in cui le decisioni sono prese, tra l'altro, il più vicino possibile ai cittadini. Il medesimo principio – detto di prossimità – viene riaffermato all'art. 10, par. 3, TUE. Ulteriormente, ai sensi dell'art. 4, par. 2, TUE, l'Unione rispetta l'identità nazionale degli Stati membri, insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali e, ex art. 13 TFUE, nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri sono tenuti, *inter alia*, a rispettare le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda il patrimonio regionale. Un'affermazione simile si ravvisa anche nel Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ove si stabilisce

che l'Unione rispetta l'ordinamento dei pubblici poteri degli Stati membri a livello nazionale, regionale e locale. Giova inoltre fare presente che l'art. 3, par. 3, TUE, colloca tra gli obiettivi perseguiti dall'Unione la promozione della coesione economica, sociale e territoriale, ai cui fini assume rilievo evidentemente anche il ruolo delle autonomie locali (si pensi, per esempio, al loro coinvolgimento nella gestione dei programmi a finanziamento indiretto dell'Unione europea). Ultimo ma non ultimo, va richiamato nuovamente il principio di sussidiarietà, collocato all'art. 5 TUE, il quale è funzionale a garantire uno spazio di intervento in favore degli Stati membri, comprese le loro articolazioni territoriali, ai fini del conseguimento degli obiettivi dell'Unione nei settori non di competenza esclusiva. Dunque, quanto al piano sovranazionale, è innegabile che, progressivamente, si sia giunti a riconoscimenti in favore del ruolo degli enti territoriali (sul tema, L. DOMENICHELLI, *Il Trattato di Lisbona: un decisivo passo in avanti per le autonomie territoriali*, in *La cittadinanza europea*, 2010, p. 165 ss.; G. FIENGO, *La valorizzazione della dimensione regionale nel Trattato di Lisbona: il ruolo del Comitato delle regioni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2012, p. 25 ss.; F. RASPADORI, *La partecipazione delle regioni italiane all'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Torino, 2012; in particolare sul principio di sussidiarietà, P. DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, Napoli, 2000; C. FAVILLI, *Il principio di sussidiarietà nel diritto dell'Unione europea*, in *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, 2011, p. 257 ss.; S. MARINO, *Dieci anni di controllo politico del principio di sussidiarietà: quale ruolo hanno giocato i Parlamenti nazionali?*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Chiara Morviducci*, Bari, 2019, p. 43 ss.).

Anche per quel che concerne il livello interno va detto che il processo che ha condotto ad attribuire un rilievo agli enti territoriali ai fini dell'integrazione europea è stato lento (F. BALAGUER CALLEJÓN, *I Parlamenti sub-statali e la costruzione di una democrazia pluralistica a livello europeo*, in F. LANCHESTER (a cura di), *Parlamenti sub-statali nella dimensione nazionale ed europea*, Milano, 2015 p. 11 ss.). In effetti, prendendo in considerazione la situazione dei sei Stati fondatori negli anni Cinquanta del secolo scorso, solo la Germania era uno Stato federale, mentre in Italia il regionalismo rimaneva affermato in Costituzione e non portato a realizzazione e in Belgio, Francia, Lussemburgo e Paesi Bassi l'impostazione adottata risultava particolarmente centralistica (A. D'ATENA, *Il doppio intreccio federale: le Regioni nell'Unione europea*, in *Le Regioni*, 1998, p. 1401 ss.). Alla luce di questo, nonché del fatto che la gestione dei dossier europei

venne considerata parte integrante della politica estera degli Stati membri e, dunque, ambito di stretta responsabilità dei governi centrali, non stupisce che per molti anni le autonomie siano state neglette (A. GALLETTI, *Il ruolo delle Regioni nell'Unione europea. La partecipazione delle Regioni italiane al processo di attuazione e formazione del diritto europeo*, in *Diritti regionali*, 2019, pp. 2-3).

Può ritenersi che il cambiamento di paradigma si sia verificato nel momento in cui la crisi dello Stato nazionale ha spinto nel senso di valorizzare gli enti territoriali quali fonti di legittimazione del potere pubblico (G. PITRUZZELLA, *La crisi e l'Europa delle Regioni*, in *Le Regioni*, 2011, p. 1125 ss. e M. OLIVETTI, *The Regions in the EU decision making processes*, in M. CARTABIA, N. LUPO, A. SIMONCINI (eds.), *Democracy and subsidiarity in the EU. National Parliaments, regions and civil society in the decision-making process*, Bologna, 2013, p. 326). Questo ha reso necessario modificare la disciplina di rango legislativo e, talora, costituzionale per valorizzare le istanze di partecipazione degli enti sub-nazionali alle fasi ascendente e discendente del processo decisionale dell'Unione (sul tema, oltre ai testi citati in seguito, F. PATERNITI, *La partecipazione delle Regioni alla formazione delle norme e alle procedure dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea nel guado tra la riforma legislativa del 2012 e la auspicabile revisione dell'architettura istituzionale italiana*, in *federalismi.it*, 22 aprile 2015 p. 1 ss.). In tale contesto si colloca, per esempio, la riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione italiana.

Come noto, la riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione, realizzata con legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, ha comportato un rafforzamento del ruolo delle Regioni. Centrale è l'art. 117 che, nel riconoscere che la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, individua le materie di competenza esclusiva dello Stato (tra le quali rientrano i rapporti dello Stato con l'Unione europea) e quelle di competenza concorrente, rimettendo alla competenza residuale delle Regioni quanto non espressamente richiamato. Tra le materie di competenza concorrente vi sono anche i rapporti delle Regioni con l'Unione europea (art. 117, comma 3). Soprattutto, però, deve ricordarsi che le Regioni e le Province autonome, nelle materie di loro competenza, partecipano alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari e provvedono all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea, nel rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato (art. 117, comma 5; per

un'introduzione, B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V. Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione europea*, Torino, 2002 e L. S. ROSSI, *Gli obblighi internazionali e comunitari nella riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Il nuovo titolo V della parte II della Costituzione. Primi problemi della sua attuazione*, Milano, 2002, p. 293 ss.). Disposizioni specifiche sul punto furono poste dalla l. 5 giugno 2003, n. 131 (cd. legge La Loggia), il cui art. 5 stabiliva che le Regioni e le Province autonome concorressero direttamente, nelle materie di loro competenza legislativa, alla formazione degli atti comunitari, partecipando, nell'ambito delle delegazioni del governo, alle attività del Consiglio e dei gruppi di lavoro e dei comitati del Consiglio e della Commissione europea (comma 1), e che nelle suddette materie il governo potesse proporre ricorso alla Corte di giustizia avverso gli atti normativi comunitari ritenuti illegittimi anche su richiesta di una Regione o delle Province autonome (comma 2). La l. 4 febbraio 2005, n. 11 rinnovò in seguito la normativa in materia, disciplinando (anche) la partecipazione delle Regioni e delle Province autonome alle decisioni relative alla formazione di atti normativi comunitari (art. 5) e l'attuazione delle direttive da parte di esse (art. 16; relativamente alle leggi ora citate, E. CANNIZZARO, *La riforma della «legge La Pergola» e le competenze di Stato e Regioni nei processi di formazione e di attuazione di norma dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 153 ss.; F. FURLAN, *Recenti sviluppi in materia di attuazione della normativa comunitaria da parte delle Regioni*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, p. 125 ss.; R. MASTROIANNI, *Il contributo delle Regioni italiane all'elaborazione del diritto dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2006, p. 423 ss.; C. Odone, G. DI FEDERICO (a cura di), *Il recepimento delle direttive dell'UE nella prospettiva delle regioni italiane. Modelli e soluzioni*, Napoli, 2010).

Con la legge 24 dicembre 2012, n. 234, la materia della partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea è stata riformata, così da armonizzarla alla disciplina posta dal Trattato di Lisbona, favorendo, al tempo stesso, un rafforzamento delle modalità di svolgimento della fase ascendente di formazione degli atti dell'Unione e una migliore articolazione della fase discendente, tramite l'introduzione della legge di delegazione europea e la previsione del ricorso (eventuale) allo strumento della legge europea (così A. GALLETTI, *op. cit.*, pp. 15-16; sulla legge 234/2012, C. FAVILLI, *Ancora una riforma delle norme sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione delle politiche dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 701

ss.; I. INGRAVALLO, *Recenti sviluppi in tema di partecipazione regionale alla fase ascendente del diritto europeo*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2013, p. 857 ss.; L. COSTATO, L. S. ROSSI, P. BORGHI (a cura di), *Commentario alla legge 24.12.2012 n. 234 "Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea"*, Napoli, 2015).

Per quanto qui di interesse, si segnala che, ai sensi dell'art. 24, i progetti di atti dell'Unione europea, gli atti preordinati alla formulazione degli stessi e le loro modificazioni sono trasmessi dal Presidente del Consiglio dei Ministri o dal Ministro per gli affari europei, contestualmente alla loro ricezione, alla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e alla Conferenza dei presidenti delle assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, ai fini dell'inoltro alle Giunte e ai Consigli regionali e delle Province autonome. Quanto ai progetti, la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le politiche europee assicura un'informazione qualificata e tempestiva e, ai fini della formazione della posizione italiana circa detti progetti, le Regioni e le Province autonome, nelle materie di loro competenza, possono trasmettere osservazioni al Presidente del Consiglio dei Ministri o al Ministro per gli affari europei, dandone contestuale comunicazione alle Camere, alla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e alla Conferenza dei presidenti delle assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome. È previsto che, quando un progetto di atto normativo dell'Unione attenga a una materia attribuita alla competenza legislativa delle Regioni o delle Province autonome e qualora lo richieda la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome, il governo apponga una riserva di esame in sede di Consiglio dell'Unione europea. Il Presidente del Consiglio è tenuto a dare comunicazione di ciò alla Conferenza. Decorso un termine di trenta giorni da tale momento, il governo può procedere anche in mancanza di una pronuncia della Conferenza. Sono poi posti ulteriori obblighi informativi in capo al governo per quel che attiene alle riunioni del Consiglio dell'Unione.

Ex art. 25, ai fini della verifica del rispetto del principio di sussidiarietà, le assemblee e i consigli regionali e delle Province autonome possono fare pervenire alle Camere le loro osservazioni in tempo utile per l'esame parlamentare, dandone contestuale comunicazione alla Conferenza dei presidenti delle assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome.

L'art. 40, infine, disciplina il recepimento delle direttive da parte delle

Regioni e delle Province autonome, stabilendo che esse, nelle materie di loro competenza, provvedono alla trasposizione, posto che spetta al Governo indicare i criteri e formulare le direttive ai quali si devono attenere per soddisfare esigenze di carattere unitario, di perseguimento degli obiettivi della programmazione economica e di rispetto degli impegni derivanti dagli obblighi internazionali. Il Presidente del Consiglio dei Ministri o il Ministro per gli affari europei ogni sei mesi informa le Camere sullo stato di recepimento delle direttive europee da parte delle Regioni e delle Province autonome.

Anteriormente o in seguito all'approvazione della legge 234/2012, tutte le Regioni – a parte il Piemonte, che disciplina questi aspetti nel suo Statuto – e le Province autonome hanno adottato una legge relativa alla procedura di partecipazione all'Unione europea e all'attuazione delle norme europee (sul tema, A. IACOVIELLO, *Strumenti e procedure per la partecipazione dell'Italia al processo decisionale europeo: il sistema delineato dalla legge 234/2012 e dalle leggi regionali*, in A. IACOVIELLO (a cura di), *Governance europea tra Lisbona e Fiscal Compact. Gli effetti dell'integrazione economica e politica europea sull'ordinamento nazionale*, Milano, 2016). Il tratto saliente di queste normative sembra risiedere nella previsione di leggi europee regionali – o provinciali –, dirette a introdurre un carattere di periodicità nell'adempimento dell'obbligo di recepimento da parte delle Regioni e delle Province autonome (A. GALLETTI, *op. cit.*, p. 23).

3. *La legge della Regione Autonoma Valle d'Aosta*

Originariamente, le attività e le relazioni europee e internazionali della Valle d'Aosta erano disciplinate con la legge regionale del 16 marzo 2006, n. 8 (sulla quale, M. VELLANO, *I rapporti con l'Unione europea e la cooperazione transfrontaliera della Regione Autonoma Valle d'Aosta*, in P. VESAN (a cura di), *Le regioni sulla scena internazionale. La Valle d'Aosta nel contesto italiano ed europeo*, Soveria Mannelli, 2012, p. 251 ss.). Essa è stata poi fatta oggetto di alcuni interventi di modifica con la legge regionale 5 agosto 2014, n. 7 (legge europea regionale 2014) e con la già menzionata legge regionale 7 novembre 2022, n. 27.

Considerando dunque la normativa risultante da questo complesso di interventi, e concentrando l'attenzione sui profili inerenti al rapporto con l'Unione europea, la legge riconosce, all'art. 2, che spetta alla Regione, nelle materie di sua competenza, partecipare alla formazione delle decisioni e

alla predisposizione degli atti dell'Unione, garantire l'adempimento degli obblighi e l'esercizio dei poteri derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione e dare attuazione alle politiche europee, con particolare attenzione ai loro profili di carattere interregionale, transfrontaliero e transnazionale. A ciò si aggiunge una serie di compiti ulteriori, tra i quali promuovere la conoscenza delle istituzioni, delle politiche e delle attività dell'Unione, sostenere il rispetto e la valorizzazione delle lingue e culture meno diffuse e della loro particolarità, al fine di consolidare un'Europa della diversità, supportare la partecipazione degli enti locali al processo di integrazione europea, iniziative in favore delle zone di montagna e l'attuazione delle strategie macroregionali con i territori limitrofi, finalizzate allo sviluppo sostenibile nell'area alpina. Al riguardo, di particolare interesse è il fatto che, con la riforma del 2022, sia stata introdotta una previsione (art. 1, comma 1 *bis*) ai sensi della quale, nel perseguimento delle finalità previste dalla legge, la Regione "si conforma al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future".

In origine, era prevista la creazione di uno sportello di informazione sull'Unione europea (art. 6), il quale però, con la legge regionale da ultimo approvata, è stato sostituito da un Centro di informazione al cittadino sulle istituzioni, le politiche e le attività dell'Unione europea, il quale propone la propria candidatura per la selezione degli uffici Europe Direct. Esso si occupa, tra l'altro, di organizzare attività per favorire la partecipazione dei cittadini al processo democratico europeo e sensibilizzare la collettività sui vantaggi offerti dall'Unione europea, soprattutto per quanto attiene alle opportunità di finanziamento derivanti dai fondi europei. È altresì istituito un Ufficio di rappresentanza a Bruxelles quale strumento di collegamento tecnico, amministrativo e operativo tra le strutture regionali e gli uffici, gli organismi e le istituzioni dell'Unione europea (art. 7).

Una novità introdotta dalla riforma del 2022 è data dagli articoli dedicati alla cooperazione territoriale europea e alla partecipazione della Valle d'Aosta ai programmi di finanziamento europei, in particolare il Fondo europeo di sviluppo regionale e il Fondo sociale europeo. L'art. 7 *ter* stabilisce che la Regione adotta le iniziative necessarie a valorizzare le opportunità derivanti dalla sua posizione geografica e che la Giunta regionale, con riferimento ai programmi cui la Regione partecipa, informa il Consiglio regionale in relazione alle fasi di predisposizione, approvazione ed eventuale riprogrammazione sostanziale. L'art. 7 *quater*, nel prevedere che la Valle

d'Aosta partecipa alle iniziative finanziate dall'Unione europea, ribadisce la centralità del principio di sviluppo sostenibile – visto che gli obiettivi dei fondi devono essere perseguiti in linea con esso – e afferma l'impegno della Regione a garantire il rispetto dei diritti fondamentali e del Pilastro europeo dei diritti sociali, la conformità alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la parità tra uomini e donne e l'integrazione di genere in tutte le fasi della preparazione, dell'attuazione, della sorveglianza, della rendicontazione e della valutazione dei programmi.

È predisposto un documento strategico regionale quanto all'attuazione della politica di coesione economica, sociale e territoriale (art. 7 *quinquies*) e viene poi chiarito il ruolo della Giunta regionale al fine della programmazione e gestione dei programmi a finanziamento diretto e indiretto (art. 7 *septies*).

Il capo III della legge, dedicato alla partecipazione della Regione ai processi normativi dell'Unione europea e alle procedure di adempimento degli obblighi europei, riconosce che, nelle materie di propria competenza, la Regione concorre alla definizione della posizione italiana riguardo alla formazione degli atti normativi dell'Unione europea, con le seguenti modalità. A tal fine si prevede la partecipazione alle delegazioni del Governo al Consiglio dell'Unione, ai gruppi di lavoro e ai comitati tecnici del Consiglio e della Commissione europea, al dialogo politico con le istituzioni dell'Unione mediante trasmissione di osservazioni e proposte alle Camere, alle sessioni europee della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome e ai gruppi di lavoro istituiti nell'ambito del Comitato tecnico di valutazione di cui si avvale il Comitato interministeriale per gli affari europei (CIAE). Inoltre, si prevede che, nelle materie di competenza regionale, la Giunta regionale e il Consiglio regionale possono formulare osservazioni sui progetti di atti europei, sugli atti preordinati alla formulazione degli stessi e sulle loro modificazioni, trasmettendole al Presidente del Consiglio dei ministri o al Ministro per gli affari europei e dandone comunicazione alle Camere, alla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano e alla Conferenza dei Presidenti delle assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome (art. 8). Ulteriormente, ai fini della verifica del rispetto del principio di sussidiarietà, si statuisce che il Consiglio regionale possa formulare osservazioni da trasmettere alle Camere (art. 8 *bis*).

Gli artt. 9 e 10 disciplinano la legge europea regionale. La Giunta regionale, entro il 31 dicembre di ogni anno, verifica lo stato di conformità dell'ordinamento regionale al diritto dell'Unione europea e ne trasmette le risultanze, entro il 15 gennaio dell'anno successivo, al Dipartimento per le

politiche europee della Presidenza del Consiglio dei ministri. Si aggiunge inoltre che, entro il 31 marzo di ogni anno, la Giunta regionale presenta al Consiglio regionale un disegno di legge europea regionale, la quale recepisce gli atti normativi emanati dall'Unione europea nelle materie di competenza regionale, detta disposizioni per l'esecuzione delle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione e delle decisioni della Commissione europea, reca disposizioni modificative o abrogative di norme regionali conseguenti a tali adempimenti o a procedure d'infrazione avviate dalla Commissione europea nei confronti della Regione e individua gli atti dell'Unione europea alla cui attuazione ed esecuzione la Regione può provvedere in via regolamentare o amministrativa, dettando i relativi principi e criteri direttivi.

Si segnala in conclusione che con la legge regionale approvata nel 2022 è stata definitivamente istituzionalizzata la sessione europea e internazionale del Consiglio regionale. L'art. 4, in precedenza relativo a *Indirizzi e disciplina dell'attività europea ed internazionale della Regione*, è ora dedicato a tale tema. Si prevede che il Consiglio regionale si riunisca in detta sessione una prima volta entro sei mesi dall'inizio della legislatura e, in tale occasione e su proposta della Giunta regionale, approvi un atto pluriennale di indirizzo relativo alle attività della Regione nell'ambito delle politiche promosse dall'Unione europea e dei rapporti internazionali. In seguito, la sessione si svolge annualmente secondo le modalità previste dal Regolamento interno del Consiglio, al fine di esaminare la relazione annuale, presentata dalla Giunta regionale, sulle attività svolte dalla Regione nell'anno precedente per l'attuazione delle politiche promosse dall'Unione europea e in materia di rapporti internazionali, curare gli adempimenti connessi alla partecipazione della Regione ai processi normativi dell'Unione europea e alle procedure di adempimento degli obblighi europei e approvare eventuali atti di indirizzo rivolti alla Giunta regionale.

4. *Spunti di riforma alla luce di altre leggi regionali*

La normativa adottata dal legislatore valdostano va salutata con favore sotto almeno due punti di vista. Il primo riguarda la scelta in sé di intervenire nuovamente in questa materia, la quale testimonia la sensibilità della Valle d'Aosta per quel che concerne le tematiche dell'integrazione europea, anche alla luce delle peculiarità culturali, linguistiche e territoriali di quel contesto. La seconda attiene all'inserimento nel testo di riferimenti al principio di sviluppo sostenibile e alla tutela dei diritti fondamentali e di

alcuni valori dell'Unione europea. Si tratta di prese di posizione condivisibili, visto che manifestano la consapevolezza delle istituzioni regionali quanto a sfide centrali con le quali il processo di integrazione europea si sta confrontando in questi anni. Data la natura epocale di alcune di esse (il riferimento è a quelle relative alla lotta al cambiamento climatico e alla tutela dell'ambiente; per una prima introduzione, G. VAN CALSTER, L. REINS, *EU Environmental Law*, Cheltenham, 2017 ed E. WOERDMAN, M. ROGENKAMP, M. HOLWERDA (eds.), *Essential EU Climate Law*, Cheltenham, 2021), è evidente che le possibilità di vittoria riposano sull'impegno di ogni livello di governo.

Se la dimensione ideale della disciplina valdostana non è in discussione, sembra possibile offrire qualche spunto con riferimento ad aspetti di natura più concreta, al fine di rendere maggiormente efficiente ed efficace la partecipazione della Regione.

Per esempio, non è previsto un termine entro il quale la legge europea regionale dovrebbe essere approvata, mentre la Regione Lombardia ha previsto che la legge europea regionale sia approvata entro il 31 marzo di ogni anno (art. 8, comma 2, della legge regionale 21 novembre 2011, n. 17). Il dato sarebbe importante non tanto sul piano del vincolo – evidentemente derogabile a opera di una fonte pariordinata successiva – derivante da una simile previsione nei confronti del legislatore regionale, quanto per la conferma che da esso deriverebbe circa le esigenze di celerità sottese all'adeguamento dell'ordinamento (statale e) regionale alla normativa di fonte europea.

Ulteriormente, nell'individuare il contenuto della legge europea regionale, la legge della Valle d'Aosta non riconosce la possibilità che in essa rientrino disposizioni procedurali, metodologiche, attuative, modificative e abrogative per l'attuazione di programmi regionali cofinanziati dall'Unione europea o che tramite essa sia possibile disporre in via diretta qualora l'adempimento degli obblighi europei comporti nuove spese o minori entrate, l'individuazione di sanzioni amministrative o l'istituzione di nuovi organi amministrativi (si vedano l'art. 8, comma 3, della già citata legge della Regione Lombardia, l'art. 9, comma 2, della legge della Regione Lazio 9 febbraio 2015, n. 1 e l'art. Art. 9 della legge della Regione Emilia-Romagna 28 luglio 2008, n. 16, modificata dalla legge regionale 11 maggio 2018, n. 6). Ovviamente, la mancata previsione non implica che, in futuro, il Consiglio regionale non potrà approvare una normativa concernente anche tali profili, ma comunque si segnala questo aspetto perché le potenzialità della legge europea regionale della Valle d'Aosta potrebbero essere sviluppate.

Inoltre, sul modello offerto dalla legge della Regione Toscana 22 maggio 2009, n. 26, come in parte modificata dalla legge regionale 15 luglio 2020, n. 60, si sarebbero potute inserire previsioni concernenti le notifiche quanto alle proposte di atti diretti a istituire o modificare regimi di aiuti di Stato, le proposte di legge, di regolamento e di atto amministrativo che subordinano l'accesso ad un'attività di servizi o il suo esercizio al rispetto di nuovi requisiti, ai sensi e nei casi di cui alla direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 e le proposte di atti che stabiliscono regole tecniche nelle materie di competenza regionale ai sensi della direttiva 2015/1535/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 settembre 2015 (si vedano gli artt. 10-12 della legge toscana).

Infine, è assente una disciplina del potere sostitutivo della Regione per l'ipotesi di violazione della normativa europea in materie di competenza regionale a seguito di procedure di infrazione e sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea. Anche in questo caso un modello può essere ravvisato nella legge della Regione Lombardia, al cui art. 8*bis* si stabilisce che, in questi casi e ove per provvedere ai dovuti adempimenti si renda necessario procedere all'adozione di una molteplicità di atti anche collegati tra loro in materie di competenza regionale, il Presidente della Giunta regionale o l'Assessore competente, se delegato, sentiti gli enti locali inadempienti rispetto a funzioni amministrative conferite con legge regionale, assegna agli stessi enti termini congrui per l'adozione di ciascuno degli atti necessari a conformarsi. Ove il termine sia decorso inutilmente, la Giunta regionale, sentito l'ente interessato, nomina un commissario *ad acta*. La legge della Regione Lazio stabilisce invece che sia il Presidente della Regione ad adottare le misure amministrative urgenti e provvisorie di salvaguardia e di primo adeguamento agli atti europei immediatamente precettivi, in particolare in caso di sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea. Qualora le suddette misure richiedano l'adozione di successive disposizioni di adeguamento dell'ordinamento regionale, il Presidente della Regione presenta alla Giunta regionale lo schema di deliberazione per l'adozione degli atti necessari. Al di fuori di tali casi, se si rende necessario adeguare tempestivamente l'ordinamento regionale agli atti normativi dell'Unione europea o alle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea e non sia possibile inserire le misure necessarie nella legge europea regionale, la Giunta regionale presenta al Consiglio regionale una proposta di legge regionale di adeguamento, indicando nella relazione la data entro la quale deve essere approvata.

Quindi, per quel che riguarda la legge della Valle d'Aosta, si renderebbero necessari ulteriori interventi, funzionali, rispettivamente, a porre in evidenza le ragioni di speditezza che si ricollegano all'adattamento dell'ordinamento interno (in questo caso, regionale) al diritto dell'Unione, ad ampliare la portata della legge europea regionale e a introdurre innovazioni sul piano procedurale che permettano di prevenire (nell'ipotesi delle notifiche) o di fare fronte a (per quanto riguarda il potere sostitutivo del Presidente della Regione) situazioni di violazione del diritto dell'Unione a opera della Regione.

5. Conclusioni

Da ultimo, occorre ricordare che a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso iniziarono a registrarsi istanze provenienti dai territori degli Stati membri delle Comunità europee dirette a permettere che si giungesse a un coinvolgimento delle autorità regionali nel processo decisionale comunitario, al fine di evitare che l'azione delle Comunità potesse determinare una diminuzione degli spazi di autonomia già ottenuti (F. RASPADORI, *Le reti del Comitato delle Regioni ed il rafforzamento del ruolo regionale nel contesto europeo ed internazionale*, in F. RASPADORI (a cura di), *L'attuazione delle politiche dell'Unione europea a livello regionale e locale*, Torino, 2021, p. 4).

Per quel che riguarda l'ordinamento italiano, è indubbio che, sul piano normativo, a seguito della riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione, si sia assistito a un rafforzamento delle competenze delle Regioni in materia, le quali – come nel caso della Valle d'Aosta – hanno adottato normative inerenti alle loro attività nel contesto dell'Unione europea. Queste iniziative vanno viste positivamente sul piano politico. Sul piano giuridico, è da ritenersi che – come si è cercato di dimostrare nel presente contributo con riferimento alla legge valdostana – il confronto tra le differenti discipline possa portare alla condivisione di soluzioni tra le Regioni e le Province autonome italiane (ed eventualmente tra queste e gli enti territoriali degli altri Stati membri).

Resta però il fatto, come è stato rilevato, che il peso effettivo delle autonomie territoriali nel *decision making process* europeo è ancora tendenzialmente limitato, considerato che l'azione delle Regioni risulta necessariamente mediata e condizionata dall'intervento statale (C. DRIGO, *Le regioni al cospetto dell'Unione Europea. Partecipazione e rappresentanza re-*

gionale nei processi europei di produzione normativa, in A. PÉREZ MIRAS, E. C. RAFFIOTTA, G. M. TERUEL, F. VECCHIO (a cura di), *Sovranità e rappresentanza: Stato, autonomie territoriali e processo di integrazione sopranazionale*, Napoli, 2018, p. 327).

Si reputa che il conseguimento di ulteriori risultati passi per misure di natura incrementale all'apparenza di portata contenuta. Può pensarsi al coinvolgimento di rappresentanti regionali nelle delegazioni governative al Consiglio e all'istituzione degli Uffici di rappresentanza a Bruxelles (C. DRIGO, *op. cit.*, p. 328), ma anche alla creazione di legami forti con altri enti territoriali tramite la cooperazione territoriale europea (sul tema, M. VELLANO, *La cooperazione regionale nell'Unione europea*, Torino, 2014). Ancorché possano sembrare di poco pregio, questi piccoli passi possono dare adeguato rilievo al ruolo delle Regioni e, al tempo stesso, rendere più saldo il carattere democratico dell'Unione europea.

GLI ULTIMI SVILUPPI DELLA SAGA SUI TRASFERIMENTI
DI DATI PERSONALI UE-USA: L'*EXECUTIVE ORDER*
FIRMATO DAL PRESIDENTE USA BIDEN IL 7 OTTOBRE 2022
E LA PROPOSTA DI DECISIONE DI ADEGUATEZZA
PRESENTATA DALLA COMMISSIONE UE IL 13 DICEMBRE 2022

Gabriele Rugani*

SOMMARIO: 1. Introduzione: i precedenti capitoli della saga, con l'annullamento di entrambe le decisioni di adeguatezza nei confronti degli USA. – 2. I tentativi per giungere all'adozione di una terza decisione di adeguatezza. – 3. L'*Executive Order* firmato dal Presidente USA Biden il 7 ottobre 2022. – 4. La proposta di decisione di adeguatezza presentata dalla Commissione UE il 13 dicembre 2022. – 5. Principali aspetti positivi e criticità dell'assetto che va delineandosi. – 6. Conclusioni: molti dubbi e un piccolo successo.

1. *Introduzione: i precedenti capitoli della saga, con l'annullamento di entrambe le decisioni di adeguatezza nei confronti degli USA*

Negli ultimi mesi del 2022, la complessa vicenda riguardante i trasferimenti di dati personali tra Unione europea e Stati Uniti d'America ha vissuto due ulteriori, cruciali, sviluppi: il primo, datato 7 ottobre 2022, è la firma da parte del Presidente USA Joseph R. Biden Jr. dell'*Executive Order On Enhancing Safeguards For United States Signals Intelligence Activities*"; il secondo, datato 13 dicembre 2022, è invece la proposta da parte della Commissione UE di una nuova decisione di adeguatezza da adottare nei confronti degli USA medesimi.

Per meglio comprendere l'importanza di tali momenti, è opportuno ricapitolare gli aspetti salienti della vicenda in questione. Come noto, ai sensi del Capo V del regolamento (UE) 2016/679 (il celebre GDPR), che sul punto riprende la disciplina della previgente direttiva 95/46/CE, il trasferimento di dati personali dall'UE verso un Paese terzo è ammesso se la Commissione ha adottato una "decisione di adeguatezza" nei confronti di tale Stato, cioè se ha deciso che quest'ultimo garantisce un livello di prote-

* Assegnista di ricerca post-dottorale in Diritto dell'Unione europea e Diritto internazionale – Università di Pisa – 19 gennaio 2023.

zione dei dati personali “adeguato”. In mancanza di una simile misura, il trasferimento è possibile solo in presenza di uno dei meccanismi alternativi del Capo V GDPR (segnatamente, le garanzie adeguate e le deroghe in specifiche situazioni), che sono tuttavia adoperabili solo in casi limitati.

Nei confronti degli Stati Uniti, una decisione di adeguatezza era stata adottata già nel 2000: ci si riferisce alla decisione “Approdo sicuro” o “*Safe Harbor*” (decisione 2000/520/CE), la quale andava a istituire un sistema che consentiva il trasferimento di dati personali verso quelle organizzazioni private USA che avessero autocertificato la propria adesione a determinati principi. Tuttavia, a seguito delle rivelazioni di Edward Snowden del 2013 sui programmi di sorveglianza di massa posti in essere dai servizi di *intelligence* degli USA, il giurista e attivista per la *privacy* austriaco Maximilian Schrems ha dato avvio a una vicenda giudiziaria che ha portato, nel 2015, all’annullamento della decisione “Approdo sicuro” da parte della Corte di giustizia dell’UE (sentenza della Corte del 6 ottobre 2015, causa C-362/14, *Schrems*). Nell’ordinamento USA, infatti, le deroghe alla tutela dei dati personali per motivi di sicurezza nazionale non operavano nei limiti dello stretto necessario. Si consentiva anzi alle autorità pubbliche di accedere in modo generalizzato al contenuto delle comunicazioni elettroniche e non erano previste possibilità per il singolo di avvalersi di rimedi giuridici: era così pregiudicato il contenuto essenziale dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta di Nizza agli artt. 7 (rispetto della vita privata e della vita familiare), 8 (protezione dei dati di carattere personale), nonché 47 (diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale).

La Commissione si è subito affrettata a colmare il vuoto creatosi, e ha adottato già nel 2016 la decisione “Scudo UE-USA per la *privacy*” o “*EU-US Privacy Shield*” (decisione di esecuzione (UE) 2016/1250): essa prevedeva un meccanismo pressoché analogo a quello della decisione “*Safe Harbor*”, ma cercava di correggerne i principali difetti. Tale misura ha avuto però la medesima sorte della precedente: nel 2020, sempre a seguito dell’iniziativa di Schrems, il Giudice di Lussemburgo l’ha infatti dichiarata invalida, per ragioni simili a quelle viste poc’anzi (sentenza della Corte del 16 luglio 2020, causa C-311/18, *Data Protection Commissioner contro Facebook Ireland Ltd e Maximilian Schrems*). In particolare, le limitazioni ai diritti degli articoli 7 e 8 della Carta, derivanti dalla normativa USA in materia di sorveglianza a fini di sicurezza nazionale, non corrispondevano a requisiti sostanzialmente equivalenti a quelli richiesti, nel diritto UE, dall’art. 52, par. 1, della Carta stessa; non rispettavano, cioè, il principio di proporzionalità, in quanto non si limitavano allo stretto necessario. Inoltre,

il *Privacy Shield* non forniva mezzi di ricorso di fronte a un organo in grado di offrire agli individui garanzie sostanzialmente equivalenti a quelle richieste dall'art. 47 della Carta.

Per la seconda volta, gli Stati Uniti si sono dunque trovati privi di una decisione di adeguatezza che consenta il trasferimento di dati personali dall'UE verso di loro, rendendosi conseguentemente necessario l'utilizzo dei ben più limitati meccanismi alternativi. Una situazione che permane anche nel momento in cui si scrive.

2. I tentativi per giungere all'adozione di una terza decisione di adeguatezza

Ripercorsi sinteticamente i passaggi che hanno condotto all'annullamento di entrambe le previgenti decisioni di adeguatezza nei confronti degli USA, è ora possibile concentrarsi sui tentativi attualmente in corso per giungere all'adozione di una terza misura che possa superare le criticità delle precedenti.

Già in data 25 marzo 2021, la Commissione UE ha dichiarato di aver intensificato i negoziati con il governo degli Stati Uniti al fine di addivenire a una versione del *Privacy Shield* rafforzata e rispettosa delle pronunce rese dalla Corte di giustizia nell'ambito della vicenda Schrems. Esattamente un anno dopo, il 25 marzo 2022, la Commissione e gli USA hanno annunciato congiuntamente di aver raggiunto un accordo di principio su un nuovo "*Trans-Atlantic Data Privacy Framework*". In particolare, gli Stati Uniti si sono impegnati a implementare riforme per rafforzare la *privacy* e le libertà civili degli individui nell'ambito delle attività di *intelligence* e, ancor più nello specifico, ad assicurare che tali attività siano necessarie e proporzionate al perseguimento di obiettivi di sicurezza nazionale ben definiti, nonché ad istituire opportuni meccanismi di ricorso e di vigilanza. Simili impegni si sarebbero poi concretizzati nell'adozione di un *Executive Order*, i.e. un provvedimento del Presidente USA, che avrebbe rappresentato la base della successiva valutazione di adeguatezza della Commissione.

L'*Executive Order*, invero, si è fatto attendere oltre sei mesi, tanto da suscitare *medio tempore* commenti critici da parte dello stesso Schrems (il quale ha affermato: "*It is astonishing that two democracies that agree on principles [...] cannot come to a proper agreement. It seems, the US still supports the idea that non-US persons shouldn't have fundamental rights*"; v. NONE OF YOUR BUSINESS, 6 Months of "agreement in principle", EU-US agreement in fact still missing, in noyb.eu/en, 25 September 2022); ma fi-

nalmente, come anticipato in apertura, in data 7 ottobre 2022 il Presidente Biden ha firmato il citato “*Executive Order On Enhancing Safeguards For United States Signals Intelligence Activities*”, che può essere dunque di seguito analizzato.

3. L’Executive Order firmato dal Presidente USA Biden il 7 ottobre 2022

L’Executive Order di cui trattasi (di seguito anche EO) si compone di cinque sezioni (“*Sections*”). La prima individua lo scopo (“*Purpose*”) dell’EO, ovvero quello di introdurre limiti per le attività di *intelligence* USA, al fine di tutelare il legittimo interesse alla *privacy* degli individui.

Il cuore dell’EO è però rappresentato dalle sue sezioni 2 e 3. La sezione 2, intitolata “Attività di *intelligence* dei segnali” (“*Signals Intelligence Activities*”), elenca innanzitutto i “Principi” (“*Principles*”) a cui simili attività devono attenersi (*sec. 2.a*): devono essere autorizzate a livello normativo (*sec. 2.a.i*); devono essere soggette a garanzie appropriate a tutela della *privacy* e delle libertà civili (*sec. 2.a.ii*), che assicurino che le attività in questione siano *necessarie* per promuovere una priorità di *intelligence* convalidata (*sec. 2.a.ii.A*) e siano *proporzionate* rispetto a tale priorità (*sec. 2.a.ii.B*); devono essere soggette a una rigorosa vigilanza sul rispetto dei suddetti principi (*sec. 2.a.iii*).

Dopo i “Principi” sono enumerati gli “Obiettivi” (“*Objectives*”; *sec. 2.b*): le attività di *intelligence*, infatti, possono essere condotte solo per perseguire obiettivi legittimi (“*Legitimate objectives*”) opportunamente specificati, come proteggere la sicurezza nazionale da minacce transfrontaliere, terrorismo, spionaggio, minacce informatiche e non solo (*sec. 2.b.i*); altri obiettivi sono invece espressamente proibiti, come sopprimere i diritti civili oppure svantaggiare alcune persone sulla base dell’etnia, della razza, del genere, dell’identità di genere, dell’orientamento sessuale o della religione (*sec. 2.b.ii*).

Si puntualizzano poi le salvaguardie a tutela della *privacy* e delle libertà civili (“*Privacy and civil liberties safeguards*”; *sec. 2.c*), facendo *inter alia* ulteriori riferimenti al principio di proporzionalità, nonché i meccanismi di vigilanza (*sec. 2.d*).

La sezione 3, invece, è interamente dedicata ai meccanismi di ricorso (“*Signals Intelligence Redress Mechanism*”), e prevede due nuove procedure. Innanzitutto, vi è la possibilità di rivolgersi alla figura indipendente del “*Civil Liberties Protection Officer*”, o CLPO (*sec. 3.c*), che ha il compito di

esaminare e indagare sui fatti contestati e, ove necessario, ordinare gli opportuni rimedi (*sec. 3.c.i*). In seconda istanza, il ricorrente può rivolgersi a una “*Data Protection Review Court*”, o DPRC (*sec. 3.d*), nell’ambito della quale viene istituito un panel di tre giudici con il compito di esaminare la questione (*sec. 3.d.i.B*) e ordinare, eventualmente, gli opportuni rimedi (*sec. 3.d.i.H*). È previsto che sia le determinazioni del CLPO (*sec. 3.c.ii*) che quelle della DPRC (*sec. 3.d.ii*) abbiano effetto giuridico vincolante (“*binding effect*”) per l’intera comunità di *intelligence*.

L’EO, infine, si conclude con una sezione dedicata alle “Definizioni” (“*Definitions*”; *sec. 4*), dove viene precisato il significato di espressioni come “opportuni rimedi” (“*appropriate remediation*”; *sec. 4.a*), *intelligence* (*sec. 4.f*), “comunità di *intelligence*” (“*intelligence community*”; *sec. 4.g*), nonché “sicurezza nazionale” (“*national security*”; *sec. 4.h*); e con una sezione dedicata alle “Previsioni generali” (“*General Provisions*”; *sec. 5*).

L’EO, giova ricordarlo, è stato poi ulteriormente integrato a stretto giro, in particolare attraverso il regolamento sulla DPRC (“*Regulation on the Data Protection Review Court*”) emanato dal Procuratore generale USA Merrick Garland.

4. *La proposta di decisione di adeguatezza presentata dalla Commissione UE il 13 dicembre 2022*

Ritenendo che con l’*Executive Order* gli USA abbiano efficacemente recepito nel proprio ordinamento gli impegni assunti, la Commissione UE, neanche due mesi dopo la firma dello stesso EO e segnatamente in data 13 dicembre 2022, ha presentato la “*Draft Adequacy Decision for the EU-US Data Privacy Framework*”, ovvero la proposta che dà avvio all’*iter* di adozione di una nuova decisione di adeguatezza.

La sua struttura ricalca, in grandissima parte, quella delle due precedenti decisioni di adeguatezza riguardanti gli Stati Uniti. L’art. 1, innanzitutto, sancisce che ai fini del GDPR gli USA assicurano un livello di protezione adeguato ai dati personali trasferiti dall’Unione alle organizzazioni statunitensi incluse nella “*Data Privacy Framework List*”, amministrata e resa disponibile dal “*Department of Commerce*” USA.

Proprio come il *Safe Harbor* e il *Privacy Shield*, anche il nuovo *Data Privacy Framework* sarebbe dunque costituito da un insieme di principi a cui le organizzazioni USA potranno volontariamente aderire per ottenere la certificazione che consenta loro di ricevere e trattare dati personali prove-

nienti dall'UE. È bene infatti ricordare come la Corte di giustizia avesse precisato come non fosse il sistema di autocertificazione in quanto tale a rendere le precedenti decisioni contrarie al diritto UE; esso può essere quindi replicato.

L'Allegato I alla proposta è denominato “*EU-U.S. Data Privacy Framework Principles issued by the U.S. Department of Commerce*”, e contiene appunto l'elenco dei principi a cui aderire, tra cui: “Notifica” (concernente le informazioni da fornire agli interessati), “Scelta” (riguardante il consenso degli interessati), “Responsabilità in caso di ulteriore trasferimento”, “Sicurezza”, “Integrità dei dati e limitazione della finalità”, diritto di “Accesso”, “Ricorso, controllo e responsabilità”; vi sono poi anche “Principi supplementari”. Pure l'elenco dei principi riprende in massima parte quello delle precedenti decisioni.

La proposta, infine, è completata da altri Allegati contenenti impegni e dichiarazioni ufficiali provenienti da varie autorità statunitensi (Allegati II-VII); essi costituiscono un altro elemento di similitudine con il passato.

Nei prossimi mesi, la proposta seguirà una procedura che prevede la consultazione del Comitato europeo per la protezione dei dati, nonché la necessità di un parere positivo da parte di un comitato composto da rappresentanti degli Stati membri. Solo a quel punto, la decisione di adeguatezza potrà essere definitivamente adottata.

5. *Principali aspetti positivi e criticità dell'assetto che va delineandosi*

L'assetto che va delineandosi presenta indubbi aspetti positivi, ma anche evidenti criticità.

Si parta dall'EO, e in particolare dai suoi aspetti meritori. Come ricordato da Guido Scorza, Componente del Garante italiano per la protezione dei dati personali, “con l'executive order in questione entrano nell'Ordinamento americano, concetti e principi di chiara impronta europea come quelli di necessità dei trattamenti [...], proporzionalità, diritto dei cittadini europei a un ricorso per le ipotesi in cui sospettino una violazione della loro *privacy*, necessità per le agenzie di *intelligence* di più stringenti basi giuridiche prima di fare incetta di dati personali [...]” (G. SCORZA, *Executive order di Biden, ecco i punti critici, quelli positivi e quelli da chiarire*, in *AgendaDigitale*, 10 ottobre 2022). Si tratta dunque per la normativa USA di un chiaro passo avanti nella direzione sperata dalle istituzioni UE.

È però opportuno mettere in evidenza anche alcuni dei più importanti aspetti problematici dell'EO. Il primo, di ordine generale, è sottolineato proprio dallo stesso Scorza e riguarda la scelta dello strumento giuridico rappresentato dall'*Executive Order*: infatti, “un ordine esecutivo [...] non è una legge e non può modificare le leggi”; anzi, addirittura “nell'*executive order* firmato [...] da Biden c'è scritto nero su bianco – ma sarebbe stato comunque così – che non interviene sulla disciplina vigente incluse, tra le altre, proprio le leggi, “pietra dello scandalo” [...]” (G. SCORZA, *op. cit.*), ovvero quelle che avevano indotto la Corte di giustizia ad assumere le già citate determinazioni (tra queste si può citare il *Foreign Intelligence Surveillance Act* o FISA). È dunque lecito chiedersi se uno strumento come l'EO possa essere sufficiente a risolvere la questione.

Vi sono, poi, svariate criticità che riguardano proprio il contenuto normativo dell'EO. Innanzitutto, è vero che l'EO consente le attività di *intelligence* solo là dove esse perseguano obiettivi legittimi, ma è anche vero che tali obiettivi sono formulati in modo assai ampio: le “minacce” (“*threats*”) a cui si fa riferimento nella *sec. 2.b.i* possono ricomprendere una vasta casistica, e dunque può essere coinvolto un numero enorme di individui (sul punto v. H. RUSCHEMEIER, *Nothing new in the west? The executive order on US surveillance activities and the GDPR*, in *European Law Blog*, 14 November 2022); senza contare che il Presidente USA potrebbe autorizzare ulteriori aggiornamenti dell'elenco, alla luce di nuovi imperativi di sicurezza nazionale (*sec. 2.b.i.B*). Inoltre, anche se deve essere preferita una “raccolta mirata” (“*targeted collection*”), non è neppure del tutto esclusa una “raccolta in blocco” (“*bulk collection*”) nei casi in cui gli obiettivi non possano essere raggiunti attraverso la prima (2.c.ii); il che rappresenta un grande elemento di divergenza rispetto ai principi del GDPR (v. H. RUSCHEMEIER, *op. cit.*).

Per quanto poi riguarda i “Principi” della *sec. 2.a*, se da un lato essi riprendono sul piano della terminologia quelli propri del diritto UE e della giurisprudenza della Corte di giustizia – si pensi alla “proporzionalità” – non vi è alcuna certezza sul fatto che dal punto di vista sostanziale il loro contenuto sia il medesimo (v. H. RUSCHEMEIER, *op. cit.*).

Svariati sono anche i rilievi che possono essere mossi in riferimento ai meccanismi di ricorso. Se ne sintetizzano, di seguito, alcuni dei più rilevanti. Innanzitutto, sia il CLPO (*sec. 3.c.i.E.1*) che la DPRC (*sec. 3.d.i.H*) possono dare informazione al ricorrente solo circa l'individuazione o meno di una violazione e, nel primo caso, circa il fatto che sono stati ordinati opportuni rimedi, ma tutto ciò senza confermare o smentire che il ricorrente

sia stato sottoposto da parte degli USA ad attività di *intelligence* dei segnali (“*without confirming or denying that the complainant was subject to United States signals intelligence activities*”), una circostanza che solleva evidenti problemi sul piano della trasparenza. In secondo luogo, sia il CLPO che la DPRC sono organi interni all’esecutivo USA, fattore che chiaramente rischia di comprometterne l’indipendenza. Inoltre, anche se le determinazioni di CLPO e DPRC vengono definite come “vincolanti”, esse lasciano in realtà il ricorrente senza alcun diritto soggettivo corrispondente. Vi è dunque motivo di dubitare che ci si trovi in presenza di garanzie sostanzialmente equivalenti a quelle richieste dall’art. 47 della Carta (sul punto v. H. RUSCHEMEIER, *op. cit.*).

Un cenno deve poi essere fatto alle criticità che caratterizzano la proposta di decisione di adeguatezza della Commissione UE. Infatti, anche se l’annullamento di *Safe Harbor* e *Privacy Shield* non è dipeso tanto dalla loro struttura quanto dai summenzionati *deficit* dell’ordinamento USA, alcune somiglianze con le previgenti decisioni danno comunque adito a dubbi. Come rilevato da Francesco Pizzetti, già Presidente del Garante italiano per la protezione dei dati personali, nonostante si assuma che la Commissione federale per il commercio (“*Federal Trade Commission*” o FTC) possa intervenire più incisivamente sulla verifica delle autocertificazioni, lascia comunque perplessi il fatto che nello schema in questione resti ferma la remissione ai titolari dei trattamenti della responsabilità di autocertificare le misure adottate (F. PIZZETTI, *Troppo debole lo schema Ue per trasferimento dati verso gli Usa, cruciale il parere EDPB*, in *Agenda Digitale*, 19 dicembre 2022).

6. Conclusioni: molti dubbi e un piccolo successo

In conclusione, dall’analisi svolta appare più che mai chiaro come gli ultimi capitoli della saga sui trasferimenti transatlantici di dati personali siano tutto fuorché in grado di mettere la parola fine alla vicenda. Ciò, innanzitutto, perché occorrerà attendere lo sviluppo dell’*iter* di adozione della decisione di adeguatezza, per sapere se quest’ultima verrà effettivamente emanata e, in tal caso, con quali modifiche. Ma soprattutto perché, anche dopo l’eventuale adozione della decisione, si renderà assolutamente indispensabile monitorare l’assetto creatosi: sarà infatti necessario capire, in particolare, quanto stringenti siano i nuovi limiti imposti alle agenzie di *intelligence* USA; quanto i procedimenti di ricorso nel caso di possibili viola-

zioni siano effettivamente accessibili; quanto saprà essere realmente indipendente la DPRC; e non solo (sul punto v. G. SCORZA, *op. cit.*).

I suddetti aspetti dovranno essere oggetto di continuo controllo da parte della Commissione UE che, lo si precisa, potrebbe anche decidere di sospendere, abrogare o modificare la decisione. E ancor di più, è assai probabile che simili profili possano essere oggetto di un nuovo sindacato da parte del Giudice di Lussemburgo. Su quest'ultimo punto non è irrilevante menzionare il fatto che Maximillian Schrems si è già esposto in modo molto netto sul nuovo quadro giuridico (NONE OF YOUR BUSINESS, *New US Executive Order unlikely to satisfy EU law*, in *noyb.eu/en*, 7 ottobre 2022), definendolo non in grado di soddisfare le condizioni richieste dal diritto dell'UE e ponendo l'accento sulle più significative criticità prese in esame nel presente contributo: *inter alia*, ha infatti espresso dubbi sul significato di "proporzionalità" ("The EU and the US now agree on the use of the word 'proportionate' but seem to disagree on the meaning of it"), e pure sul fatto che la DPRC rappresenti un mezzo di ricorso idoneo ("it is clear that this 'court' is simply not a court"); secondo Schrems, le principali problematiche non sarebbero state dunque risolte, e proprio per tale motivo ha già annunciato una nuova iniziativa giudiziaria per tornare di fronte alla Corte di giustizia ("it seems that the core issues were not solved and it will be back to the CJEU sooner or later").

Detto ciò, al di là di tutti i possibili dubbi e criticità permanenti, e anche al di là di un eventuale sindacato giurisdizionale sulla nuova decisione di adeguatezza, vi è comunque un fattore positivo che merita di essere evidenziato. L'Unione europea, anche se con fatica e poco per volta, sta infatti riuscendo a indurre gli Stati Uniti a modificare la propria normativa in materia di sorveglianza, rendendola progressivamente più vicina ai principi propri del diritto UE. Basti pensare che, già nel 2015, il c.d. *Freedom Act* era intervenuto con alcune modifiche (poi non rivelatesi decisive per evitare l'annullamento del *Privacy Shield*) che cercavano di ridurre i poteri di sorveglianza delle autorità pubbliche. Ora, l'*Executive Order* del Presidente Biden rappresenta in ogni caso un altro passo avanti. In definitiva, il fatto che gli USA siano stati indotti ad apportare simili modifiche normative è una conferma dell'influenza sulle normative dei Paesi terzi che l'UE esercita unilateralmente grazie alla propria posizione centrale nell'economia globale, il c.d. "*Brussels effect*" (sul punto v.: A. BRADFORD, *The Brussels Effect*, in *Northwestern University Law Review*, 2012, pp. 1-68; A. BRADFORD, *The Brussels effect: How the European Union rules the world*, Oxford, 2020): si può dunque parlare di un successo, ancorché piccolo e parziale, della strategia UE di esportare oltreconfine i propri standard.

HORIZON EUROPE:
THE NEXT MULTIANNUAL FRAMEWORK PROGRAMME

Benjamyn I. Scott*

SUMMARY: 1. Regulatory Background. – 2. History of Multiannual Framework Programmes: 1984-2021. – 3. New Phase 2021-2027. – 4. Associated Countries and impact of Brexit. – 5. Joint Undertakings and the example of SESAR in the aviation sector. – 6. Conclusion.

1. *Regulatory Background*

Pursuant to Article 173 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), the European Union (EU) and its Member States are obliged to ensure that the necessary conditions exist for the competitiveness of the Union’s industry. Such actions shall be targeted towards:

- i. ‘speeding up the adjustment of industry to structural changes,
- ii. encouraging an environment favourable to initiative and to the development of undertakings throughout the Union, particularly small and medium-sized undertakings,
- iii. encouraging an environment favourable to cooperation between undertakings,
- iv. fostering better exploitation of the industrial potential of policies of innovation, research and technological development.” (Art. 173(1) TFEU).

To help achieve these objectives, both the European Parliament and the Council may decide on specific measures (i.e. via the ordinary legislative procedure). Article 182(1) of the TFEU then expands on this as it states that the European Parliament and the Council shall adopt a multi-annual framework programme (FP).

To implement the FP – as detailed in Article 183 of the TFEU – the EU shall “determine the rules for the participation of undertakings, research centres and universities” and “lay down the rules governing the dissemination of research results”.

* Assistant Professor, International Institute of Air and Space Law, and Center for Law and Digital Technologies at Leiden University, The Netherlands – 6 febbraio 2023.

This article will discuss the origins of the EU's FP initiatives, starting in 1984 and reflect on the latest instalment, which is in its infancy, having only started in late 2021, whereby the first calls opened on 7 December 2022.

2. *History of Multiannual Framework Programmes: 1984-2021*

Since 1984, the EU's research and technological development activities have been defined and implemented through a series of FPs with various amounts of available funding. As of 2022, there have been a total of 9 FPs:

Framework Package	Years	Funding in € billion
FP1	1984 – 1988	3.75
FP2	1987 – 1991	5.4
FP3	1990 – 1994	6.6
FP4	1994 – 1998	13.2
FP5	1998 – 2002	15.0
FP6	2002 – 2006	17.5
FP7	2007 – 2013	55.5
FP8 (Horizon 2020)	2014 – 2020	77
FP9 (Horizon Europe)	2021 – 2027	95.5

These FPs are the main financial tool in which the EU supports research and development activities. From 2014-2020, FP8 – or as it is more commonly known “Horizon 2020” – was the EU's most ambitious research and innovation funding programme. It had a budget of nearly €80 billion over its 7-year life. As FPs drive innovation, economic growth, creates jobs, boosts the EU's technological sovereignty, and improve the lives of EU citizens, there was strong political backing from the EU's leaders, the EU Institutions (European Parliament and Commission), as well as from industry for Horizon 2020.

Each FP is finite in terms of duration. Consequently, Regulation (EU) No 1291/2013 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2013, which established Horizon 2020 and set out the Framework Programme for Research and Innovation (2014-2020), gave a legally determined time frame for FP8. Notably, Article 3 stated that “Horizon 2020 is hereby established for the period from 1 January 2014 to 31 December

2020”. As a result, at the end of that period, if the EU desired to continue funding research and development via this mechanism, a new FP would be required.

3. *New Phase 2021-2027*

In 2018, the European Commission proposed a €100 billion research and innovation programme to succeed Horizon 2020, which has been called “Horizon Europe”.

The budget was a major point of debate among the concerned stakeholders. One point of discussion was Brexit as the United Kingdom (UK) was a large net contributor to the EU, so the EU’s reduced membership meant a reduction in available money for Horizon Europe. Further, the remaining Member States struggled to reach a consensus on how the budget ought to be spent. This, combined with national budgetary concerns, exacerbated by the COVID-19 pandemic, resulted in an agreement on the total budget being hard to agree upon.

In the first half of 2019, both the European Parliament and the Council reached a provisional agreement on Horizon Europe. After numerous debates, modifications and disagreements, the EU Institutions reached a political agreement on 11 December 2020, which – among other things – set the budget at €95.5 billion. With the political backing from the whole EU, the European Parliament and the Council proceed with the adoption of the legal acts.

Regulation (EU) No 1291/2013 was, therefore, repealed by Regulation (EU) 2021/695 of the European Parliament and of the Council. Per Article 1(1): “This Regulation establishes Horizon Europe - the Framework Programme for Research and Innovation (the ‘Programme’) for the duration of the MFF [Multi-Annual Financial Framework] 2021-2027, sets out the rules for participation and dissemination concerning indirect actions under the Programme and determines the framework governing Union support for R&I activities for the same duration”.

The new Regulation contains the legally binding rules on the:

- i. objectives of the Programme;
- ii. budget for the period 2021 to 2027;
- iii. formation of EU funding and the rules for providing such funding;
- iv. participation by undertakings, research centres and universities; and
- v. dissemination of research results.

It is posited by the EU Institutions that this Regulation simplifies the rules, as compared to previous iterations, by increasing legal certainty and reducing the administrative burden for beneficiaries and program managers. Time will tell if this is truly the case as it has yet to be tested in any substantial way as Horizon Europe is still in its infancy.

Regulation (EU) 2021/695 can, therefore, be seen as a foundational document for FP9, whereby it is complemented by Council Decision (EU) 2021/764.

Horizon Europe is an ambitious funding programme for research and innovation, whereby the main objectives are to strengthen research, science and technology within the EU via increased investment; boost investment in research and people, which will boost the EU's industrial competitiveness; as well as support the EU in achieving its strategic properties (e.g., the Paris Climate Agreement). To achieve this, FP9 has been organised into 3 pillars, per Article 3 of Council Decision (EU) 2021/764:

i. Excellent Science: Pillar 1 aims to increase the EU's global scientific competitiveness by supporting ground-breaking research projects. This should be both defined and driven by the top researchers.

ii. Global Challenges and European Industrial Competitiveness: Pillar 2 supports research with regard to societal challenges and focuses on six clusters. These are *a*) health; *b*) culture, creativity and inclusive society; *c*) civil security for society; *d*) digital, industry and space; *e*) climate, energy and mobility; *f*) food, bioeconomy, natural resources, agriculture and environment.

iii. Innovative Europe: Via the European Innovation Council (EIC), Pillar 3 aims to make Europe a leader in market-creating innovation. To achieve this, this will involve promoting the integration of business, research, higher education and entrepreneurship.

The introduction of the EIC in March 2021 is marked as a significant addition to the new FP as it is tasked with supporting researchers, start-ups and small and medium-sized enterprises (SMEs) with bringing their innovations to market. Here, support is given in the forms of funding, networking and partnership opportunities, and business acceleration services.

At the core of this are ambitious and bold goals designed to tackle problems that affect EU citizens' daily lives. Therefore, it aims at impacting the wider society, so as to offer solutions to real societal questions. This is a positive approach as public money is spent on improving society.

An essential discussion when actualising Horizon Europe was who should be the partners. In the spirit of having a wide benefit across the EU,

it is open to start-ups, SMEs, universities, research organisations and companies. This not only includes large entities, but also smaller ones, so as to allow a wide range of skills and knowledge to participate, as well as benefit.

4. *Associated Countries and impact of Brexit*

Although this is an EU activity, participation goes beyond just the EU Member States, as it also includes Associated Countries: Albania, Armenia, Bosnia and Herzegovina, Faroe Islands, Georgia, Iceland, Israel, Kosovo, Moldova, Montenegro, North Macedonia, Norway, Serbia, Tunisia, Turkey and Ukraine. Applicants from Associated Countries can participate under conditions equivalent to legal entities from EU Member States, albeit subject to some limitations on a case-by-case basis and without formal decision-making power over the programme (Article 16, Reg. (EU) 2021/695).

Not all former participating countries are Associated Countries. For example, Switzerland is currently treated as a non-associated ‘third country’. Swiss entities are able to participate in most calls, but funding is provided by the Swiss Government. Switzerland is nevertheless committed to joining Horizon Europe.

The UK, following Brexit, is no longer an EU Member State so would have to join as an Associated Country. The UK-EU Trade and Cooperation Agreement (TCA) includes provisions for the UK to continue its participation in EU programmes and activities. However, the TCA does not define which programmes the UK will participate in: that has to be specified in a separate Protocol (Article 710 TCA).

A joint declaration adopted by the EU and the UK alongside the TCA states that an agreement in principle has already been reached and contains a draft of this protocol (Protocol I) to be signed after the adoption of the MFF (still under approval at the conclusion of TCA in December 2020).

Even if the TCA provisionally applied since 1 January 2021 and entered into force on 1 May 2021, the UK’s participation in Horizon Europe has not yet been agreed upon. The Commission is currently blocking this as it has tied association with wider political issues; i.e., the dispute over the Northern Ireland Protocol. In order to support UK Horizon Europe applicants, the UK Government has extended funding support until March 2023 to allow them to continue their research and innovation.

After a request from the UK, formal consultations with the EU took place before the Specialised Committee on Participation in Union Pro-

grammes (see Article 8(1)(s) TCA). This represents the first stage in the dispute settlement mechanism set out by the TCA, after which the matter can be referred to an independent arbitration tribunal.

As of writing, the Specialised Committee met on two occasions but no agreement on this had been formalised. It looks probable that the UK will have to resort to national funding solutions or even request for the establishment of the arbitration tribunal under Part VI of the TCA, an unprecedented occurrence and a possible test for the overall coherence of the TCA legal framework. In the meanwhile, legal uncertainties may convince UK-based scholars to relocate their projects inside the EU.

The UK may then decide to become a third-country to Horizon Europe, such as the route pursued by Switzerland. However, this may be less appealing for the UK, so it may choose to pursue its own research and technological development programme, which is unconstrained by the EU regulatory framework and can have a stronger national focus in terms of participating entities, and aims and objectives.

The inclusion of Associated Members has led to some criticism as it allows non-EU entities to benefit from EU funds. However, there shall be a link between the benefits derived from Horizon Europe and the outcome. Further, 'calls' often require the cooperation of at least three entities, from three different countries. Thus, the EU benefit is spread wider, thus giving it a pan-Europe benefit.

5. Joint Undertakings and the example of SESAR in the aviation sector

In order to achieve the goals of Horizon Europe, Article 187 of the TFEU is relied on as it specifies that the EU may set up joint undertakings (JUs). As a result, the Article has been used as the legal basis to set up public-private partnership (PPPs) bodies in order to integrate industrial research in the highlighted areas. Supporting the Horizon Europe Regulation, there is Council Regulation (EU) 2021/2085 of 19 November 2021, which establishes the JUs under Horizon Europe. This Regulation is often referred to as the 'Single Basic Act', because it covers all of the JUs together, rather than having separate regulations for each. This was a point of concern during the negotiation stage, as it was felt that the nuances of each JU would be lost in a general text. This issue seems to have been solved, as the Regulation also contains Specific Provisions of Individual Joint Undertakings per Part Two.

Per Article 1, nine partnerships have been created:

- i. Circular Bio-based Europe
- ii. Clean Aviation
- iii. Clean Hydrogen
- iv. Europe's Rail
- v. Global Health EDCTP3
- vi. Innovative Health Initiative
- vii. Key Digital Technologies
- viii. Single European Sky Air Traffic Management Research
- ix. Smart Networks and Services

Several of these JUs are continuations of those existing under Horizon 2020, whereby some have changed their names or are new to FP9. Therefore, while FP9 has a finite life, each JU has its own history, as some are continuing the work from previous FPs while others are starting new.

As noted in Regulation (EU) 2021/2085, JUs are “set up to deliver on Union priorities targeted by Horizon Europe and ensure a clear impact for the Union and its people, which can be achieved more effectively in partnership, through a strategic vision that is shared and committed to by partners, rather than by the Union alone” (recital No. 1). The EU will provide funding, whereby the JU partners will match with at least an equivalent amount of investment. The JUs adopt their own research agenda, centred around their dedicated focus, being both objective-driven and ambitious, and award funding mainly on the basis of open calls. For the exact membership, a reference to the Annexes of the Regulation is required.

As way of an example, the Single European Sky Air Traffic Management Research (SESAR), will be discussed below. Under Horizon 2020, the previous FP, this JU was referred to as “SESAR 2” and now it is in its third iteration, so it is commonly referred to as “SESAR 3”. This JU is “set up to accelerate through research and innovation the delivery of the Digital European Sky. To do so, it is harnessing, developing and accelerating the take-up of the most cutting-edge technological solutions to manage conventional aircraft, drones, air taxis and vehicles flying at higher altitudes” (see SESAR website). As can be seen here, it has an aviation focus, narrowing in specifically on air traffic management. Other JUs have their own sector and specific focus. Therefore, each must be assessed individually within the parameters of Regulation (EU) 2021/2085.

One way to assess the success of Horizon Europe is via its results. While there were numerous successes during Horizon 2020, SESAR JU highlights a key problem and that is of market uptake and deployment.

Horizon Europe is focused on research and development, so emphasis is on the lower Technology Readiness Levels (i.e., technology whose market is still in its infancy). However, once the ATM technology is designed, made and tested, it needs to be deployed into the ATM ecosystem. This requires stakeholders to buy and use such technology, so its benefits can be actualised. While the manufacturers are actively producing new ATM technology out of SESAR-JU calls, there is a reluctance from end-users to adopt it. ATM technology is expensive. Therefore, stakeholders can be hesitant to adopt new technology unless they are mandated to (e.g., via safety regulations) or they see a strong business case to do so. Therefore, the technology may never get deployed, which results in a waste of resources. Uptake could have been facilitated by regulatory mandates, however, this was not supported by the EU. Alternatively, there could have been incentives that reward earlier movers. Again, this was not supported by the EU. SESAR is active in deployment activities, so it is helping to mitigate the risk, but uptake is, at the end of the day, a business decision.

There are imposed mandates for States to implement the outcomes of the SESAR work via Regulation 2021/116 on the Establishment of the Common Project One Supporting the Implementation of the European Air Traffic Management Master Plan. In addition, the European Commission is considering launching infringement procedures against States that do not implement the technologies by the stated deadlines. However, it will have to be seen how infringement procedures, aimed at Member States, may act as a lever on encouraging industry to comply with the new technological standards.

The above-mentioned decision to have a wide level of inclusion of private stakeholders lead to some pushback from FP8 JU members. This has been seen in two main ways. First, some new members of JUs have questionable links to the EU. While some of these companies have a foothold, such as being EU-based subsidiaries of non-EU companies or locating a part of their activities in the EU, they are regarded by some as being third-country companies. SESAR 3, as an example, currently has 40 Members, of which some could be deemed as non-EU companies. Further, the growth in members, from 20 during SESAR 2 to 40 in SESAR 3, has led some to question whether effective governance can take place with so many voices around the table. Second, when a consortium is made for a specific call, not every member must be from the EU. Therefore, non-EU stakeholders are capable of benefiting from Horizon Europe, while, on the other hand, they will be unable to benefit from similar initiatives in other countries

outside of the EU. Thus, this lack of reciprocity creates an uneven playing field.

6. *Conclusion*

In conclusion, Horizon Europe is a significant achievement that will accelerate research and technology, which will bring wide-ranging benefits to society. Despite numerous discussions on funding rates, membership and the number of JUs, just to name a few, the legal framework is now in place and the work has started. Therefore, calls for 2023-2024 are being published and entities are able to submit proposals on far-ranging topics. Therefore, those reading this are encouraged to survey the different calls and answer any relevant ones within a diverse consortium, so that the goals of Horizon Europe can be achieved. Further, the FP will continue beyond 2024, whereby there will be opportunities for stakeholders to shape future calls. Again, those reading this, who are at the heart of EU research, are encouraged to monitor this and steer the existence of future calls.

The success of Horizon Europe will take time to be known, but to ensure this, the core ideals of benefiting society, promoting research and development, and output that is accessible and beneficial are key, of which, involvement and input from all stakeholders are fundamental.

