



3

QUADERNO AISDUE

SERIE SPECIALE

Atti del Convegno
*“Ambiente, digitale, economia:
l’Unione europea verso il 2030”*
Bari 3-4 novembre 2022

QUADERNO AISDUE - SERIE SPECIALE

ES

Editoriale Scientifica

euro 20,00



ASSOCIAZIONE ITALIANA DEGLI STUDIOSI DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Organi dell'Associazione

Presidente: Antonio Tizzano
Segretario generale: Patrizia De Pasquale

Consiglio direttivo:

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

Collegio dei garanti:

Giandonato Caggiano, Paolo Mengozzi,
Bruno Nascimbene, Ennio Triggiani

QUADERNO AISDUE
SERIE SPECIALE

Comitato scientifico:

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

Comitato editoriale Quaderni AISDUE:

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

Comitato editoriale BlogDUE:

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

Quaderno AISDUE serie speciale

Ambiente, digitale, economia: l'Unione europea verso il 2030

Bari, 3 e 4 novembre 2022

Editoriale Scientifica
Napoli

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2023 Editoriale Scientifica srl
via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
ISBN 979-12-5976-647-2

INDICE

<i>Presentazione del Volume</i> di Antonio Tizzano	9
<i>Presentazione del Convegno</i> di Antonietta Damato	11

Sessione introduttiva, 3 novembre 2022

TIZZANO A., <i>Saluti introduttivi</i>	15
--	----

Sessione I

Le azioni in materia ambientale, 3 novembre 2022

LANG A., <i>Assistenza finanziaria dell'Unione ai Paesi terzi e obiettivi ambientali della UE</i>	19
MONTINI M., <i>La sfida della transizione energetica e l'emergere dei conflitti intra-ambientali: quali possibili soluzioni?</i>	41
MUNARI F., <i>Public e Private enforcement del diritto ambientale dell'Unione</i>	59

Sessione II

La trasformazione digitale, 3 novembre 2022

ADINOLFI A., <i>Evoluzione tecnologica e tutela dei diritti fondamentali: qualche considerazione sulle attuali strategie normative dell'Unione</i>	97
CONTALDI G., <i>Il regolamento 2022/1925 e la tutela della privacy online</i>	119
SALAZAR L., <i>Digitalizzazione della giustizia</i>	141

Sessione III
Gli strumenti economici, 4 novembre 2022

<i>PISTOIA E., Lo stato di salute dell'integrazione differenziata nell'Unione economica e monetaria in epoca post-pandemica</i>	151
<i>CISOTTA R., La custodia della credibilità nel Patto di stabilità e crescita e le prospettive di riforma</i>	181

Conclusioni

<i>MASTROIANNI R., Conclusioni generali</i>	219
---	-----

Tavola rotonda
“La cooperazione giudiziaria e giuridica in materia civile e penale”
4 novembre 2022

<i>BUCCARELLA M., Il Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione di Budapest e le nuove frontiere della cooperazione internazionale in ambito digitale. Quali rischi per la protezione dei dati personali nell'Unione europea?</i>	227
<i>CIPRANDI A., L'indipendenza della magistratura requirente, dalle procure nazionali a EPPO: quale modello europeo di pubblico ministero?</i>	247
<i>CIRCOLO A., La certezza del diritto cede il passo all'effettività della tutela giurisdizionale. Note a margine della sentenza London Steam-Ship</i>	283
<i>GROSSIO L., Da una fiducia reciproca essenziale al riconoscimento à la carte: nuove prospettive nell'ambito del mandato d'arresto UE-Regno Unito</i>	313
<i>LANOTTE M., La proporzionalità della sanzione: un principio ritrovato? Note a margine della sentenza NE</i>	341
<i>MAOLI F., La proposta di direttiva UE sulle SLAPPs e le criticità relative alla base giuridica: possibili sviluppi per la tutela di giornalisti e attivisti a livello europeo</i>	371

Indice 7

MARCHIORO I., *Quali prospettive per il legislatore europeo dopo Coman e Pancharevo?* 385

Forum IFA, 2 novembre 2022

**La politica di immigrazione dell'UE verso il 2030:
tendenze evolutive ricavabili dalla giurisprudenza della Corte di giustizia**

MORGESE G., *Introduzione al seminario "La politica di immigrazione dell'UE verso il 2030: tendenze evolutive ricavabili dalla giurisprudenza della Corte di giustizia" - Bari, 2 novembre 2022* 421

FRATEA C., *L'accertamento della minore età del migrante e il diritto all'unità familiare: una lettura evolutiva della giurisprudenza della Corte di giustizia a tutela dei beneficiari di protezione internazionale* 423

PALLADINO R., *Il trattenimento ai fini dell'allontanamento: evoluzioni giurisprudenziali e normative a confronto* 441

VITIELLO D., *Poteri operativi, accountability e accesso alla giustizia nella gestione integrata delle frontiere esterne dell'Unione europea. Una prospettiva sistemica* 459

PRESENTAZIONE DEL VOLUME

Presentiamo qui gli Atti del IV Convegno annuale della nostra Associazione, che si è tenuto a Bari il 3-4 novembre del 2022, con una partecipazione affollata e attiva dei nostri Soci e di molti osservatori.

Siamo riusciti a raccogliere i diversi contributi in tempi relativamente brevi e ci permettiamo quindi di pubblicarli sollecitamente.

Certo, il volume non può dar conto della vivacità del dibattito che si è svolto nei due giorni, ma può evidenziare la qualità e la quantità delle questioni discusse nelle diverse sessioni in cui si è articolato il Convegno. Ed è questo un autentico motivo di soddisfazione per gli organizzatori dell'iniziativa, così come siamo stati lieti di ritrovare il nostro abituale momento di confronto interno durante l'Assemblea dei soci.

Ora ci dedicheremo ad organizzare con impegno e fiducia il V Convegno annuale a Padova, ma intanto archiviamo quello di Bari con piena soddisfazione e nella rafforzata convinzione di poter contare, in tutte le sedi in cui si svolge la nostra attività, la piena e intelligente collaborazione di una Comunità di studiosi partecipi ed impegnati ad approfondire la vasta e complessa tematica del processo d'integrazione europea.

Antonio Tizzano

PRESENTAZIONE DEL CONVEGNO

Questo numero speciale dei Quaderni AISDUE raccoglie le relazioni del IV Convegno nazionale dell'Associazione degli studiosi del diritto dell'Unione europea, tenutosi nell'Università di Bari Aldo Moro il 3 e 4 novembre 2022.

Il Convegno, intitolato “Ambiente, digitale, economia: l'Unione europea verso il 2030”, ha inteso dar luogo a una riflessione sull'azione dell'Unione, e sulle sue implicazioni, in tali settori.

Settori che compaiono tra quelli individuati come prioritari dalla Commissione per il periodo 2019-2024 – nel più generale contesto dell'attuazione degli obiettivi di sviluppo sostenibile dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite – e che risultano tra loro correlati. Come emerge, infatti, dai documenti della Commissione, la strategia digitale contribuisce a raggiungere gli obiettivi del *Green Deal* e quanto al modello europeo di crescita, esso è orientato a un'economia, verde, digitale e resiliente.

L'introduzione ai lavori del Convegno è stata effettuata dalla professoressa Lucia Serena Rossi e i temi generali anzidetti sono stati oggetto di considerazione in tre distinte sessioni

Nella prima sessione, relativa alle azioni in materia ambientale, sono stati trattati, tra gli altri, aspetti concernenti gli strumenti di tutela giuridica dell'ambiente; il ruolo degli obiettivi ambientali della Unione nelle relazioni con Stati terzi; la intersezione tra politica ambientale, energetica e climatica.

Nella seconda sessione dedicata alla trasformazione digitale, sono state oggetto di considerazione la fondamentale questione della tutela dei diritti fondamentali, nonché tematiche attinenti a specifici profili quali, ad esempio, la digitalizzazione della giustizia.

Nella terza sessione, concernente gli strumenti economici, la riflessione ha riguardato, in particolare, i temi relativi alla riforma del Patto di stabilità e crescita, come pure ai caratteri assunti dalla integrazione differenziata nella Unione economica e monetaria.

I temi considerati in ciascuna delle sessioni hanno trovato raccordo nelle conclusioni effettuate dal professore Roberto Mastroianni.

Alla cooperazione giudiziaria e giuridica in materia civile e penale è stata dedicata, infine, una tavola rotonda alla quale hanno partecipato gli studiosi più giovani, affrontando vari aspetti concernenti l'azione dell'Unione in tali materie.

I lavori del convegno sono stati arricchiti dagli interventi dei partecipanti i quali hanno contribuito, con vivacità, al confronto e al dibattito su temi la cui trattazione – in ragione della ampiezza di essi, oltre che dell'arco temporale fissato al 2030 – non può senz'altro dirsi esaurita, ma sarà oggetto di ulteriori attività di ricerca e di studio.

Antonietta Damato

Sessione introduttiva
3 novembre 2022

SALUTI INTRODUTTIVI

Diamo inizio ai lavori del 4° Convegno annuale dell' AISDUE che, come avevamo stabilito a Bologna, si tiene presso l'Università di Bari.

Dico subito che va dato atto a questa Università di essersi spesa molto per organizzare al meglio il nostro convegno, e soprattutto di accoglierci con grande cortesia e generosità. Di ciò le siamo estremamente grati!

Ringrazio, poi, la professoressa Antonella Damato per il grande lavoro che ha svolto per organizzare, fin nei minimi dettagli, il convegno. E ringrazio altresì tutti i colleghi dell'Università di Bari che l'hanno aiutata e consigliata in quella che è stata un'autentica impresa. Permettetemi quindi di complimentarmi con loro.

Come avete letto dal programma, il convegno si articola in tre sessioni e una tavola rotonda, ciascuna con varie relazioni. È, dunque, prevista una grande varietà di interventi che dovrebbe coprire una buona parte, se non tutta la tematica in discussione. La tavola rotonda è invece dedicata alla cooperazione giuridica e giudiziaria in materia civile e penale ed è affidata ai nostri ricercatori che avranno modo di parlare alla comunità scientifica ed esporre i risultati dei loro lavori.

Siamo molto lieti di aprire, anche quest'anno, una riflessione così interessante su temi di attualità, così come siamo molto lieti di ritrovarci nella nostra Assemblea generale, nel corso della quale discuteremo l'attività e i problemi della nostra Associazione.

E ora lascio la parola ai nostri cortesi ospiti che ci portano il saluto delle rispettive Istituzioni.

Antonio Tizzano

Sessione I
Le azioni in materia ambientale
3 novembre 2022

ASSISTENZA FINANZIARIA DELL'UNIONE AI PAESI TERZI E OBIETTIVI AMBIENTALI DELLA UE

Alessandra Lang*

SOMMARIO: 1. Introduzione: il legame tra cooperazione finanziaria dell'Unione e tutela dell'ambiente e del clima. – 2. Il posto dell'ambiente tra gli obiettivi che gli strumenti finanziari devono perseguire. – 3. Il posto dell'ambiente in relazione alle azioni e misure che non possono beneficiare del sostegno degli strumenti finanziari. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Il sostegno finanziario dei Paesi industrializzati agli altri Paesi è essenziale per la tutela dell'ambiente¹. È una richiesta dei Paesi in via di sviluppo, ma è anche un impegno dei Paesi industrializzati, che tendono a farne strumento per perseguire la propria agenda ambientale. L'Unione europea non è da meno: come principale erogatrice di finanziamenti pubblici allo sviluppo², attua una politica di cooperazione allo sviluppo che all'obiettivo primario di eradicare la povertà affianca quello di contribuire a promuovere le proprie priorità strategiche. Il sostegno finanziario ai Paesi terzi non è limitato ai Paesi in via di sviluppo, poiché è parte integrante dell'azione esterna dell'Unione nei confronti di altri Paesi terzi e che trova il suo fondamento nel TFUE.

In questa ottica si può leggere anche la comunicazione della Commissione sul *Green Deal* europeo: “La politica di partenariato e cooperazione in-

* Professore associato di Diritto dell'Unione europea, Dipartimento di Studi internazionali, giuridici e storico-politici, Università degli Studi di Milano.

¹ Tale assunto è ancorato al principio della responsabilità comune ma differenziata, che trova in particolare formalizzazione negli accordi in materia di cambiamenti climatici. F. MUNARI, *Tutela internazionale dell'ambiente*, in S. M. CARBONE E AL., *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2021, pp. 508 e 519; F. MUNARI, L. SCHIANO DI PEPE, *Tutela transazionale dell'ambiente*, Bologna, 2012, pp. 47 e 267.

² Con il 43% del totale, anche nel 2021 l'Unione e i suoi Stati membri sono stati i principali fornitori di aiuto pubblico allo sviluppo: si vedano i dati forniti dalla Commissione nella *Relazione annuale 2022 sull'attuazione degli strumenti di azione esterna dell'Unione europea nel 2021*, COM (2022) 578final, dell'8 novembre 2022, p. 7.

ternazionale dell'UE dovrebbe contribuire a mobilitare fondi pubblici e privati necessari alla transizione [verso un nuovo modello di società e di economia]³. La Commissione prosegue ricordando di avere da poco presentato una proposta di regolamento sull'assistenza finanziaria ai Paesi terzi⁴ che destina "il 25% della dotazione finanziaria agli obiettivi in materia di clima". In quel periodo, infatti, la Commissione stava elaborando gli atti di diritto derivato relativi alla nuova versione degli strumenti finanziari per sostituire quelli relativi al quadro finanziario 2014-2020 ormai in scadenza⁵. La proposta è stata adottata, in versione modificata, dal Consiglio e dal Parlamento come regolamento 2021/947, che istituisce lo strumento di vicinato, cooperazione allo sviluppo e cooperazione internazionale⁶. Esso riguarda i finanziamenti da erogare nel quadro della politica di cooperazione allo sviluppo e della politica di vicinato, mentre l'assistenza finanziaria ai Paesi del processo di allargamento è disciplinata dal regolamento 2021/1529, che istituisce uno strumento di assistenza preadesione (IPA III), che per gli aspetti relativi all'esecuzione e alla valutazione dei finanziamenti rinvia al regolamento Europa globale.

Il reg. 2021/947 ha per base giuridica gli articoli 209, 212 e 322, par. 1, TFUE, mentre il reg. 2021/1529 è fondato sull'art. 212 TFUE. Se l'art. 322

³ COM (2019) 640final, del 11 dicembre 2019, p. 24. Il modello economico-sociale a cui si aspira è descritto in apertura del documento in questi termini: "Il Green Deal europeo è ... una nuova strategia di crescita mirata a trasformare l'UE in una società giusta e prospera, dotata di un'economia moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva che nel 2050 non genererà emissioni nette di gas a effetto serra e in cui la crescita economica sarà dissociata dall'uso delle risorse". Per un commento a tale documento, in generale, si v. E. CHITI, *Managing the Ecological Transition of the EU: The European Green Deal as a Regulatory Process*, in *Common Market Law Review*, 2022, p. 19 ss., e, con un'attenzione ai profili affrontati dal presente contributo, seppure con un diverso angolo visuale, C. PESCE, *La dimensione esterna del Green Deal: profili attuativi ed evolutivi*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2021, p. 529 ss.

⁴ COM (2018) 460final, del 14 giugno 2018, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce lo strumento di vicinato, cooperazione allo sviluppo e cooperazione internazionale.

⁵ Il quadro finanziario pluriennale 2014-2020, adottato con regolamento (UE) 1311/2013, è stato seguito dal QFP 2021-2027, adottato con regolamento (UE) 2020/2093.

⁶ Per un primo commento, si v. G. D'AGNONE, *Il nuovo strumento di vicinato, sviluppo e cooperazione internazionale Europa globale: alcuni spunti di riflessione sul nuovo strumento di finanziamento dell'azione esterna UE*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2021.

TFUE riguarda le disposizioni necessarie per l'esecuzione del bilancio, gli art. 209 e 212 attribuiscono alle istituzioni la competenza ad adottare atti con procedura legislativa ordinaria al fine di prestare assistenza finanziaria ai Paesi terzi. Quando il beneficiario è un Paese in via di sviluppo, la base giuridica è costituita dall'art. 209, che individua una finalità specifica, "la riduzione e, a termine, l'eliminazione della povertà" (art. 208), al sostegno finanziario, che peraltro può perseguire anche altre finalità⁷. Invece, l'assistenza finanziaria ai Paesi terzi che non siano in via di sviluppo è ancorata all'art. 212, il quale non individua obiettivi specifici per questo genere di azione. Se ne può dunque dedurre che attraverso l'assistenza finanziaria ai Paesi terzi, l'Unione persegue gli obiettivi che il Trattato le assegna e che specifica di volta in volta nei documenti programmatici⁸ e negli atti di diritto derivato. Per gli strumenti finanziari in esame, i principi espressi nei documenti programmatici costituiscono il "quadro strategico" (art. 7, reg. 2021/947) o il "quadro politico" (art. 6, reg. 2021/1539), ossia la cornice⁹ nella quale l'attuazione dell'assistenza finanziaria si deve collocare.

Nella prassi dell'Unione, la tutela dell'ambiente e la lotta ai cambiamenti climatici sono obiettivi dell'assistenza finanziaria erogata ai Paesi terzi¹⁰.

⁷ Come la Corte di giustizia ha sottolineato, la cooperazione allo sviluppo persegue oltre al suo obiettivo principale, anche gli altri obiettivi dell'Unione: sentenza della Corte dell'11 giugno 2014, causa C-377/12, *Commissione c. Consiglio*, punto 37. Per un'analisi diacronica dei principali documenti politici dell'Unione al fine di identificare se la politica di cooperazione allo sviluppo persegue un obiettivo proprio oppure se contribuisce agli obiettivi dell'azione esterna dell'Unione, e se si è avuta un'evoluzione nel corso del tempo, si v. J. BERGMANN, S. DELPUTTE, N. KEIJZER, J. VERSCHAEVE, *The Evolution of the EU's Development Policy: Turning Full Circle*, in *European Foreign Affairs Review*, 2019, p. 533 ss.

⁸ Poiché gli obiettivi dell'Unione sono numerosi e formulati in termini ampi, sembra ragionevole pensare che ogni singolo atto non debba contribuire al conseguimento di tutti cumulativamente, ma che le istituzioni possano scegliere in ogni dato momento di dare la precedenza a uno o più obiettivi tra quelli indicati. Il Consiglio europeo, quale istituzione che dà all'Unione l'impulso e la direzione strategica, appare come la sede naturale per individuare gli obiettivi che in un dato momento storico devono essere perseguiti. Il Consiglio e il Parlamento, in quanto legislatori, godono di analoga legittimazione, come pure la Commissione, per il suo ruolo di promotrice del processo decisionale.

⁹ La versione inglese usa la parola "framework" per esprimere il concetto che in italiano è reso con "quadro".

¹⁰ Se a livello internazionale, il collegamento ambiente e sviluppo trova il suo fondamento nel principio della responsabilità comune ma differenziata, nell'Unione, sia i Trattati istitu-

Il potere di influenza dell'Unione è maggiore nei confronti dei Paesi candidati all'adesione, che dovranno accettare e attuare l'*acquis* dell'Unione, compreso l'obiettivo della transizione verso un'economia a basse emissioni di carbonio da ultimo preconizzata dalla comunicazione sul *Green Deal*. Non stupisce dunque leggere nel solo reg. 2021/1539 un esplicito riferimento ad esso e al ruolo di guida che l'Unione deve assumere, anche attraverso il sostegno finanziario, affinché i Paesi candidati procedano su quella strada sin da prima dell'adesione (preambolo, par. 24).

I due regolamenti istitutivi degli strumenti finanziari in esame indicano nel preambolo la percentuale della dotazione finanziaria che dovrà essere assegnata agli obiettivi climatici, che è pari al 30%¹¹, che appare in linea con l'impegno che l'Unione ha assunto a livello internazionale¹². L'art. 41, par. 8, del reg. 2021/947, applicabile anche allo strumento IPA III, ai sensi dell'art. 13 reg. 2021/1529, stabilisce poi come devono essere conteggiati gli investimenti climatici, in modo da poter rendicontare i finanziamenti effettivamente erogati e dimostrare di aver assolto l'impegno assunto¹³. L'accordo di Parigi del 2015¹⁴ impone di mantenere un equilibrio tra i finanziamenti delle misure di adattamento (rafforzamento delle difese contro agli effetti negativi dei cambiamenti

tivi sia i documenti politici delle istituzioni ne costituiscono la base: G. MARÍN DURÁN, *Environmental integration in EU development cooperation: responding to international commitments or its own policy priorities?*, in E. MORGERA (ed.), *The External Environmental Policy of the European Union: EU and International Law Perspectives*, Cambridge, 2012, p. 204 ss.

¹¹ Si v. il par. 49 del preambolo del reg. 2021/947 e il par. 25 del preambolo del reg. 2021/1529. Si può notare che la quota della dotazione destinata agli obiettivi ambientali è cresciuta rispetto al 25% indicato dalla Commissione nella proposta del 2018.

¹² Gli impegni dell'Unione a stanziare risorse a sostegno di azioni per il clima nei PVS risalgono alla COP 6bis di Bonn del 2001 e sono stati reiterati in seguito. In generale, sul tema del sostegno finanziario per il clima, si v. A. ZAHAR, *Climate Change Finance and International Law*, London, 2017.

¹³ Il grado di attuazione è apparso insoddisfacente. Si v. M. PALLAMAERTS, J. ARMSTRONG, *Financial Support to Developing Countries for Climate Challenge Mitigation and Adaptation: Is the European Union Meeting its Earlier Commitments?*, in *Studia diplomatica*, n. 4, 2009, p. 9 ss. Più di recente anche la Corte dei conti ha mosso rilievi critici al modo in cui sono state rendicontate come aventi finalità climatica le spese a carico del bilancio, in settori diversi dalla cooperazione con i Paesi terzi: si v. *Presentazione delle relazioni annuali della Corte dei conti europea sull'esercizio 2021*, p. 40, accessibile dal sito internet della Corte dei conti.

¹⁴ Firmato il 12 dicembre 2015 e concluso dall'Unione con decisione (UE) 2016/1841 del Consiglio, del 5 ottobre 2016.

climatici) e quelle di mitigazione (riduzione delle emissioni) (art. 9.4). In precedenza, infatti, i Paesi industrializzati erano più inclini a finanziare misure di mitigazione, mentre per i Paesi in via di sviluppo le misure di adeguamento rivestono maggiore importanza¹⁵.

Il presente contributo vuole riflettere sulle tecniche che i due principali strumenti di assistenza finanziaria ai Paesi terzi¹⁶ adottano per perseguire l'obiettivo di tutelare l'ambiente e contribuire alla lotta contro i cambiamenti climatici. Essi, infatti, come si ricava dalle considerazioni sulle basi giuridiche appena svolte, non sono strumenti ambientali in senso stretto, cioè non finanziano solo azioni e misure di tipo ambientale¹⁷. Ciò non toglie che la tutela dell'ambiente abbia un posto tra le finalità che gli strumenti perseguono.

2. Un primo livello di analisi riguarda la ricognizione della posizione della tutela dell'ambiente tra gli obiettivi che i regolamenti istitutivi assegnano agli strumenti finanziari. In via preliminare, è necessario precisare che i regolamenti che istituiscono gli strumenti finanziari dell'Unione definiscono gli obiettivi, la dotazione finanziaria per il QFP 2021-2027, "le forme di finanziamento dell'Unione e le regole di erogazione dei finanziamenti"¹⁸. Essi consentono di comprendere come dovranno essere individuate le misure da fi-

¹⁵ J. GASTELUMENDI, I. GNITKE, *Climate Finance (Article 9)*, in D. KLEIN, M. P. CARAZO, M. DOELLE, J. BLUMER, A. HIGHAM (eds.), *The Paris Agreement on Climate Change. Analysis and Commentary*, Oxford, 2017, p. 246. Nel comunicato stampa del Consiglio del 28 ottobre 2022, si legge che nel 2021 il 54% dei finanziamenti per il clima ha riguardato l'adattamento o azioni trasversali che combinano adattamento e mitigazione.

¹⁶ Per completezza si possono citare ulteriori due atti che istituiscono strumenti finanziari, che però non saranno oggetto di analisi in questa sede: il regolamento (Euratom) 2021/948 del Consiglio, del 27 maggio 2021, che istituisce uno strumento europeo per la cooperazione internazionale in materia di sicurezza nucleare volto ad integrare lo strumento di vicinato, cooperazione allo sviluppo e cooperazione internazionale – Europa globale sulla base del trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica, fondato sull'art. 203 Euratom, e la decisione (UE) 2021/1764 del Consiglio, del 5 ottobre 2021, relativa all'associazione dei Paesi e territori d'oltremare all'Unione europea, comprese le relazioni tra l'Unione europea, da un lato, e la Groenlandia e il Regno di Danimarca, dall'altro (decisione sull'associazione d'oltremare, compresa la Groenlandia), fondata sull'art. 203 TFUE.

¹⁷ È interessante notare che l'Unione non ricorre all'art. 192, base giuridica della politica ambientale, per adottare misure finanziarie a tutela dell'ambiente nei Paesi terzi.

¹⁸ Art. 1, par. 2, sia del reg. 2021/947, sia del reg. 2021/1529.

nanziare e come si dovrà verificare che siano eseguite nel rispetto degli obiettivi. Essi dicono invece molto poco a proposito di come in concreto, cioè con quali azioni o misure, gli obiettivi saranno perseguiti. In altri termini, essi stabiliscono il quadro giuridico all'interno del quale singole azioni e singole misure potranno ricevere sostegno finanziario. Tale quadro giuridico a sua volta dovrà essere dettagliato e precisato con atti successivi, di massima affidati alla Commissione europea. Più specificamente, infatti, la cooperazione e gli interventi finanziati dagli strumenti sono oggetto di programmazione. L'attuazione dello strumento Europa globale presuppone la presenza di programmi indicativi pluriennali (art. 14 per i programmi geografici e art. 15 per i programmi tematici), che la Commissione adotta come atti di esecuzione (art. 16). Il quadro di programmazione dello strumento IPA III è deciso dalla Commissione, sempre mediante atto di esecuzione. Sulla base di questi documenti di programmazione, la Commissione deve emanare, nella forma di atti di esecuzione, i piani di azione e le misure annuali e pluriennali, benché sia sempre possibile adottare misure individuali al di fuori dei piani d'azione, purché basate sui documenti di programmazione¹⁹. Le singole azioni o misure finanziate devono dunque porsi in questo contesto.

Tanto premesso, l'analisi dei regolamenti istitutivi consente di apprezzare qual è la posizione assegnata alla tutela dell'ambiente rispetto ad altri obiettivi, ma non di capire in che modo in concreto il sostegno finanziario dell'Unione vi contribuisce²⁰.

La tutela dell'ambiente non compare in quanto tale tra gli obiettivi generali dello strumento Europa globale, a differenza della lotta ai cambiamenti climatici (art. 3, par. 1, lett. a). Tuttavia, la si può intendere come implicitamente compresa come mezzo per realizzare l'obiettivo principale della cooperazione allo sviluppo, ovvero l'eliminazione della povertà, nel contesto dello sviluppo sostenibile²¹. Infatti, seguendo un'impostazione legittimata dalla Corte di giustizia, la tutela dell'ambiente è strettamente legata allo sviluppo, secondo un'interpretazione delle disposizioni del Trattato alla luce degli

¹⁹ La procedura rilevante è delineata all'art. 23 del reg. 2021/947, applicabile anche allo strumento IPA III in forza dell'art. 9, par. 1, reg. 2021/1529.

²⁰ Per un'analisi di come la componente ambientale è stata integrata nei programmi geografici e tematici adottati in base al precedente QFP, si v. G. MARÍN DURÁN, *op. cit.*, p. 215 ss.

²¹ Sia l'eliminazione della povertà sia lo sviluppo sostenibile compaiono nel nutrito primo gruppo di obiettivi generali dello strumento Europa globale.

obiettivi internazionali fatti propri dal *Consenso europeo per lo sviluppo*²²: l'obiettivo principale della cooperazione allo sviluppo è l'eliminazione della povertà, che va perseguito nel contesto dello sviluppo sostenibile, il quale include in particolare aspetti ambientali²³. Tale impostazione si riflette nel regolamento Europa globale, secondo cui favorire lo sviluppo sostenibile sul piano economico, sociale e ambientale porta all'eliminazione della povertà²⁴. Quindi, gli aspetti ambientali sono parte integrante della cooperazione allo sviluppo.

In aggiunta agli obiettivi generali, il regolamento Europa globale elenca quattro obiettivi specifici. Il terzo, che concerne gli obiettivi specifici da perseguire a livello mondiale, è a sua volta suddiviso in quattro sotto-obiettivi, l'ultimo dei quali è così formulato: “affrontare altre sfide mondiali quali i cambiamenti climatici, la protezione della biodiversità e dell'ambiente, nonché la migrazione e la mobilità” (art. 3, par. 2, lett. c), iv).

Per quanto attiene al reg. 2021/1529, ad una prima lettura, l'obiettivo generale di IPA III non sembra riguardare l'ambiente. Tuttavia, è evidente che prepararsi all'adesione significa prepararsi ad applicare e attuare le politiche dell'Unione già prima dell'adesione, compresa la transizione verso un'economia a basse emissioni. Tra gli obiettivi specifici, invece, troviamo come quinto di sei “rafforzare la tutela dell'ambiente, aumentare la resilienza ai cambiamenti climatici, accelerare la transizione verso un'economia a basse emissioni di carbonio ...” (art. 3, par. 2, lett. e).

Questa prima impressione di una posizione tutto sommato marginale dell'ambiente può essere corretta, se si considera che l'integrazione della tematica ambientale e climatica nelle azioni che perseguono un diverso obiettivo principale è chiaramente espressa nei due regolamenti²⁵. Tale approccio

²² Dichiarazione comune del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio, del Parlamento europeo e della Commissione sulla politica di sviluppo dell'Unione europea: “Il consenso europeo”, in *GUUE* C 46 del 24 febbraio 2006, p. 1 ss., poi rinnovata e aggiornata con la dichiarazione comune del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio, del Parlamento europeo e della Commissione europea, in *GUUE* C 210 del 30 giugno 2017, p. 1 ss.

²³ Sentenza *Commissione c. Consiglio*, cit., punto 42.

²⁴ Si vedano, nel preambolo, i parr. 5, 10, 12.

²⁵ Si v. l'art. 8 (principi generali), par. 8, del reg. 2021/947, e, nel reg. 2021/1529, il paragrafo 26 del preambolo e l'art. 6, par. 2. La Commissione ha pubblicato una guida sul tema per i richiedenti un finanziamento a titolo di cooperazione allo sviluppo: *Integrating the envi-*

trova fondamento nel diritto primario. Va citato l'art. 21 TUE, che pone l'obiettivo di "favorire lo sviluppo sostenibile dei Paesi in via di sviluppo sul piano economico, sociale e ambientale, con l'obiettivo primo di eliminare la povertà" tra gli obiettivi dell'Unione (lett. d), cui tutte le politiche dell'Unione concorrono, e secondo il quale la preservazione e il miglioramento del "la qualità dell'ambiente e [del]la gestione sostenibile delle risorse naturali mondiali, al fine di assicurare lo sviluppo sostenibile" va perseguita attraverso l'elaborazione di misure internazionali (lett. f). Ma va citato anche l'art. 11 TFUE che pone il principio dell'integrazione dell'ambiente nelle altre politiche. Per quanto la portata del principio sia oggetto di discussione²⁶, è innegabile che i regolamenti in esame ne costituiscono un esempio virtuoso di attuazione.

Gli obiettivi generali dello strumento Europa globale sono realizzati principalmente attraverso programmi geografici (art. 4, par. 5). Essi riguardano quattro aree, la prima ("Vicinato", i Paesi coinvolti sono elencati nell'allegato I) comprendente Paesi che l'Unione accomuna in quanto ad essa più prossimi sul piano geografico e che inquadra nella politica di vicinato²⁷, le altre tre concernono i Paesi in via di sviluppo (suddivisi in: Africa subsahariana, Asia e Pacifico, Americhe e Caraibi). I programmi geografici vanno elaborati sulla base di settori di cooperazione, e "ambiente e cambiamenti climatici" (poi dettagliato nell'allegato II) figura come quarto di otto²⁸. Per l'area del vicinato sono indicati obiettivi specifici aggiuntivi (art. 18), tra i quali l'ambiente non figura.

Il regolamento *IPA III* ha una componente geografica intrinseca, perché

ronment and climate change into EU international cooperation and development. Towards sustainable development, 2016.

²⁶ In generale, su tale principio si v. F. ROLANDO, *L'integrazione delle esigenze ambientali nelle altre politiche dell'Unione europea*, Napoli, 2020.

²⁷ Si v. S. POLI, *La politica europea di vicinato*, in M. E. BARTOLONI, S. POLI (a cura di), *L'azione esterna dell'Unione europea*, Napoli, 2021, p. 177 ss.

²⁸ I settori di cooperazione sono poi articolati nell'allegato II e ulteriormente declinati per area geografica dalla Commissione: si v. il regolamento delegato 2021/1530 della Commissione, del 12 luglio 2021, che integra il regolamento 2021/947 che sviluppa i programmi geografici, definendo obiettivi specifici e settori prioritari di cooperazione per il vicinato meridionale, il vicinato orientale, l'Africa occidentale, l'Africa orientale e centrale, l'Africa australe e l'Oceano Indiano, il Medio Oriente, l'Asia centrale, l'Asia meridionale, l'Asia settentrionale e sudorientale, il Pacifico, le Americhe e i Caraibi.

l'assistenza finanziaria è destinata a un gruppo di Paesi più ristretto rispetto ai potenziali beneficiari dello strumento Europa globale, che in più condividono la qualifica di "europei" e l'obiettivo di aderire all'Unione²⁹. Di conseguenza, i programmi in concreto finanziabili sono di tipo tematico. Il reg. 2021/1529 pone la tutela dell'ambiente al diciottesimo posto in una lista di venti priorità tematiche (art. 3, par. 3, lett. r), ma al secondo posto nella lista delle dieci priorità tematiche dell'assistenza alla cooperazione transfrontaliera tra i Paesi beneficiari (art. 3, par. 4, lett. b)³⁰.

I programmi tematici sono possibili anche nell'ambito dello strumento Europa globale, pur rivestendo un ruolo secondario nel quadro della cooperazione con i Paesi terzi, perché, da un lato, hanno dotazione inferiore³¹, e dall'altro vi si ricorre solo se i programmi geografici non sono possibili (art. 4, par. 5, reg. 2021/947)³². Quattro sono i settori di intervento per i programmi tematici, a loro volta dettagliati in sottosettori³³. "Garanzia di un ambiente sano e lotta contro i cambiamenti climatici" è compreso nel quarto (Sfide mondiali), come ottavo di quattordici sottosettori (art. 11).

Sulla base della breve rassegna condotta, si può affermare che gli atti istitutivi degli strumenti finanziari costituiscono la base per finanziare azioni e misure a sostegno di ambiente e clima, ponendo così le basi normative per l'adempimento degli impegni che l'Unione ha assunto.

3. Un secondo livello di analisi si sviluppa intorno ad una disposizione molto particolare e interessante ai presenti fini: l'art. 29 del reg. 2021/947, intitolato "Attività escluse", che individua una serie di ipotesi (quattro, ripartite in due gruppi) in cui azioni o misure non possono essere finanziate

²⁹ Solo gli Stati "europei" possono aderire all'Unione, ai sensi dell'art. 49 TUE. Si v. F. ERLBACHER, *Article 49 TEU*, in J. TOMKIN, M. KLAMERT, M. KELLERBAUER (eds.), *EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: Digital Pack: A Commentary*, Oxford, 2019.

³⁰ Le priorità tematiche sono ulteriormente definite negli allegati II e III e possono essere integrate con atto delegato dalla Commissione. Si v. il regolamento delegato 2021/2128, che integra il regolamento (UE) 2021/1529 per quanto riguarda la definizione di determinati obiettivi specifici e priorità tematiche per l'assistenza nell'ambito dello strumento IPA III.

³¹ Il rapporto è circa 10:1. Si v. art. 6 del reg. 2021/947.

³² Lo strumento sostiene anche azioni di risposta rapida, che non rilevano ai fini del presente contributo. Per considerazioni sulla difficoltà a conciliare le tre componenti dello strumento, si v. G. D'AGNONE, *op. cit.*, p. 7.

³³ I settori di intervento dei programmi tematici sono poi articolati nell'allegato III.

dall'Unione. L'analisi si sposta dunque su questo fronte, per indagare se la tutela dell'ambiente abbia a che fare con tale disposizione.

Pur contenuto nel reg. 2021/947, l'art. 29, in quanto inserito nel capo III del titolo II, è applicabile non solo allo strumento Europa globale, ma anche allo strumento IPA III³⁴.

In via preliminare, occorre mettere in evidenza che l'interpretazione della disposizione è resa difficile da una serie di circostanze. In primo luogo, una disposizione omologa non era presente nelle precedenti edizioni dello strumento finanziario, sicché non è possibile fare affidamento su una prassi esistente, né attingere ad analisi dottrinali. In secondo luogo, la disposizione in parola non compare nella proposta della Commissione, perché la formulazione attuale risale alla posizione del Consiglio in prima lettura³⁵, che riprende la sostanza (anche se non la forma) di emendamenti del Parlamento europeo³⁶. Di conseguenza, non è possibile conoscere la *ratio* della disposizione, che solitamente la Commissione illustra nella relazione che accompagna le sue proposte. In aggiunta, all'art. 29 non corrisponde alcun paragrafo del preambolo, lasciando l'interprete privo di guida. Dunque, nelle pagine che seguono, si proporrà una interpretazione della disposizione di tipo letterale e sistematico.

³⁴ L'art. 9 del reg. 2021/1529 stabilisce che "il titolo II capo III del reg. 2021/947 si applica al presente regolamento ad eccezione dell'art. 28.1 di tale regolamento". Per completezza, si può accennare, senza condurre un'analisi approfondita, che la disposizione in esame è probabilmente applicabile alla decisione 2021/1764 sull'associazione d'oltremare, compresa la Groenlandia, il cui art. 81 stabilisce che "l'assistenza finanziaria dell'Unione è attuata conformemente alla presente decisione, al regolamento finanziario e, *ove opportuno*, ai seguenti capitoli del titolo II del reg. 2021/947", cioè – tra gli altri – capo III, ad eccezione di alcuni paragrafi dell'art. 25 (corsivo aggiunto), e sarebbe possibile applicarla al sostegno finanziario nell'ambito del reg. 2021/948 (istitutivo dello strumento europeo per la cooperazione internazionale in materia di sicurezza nucleare), il cui preambolo stabilisce che "ai fini dell'attuazione del presente regolamento si dovrebbero applicare, se del caso, le norme e le procedure definite nel reg. 2021/947 e le disposizioni di attuazione del presente regolamento dovrebbero riflettere le disposizioni di cui allo stesso regolamento".

³⁵ Posizione 20/2021 del Consiglio, del 26 maggio 2021, in *GUUE* C 225 dell'11 giugno 2021, p. 1 ss.

³⁶ Posizione del Parlamento europeo definita in prima lettura il 27 marzo 2019, risoluzione legislativa del 27 marzo 2019 sulla proposta della Commissione, P8_TA(2019)0298, in particolare i nuovi art. 24, par. 12 *bis* e art. 29 *ter*.

La lett. a) dell'art. 29 del reg. 2021/947 vieta di finanziare azioni o misure che “possono comportare la violazione dei diritti umani nei Paesi partner”. Il divieto è assoluto, a differenza di quello della lett. b).

I Paesi partner, ai sensi dell'art. 2, n. 14, sono i Paesi beneficiari dello strumento; si tratta innanzitutto del Paese in cui l'azione finanziata opera, ma non può essere escluso che l'azione o misura possa produrre un effetto transfrontaliero e la ipotizzata violazione possa verificarsi in un altro Stato partner. A sostegno di tale interpretazione si può notare che lo stesso art. 29 usa la locuzione “Paese beneficiario” dell'azione o misura nella lett. b), autorizzando a ritenere che “Paese partner” abbia significato più ampio.

La disposizione opera innanzitutto in via preventiva e impone di assicurarsi che una violazione dei diritti umani non sia prevedibile conseguenza o effetto dell'azione o misura da finanziare. Si può notare che la disposizione non prescrive che si tratti di violazione grave o estesa, bastando una violazione di qualunque entità.

Sembra ragionevole ipotizzare che la responsabilità di vigilare gravi sull'autorità che autorizza il finanziamento, che deve fare affidamento su tutte le fonti disponibili. Saranno rilevanti le informazioni e le valutazioni trasmesse dai proponenti, ma sarebbe auspicabile che anche altri attori, per esempio le ONG, potessero far pervenire le loro osservazioni, in modo da ricevere un punto di vista terzo.

Dal tenore letterale della disposizione, sembra ragionevole inoltre considerare che solo le violazioni che sono prevedibili e che sono la diretta conseguenza della misura o azione da finanziare devono essere prese in considerazione. In altri termini, bisogna verificare che l'azione o la misura non causi la violazione. Violazioni non prevedibili *ex ante* usando una normale diligenza oppure per le quali non è possibile accertare un collegamento con l'azione o il progetto finanziato non sembrerebbero rilevanti. Si pensi, per esempio, al rischio che il progetto susciti una protesta che possa essere repressa o addirittura impedita perché il Paese partner non assicura la libertà di manifestazione del pensiero. Il fatto che tra i Paesi partner siano annoverati Stati che non garantiscono la libertà di espressione depone a favore dell'interpretazione proposta.

I diritti umani, la cui potenziale violazione deve essere evitata, non sono

altrimenti individuati³⁷. Nessun ausilio deriva dall'art. 2, par. 2, del reg. 2021/947, che precisa che i diritti umani comprendono le libertà fondamentali, e che sembra esprimere l'intenzione di dare al concetto un'interpretazione ampia. La promozione del rispetto dei diritti umani occupa un posto centrale sia nel regolamento Europa globale³⁸, sia nel regolamento IPA III³⁹. Di particolare interesse ai presenti fini è l'art. 8, par. 4, del reg. 2021/947 che stabilisce che lo strumento finanziario deve essere “attuato in piena conformità con l'impegno dell'Unione a favore della promozione, della protezione e del rispetto di tutti i diritti umani”. L'insieme di queste disposizioni appare rafforzare la coerenza tra le politiche dell'Unione, in sintonia con il Quadro strategico dell'UE in materia di diritti umani e di democrazia, adottato dal Consiglio nel 2021⁴⁰.

L'assenza di ogni definizione rende problematica l'applicazione della disposizione. I diritti umani infatti devono essere regolati da un ordinamento giuridico (consuetudinario, convenzionale, sovranazionale, nazionale), in base al quale apprezzare se una violazione è commessa e a chi è imputabile. I diversi ordinamenti rilevanti possono presentare differenze, sia quanto al contenuto dei diritti tutelati, sia quanto ai soggetti sui quali l'obbligo di protezione grava. Un punto delicato riguarda il fatto che la lettura dell'art. 29 porta a pensare che la causa della violazione dei diritti umani sia un'azione o misura che è posta in essere di regola da un soggetto privato, in capo al quale difficilmente può configurarsi un obbligo di rispettare i diritti umani di fonte internazionale, che solitamente grava sugli Stati.

³⁷ L'art. 29 *ter*, come riformulato dal Parlamento europeo in prima lettura, prevedeva che la garanzia per le azioni esterne (e non i finanziamenti diretti) non dovesse sostenere operazioni che “comportano una violazione dei diritti umani nei Paesi partner, per esempio privando le comunità del loro diritto di accesso alle risorse naturali, come la terra, e di controllo delle medesime, contribuiscono agli sfollamenti forzati delle popolazioni o implicano il lavoro forzato o minorile”.

³⁸ La locuzione “diritti umani” ritorna ben 135 volte nel regolamento. La protezione dei diritti umani occupa il primo posto nella lista dei settori di cooperazione sui quali elaborare i programmi geografici (art. 10, par. 1), e come primo settore di intervento per i programmi tematici (art. 11).

³⁹ Il rispetto dei diritti umani rientra nel primo dei settori tematici di intervento (art. 3, par. 2, lett. a). Sono invece solo 11 le occorrenze della locuzione “diritti umani” nel testo del regolamento.

⁴⁰ Si v. documento del Consiglio 11855/12.

Prescindendo dunque dalla necessità di individuare chi è vincolato dalle norme che proteggono gli specifici diritti umani che possono essere violati dall'azione o misura, si può cercare di comprendere quale ne può essere il contenuto.

Tra i diritti umani la cui violazione deve essere evitata possono essere certamente annoverati quelli che sono strettamente collegati alla tutela dell'ambiente. In altri termini, un peggioramento della qualità dell'ambiente può integrare un'interferenza nel godimento di un diritto e la sua violazione. Se prevedibile e direttamente collegato all'azione o alla misura, nel senso anzidetto, potrebbe vietarne il finanziamento. È ben noto il dibattito in corso in materia, che non si può qui neppure riassumere, ma che ci si contenterà di schematizzare per sommi capi⁴¹. In primo luogo, si discute circa l'esistenza di un diritto umano ad un ambiente salubre, benché si ritenga che non si sia affermato come norma consuetudinaria⁴². In secondo luogo, si assiste alla tendenza a rinverdire⁴³ i diritti umani "tradizionali", cioè a leggere i diritti umani codificati negli strumenti internazionali alla luce della tutela dell'ambiente, così da affermare l'esistenza di una violazione del diritto alla vita, del diritto al rispetto della vita privata e familiare, etc., quando lo Stato non impedisce il degrado ambientale o non informa adeguatamente il pubblico dei rischi di cui è a conoscenza⁴⁴. In terzo luogo, specifici diritti procedurali, quali il diritto all'informazione o alla partecipazione del pubblico, sono ricavati sia da

⁴¹ Si fa qui ampio affidamento a F. MUNARI, L. SCHIANO DI PEPE, *op. cit.*, p. 114 ss.

⁴² Si v. però la risoluzione 76/300, *The human right to a clean, healthy and sustainable environment*, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni unite il 28 luglio 2022.

⁴³ F. MUNARI, L. SCHIANO DI PEPE, *op. cit.*, p. 118.

⁴⁴ Senza pretesa di completezza, e tra la dottrina più recente, si v. sul piano regionale, E. BOSHOFF, *Rethinking the Premises Underlying the Right to Development in African Human Rights Jurisprudence*, in *Review of European Community & International Environmental Law*, 2022, p. 27 ss.; E. BUYS, B. LEWIS, *Environmental Protection through European and African Human Rights Frameworks*, in *The international journal of human rights*, 2022, p. 949 ss.; D. MEJÍA-LEMOS, *The Protection of the Environment through International Human Rights Litigation: Taking Stock of Challenges and Opportunities in the Inter-American System*, in *Human rights law review*, 2022. Sul piano universale, A. GIUNTA, *Looking back to move forward: the status of environmental rights under the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, in *The international journal of human rights*, 2019, p. 149 ss.; G. LE MOLI, *The Human Rights Committee, Environmental Protection and the Right to Life*, in *The International and comparative law quarterly*, 2020, p. 735 ss.

strumenti specifici sia dalle summenzionate convenzioni tradizionali sui diritti umani, il cui esperimento può assicurare un miglior rispetto degli standard ambientali vigenti in un certo ordinamento. Infine, con specifico riguardo ai cambiamenti climatici, si discute dei diritti dei soggetti particolarmente vulnerabili al degrado dell'ambiente, come i popoli indigeni⁴⁵. In questi casi, sembra possibile imporre al proponente di prevenire le violazioni, nei limiti in cui abbia un effettivo potere di incidere sulla qualità dell'ambiente e sul suo degrado. Laddove, invece, il degrado ambientale che comporta la compromissione del godimento dei diritti fondamentali sia difficilmente imputabile ad una specifica azione o misura, sembra improbabile che l'art. 29 si possa applicare.

Come messo in evidenza, i diritti umani rilevanti di fonte internazionale non sono sanciti da norme consuetudinarie, bensì da trattati e quindi vincolano le sole parti contraenti. Non bisogna però dimenticare che i diritti umani sono codificati anche dalle Costituzioni di molti Paesi, alcune delle quali sanciscono il diritto all'ambiente salubre. È vero che di solito, nel discorso pubblico anche dell'Unione europea, si adopera la locuzione "diritti umani" come forma sintetica per "diritto internazionale dei diritti umani", tuttavia in questa sede non sembra azzardato assumere che l'assenza nell'art. 29 del reg. 2021/947 di ogni riferimento alla fonte di tali diritti umani, e la necessità di rispettare la sovranità del Paese partner, induca a dover tenere conto anche delle possibili violazioni dei diritti umani sanciti dal diritto nazionale.

Finora si è ipotizzato che l'azione o la misura da finanziare possa avere un impatto sul diritto umano ad un ambiente salubre. Non è escluso, però, che la misura o azione da finanziare abbia natura o finalità ambientale, ma possa, ciò nonostante, tradursi nella violazione di un diritto umano, per esempio il diritto di proprietà o al lavoro. Diritti umani e protezione dell'ambiente, infatti, non si rapportano solo in modo sinergico rafforzandosi reciprocamente, ma possono porsi in conflitto. Se l'azione o la misura da finanziare è uno strumento per promuovere il diritto umano ad un ambiente salubre, si avrà un contrasto tra diritti umani, che dovranno quindi essere in

⁴⁵ E. CIMA, *The Right to a Healthy Environment: Reconceptualizing Human Rights in the Face of Climate Change*, in *Review of European Community & International Environmental Law*, 2022, p. 38 ss. Si veda anche J. KNOX, *The Paris Agreement as a Human Rights Treaty*, in D. AKANDE, J. KUOSMANEN, H. MCDERMOTT, D. ROSER (eds.), *Human Rights and 21st Century Challenges: Poverty, Conflict, and the Environment*, Oxford, 2020, p. 323 ss.

concreto bilanciati. Se però l'azione o misura da finanziare, pur avendo finalità o natura ambientale, non può essere considerata strumento per conseguire il diritto ad un ambiente salubre, l'art. 29 sembrerebbe allora far prevalere i diritti umani, cui le misure ambientali devono soccombere, fungendo così da criterio ordinatore.

In aggiunta all'interpretazione della norma in esame appena proposta, che ne valorizza la funzione preventiva, un'altra lettura è possibile. Nel caso in cui la violazione dei diritti umani si sia verificata, sembra possibile imputarla all'Unione europea, almeno nell'ipotesi in cui la violazione fosse prevedibile e ciò nonostante il finanziamento sia stato erogato ugualmente, e farla valere per mezzo di un'azione per responsabilità extracontrattuale *ex art. 268 TFUE*, in modo da ottenere il risarcimento del danno subito. È ben noto che l'azione di responsabilità extracontrattuale è una via impervia. Al contempo, però, l'Unione è tenuta a risarcire i danni causati da un suo comportamento illecito, purché sussista un nesso di causalità tra danno effettivo e illecito⁴⁶. L'illecito deve essere provato dal ricorrente, con ogni mezzo disponibile. La parte dovrebbe pertanto dimostrare che una violazione dei diritti umani è stata causata dall'azione o dalla misura finanziata, e che era prevedibile. A questo fine, potrebbe produrre rapporti di organismi internazionali autorevoli oppure decisioni di giudici del Paese partner, la cui affidabilità potrebbe però essere contestata, nell'ipotesi in cui il sistema giudiziario sia notoriamente corrotto o non imparziale.

Procedendo nell'analisi dell'art. 29, la lett. b) vieta di finanziare azioni o misure in tre ipotesi, qualora le condizioni previste nella seconda parte della medesima disposizione non siano soddisfatte. Si tratta dunque di un divieto non assoluto. Le tre ipotesi saranno esaminate una per una, per poi passare all'analisi delle condizioni, il cui rispetto consente l'erogazione del finanziamento.

La prima ipotesi si verifica quando l'azione o la misura è “incompatibil[e] con i contributi determinati a livello nazionale (NDC) dai Paesi beneficiari nel quadro dell'accordo di Parigi”. Tale disposizione può essere collegata al secondo degli obiettivi generali dello strumento istituito dal regolamento Europa globale, consistente nel “contribuire a promuovere il multila-

⁴⁶ Si v. M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009; R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2020, p. 330 ss.

teralismo, a onorare gli impegni internazionali e a conseguire gli obiettivi convenuti dall'Unione, in particolare gli OSS, l'Agenda 2030 e l'accordo di Parigi" (art. 3, par. 1, lett. b) e all'art. 8 che, con una disposizione di carattere orizzontale, impone all'Unione di tenere conto, tra l'altro, del grado di attuazione degli impegni assunti dai Paesi partner "in particolare" con l'accordo di Parigi. Come noto, l'accordo di Parigi, superando l'impostazione seguita fino ad allora, fissa un obiettivo di riduzione dei gas ad effetto serra a livello mondiale, lasciando agli Stati la determinazione delle misure di mitigazione (cioè di riduzione delle emissioni) che essi si impegnano ad attuare. Le determinazioni nazionali, gli NDC appunto, devono essere comunicate al Segretariato e periodicamente aggiornati⁴⁷. Il reg. 2021/947 rafforza il carattere vincolante degli impegni: non è solo lo Stato che li assume a doverli rispettare, ma l'Unione stessa da un lato finanzia azioni per contribuire "agli sforzi profusi dai partner per onorare i loro NDC"⁴⁸, dall'altro si fa garante dell'adempimento di tali obblighi, in quanto si vieta di finanziare azioni o misure ad essi contrari. Gli NDC in concreto rilevanti sono quelli determinati dal Paese beneficiario.

La seconda ipotesi si verifica quando l'azione o la misura "promuov[e] investimenti in combustibili fossili". Speculare a questa è la previsione secondo cui l'Unione può finanziare azioni o misure relative ai combustibili fossili se promuovono l'eliminazione graduale dei combustibili o delle sovvenzioni erogate a tali fonti energetiche⁴⁹. L'art. 29 esprime una posizione molto avanzata pro-clima dell'Unione europea. Infatti, a livello internaziona-

⁴⁷ Art. 4, par. 2, accordo di Parigi, sul quale si v. H. WINKLER, *Mitigation (Article 4)*, in KLEIN, CARAZO, DOELLE, BULMER, HIGHAM (eds.), *op. cit.*, p. 146 ss.

⁴⁸ Così nell'allegato II al reg. 2021/947, tra i settori di cooperazione per i programmi geografici, sezione Pianeta, lett. b), e nell'allegato III, tra i settori di intervento per i programmi tematici, sezione Pianeta, lett. d).

⁴⁹ Così espressamente nell'allegato II al reg. 2021/947, tra i settori di cooperazione per i programmi geografici, sezione Pianeta, lett. f), e nell'allegato III, tra i settori di intervento per i programmi tematici, sezione Pianeta, lett. g). Si v. anche il reg. 2021/1530, cit. Nulla invece nello strumento IPA III. Come si dirà oltre nel testo, "il sostegno alla graduale eliminazione delle sovvenzioni per i combustibili fossili che danneggiano l'ambiente" è una finalità che consente di finanziare azioni o misure che altrimenti ricadrebbero nel divieto dell'art. 29, lett. b). Da notare che la locuzione "che danneggiano l'ambiente" appare pleonastica, laddove il danno consista nel rilascio di gas climalteranti, ma ambigua se intesa a restringere la definizione di "combustibili fossili".

le non si è ancora arrivati ad affermare un divieto di sfruttare i combustibili fossili⁵⁰. Un impegno ad eliminare progressivamente e a razionalizzare i sussidi inefficienti ai combustibili fossili che ne incoraggiano lo spreco è stato assunto dal G20 a Pittsburgh nel 2009⁵¹ e ribadito ancora nel 2022 a Bali⁵². In occasione della COP26 di Glasgow, posto che 65 Stati hanno deciso l'abbandono progressivo del carbone come fonte energetica e 34 (tra i quali i Paesi del G7, eccetto il Giappone, ma anche economie in via di sviluppo o emergenti) si sono impegnati a cessare ogni nuovo sostegno pubblico diretto all'estrazione di combustibili fossili⁵³, nel documento finale si legge un invito (*calls upon parties*) a realizzare una transizione verso un sistema energetico a basse emissioni, accelerando gli sforzi verso la riduzione dell'energia da carbone non soggetta ad abbattimento del carbonio, e l'eliminazione dei sussidi inefficienti ai combustibili fossili⁵⁴. L'attuazione di questo invito sul piano interno dell'Unione europea è integrata nella comunicazione sul *Green Deal*, dove si legge che “bisognerebbe mettere fine alle sovvenzioni a favore dei combustibili fossili”⁵⁵, per facilitare “l'eliminazione dei combustibili fossi-

⁵⁰ La Presidente della Commissione si rammarica che la COP27 non abbia portato i maggiori emettitori ad assumere l'impegno “to phase down fossil fuels”, ma assicura che “the EU will stay the course ... because it is essential to keep the ambition of the Paris Agreement within reach” (Statement by President von der Leyen on the outcome of COP27, Statement/22/7043 of 20 November 2022).

⁵¹ La dichiarazione è importante anche perché esplicita la *ratio* dell'impegno, che nei documenti successivi come pure nel regolamento Europa globale appare data per presupposta. Si legge infatti al par. 29 “inefficient fossil fuel subsidies encourage wasteful consumption, distort markets, impede investment in clean energy sources and undermine efforts to deal with climate change”. La dichiarazione può leggersi al seguente indirizzo www.g20.utoronto.ca/2009/2009communique0925.html.

⁵² G20 Bali Leaders' Declaration (15-16 November 2022), §12.

⁵³ Si v. il documento “COP26-Presidency-Outcomes-The-Climate-Pact.pdf”, p. 9. L'OCSE compila e rende accessibile il repertorio delle sovvenzioni che un'ottantina di Stati destinano ai combustibili fossili: si v. www.oecd.org/fossil-fuels/.

⁵⁴ Glasgow Climate Pact, decision 1/CMA.3, 31 October 2021, par. 36. Il Sharm el-Sheikh Implementation Plan, decision -/COP.27, advanced unedited version, ripete *verbatim* al par. 13. Come anticipato alla nota 51, il concetto di *inefficient subsidies* non è definito, ma dal contesto sembra ragionevole pensare che vada interpretato secondo il senso attribuitogli dal G20.

⁵⁵ COM (2019) 640final cit., p. 12. A p. 20 si legge inoltre che “A livello nazionale il Green Deal europeo creerà un contesto adatto a riforme fiscali su larga scala che aboliscano le

li”⁵⁶. Sul piano esterno, l’abolizione delle sovvenzioni ai combustibili fossili deve essere appoggiata dall’Unione come obiettivo di *policy* e deve essere oggetto di dialogo con i Paesi terzi⁵⁷. Nella comunicazione si distingue tra sovvenzioni ai combustibili, che vanno abolite, e finanziamenti concessi dalle istituzioni multilaterali alle infrastrutture, che devono essere progressivamente eliminati.

La terza ipotesi prevista dall’art. 29 si verifica quando “in base all’analisi ambientale e alla valutazione dell’impatto ambientale, [le azioni o le misure] causano effetti negativi significativi sull’ambiente o sul clima”. Tale previsione rafforza la disposizione dell’art. 25, par. 5, del medesimo regolamento ai sensi del quale deve essere effettuata “un’idonea analisi ambientale ... comprendente nei casi pertinenti una valutazione dell’impatto ambientale” delle singole azioni, in conformità al diritto dell’Unione applicabile⁵⁸.

Un’azione o una misura che rientra in una delle tre ipotesi sopra menzionate (ossia se è incompatibile con i NDC, promuove investimenti in combustibili fossili, oppure se l’analisi ambientale ha evidenziato possibili effetti negativi significativi sull’ambiente) può comunque essere finanziata, qualora soddisfatti le due condizioni cumulativamente previste dalla seconda parte della lett. b) dell’art. 29.

La prima di tali condizioni è soddisfatta laddove “tali azioni o misure siano strettamente necessarie per conseguire gli obiettivi dello strumento”. Per quanto riguarda il regolamento Europa globale, gli obiettivi dello strumento sono elencati all’art. 3, che prevede obiettivi generali (par. 1) e obiet-

sovvenzioni ai combustibili fossili”. La questione è comunque complessa anche sul piano interno all’Unione e una decisione per eliminare l’uso di certe fonti di energia difficilmente potrebbe essere assunta dalle istituzioni, in quanto la scelta del mix energetico è materia sensibile (art. 194) e non a caso il Trattato prevede che ogni misura di politica ambientale che abbia un’incidenza sensibile su di essa sia decisa con procedura legislativa speciale con voto all’unanimità del Consiglio (art. 192, par. 2, lett. c). Per un’analisi dell’azione indiretta dell’Unione per spingere verso la decarbonizzazione delle fonti di energia, si v. A. BOUTE, *Phasing out Coal through Electricity Market Regulation*, in *Common Market Law Review*, 2022, p. 1007 ss.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 20.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 23.

⁵⁸ G. MARÍN DURÁN, *op. cit.*, p. 213, mette in luce che l’esigenza di effettuare valutazioni ambientali sistematiche è affermata sin dal *Consensus* europeo per lo sviluppo del 2005. Si v. anche F. MUNARI, *op. cit.*, p. 516 ss.

tivi specifici (par. 2). Come già indicato, tali obiettivi sono estremamente ampi. L'obiettivo generale dello strumento IPA III è "preparare i beneficiari alla futura adesione all'Unione e sostenere il loro processo di adesione" (preambolo, par. 2 e art. 3, par. 1). Sembra ragionevole sostenere che l'art. 29 possa essere interpretato nel senso che il sacrificio dell'ambiente sia ammissibile se è l'unico modo per conseguire un obiettivo non ambientale della cooperazione allo sviluppo, della politica di vicinato o della politica di allargamento.

Secondo questa lettura, le esigenze ambientali cedono di fonte ad altre esigenze, che possono essere dunque ordinate secondo la loro rilevanza: gli obiettivi vanno tenuti in considerazione cumulativamente, ma laddove non sia possibile, perché un'azione o misura non può soddisfarli tutti, il sacrificio degli obiettivi ambientali è giustificato se necessario al perseguimento dell'obiettivo non ambientale⁵⁹.

La seconda condizione, la cui realizzazione consente il finanziamento altrimenti vietato, è soddisfatta laddove le azioni o misure "siano accompagnate da misure adeguate per evitare, prevenire o ridurre e, se possibile, compensare tali effetti, compreso il sostegno alla graduale eliminazione delle sovvenzioni per i combustibili fossili che danneggiano l'ambiente". Tale seconda condizione in realtà comprende quattro differenti profili (in parte alternativi, in parte cumulativi): evitare gli effetti negativi, prevenire gli effetti negativi, ridurre gli effetti negativi, compensare gli effetti negativi. I primi tre profili possono essere soddisfatti in fase di progettazione dell'azione o misura. Il quarto, invece, opera *ex post* (anche se vanno approntati *ex ante* i meccanismi di compensazione), quando gli effetti inevitabili si sono verificati.

Il lessico dell'art. 29, par. 2, lett. b) ricalca in gran parte quello della direttiva 2011/92, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, come modificata dalla direttiva 2014/52/UE, il cui art. 5 impone al committente di un progetto, cioè al richiedente l'autorizzazione, di preparare un rapporto di valutazione dell'impatto sull'ambiente nel quale deve, tra l'altro, descrivere i probabili "effetti significativi del progetto sull'ambiente", nonché le "misure previste per evitare, prevenire o ridurre e, possibilmente compensare i possibili effetti

⁵⁹ Si ricordi comunque che la seconda condizione dell'art. 29 impone di minimizzare gli effetti pregiudizievoli per l'ambiente, come si dirà immediatamente nel testo.

negativi significativi sull'ambiente". Ai sensi dell'art. 8 *bis* della direttiva 2011/92, la decisione che concede l'autorizzazione comprende "la conclusione motivata dell'autorità competente in merito agli effetti significativi del progetto sull'ambiente" e le "misure previste per evitare, prevenire o ridurre e se possibile compensare gli effetti negativi significativi del progetto". Questa corrispondenza così evidente legittima l'interpretazione secondo la quale l'art. 29 vuole rafforzare gli obblighi di valutazione dell'impatto ambientale, attraverso una previsione che allo stato manca in modo esplicito, del divieto di finanziare un progetto che abbia effetti negativi sull'ambiente che non siano in qualche modo corretti⁶⁰.

In conclusione, l'analisi dell'art. 29 del reg. 2021/947 condotta nelle pagine precedenti consente di affermare che le azioni o misure finanziate nell'ambito degli strumenti finanziari dell'Unione devono promuovere la tutela dell'ambiente e del clima. Solo nel caso in cui la misura o azione possa comportare una violazione di un diritto umano, diverso dal diritto ad un ambiente salubre, allora potrebbe non essere finanziata.

4. Il sostegno finanziario ai Paesi terzi, che l'Unione si è impegnata ad erogare per proteggere il clima, trova collocazione nella politica di cooperazione finanziaria, che si divide in cooperazione allo sviluppo (art. 209 TFUE) e cooperazione finanziaria con i Paesi terzi (art. 212 TFUE). Il Trattato non assegna a tale politica una finalità ambientale, ma tale finalità è comunque coerente con gli obiettivi generali dell'Unione, come affermati nei Trattati e articolati negli atti politici delle istituzioni. Il reg. 2021/947, istitutivo dello strumento Europa globale, per i Paesi in via di sviluppo e i Paesi del vicinato, e il reg. 2021/1529, istitutivo dello strumento IPA III, a favore dei Paesi dell'allargamento, definiscono il quadro normativo in un modo da costituire

⁶⁰ Si vedano le considerazioni di A. GARCÍA-URETA, *Environmental Impact Assessment in the EU: More than Only a Procedure?*, in M. PEETERS, M. ELIANTONIO (eds.), *Research Handbook in EU Environmental Law*, Cheltenham, 2020, pp. 166 e 177 ss., secondo cui l'autorità non è vincolata alla valutazione di impatto, anche se non può semplicemente ignorarla, ma deve motivare adeguatamente le ragioni per le quali decide di concedere ugualmente l'autorizzazione. In tema si v. anche P. THIEFFRY, *Handbook of European Environmental and Climate Law*, Bruxelles, 2021, p. 312 ss.; v. CIERVO, *La valutazione di impatto ambientale*, in R. GIUFFRIDA, F. AMABILI (a cura di), *La tutela dell'ambiente nel diritto internazionale ed europeo*, Torino, 2018, p. 107 ss.

la base per finanziare azioni e misure che tutelano l'ambiente e non finanziare quelle azioni o misure che invece appaiono manifestamente irrilevanti per le esigenze ambientali. Ovviamente questo non significa che le azioni e misure in concreto finanziate contribuiscano effettivamente al miglioramento dell'ambiente, ma è senza dubbio il primo passo in questa direzione.

LA SFIDA DELLA TRANSIZIONE ENERGETICA
E L'EMERGERE DEI CONFLITTI INTRA-AMBIENTALI:
QUALI POSSIBILI SOLUZIONI?

Massimiliano Montini*

SOMMARIO: 1. L'emergere dei conflitti intra-ambientali. – 2. I possibili livelli di intervento per affrontare i conflitti intra-ambientali. – 2.1. Il livello della normativa primaria. – 2.2. Il livello della normativa secondaria. – 2.3. Il livello dei principi di rilevanza ambientale. – 2.3.1. Il principio DNSH. – 2.3.2. Il principio di integrazione. – 3. La recente proposta della Commissione per la soluzione dei conflitti intra-ambientali. – 4. Conclusione: il possibile ruolo della giurisprudenza per la soluzione dei conflitti intra-ambientali.

1. Il tema della transizione verde promossa dal Green Deal europeo comprende vari aspetti interconnessi tra di loro. Uno degli aspetti più interessanti ed urgenti è quello della sfida della transizione energetica verso un futuro a basse emissioni di carbonio, che comporta la riorganizzazione del sistema energetico europeo verso una rilevante produzione e consumo di energia prodotta da fonti rinnovabili. L'urgenza della transizione energetica è legata a due motivazioni principali. In primo luogo, essa discende dall'obiettivo della neutralità climatica al 2050 che, con il Green Deal europeo¹ e con la conseguente cosiddetta Legge europea sul clima², è stato adottato dalla Commissione europea come obiettivo di lungo periodo per l'Unione. In secondo luogo, essa è strettamente connessa all'emergenza energetica creata più di recente dello scoppio della guerra in Ucraina.

La transizione energetica presenta varie caratteristiche e può essere ana-

* Professore associato di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Siena.

¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Il Green Deal europeo, COM (2022) 222final, dell'11 dicembre 2019.

² Regolamento (UE) 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 giugno 2021, che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (CE) n. 401/2009 e il regolamento (UE) 2018/1999 ("Normativa europea sul clima") (o "Legge europea sul clima").

lizzata da diversi punti di vista. Una possibile chiave di lettura è quella legata all'emergere dei conflitti intra-ambientali che nascono nell'intersezione tra gli obiettivi climatici, energetici ed ambientali dell'Unione. A tale proposito, prima di procedere con l'analisi è opportuno verificare il contesto normativo nel quale essi si collocano, per poi cercare di definire cosa possiamo intendere per conflitti intra-ambientali e passare quindi a verificare come essi potrebbero essere affrontati e possibilmente risolti nel diritto dell'Unione europea.

Come noto, la politica ambientale è una delle politiche più importanti dell'Unione, che si è progressivamente consolidata nel corso degli ultimi cinque decenni, a partire dal 1973, quando in assenza di una competenza specifica in materia ambientale dell'allora CEE, venne adottato il Primo programma di azione in materia ambientale³. Ad essa, a partire dagli anni novanta del secolo scorso, si è affiancata la politica climatica, che è entrata nel Trattato CEE (poi CE, poi TFUE) non in via autonoma, come una delle componenti della politica ambientale della Comunità (e poi dell'Unione)⁴.

Con il Trattato di Lisbona del 2007, alla politica ambientale (e climatica)⁵ si è affiancata anche la politica energetica⁶, che ha acquisito una sua piena dignità autonoma ed una sua specifica base giuridica nell'articolo 194

³ M. MONTINI, *Ordinamento dell'Unione europea*, in S. NESPOR, L. RAMACCI (a cura di), *Codice dell'Ambiente*, Milano, 2022, pp. 80-151, spec. p. 82; B. NASCIBENE, *L'evoluzione in tema di tutela dell'ambiente nel diritto dell'Unione europea. Problemi di interpretazione e attuazione, nel nostro paese, delle norme UE*, in B. NASCIBENE, L. GAROFALO, *Studi su ambiente e diritto. Il diritto dell'Unione europea*, Bari, 2012, p. 25 ss.; J. JANS, H. VEDDER, *European Environmental Law: After Lisbon*, Groningen, 2012; L. KRÄMER, *EU Environmental Law*, London, 2016; F. MUNARI, L. SCHIANO DI PEPE, *Tutela transnazionale dell'ambiente. Principi, regole e problemi*, Bologna, 2012.

⁴ M. MONTINI, *Ordinamento dell'Unione europea*, cit., pp. 104 e 105. Si noti che nel TFUE, il riferimento alla lotta contro i cambiamenti climatici come uno degli obiettivi dell'Unione europea si trova nell'articolo 192, nel contesto delle disposizioni dedicate alla tutela dell'ambiente. Mentre nel TFUE esiste un titolo dedicato alla materia "Ambiente" seguito da un titolo dedicato alla materia "Energia", non troviamo invece un titolo specifico dedicato alla materia "Cambiamenti climatici".

⁵ C. PESCE, *Ambiente*, in G. TESAURO, *Manuale di Diritto dell'Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE e F. FERRARO, vol. II, Napoli, 2021, pp. 511-531.

⁶ V. CAPUANO, *Energia*, in G. TESAURO, *Manuale di Diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 532-538.

TFUE⁷, mentre la politica ambientale (e climatica) trova oggi la sua base giuridica negli articoli 191-193 TFUE⁸.

In questo contesto si innesta la novità della transizione energetica, che si pone in linea di continuità con le politiche energetiche promosse dall'Unione già da diversi anni, ma che, come accennato sopra, è diventata di fondamentale importanza in collegamento con la sfida del Green Deal europeo⁹, lanciata nel dicembre 2019 della nuova Commissione europea Von der Leyen, appena dopo il suo insediamento¹⁰. Successivamente al suo varo, sull'impianto del Green Deal europeo si sono peraltro innestate due urgenze. La prima, a partire dal 2020, legata alla risposta economica alla pandemia di Covid-19 ed al connesso piano europeo Next Generation EU¹¹, e la seconda, più recente, a partire dal 2022, collegata alla risposta alla crisi energetica connessa alla guerra russa in Ucraina, che ha portato la Commissione europea a lanciare il nuovo piano denominato REPowerEU¹². Ne consegue che, in tempi recenti, è divenuta più evidente l'urgenza dell'Unione di affrontare l'emergenza energetica e promuovere la transizione del sistema europeo di produzione e consumo di energia verso un'energia più verde, che privilegi ed incentivi il ricorso alle fonti rinnovabili.

Nel contesto di tale processo di trasformazione del sistema energetico europeo verso un'energia più verde, possono tuttavia emergere dei conflitti intra-ambientali, che meritano di essere individuati ed analizzati nel dettaglio. L'origine di tali conflitti è la seguente: da una parte vi sono le politiche

⁷ M. T. MOSCHETTA, *Commento all'articolo 194 TFUE*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2014, pp. 1116-1122; L. MARLETTA CALIRI, *Commento all'articolo 194 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *I Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, pp. 1650-1659.

⁸ P. A. PILLITU, *Commento agli articoli 191, 192, 193 TFUE*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *op. cit.*, pp. 1107-1116; S. AMADEO, *Commento agli articoli 191, 192, 193 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, pp. 1617-1650.

⁹ COM (2022) 222final, cit.

¹⁰ F. FERRARO, *L'evoluzione della politica ambientale dell'Unione: effetto Bruxelles, nuovi obiettivi e vecchi limiti*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, n. 4, 2021, pp. 777-801.

¹¹ Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza.

¹² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Piano REPowerEU, Bruxelles, COM (2022) 230final, del 18 maggio 2022.

climatiche e quelle ambientali, mentre dall'altra vi sono le politiche energetiche dell'Unione. Le prime due politiche, teoricamente, dovrebbero perseguire gli stessi obiettivi e seguire gli stessi criteri, in quanto hanno la stessa base giuridica all'interno del TFUE. In realtà, tuttavia, ci sono diverse situazioni in cui queste due politiche si possono trovare in conflitto tra di loro, a prescindere dal loro rapporto con le politiche energetiche. Un caso specifico di conflitto intra-ambientale, vale a dire di conflitto in cui le esigenze ambientali non si trovano necessariamente in accordo con quelle climatiche, può essere quello degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili. Peraltro, all'interno di tale categoria si possono ricomprendere diverse tipologie di impianti, che vanno da quelli più tradizionali, che ad esempio producono energia da fonti idroelettriche o geotermiche, a quelli di concezione più recente, che ad esempio generano energia da fonti fotovoltaiche o eoliche¹³.

La questione del possibile emergere di conflitti intra-ambientali in relazione alla costruzione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili sta iniziando ad emergere, a macchia di leopardo, in tutti i Paesi dell'Unione, proprio a causa della spinta degli obiettivi posti dal Green Deal ed al sostegno fornito dai fondi europei in attuazione dei piani nazionali di ripresa e resilienza legati all'implementazione del programma Next Generation EU. In tale contesto, diventa quasi inevitabile che sorgano delle controversie che hanno ad oggetto il contrasto tra le esigenze climatiche ed energetiche, legate all'obiettivo di incrementare la produzione di energia da fonti rinnovabili, da una parte, e le esigenze ambientali, legate all'esigenza di proteggere i territori interessati dalla localizzazione delle nuove centrali di produzione di energia rinnovabile, dall'altra parte. Le questioni che stanno emergendo negli ordinamenti dei diversi Paesi membri potrebbero quindi giungere in un futuro non troppo lontano davanti alla Corte di giustizia dell'Unione.

Il punto di partenza rispetto a questo tipo di controversie consiste nel fatto che la necessità di promuovere gli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili nasce dalla considerazione che ogni quantità di energia rinnovabile in più che viene prodotta da fonti non fossili porta ad una diminu-

¹³ Per un inquadramento generale dei conflitti intra-ambientali vedi anche M. MONTINI, *Investimenti internazionali, protezione dell'ambiente e sviluppo sostenibile*, Milano, 2015, pp. 217-225.

zione della quantità di CO₂ immessa in atmosfera. Ciò spiega la fondamentale esigenza di promuovere ed autorizzare la realizzazione di un ampio numero di impianti di energia da fonti rinnovabili. Questo ragionamento di fondo risulta fortemente condiviso e sostenuto dalla Commissione europea¹⁴. Il problema legato a tale ragionamento è che la costruzione di impianti da fonti rinnovabili non è sempre e necessariamente così “pulita” come si può pensare. In altre parole, non si può dare per assunto che l’energia da fonti rinnovabili dal momento che è pulita nel senso che non emette emissioni di CO₂ sia comunque una scelta sempre e comunque giusta dal più ampio punto di vista ambientale e territoriale. Bisogna capire invece come si collocano questi impianti sul territorio e come si possano utilizzare i principi e gli strumenti del diritto dell’Unione per trovare un bilanciamento tra le esigenze energetiche e climatiche da una parte rispetto alle esigenze ambientali legate alla tutela del territorio e della biodiversità dall’altra parte. Il tema centrale da esaminare risulta quindi il seguente: come si possono affrontare i conflitti intra-ambientali emergenti al livello del diritto dell’Unione al fine di garantire un equo contemperamento di tutti gli interessi giuridicamente protetti che risultano in gioco?

2. Nell’attuale configurazione dell’ordinamento giuridico dell’Unione, a mio avviso, vi possono essere tre possibili livelli di intervento, per affrontare e tentare di risolvere i conflitti intra-ambientali. Il primo corrisponde alla normativa primaria, il secondo alla normativa secondaria ed il terzo ai principi di rilevanza ambientale esistenti nell’ordinamento dell’Unione.

2.1. Il primo livello è quello della normativa primaria. In tal caso, va innanzitutto rilevato che la simultanea presenza dell’obiettivo ambientale e dell’obiettivo climatico in senso lato all’interno del medesimo articolo 191 TFUE non risulta di aiuto per cercare di trovare idonei criteri di bilanciamento a livello della normativa primaria, nel caso in cui emerga un conflitto fra queste due tipologie di interessi. Infatti, trattandosi di obiettivi che nel sistema del Trattato in questione si trovano nello stesso articolo e sullo stesso piano, fa sì che in linea teorica essi dovrebbero spingere la stessa direzione. Cosa può succedere tuttavia in un caso concreto in cui gli obiettivi ambien-

¹⁴ COM (2022) 230final, cit., pp. 6-13.

li e quelli climatici non solo non siano allineati, ma si pongano addirittura in contrasto tra di loro, come nel caso di un conflitto tra l'esigenza di ridurre la quantità di anidride carbonica immessa in atmosfera, ad esempio autorizzando la costruzione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, e la contrapposta esigenza di proteggere la natura e la biodiversità dei territori interessati dalla localizzazione dei suddetti impianti?

La questione del rapporto tra tali interessi potenzialmente confliggenti si può ulteriormente complicare dal punto di vista giuridico allorché le esigenze climatiche di carattere generale legate all'obiettivo della riduzione dell'anidride carbonica emessa in atmosfera si leghino alle specifiche esigenze energetiche, legate ad esempio alla produzione di energia da fonti rinnovabili collegata (o collegabile) anche all'obiettivo della sicurezza e della indipendenza energetica dell'Unione rispetto ai Paesi terzi. In tali circostanze, si potrebbe infatti verificare un contrasto tra gli obiettivi ambientali dell'articolo 191 TFUE da una parte con quelli climatici protetti dallo stesso articolo e con quelli energetici promossi dall'articolo 194 TFUE.

Un esempio della complessa situazione che si può venire a creare in tali circostanze è rappresentato dall'evoluzione della direttiva europea sulla produzione e l'uso di energia da fonti rinnovabili, che è stata rivista varie volte nel corso degli ultimi anni, con una tendenza al mutamento della sua base giuridica di riferimento. Infatti, la direttiva del 2009¹⁵, che era stata adottata in assenza di una specifica base giuridica dedicata alla materia dell'energia nel Trattato CE, aveva fatto rientrare la normativa in materia di promozione dell'energia da fonti rinnovabili nell'alveo dell'articolo 175 TCE (ora 191 TFUE), in combinato disposto con l'articolo 95 TCE (ora 114 TFUE)¹⁶. Successivamente, la direttiva del 2018¹⁷, che aveva abrogato e sostituito la precedente direttiva del 2009, aveva adottato la nuova normativa sulla promozione dell'energia da fonti rinnovabili sulla base dell'articolo 194 TFUE, scegliendo quindi di tagliare totalmente fuori la materia della protezione dell'ambiente. Nel 2022, tuttavia, la proposta di modifica della direttiva del

¹⁵ Direttiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili.

¹⁶ P. DE PASQUALE, O. PALLOTTA, *Commento all'articolo 114 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 1265 ss.

¹⁷ Direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili.

2018¹⁸, presentata dalla Commissione europea in attuazione del programma REPowerEU, ha previsto come base giuridica per il nuovo atto legislativo il combinato disposto degli articoli 191 e 194 TFUE. Tale scelta, rispetto alla precedente, va salutata con favore, in quanto, almeno in linea teorica, potrebbe consentire un tentativo di migliore bilanciamento tra le esigenze energetiche e quelle ambientali dell'Unione. Di conseguenza, la terza soluzione, quella della duplice base giuridica, è sicuramente preferibile alla seconda, quella della base giuridica coincidente con il solo articolo 194 TFUE, per una normativa europea che si occupa della materia della produzione e dell'uso di energia da fonti rinnovabili. Tuttavia, va rilevato che in entrambe le suddette circostanze sussiste a mio avviso un rischio concreto che le esigenze di matrice ambientale siano relegate in secondo piano rispetto a quelle energetiche (e climatiche). Tale rischio non sembra risolvibile sul piano della normativa primaria. Risulta pertanto necessario verificare se vi possano essere soluzioni più idonee per affrontare i conflitti intra-ambientali a livello della normativa secondaria o dei principi di rilevanza ambientale esistenti nell'ordinamento dell'Unione.

2.2. Il secondo livello al quale si può cercare di affrontare i conflitti intra-ambientali è quello della normativa secondaria. Nell'ambito della normativa secondaria rilevante si possono inserire a mio avviso sia i documenti di programmazione della Commissione (documenti di *soft law*), sia le relative normative di riferimento su cui si basa la più recente politica europea in materia ambientale, climatica ed energetica. Si possono ricordare in tal senso, ad esempio, il sistema del Green Deal europeo e quello del Next Generation EU, nonché i conseguenti piani nazionali di attuazione degli Stati membri. A tale proposito, è possibile rilevare in termini generali che sia i documenti di programmazione, sia le normative di riferimento non sembrano affrontare in modo adeguato la tematica del possibile conflitto tra interessi contrapposti che può sorgere nell'attuazione delle politiche e delle normative in questione. Spesso, infatti, le politiche e le normative europee in questo ambito sembrano presupporre che i diversi interessi in gioco possano trovare un naturale

¹⁸ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva (UE) 2018/2001 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, la direttiva 2010/31/UE sulla prestazione energetica nell'edilizia e la direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica, COM (2022) 222final, del 18 maggio 2022.

bilanciamento nel caso dell'autorizzazione e della realizzazione di nuovi impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili. In altre parole, le istituzioni europee non sembrano porsi il problema di trovare un bilanciamento tra le esigenze contrapposte né attraverso strumenti nuovi, né attraverso un utilizzo diverso di strumenti di principi di criteri già esistenti. Sul piano della normativa secondaria, vi è invece un ormai un coacervo di strumenti di programmazione e di normative di riferimento che rendono molto difficile stabilire chiare priorità e precisi criteri di bilanciamento facilmente applicabili.

Non solo, ma la recente proposta di modifica della già citata direttiva del 2018 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, che esamineremo più avanti nel paragrafo 3, prevede un nuovo sistema di incentivazione delle fonti rinnovabili che potrebbe ulteriormente complicare nel prossimo futuro il già complesso quadro politico, istituzionale e normativo. Come vedremo infatti nel dettaglio la proposta della Commissione prevede specifici interventi di "semplificazione" della normativa finalizzati all'accelerazione delle procedure di approvazione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili. Queste modifiche del quadro normativo potrebbero intensificare e rafforzare una tendenza già presente sia a livello europeo che negli ordinamenti degli Stati membri. Nell'ambito di tale tendenza, la pressione esercitata dalla necessità di incrementare la produzione di energia da fonti rinnovabili tende a creare le condizioni per favorire il più rapido raggiungimento degli obiettivi delle politiche climatiche ed energetiche dell'Unione. Nel fare questo, tuttavia, vi è il rischio concreto che il nuovo quadro legislativo tenda a subordinare le esigenze ambientali di tutela della natura e della biodiversità alle esigenze energetiche e climatiche legate alla produzione di energia da fonti rinnovabili. Tale tendenza potrebbe avere la conseguenza pratica di falsare la possibilità di realizzare un adeguato bilanciamento (caso per caso) tra i diversi interessi contrapposti nei conflitti intra-ambientali.

2.3. Da quanto sopra consegue che anche il livello della normativa secondaria non sembra essere di aiuto per cercare di trovare una soluzione idonea per promuovere il corretto bilanciamento degli interessi contrapposti nell'ambito degli emergenti conflitti intra-ambientali. È quindi opportuno analizzare il terzo livello rispetto al quale si potrebbero cercare di affrontare

tali tipi di conflitti. Tale livello è rappresentato dai principi di rilevanza ambientale esistenti nell'ordinamento dell'Unione. A tal fine, vi sono in particolare due principi che a mio avviso meritano di essere esaminati nel dettaglio. Si tratta nel primo caso di un principio nuovo, il cosiddetto principio DNSH (ossia *Do not significant harm*), che ha fatto la sua comparsa in tempi recenti nell'ordinamento dell'Unione e che ha la sua base nella normativa secondaria. Nel secondo caso, si tratta invece di un principio tradizionale, il principio di integrazione, che fa parte da lungo tempo nella normativa primaria dell'Unione, trovando una sua base normativa sia nel TFUE che nella Carta dei diritti fondamentali. Possiamo quindi esaminare più da vicino il contributo che tali principi potrebbero fornire per affrontare i conflitti intra-ambientali.

2.3.1. Il principio (o criterio) DNSH (ossia *Do not significant harm*) costituisce un nuovo principio del diritto ambientale dell'Unione. Esso è stato inizialmente introdotto dalla Commissione europea nell'ordinamento dell'Unione con riferimento all'obiettivo di definire una tassonomia delle attività economiche sostenibili¹⁹, ma è stato poi rapidamente mutuato nell'ambito del Green Deal e del Next Generation EU²⁰. Tale principio (o criterio), rispetto al quale è difficile al momento determinare la sua esatta natura giuridica, è utilizzato come un "filtro" che deve servire ad analizzare la meritevolezza dei progetti presentati nei vari Paesi membri in attuazione del Green Deal e del programma Next Generation EU, in modo da accertare che essi non pongano un rischio di danno significativo all'ambiente²¹. Si tratta quindi di un principio (o criterio) guida che nella pratica tende ad essere applicato negli Stati membri come un meccanismo di vaglio dei progetti pre-

¹⁹ Articolo 17, regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2020, relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088.

²⁰ Regolamento (UE) 2021/241, cit.; vedi anche comunicazione della Commissione, Orientamenti tecnici sull'applicazione del principio "non arrecare un danno significativo" a norma del regolamento sul dispositivo per la ripresa e la resilienza, Bruxelles, COM (2021) 1054final, del 12 febbraio 2021.

²¹ O. ONIDA, *The Do Not (Significantly) Harm Principle*, in K. J. DE GRAAF, B. MARSEILLE, S. PRECHAL, R. WIDDERSHOVEN, H. WINTER (eds.), *Grensoverstijgende rechtsbeoefening. Liber amicorum Jan Jans*, Zutphen, 2021, pp. 45-52.

sentati. Tuttavia, il principio (o criterio) DNSH risulta avere delle maglie molto larghe di analisi, per cui non sembra avere la forza necessaria per poter essere utilizzato come adeguato strumento per il bilanciamento di differenti interessi ambientali, climatici ed energetici. Di conseguenza, nell'ipotesi oggetto del presente contributo, il criterio in questione non sembra che possa essere invocato in giudizio né come criterio di bilanciamento tra gli interessi contrapposti nei conflitti intra-ambientali, né tantomeno come strumento per cercare di limitare i possibili impatti negativi sulle risorse ambientali e naturali causati da progetti collegati all'attuazione del Green Deal o del Next Generation EU. È quindi necessario verificare se tale ruolo di bilanciamento non possa essere utilmente svolto dal più tradizionale principio di integrazione, che risulta già da tempo ampiamente presente e consolidato nell'ordinamento dell'Unione.

2.3.2. Il principio di integrazione, come già accennato sopra, trova la sua base giuridica in due diverse norme di rango primario nel diritto dell'Unione europea, vale a dire l'articolo 11 TFUE e l'articolo 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione²². Il principio, come codificato all'articolo 11 TFUE, richiede l'integrazione delle esigenze connesse con la tutela dell'ambiente nella definizione e nell'attuazione delle politiche e delle azioni dell'Unione, con particolare riferimento alla prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile. Una diversa, ma piuttosto simile, versione del principio è stata successivamente introdotta all'articolo 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In tale contesto, è richiesta l'integrazione di un elevato livello di tutela dell'ambiente e del miglioramento della sua qualità nelle politiche dell'Unione ed è disposto che tale integrazione sia realizzata e garantita in conformità con il principio dello sviluppo sostenibile. Si tratta pertanto di due diverse formulazioni del principio che presentano molti elementi di similitudine e qualche piccolo elemento di differenziazione²³. Prima di cercare di determinare se il principio di integrazione possa essere utilizza-

²² M. MONTINI, *The Principle of Integration*, in L. KRAMER, E. ORLANDO (eds.), *Principles of Environmental Law*, Cheltenham, 2018, pp. 139-149; F. ROLANDO, *L'integrazione delle esigenze ambientali nelle altre politiche dell'Unione europea*, Napoli, 2020.

²³ Sulla (parzialmente) diversa concezione del principio di integrazione nell'articolo 11 TFUE e nell'articolo 37 della Carta vedi M. MONTINI, *Ordinamento dell'Unione europea*, cit., pp. 96-98 e pp. 115-118.

to come criterio di bilanciamento per i conflitti intra ambientali è quindi opportuno soffermarsi brevemente sulle differenze esistenti tra le due formulazioni del principio.

Analizzando più da vicino le due norme sopra menzionate che codificano in contesti diversi il principio di integrazione emerge che vi sono due differenze fondamentali tra il principio contenuto nella prima disposizione rispetto alla seconda²⁴. La prima differenza attiene all'oggetto dell'attività di integrazione. Nel caso dell'articolo 37 della Carta non sono le esigenze ambientali che devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e delle azioni dell'Unione, come previsto nell'articolo 11 TFUE, ma è invece l'obiettivo dell'elevato livello di tutela e del miglioramento della qualità ambientale e che deve essere integrato nelle politiche dell'Unione e garantito conformemente al principio dello sviluppo sostenibile. La seconda differenza riguarda invece la diversa qualificazione del concetto dello sviluppo sostenibile nelle due norme. Nell'articolo 11 TFUE lo sviluppo sostenibile viene qualificato come un obiettivo generale da perseguire, mentre nell'articolo 37 della Carta viene identificato come un vero e proprio "principio", che si può supporre quindi dotato di una specifica rilevanza giuridica. Sulla base di tali differenze in dottrina si discute circa la qualificazione giuridica del principio di integrazione, che potrebbe essere considerato come una disposizione in grado di conferire diritti ai singoli eventualmente azionabili in giudizio oppure come un mero principio programmatico che deve guidare l'azione delle istituzioni europee²⁵. La determinazione della corretta qualificazione giuridica del principio risulta rilevante in quanto potrebbe influenzare a sua volta l'invocabilità o meno in giudizio del principio di integrazione come criterio interpretativo o come criterio di bilanciamento tra i contrapposti interessi.

A tale proposito, con riferimento specifico alla questione della sua even-

²⁴ *Ibidem*, p. 97 e pp. 117-118; M. ONIDA, *Art. 37, Tutela dell'ambiente*, in R. MA-STROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017, pp. 691-707, spec. p. 700; E. SCOTFORD, *Environmental Rights and Principles in the EU Context: Investigating Article 37 of the Charter of Fundamental Rights*, in S. BOGOJEVIC, R. RAYFUSE (eds.), *Environmental Rights in Europe and Beyond*, Oxford, 2018, pp. 4-6.

²⁵ M. MONTINI, *Ordinamento dell'Unione europea*, cit., p. 97 e pp. 117-118; E. SCOTFORD, *Environmental Rights and Principles in the EU Context*, cit., pp. 9-13.

tuale invocabilità in giudizio, non mi sembra che sussistano delle differenze sostanziali tra le due versioni del principio di integrazione, ossia quella contenuta nell'articolo 11 TFUE e quella inclusa nell'articolo 37 della Carta. Con riferimento a tale tematica, tuttavia, risulta di estrema importanza la determinazione di cosa si debba intendere esattamente per esigenze ambientali. Tale problema si pone in particolare con riferimento al testo dell'articolo 11 TFUE. Se si considerano in particolare le esigenze contrapposte nel caso dei conflitti intra-ambientali oggetto della presente analisi si può, a mio avviso, ipotizzare che in un adeguato esercizio di bilanciamento basato sull'utilizzo del principio di integrazione le esigenze ambientali potrebbero stare al denominatore mentre al numeratore potrebbe stare l'esigenza energetica legata alla necessità di promuovere la produzione di energia da fonti rinnovabili. Nel contesto di tale bilanciamento, tuttavia, è difficile collocare le esigenze climatiche legate al controllo ed alla riduzione della concentrazione di anidride carbonica dell'atmosfera, in quanto da un punto di vista teorico esse dovrebbero essere "attratte" dalle esigenze ambientali, in quanto, come già evidenziato sopra, entrambi gli interessi trovano la loro base giuridica nell'articolo 191 TFUE, mentre da un punto di vista pratico, in tempi recenti, esse tendono ad appiattirsi sulle esigenze energetiche di cui all'articolo 194 TFUE.

La situazione appare simile anche nel contesto di un eventuale tentativo di bilanciamento dei contrapposti interessi effettuato ai sensi dell'articolo 37 della Carta. In tale contesto, sembrerebbe a prima vista che le esigenze legate alla tutela ambientale dovessero considerarsi un parametro di riferimento per lo sviluppo delle altre politiche dell'Unione nel rispetto del principio dello sviluppo sostenibile. Tale qualificazione potrebbe forse comportare una maggiore valorizzazione delle esigenze ambientali rispetto al contesto dell'articolo 11 TFUE. Tuttavia, tale interpretazione di favore per le esigenze ambientali non trova riscontro nell'evoluzione della politica recente dell'Unione, che pur essendo largamente ispirata alle esigenze climatiche ed ambientali, tende invece a porre in una posizione sovraordinata l'esigenza energetica, legata in particolare alla produzione di energia da fonti rinnovabili, rispetto ad altre esigenze, tra cui quelle ambientali, a questa eventualmente contrapposte.

Inoltre, va sottolineato che, più in generale, nella recente politica ambientale dell'Unione vi è una certa tendenza a non valorizzare il possibile

contributo che potrebbe essere fornito dal principio di integrazione come criterio di bilanciamento delle politiche dell'Unione. Ad esempio, nel documento istitutivo del Green Deal europeo, già menzionato sopra²⁶, troviamo un riferimento specifico a tutti i principi ambientali contenuti nell'articolo 191 TFUE, mentre risulta del tutto assente un riferimento esplicito al principio di integrazione di cui all'articolo 11 TFUE. Alla luce di tale evidenza, si può quindi a mio avviso sostenere che il principio di integrazione ambientale sancito dall'articolo 11 TFUE stia forse cadendo in una sorta di "desuetudine" nel contesto delle politiche dell'Unione europea²⁷. Ciononostante, in linea teorica non si possono del tutto escludere delle future potenzialità di maggiore utilizzo del principio, in collegamento con il principio dello sviluppo sostenibile²⁸. In conclusione, tuttavia, ai fini della presente indagine, si deve ritenere che, al momento attuale, neanche il terzo livello di possibile risoluzione dei conflitti intra-ambientali, basato sui principi di rilevanza ambientale dell'Unione europea, possa essere utilizzato con successo per bilanciare in modo adeguato i diversi interessi contrapposti.

3. Nell'attuale incertezza circa la determinazione del più efficace livello di intervento utilizzabile per affrontare i conflitti intra-ambientali si inserisce la recente proposta di modifica legislativa della Commissione europea, attualmente in discussione da parte dei co-legislatori dell'Unione, volta a semplificare le procedure per il rilascio delle autorizzazioni alla costruzione di impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili²⁹. Si tratta nello specifico di una proposta presentata in attuazione del programma REPowerEU³⁰, dalla quale emerge una chiara volontà di promuovere una semplifi-

²⁶ COM (2022) 222final, cit.

²⁷ M. MONTINI, *The European Green Deal from an environmental protection perspective: the missing role of the environmental integration principle*, in K. J. DE GRAAF, B. MARSEILLE, S. PRECHAL, R. WIDDERSHOVEN, H. WINTER (eds.), *op. cit.*, pp. 97-104, spec. pp. 97 e 98.

²⁸ M. MONTINI, *The European Green Deal*, cit., pp. 102-104; B. SJÄFJELL, *The Environmental Integration Principle: A Necessary Step Towards Policy Coherence for Sustainability*, in F. IPPOLITO, M. E. BARTOLONI, M. CONDINANZI (eds.), *The EU and the Proliferation of Integration Principles under the Lisbon Treaty*, Cheltenham, 2019.

²⁹ Proposta di direttiva, COM (2022) 222final, cit.

³⁰ Comunicazione REPowerEU ("REPowerEU: azione europea comune per un'energia più sicura, più sostenibile e a prezzi più accessibili"), COM (2022) 108final, dell'8 marzo 2022.

cazione e deregolamentazione delle procedure autorizzatorie per la costruzione di impianti di energia fonti rinnovabili. Al fine di snellire le procedure amministrative all'interno degli Stati membri e contribuire quindi all'incremento della produzione di energia da fonti rinnovabili nel territorio europeo, la Commissione propone che gli Stati membri siano obbligati a realizzare una mappatura del loro territorio al fine di individuare "zone di riferimento" idonee per la realizzazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili³¹. Tale mappatura dovrà essere soggetta ad una procedura di valutazione ambientale strategica (VAS)³², condotta ai sensi della direttiva 2001/42³³. Una volta che tale mappatura sarà stata completata, tutti gli impianti di produzione di energia rinnovabile, ad eccezione di quelli relativi all'energia prodotta da biomasse ed energia idroelettrica, verranno considerati impianti realizzabili in tali aree con una semplificazione delle procedure autorizzative. In particolare, con riferimento a tali tipologie di impianti scatterà una presunzione di assenza di effetti significativi sull'ambiente³⁴. Ciò comporterà la conseguenza che la realizzazione di tali impianti in dette zone di riferimento non sarà più soggetta all'obbligo di condurre una preventiva valutazione impatto ambientale (VIA)³⁵. Gli Stati membri dovranno semplicemente effettuare uno screening rapido dei progetti presentati. Solo nel caso in cui lo screening evidenzia un elevato rischio di effetti significativi sull'ambiente i progetti in questione dovranno essere sottoposti ad una normale procedura di VIA. In tutti gli altri casi, i suddetti tipi di impianti potranno invece essere autorizzati con procedura rapida e semplificata.

Ancorché si tratti ancora di una proposta di direttiva in corso di approvazione è possibile già fare qualche considerazione sul suo possibile impatto sulla normativa ambientale dell'Unione e sui conflitti intra-ambientali ogget-

³¹ Considerando nn. 8 e 9, proposta di direttiva COM (2022) 222final, cit.

³² Considerando n. 10, proposta di direttiva COM (2022) 222final, cit.

³³ Direttiva 2001/42/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 giugno 2001, concernente la valutazione degli effetti di determinati piani e programmi sull'ambiente.

³⁴ Considerando n. 14, proposta di direttiva COM (2022) 222final, cit.

³⁵ Direttiva 2011/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, così come modificata dalla direttiva 2014/52/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, che modifica la direttiva 2011/92/UE concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati.

to della presente trattazione. In particolare, la proposta di inserire all'interno della normativa europea una presunzione di assenza di effetti significativi sull'ambiente per i progetti di produzione di energia da fonti rinnovabili che insisteranno sulle zone di riferimento individuate dagli Stati membri e la conseguente rimozione dell'obbligo di condurre una valutazione d'impatto ambientale desta qualche perplessità. Infatti, essa sembra porsi in contrasto con lo spirito e con la lettera della direttiva sulla VIA, che prescrive una specifica valutazione preventiva dell'impatto specifico di determinate categorie di progetti sull'ambiente, a prescindere dalla loro localizzazione in un'area già assoggettata ad una pianificazione territoriale condotta ai sensi della VAS. Sulla base della proposta della Commissione rischia invece di non essere adeguatamente garantito in concreto un corretto bilanciamento tra gli interessi contrapposti in materia energetica ed ambientale, nel più ampio contesto della promozione delle energie rinnovabili finalizzata alla riduzione dell'immissione di gas serra in atmosfera. Se da una parte infatti è chiara la matrice climatica che sta alla base della proposta in questione, dall'altra parte risulta meno chiara (e meno condivisibile) la presunzione in questione, che nella pratica potrebbe comportare un elevato rischio di non adeguata considerazione delle specifiche esigenze ambientali inerenti ad un particolare territorio o ad una specifica area.

A mio avviso, invece, a parziale differenza di quanto proposto dalla Commissione, la corretta valorizzazione del ruolo della VAS nella pianificazione territoriale finalizzata ad una migliore localizzazione degli impianti di produzione di energia rinnovabile dovrebbe essere accompagnata da un parallelo ruolo della VIA. Infatti, per agire nel modo più efficace, i due strumenti dovrebbero operare in coordinamento e non in alternativa tra di loro. In altre parole, la valutazione di impatto ambientale dei progetti dovrebbe essere regolarmente effettuata anche rispetto a progetti da realizzarsi in aree già dichiarate idonee in termini generali alla localizzazione degli impianti suddetti. In tal senso, il ruolo della VIA dovrebbe essere riportato a quello di strumento per una valutazione concreta ed operativa finalizzata a realizzare un bilanciamento fra gli interessi ambientali climatici ed energetici nel caso specifico, rispetto ad una preventiva valutazione (la VAS) svolta sulla idoneità teorica e generale di certe aree alla localizzazione degli impianti energetici. In tal senso, mi sembra quindi che non sia corretta, da un punto di vista metodologico, la proposta della Commissione, volta a valorizzazione il ruolo

della VAS nella pianificazione territoriale in materia energetica, autorizzando nel contempo deroghe all'obbligo di effettuare la VIA previsto per i singoli progetti di produzione di energia da fonti rinnovabili.

Inoltre, vi è un ulteriore elemento di criticità che emerge dalla proposta della Commissione. Nel documento di presentazione della proposta, infatti, la Commissione afferma che “le politiche in materia di ambiente ed energie rinnovabili perseguono obiettivi strettamente correlati, in quanto entrambe si prefiggono il medesimo obiettivo generale di mitigazione dei cambiamenti climatici”³⁶. Da tale affermazione sembra trasparire la convinzione della Commissione che le esigenze energetiche legate alla promozione dell'energia prodotta da fonti rinnovabili risultino per definizione “in armonia” con le esigenze ambientali legate alla tutela dei territori sui quali gli impianti in questione insistono, in ragione della loro comune matrice climatica. In altre parole, sembra che, secondo la Commissione, il comune riferimento all'obiettivo della politica climatica europea possa agire come elemento unificatore delle esigenze energetiche ed ambientali. Tale posizione risulta, a mio avviso, caratterizzata da una eccessiva superficialità dell'approccio, che tende a non considerare le evidenti possibilità che gli interessi energetici ed ambientali si trovino invece spesso in disallineamento, se non in vera e propria contrapposizione, tra di loro. Rimane quindi il dubbio che la semplificazione amministrativa promossa dalla Commissione possa impedire di realizzare un corretto bilanciamento tra i diversi interessi in gioco, come quelli energetici ed ambientali, che andrebbero invece adeguatamente ponderati in concreto, caso per caso, con l'ausilio dei principi e dei criteri previsti dal diritto dell'Unione europea.

In conclusione, mi sembra che ad integrazione e correttivo dell'approccio proposto dalla Commissione europea sarebbe auspicabile un intervento giurisprudenziale volto a chiarire i corretti termini del bilanciamento da effettuare tra i contrapposti interessi energetici ed ambientali nel caso dell'autorizzazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, nel contesto di riferimento rappresentato dal rispetto degli obiettivi della politica climatica dell'Unione europea, che a loro volta si collegano agli obblighi sottoscritti dall'Unione e dagli Stati membri in attuazione dell'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici.

³⁶ Proposta di direttiva COM (2022) 222final, cit., p. 4.

4. L'auspicabile intervento della giurisprudenza della Corte di giustizia che potrebbe contribuire a fornire utili elementi interpretativi per affrontare e cercare di risolvere i conflitti intra-ambientali legati alla produzione di energia da fonti rinnovabili sembra tuttavia porsi in contrasto con le evidenze desumibili dalla scarsa giurisprudenza della Corte di giustizia su tematiche assimilabili a quelle oggetto della presente indagine. Infatti, mi sembra che vi sia un unico caso della Corte di giustizia utilizzabile ai fini della presente analisi, in quanto pronunciato in un contesto simile, ma non totalmente coincidente, con quello esaminato dalla presente trattazione. Si tratta del caso C-346/2014 relativo alla costruzione di un impianto di energia idroelettrica da fonti rinnovabili nel corso d'acqua denominato *Schwarze Sulm* in Austria³⁷. In tale circostanza, la questione esaminata dalla Corte di giustizia riguardava in particolare l'applicazione delle eccezioni previste dall'articolo 4, paragrafo 7, della direttiva quadro sulle acque 2000/60³⁸. Tale disposizione prevede che, in casi eccezionali in cui vi sia la presenza di un "interesse pubblico superiore", l'obbligo di garantire un elevato livello di tutela delle risorse idriche previsto in termini generali dalla direttiva quadro possa essere derogato. La Corte, nel caso di specie, ha ritenuto che le autorità austriache non avessero errato nel ritenere che la produzione di energia idroelettrica da fonti rinnovabili, malgrado il suo prevedibile impatto negativo sullo stato delle acque superficiali del fiume *Schwarze Sulm*, potesse essere considerata come rispondente ad "interesse pubblico superiore" e quindi si potesse ritenere prevalente rispetto all'obiettivo di tutela ambientale previsto dalla direttiva quadro sulle acque. In tal modo, la Corte ha di fatto riconosciuto l'implicita prevalenza dell'esigenza legata alla promozione della produzione di energia da fonti rinnovabili rispetto alla contrapposta esigenza del mantenimento dell'elevato livello di qualità delle acque superficiali richiesto dalla direttiva quadro 2000/60/CE. Tuttavia, a mio avviso, le motivazioni riportate dall'Austria a sostegno della propria decisione ed avallate dalla Corte di giustizia risultano argomentate in maniera non troppo approfondita³⁹. Si può

³⁷ Sentenza della Corte del 4 maggio 2016, causa C-346/2014, *Commissione europea c. Repubblica d'Austria (Schwarze Sulm)*.

³⁸ Direttiva 2000/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2000, che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque (direttiva quadro sulle acque).

³⁹ Sentenza *Commissione c. Repubblica d'Austria*, cit., punti 74-81.

pertanto parlare a mio avviso di una decisione della Corte che riconosce nel caso di specie una sorta di presunzione della prevalenza dell'interesse energetico sull'interesse ambientale. Sulla base di tale sentenza della Corte di giustizia è difficile dire se l'impostazione ivi proposta possa considerarsi un precedente di riferimento utilizzabile per altre future decisioni relative a simili controversie, relative in particolare all'autorizzazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili. Infatti, non mi sembra del tutto certo che un simile ragionamento si possa trasporre tale e quale al contesto degli impianti di energie rinnovabili di nuova generazione, come ad esempio gli impianti fotovoltaici gli impianti eolici o i più moderni impianti di sfruttamento dell'energia geotermica. Rimane tuttavia il fatto che da questa sentenza della Corte sembra trasparire un certo favore "precostituito" nei confronti delle esigenze energetiche rispetto a quelle ambientali, che risulta peraltro in linea con l'impostazione della recente proposta della Commissione europea analizzata sopra, ma che non sembra rendere giustizia all'esigenza di realizzare caso per caso un adeguato bilanciamento dei diversi interessi ambientali, energetici e climatici che possono trovarsi in contrasto nel caso di conflitti intra-ambientali legati alla realizzazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili.

PUBLIC E PRIVATE ENFORCEMENT
DEL DIRITTO AMBIENTALE DELL'UNIONE

Francesco Munari*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive: il problema della tutela giuridica dell'ambiente; dalla redazione delle regole alla loro applicazione. – 2. Le procedure di infrazione quale strumento privilegiato per l'*enforcement* ambientale nei confronti degli Stati membri. – 3. *Segue*: le peculiarità del *public enforcement* ambientale attraverso l'analisi di una specifica questione: le procedure avviate per mancato rispetto degli obiettivi di cui alla direttiva 2008/50 a tutela della qualità dell'aria. – 4. Accertamento dell'infrazione e regime sanzionatorio a garanzia dell'ottemperanza degli Stati membri. – 5. *Private enforcement*. Una premessa metodologica: azioni giurisdizionali senza violazioni di norme? – 6. *Private enforcement* e azioni dirette: i limiti di legittimazione dei ricorrenti non privilegiati. – 7. Le azioni risarcitorie. – 8. Considerazioni ulteriori: l'apporto del rinvio pregiudiziale e il ruolo dei giudici nazionali. – 9. *Enforcement* a mezzo sanzioni penali: la proposta di revisione della c.d. direttiva ECD. – 10. Conclusioni: le necessarie ricadute di un *enforcement* rigoroso sulla fase ascendente del diritto ambientale UE.

1. Questo lavoro si propone di fornire un quadro il più possibile sintetico, e al contempo auspicabilmente caratterizzato da qualche sistematicità, rispetto alle soluzioni e alle tecniche con le quali, nell'Unione europea, la protezione ambientale viene garantita mediante l'applicazione delle norme adottate in ambito UE.

L'analisi che segue prescinde da un presupposto centrale nella disciplina giuridica dell'ambiente, al quale tuttavia non è possibile sottrarsi, anche per meglio comprendere quanto cercheremo di illustrare, e cioè quello relativo al contenuto e alla qualità delle norme ambientali, non di rado alquanto insod-

* Ordinario di diritto dell'Unione europea nell'Università di Genova, Partner Deloitte Legal. Ringrazio l'avv. Mario Barbano, dottorando di ricerca presso il CIELI (Centro Italiano di Eccellenza sulla Logistica, i Trasporti e le Infrastrutture), per la ricerca bibliografica e gli spunti di riflessione che ne sono derivati.

disfacente. Infatti, da un lato, esse tendono a essere scritte sulla base di “valori” tipici di altri ambiti giuridici (quali in particolare le tradizioni culturali, etiche, sociali), mentre nel nostro settore sono le conoscenze scientifiche – e soprattutto la cd. *hard science* – che dovrebbero avere assoluta preponderanza nel concepire e quindi “scrivere” le norme. Da un altro lato, ulteriore elemento di inadeguatezza delle norme ambientali è dato dal fatto che, rispetto ad esse, sarebbe fondamentale preventivamente “misurarne” gli effetti (attesi), usando cioè ancora una volta strumenti extragiuridici per provare a comprendere realmente l’interazione tra esseri umani e ambiente, che poi è la reale sostanza di cui dovrebbe occuparsi il diritto ambientale¹, e quindi i limiti che necessariamente dobbiamo porre alle attività umane, nell’ottica, sul piano giuridico, di limitare anche i diritti associati a tali attività².

Queste riflessioni, come accennato, restano a monte dell’*enforcement* del diritto ambientale dell’Unione, ed esulano quindi dal presente contributo, benché la loro inadeguata o insufficiente percezione (quanto meno ad oggi) influisca sul contenuto e sull’efficacia delle stesse norme ambientali, e quindi anche sulla loro intrinseca capacità di raggiungere gli obiettivi di protezione e promozione ambientale di cui esse, dichiaratamente, si fanno portatrici.

Nei limiti dianzi indicati, com’è noto, nell’ordinamento UE il *corpus* delle regole rientranti nella materia “ambientale” è probabilmente ineguagliato, per ampiezza, organicità e numerosità, contando, in particolare, oltre a importanti norme primarie contenuti nei trattati e nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione, circa un migliaio di atti di diritto derivato³.

Sotto questo profilo, l’Unione europea ha assunto da decenni un ruolo guida a livello globale, oggi ulteriormente accentuato nelle più recenti declinazioni in termini di cambiamenti climatici e transizione ecologica.

¹ All’uopo, non si può che rinviare a due libri a mio avviso decisivi ai fini di una più efficace comprensione dei fenomeni qui accennati, e cioè J. STIGLITZ, J. P. FITOUSSI, M. DURAND, *Misurare ciò che conta*, Torino, 2021; D. H. MEADOWS, D. L. MEADOWS, J. RANDERS, *I nuovi limiti dello sviluppo. La salute del pianeta nel terzo millennio*, Milano, 2018.

² V. già F. MUNARI, L. SCHIANO DI PEPE, *Tutela transnazionale dell’ambiente. Principi, regole e problemi*, Bologna, 2012, spec. p. 133 ss.

³ Quelli così classificati sono, precisamente, 947, si veda: www.eur-lex.europa.eu/browse/directories/legislation.html?root_default=CC_1_CODED%3D15,CC_2_CODED%3D1510&displayProfile=allRelAllConsDocProfile&classification=in-force#arrow_1510.

Ciò premesso, gli ambiziosi *standard* normativi fissati dall'Unione richiedono, a loro volta, l'introduzione di strumenti volti ad assicurarne l'applicazione da parte di Stati membri e degli individui. Non basta cioè l'enunciazione della norma materiale (la quale, tra l'altro, e come si accennava poc'anzi, sconta sovente limiti contenutistici non banali), ovvero la conseguente attribuzioni di diritti, obblighi, e potestà: nella disciplina ambientale è ancor più importante che questa norma, una volta in vigore, sia efficacemente applicata.

E cioè, secondo un'impostazione già sottolineata in passato⁴, quel che conta è la *tutela* che le norme ambientali riescono effettivamente a garantire, essendo ormai evidente che la mancata attuazione delle regole che proteggono e promuovono l'ambiente determina costi elevatissimi⁵, i quali, nella prospettiva del cambiamento climatico, sono destinati a diventare incommensurabili.

Il *corpus* normativo materiale è, quindi, molto vasto, ed è allora utile comprendere quale applicazione abbia questa consistente massa di norme, e quale sia l'efficacia di detta applicazione nel contesto unionale.

Di questo, quindi, si cercherà di trattare nel prosieguo, attraverso una tassonomia che, mutuando espressioni nate in ambiti normativi diversi, e cioè l'antitrust, suddivideremo in *public* e *private enforcement*⁶.

Con *public enforcement* intenderemo l'applicazione del diritto ambienta-

⁴ V. sempre F. MUNARI, L. SCHIANO DI PEPE, *op. cit.*, p. 133 ss.

⁵ Ad esempio, e con le dovute approssimazioni (verosimilmente per difetto), secondo dati riportati dalla Commissione, a livello mondiale sono riconducibili all'inquinamento 9 milioni di decessi avvenuti nel 2015, a loro volta rappresentativi del 16% del totale dei decessi prematuri (COM (2021) 400final, comunicazione della Commissione Europea, *Un percorso verso un pianeta più sano per tutti - Piano d'azione dell'UE: "Verso l'inquinamento zero per l'aria, l'acqua e il suolo"*). E per quanto riguarda i costi economici, sempre la Commissione (dati del 2018) rappresenta che i mancati benefici derivanti dal mancato raggiungimento degli obiettivi ambientali come stabiliti nella stessa legislazione ambientale dell'UE sono pari ad EUR 55 mld all'anno (European Commission, *Study: The costs of not implementing EU environmental law*, Final Report for DG ENVI, March 2019, p. 165).

⁶ Sul tema relativo alle sanzioni e alle diverse modalità di attuazione del diritto ambientale europeo sia consentito il rinvio, anche per ulteriori riferimenti, a F. MUNARI, *Protecting the Environment through Union Sanctions. The Many Facets of the Enforcement of EU Environmental Law*, in S. MONTALDO, F. COSTAMAGNA, A. MIGLIO (eds.), *EU Law Enforcement*, Abingdon-New York, 2021, p. 267 ss.

le dell'Unione esercitato dalle istituzioni dell'Unione nei confronti degli Stati membri, onde indurre questi ultimi all'osservanza delle regole stabilite a livello unionale. Con la nozione di *private enforcement* vogliamo invece riferirci agli strumenti disponibili in funzione della protezione ambientale nei confronti di individui o imprese, ovvero di istituzioni, nazionali o europee.

Nel primo versante, tratteremo dunque soprattutto delle procedure di infrazione e dei rimedi per garantire l'osservanza degli Stati membri, sui quali si sta formando una nutrita casistica giurisprudenziale di cui daremo conto nel prosieguo. Nel secondo, passeremo brevemente in rassegna una serie apparentemente più cospicua di strumenti, cui tuttavia, come diremo, non necessariamente corrisponde un più efficace *enforcement*: tratteremo, in particolare, delle azioni individuali nei confronti delle istituzioni UE, delle azioni di risarcimento dei danni per responsabilità derivanti dall'inadempimento del diritto ambientale UE⁷, dell'applicazione, in ambito penale, della direttiva sulla tutela penale dell'ambiente (*Environmental Crime Directive - ECD*)⁸.

Detto questo, un'analisi sull'efficacia del diritto ambientale dovrebbe altresì darsi carico di valutare anche il ruolo dei giudici nazionali, sia quali giudici che danno attuazione, nei confronti degli individui/imprese, delle norme nazionali di recepimento delle norme europee (per tutte, la direttiva sulla responsabilità ambientale⁹), sia nella loro più recente veste di "tutori" delle persone rispetto all'insufficiente azione per contrastare le emergenze ambientali, e soprattutto il cambiamento climatico¹⁰. Purtroppo, peraltro, un tale approfondimento esulerebbe dai limiti del presente contributo, e non sarà quindi possibile parlarne in questa sede¹¹.

⁷ Su cui v. il caso C-61/21, *JP c. Ministre de la Transition écologique e Premier ministre*, di cui nel momento in cui si scrive sono state pronunciate le conclusioni a cura dell'Avvocato Generale Kokott in data 5 maggio 2022.

⁸ Direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, sulla tutela penale dell'ambiente, pp. 28-37. La direttiva, com'è noto, è attualmente oggetto di revisione (cfr. la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela penale dell'ambiente, che sostituisce la direttiva 2008/99/CE, del 15 dicembre 2021, COM (2021) 851final).

⁹ Direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, pp. 56-75.

¹⁰ V. anche *infra*.

¹¹ V. allora, e per qualche spunto iniziale F. MUNARI, *Protecting the Environment*, cit., p.

2. La procedura di infrazione costituisce, dal lato del *public enforcement*, lo strumento privilegiato per la Commissione europea nello svolgimento del proprio ruolo di custode dell'osservanza del diritto UE. La comunicazione *Risultati migliori attraverso una migliore applicazione* del 2016 fissa alcune priorità in materia di *enforcement*, a cui si aggiunge l'impegno della Commissione ad assicurare un'effettiva applicazione della normativa che interessa il *Green Deal*¹² e di controllare le iniziative degli Stati membri¹³. Tutto ciò appare coerente e adeguato rispetto alla necessità di monitoraggio del gran numero di atti di diritto derivato adottati dall'Unione nella materia¹⁴.

L'azione della Commissione è mappabile sia dal punto di vista delle iniziative trasversali ai vari settori del diritto UE, come il mancato o inesatto recepimento di direttive, ovvero l'inottemperanza a sentenze della Corte di giustizia, sia da quello delle priorità *ratione materiae*, in quanto riconducibili ai tre pilastri del *Green Deal*, e cioè economia circolare, biodiversità, inquinamento zero.

Così, e sotto il primo profilo, nel campo dell'economia circolare la Commissione verifica del completo recepimento della legislazione, nonché della chiusura e del ripristino delle discariche illegali e di quelle *sub-standard*, compreso l'obbligo di garantire un trattamento adeguato dei rifiuti prima della messa in discarica. Quanto alla biodiversità, si agisce soprattutto per contrastare le carenze strutturali nell'attuazione delle direttive sulla natura, per raggiungere il completamento della rete Natura 2000, un adeguato man-

267 ss., nonché K. LENAERTS, J. GUTIÉRREZ-FONS, *The General System of EU Environmental Law Enforcement*, in *Yearbook of European Law*, vol. 30, 2011, p. 3-41, spec. p. 26 ss.; U. GRUSIC, *International Environmental Litigation in EU Courts: A Regulatory Perspective*, ivi, vol. 35, 2016, Pp. 180-228; M. HEDEMANN-ROBINSON, *Enforcement of European Union Environmental Law Legal Issues and Challenges*, II ed., Abingdon, 2015, p. 261 ss.

¹² COM (2019) 640final, dell'11 dicembre 2019, comunicazione della Commissione, *Il Green deal europeo*, pp. 4 e 26.

¹³ A partire dal 2016 la Commissione predispose dei rapporti annuali sullo stato di attuazione del diritto UE dell'ambiente nell'ordinamento degli Stati membri: COM (2022) 438final, dell'8 settembre 2022, comunicazione della Commissione, *Riesame dell'attuazione delle politiche ambientali 2022 - Conformarsi alle politiche ambientali per invertire la rotta*. Per quanto concerne l'Italia, cfr.: SWD (2022) 275final, dell'8 settembre 2022, comunicazione della Commissione, *Riesame dell'attuazione delle politiche ambientali 2022 Relazione per paese - ITALIA*.

¹⁴ V. sopra, la nota 3.

tenimento delle Zone Speciali di Conservazione, o per reagire rispetto all'insufficiente protezione di specie e *habitat* in declino a causa di progetti infrastrutturali, pratiche agricole o disboscamento illegale. Infine, con riguardo all'obiettivo del cd. inquinamento zero, l'attività della Commissione si indirizza prevalentemente nella risoluzione di carenze strutturali o sistemiche, come quelle scaturenti dall'insufficienza di misure per il rispetto degli *standard* di qualità dell'aria per i principali inquinanti (PM₁₀, NO₂ e PM_{2,5}), dall'incapacità di garantire la raccolta e il trattamento delle acque reflue urbane; dal mancato rispetto degli obblighi di pianificazione e delle misure relative al rumore e all'inquinamento da nitrati; ovvero dal mancato rispetto delle norme sull'acqua potabile o sul funzionamento degli impianti industriali.

Cospicua appare anche l'azione in tema di cd. *governance* ambientale, segnatamente sotto il profilo dell'attuazione degli strumenti orizzontali funzionali alla sua migliore realizzazione, come le norme sull'accesso alle informazioni, la partecipazione pubblica, l'accesso alla giustizia, le valutazioni ambientali e la responsabilità ambientale¹⁵.

Più recentemente, si assiste all'avvio di procedure in materia di energia, e cioè motivate dal mancato recepimento delle direttive sull'efficienza energetica e sulle energie rinnovabili¹⁶, mentre restano sotto continua attenzione le condotte degli Stati membri non coerenti con gli obiettivi di pesca sostenibile¹⁷.

¹⁵ Per maggiori riferimenti, anche bibliografici, v. ancora F. MUNARI, *Protecting the Environment*, cit., spec. p. 273 ss.

¹⁶ La Commissione ha portato avanti i procedimenti d'infrazione nei confronti di Grecia e Romania per non aver recepito completamente la nuova direttiva sull'efficienza energetica. Ha avviato procedure d'infrazione nei confronti di tutti gli Stati membri per mancato recepimento completo della direttiva sulle energie rinnovabili entro il termine del 30 giugno 2021 (COM (2022) 344final, of 15 July 2022, Communication from the Commission, *Monitoring the application of European Union law 2021 Annual Report*, pp. 5-6).

¹⁷ Nel 2021 l'azione esecutiva della Commissione si è concentrata sulla piena attuazione dell'obbligo di sbarco che impone che le catture di determinate specie di pesce siano portate a bordo dei pescherecci, registrate, sbarcate a terra e conteggiate rispetto alle quote applicabili. La Commissione ha avviato una procedura d'infrazione nei confronti di Belgio, Irlanda, Francia, Spagna e Paesi Bassi per non aver monitorato e fatto rispettare l'obbligo di sbarco. I casi in questione riguardano anche l'inosservanza delle norme dell'UE per prevenire, scoraggiare ed eliminare la pesca illegale, non dichiarata e non regolamentata. La Commissione ha portato

L'*enforcement* della Commissione sulle priorità sopra illustrate ha dato vita a numerose procedure di infrazione: al 2021, circa il 20% di quelle attualmente aperte concernono la materia ambientale¹⁸, ed è un dato che risulta costante nel tempo, a riprova tuttavia anche delle difficoltà nelle quali si imbattono gli Stati membri nel raggiungere gli obiettivi fissati dalle norme UE, tema sul quale spenderemo minime considerazioni conclusive più avanti.

Detto questo, passando ora alla fase contenziosa delle procedure di infrazione in materia ambientale, le fattispecie giunte di recente all'esame della Corte di giustizia hanno interessato i seguenti ambiti: (a) tutela della qualità dell'aria¹⁹; (b) tutela della biodiversità e conservazione degli *habitat*²⁰; (c) tutela delle acque e trattamento delle acque reflue²¹; (d) gestione dei rifiu-

avanti un procedimento d'infrazione nei confronti di Malta per non aver rispettato le norme sul tonno rosso. La Commissione ha avviato una procedura d'infrazione nei confronti di Grecia, Croazia, Italia, Cipro e Romania per non aver definito piani di gestione dello spazio marittimo (cfr. COM (2022) 344final, *Monitoring the application*, cit., pp. 7-8).

¹⁸ Ossia 356 su 1930 procedure (dati sempre tratti da COM (2022) 344final, *Monitoring the application*, cit., p. 30).

¹⁹ Sentenze della Corte del 19 dicembre 2012, causa C-68/11, *Commissione c. Italia*; del 5 aprile 2017, causa C-488/15, *Commissione c. Bulgaria*; del 22 febbraio 2018, causa C-336/16, *Commissione c. Polonia*; del 24 ottobre 2019, causa C-636/18, *Commissione c. Francia*; del 30 aprile 2020, causa C-638/18, *Commissione c. Romania*; del 10 novembre 2020, causa C-644/18, *Commissione c. Italia*; del 4 marzo 2021, causa C-664/18, *Commissione c. Regno Unito*; del 3 giugno 2021, causa C-635/18, *Commissione c. Germania*; del 3 febbraio 2021, causa C-637/18, *Commissione c. Ungheria*. Tra gli Stati membri che la Commissione ha deciso di deferire alla Corte di giustizia figurano: Grecia e Portogallo per la scarsa qualità dell'aria causata dagli elevati livelli di biossido di azoto (NO₂); Slovacchia per le elevate concentrazioni di particolato (PM₁₀); Romania per l'esercizio illecito di impianti industriali (cfr. COM (2022) 344final, *Monitoring the application*, cit., p. 4-5).

²⁰ Sentenze della Corte del 17 aprile 2018, causa C-441/17, *Commissione c. Polonia (Puszcza Białowieska)*; del 5 settembre 2019, causa C-443/18, *Commissione c. Italia (batterio Xylella fastidiosa)*; del 22 giugno 2022, causa C-661/20, *Commissione c. Slovacchia (Protezione del gallo cedrone)*. La Commissione ha deferito Bulgaria e Germania alla Corte di giustizia per non aver tutelato e gestito le aree protette di Natura 2000. La Germania è stata deferita anche per non aver protetto a sufficienza i terreni erbosi ricchi di fiori. Malta è stata deferita alla Corte per aver autorizzato la cattura dei fringillidi protetti (v. sempre COM (2022) 344final, *Monitoring the application*, cit.).

²¹ Sentenze della Corte del 27 febbraio 2020, causa C-298/19, *Commissione c. Grecia*; del 24 giugno 2021, causa C-559/19, *Commissione c. Spagna (Deterioro del Espacio Natural de Doñana)*. Tra gli Stati membri che la Commissione ha deciso di deferire alla CGUE figurano:

ti²². Utile quindi esaminare, a mo' di *case-study*, uno di questi ambiti di intervento.

3. Considerato l'ampio spettro dei settori interessati dall'*enforcement* della Commissione, ai fini del presente lavoro è parso utile concentrare in modo verticale la nostra attenzione su uno dei profili nei quali, a quanto consta, gli Stati membri hanno maggiore difficoltà a conformarsi agli obiettivi dettati dall'Unione. Così, appare particolarmente significativo, anche per capire le ragioni del "confronto" tra Commissione/Unione e Stati membri, l'analisi delle procedure di infrazione avviate sull'inquinamento atmosferico.

Com'è noto, la direttiva 2008/50/CE, prevede, tra l'altro, la fissazione di valori limite per la presenza di determinanti inquinanti nell'aria (PM10, NO2, ecc., art. 13)²³, e l'obbligo, per gli Stati membri, di predisporre, in caso di superamento dei valori limite, piani per la qualità dell'aria volti a far sì che tale periodo di superamento sia il più breve possibile (art. 23)²⁴.

Peraltro, l'obiettivo della qualità dell'aria è, a ben vedere, raggiungibile intervenendo su una numerosissima serie di fattori, e ciò, se da un lato amplia la scelta teoricamente a disposizione degli Stati membri, dall'altro lato rende più difficile individuare quali fattori possono meglio di altri incidere positivamente sulla riduzione delle sostanze nocive. Nei fatti, quindi, un obiettivo apparentemente aggredibile su diversi fronti diventa invece sintomatico di un diffuso e perdurante inadempimento degli Stati membri delle disposizioni contenute nella direttiva 2008/50/CE, come dimostrato dalle numerose procedure di infrazione avviate dalla Commissione e quindi sfociate in giudizi dinanzi alla Corte, che hanno a loro volta dato luogo a una giurisprudenza meritevole di qualche attenzione, e successiva considerazione.

Irlanda e Italia per violazioni relative a sostanze presenti nell'acqua potabile che potrebbero rappresentare un pericolo per la salute; Spagna per la protezione insufficiente delle acque dall'inquinamento da nitrati; Francia, Ungheria e Slovenia per il trattamento delle acque reflue (dati ancora tratti da COM (2022) 344final, *Monitoring the application*, cit.).

²² Sentenza della Corte del 21 marzo 2019, causa C-498/17, *Commissione c. Italia*.

²³ Art. 13, par. 1, direttiva 2008/50/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa alla qualità dell'aria ambiente e per un'aria più pulita in Europa, p. 1-44, il cui testo consolidato è disponibile all'indirizzo: www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02008L0050.

²⁴ Art. 23, par. 1, co. 2, direttiva 2008/50/CE, cit.

Innanzitutto, giova una precisazione sul regime applicabile alla responsabilità degli Stati per inosservanza degli *standard* ambientali di cui trattasi: più precisamente, la Corte ha da sempre precisato che il dato oggettivo dell'inosservanza della norma è circostanza di per sé sufficiente per accertare un'infrazione del diritto dell'Unione, e che l'elemento soggettivo (dolo o colpa) e le eventuali difficoltà incontrate dallo Stato membro, ivi inclusa una peculiare situazione socio-economica²⁵, sono elementi irrilevanti, fino a quando non sia possibile configurare una causa di forza maggiore²⁶. Ergo, il *test* di responsabilità per gli Stati membri è sostanzialmente oggettivo, ed è determinato dal mero superamento dei limiti dei diversi inquinanti previsti dalla direttiva. Si badi: la Corte non censura il mero superamento della soglia limite, che occasionalmente può quindi aversi per ragioni "esogene" che ragionevolmente possono essere al di fuori del controllo degli Stati, ma sanziona come inadempiente quello Stato che non adotta soluzioni idonee a far sì che tale superamento avvenga per il più breve turno di tempo possibile²⁷.

Non solo. Interpretando in modo funzionale il tema della cd. cristallizzazione dell'oggetto del contendere, la Corte consente alla Commissione di ricomprendere nel ricorso dinanzi a sé anche l'inadempimento dello Stato successivo all'invio del parere motivato, quando il superamento dei valori limite nello Stato membro interessato continua²⁸.

²⁵ Cfr. sentenza *Commissione c. Polonia*, causa C-336/16, cit., punto 101; sentenza *Commissione c. Francia*, causa C-636/18, cit., punto 85.

²⁶ Sentenza *Commissione c. Italia*, causa C-68/11, cit., punti 61-64.

²⁷ Sentenza *Commissione c. Germania*, causa C-635/18, cit.; sentenza *Commissione c. Ungheria*, causa C-637/18, cit.

²⁸ Sentenza *Commissione c. Bulgaria*, causa C-488/15, cit.; sentenza *Commissione c. Polonia*, causa C-336/16, cit.; sentenza *Commissione c. Romania*, causa C-638/18, cit. Su queste sentenze cfr. A. RIGAUX, *Recours en manquement - Manquement systématique et persistant*, in *Europe*, 2020, p. 183 ss.; cfr. K. WARD, *ECJ Rules that Poland Failed to Fulfil Obligations under Ambient Air Directive*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2018, p. 372 ss. Viceversa, alla Commissione non è consentito estendere la procedura di infrazione alla violazione di obblighi derivanti da disposizioni sopravvenute che non trovino equivalenti nella versione precedente della direttiva su cui si è basato il parere motivato (cfr. sentenza della Corte del 24 maggio 2011, causa C-52/08, *Commissione c. Portogallo*, punto 42; del 10 settembre 2015, causa C-36/14, *Commissione c. Polonia*, punto 24, nonché, di recente, del 26 giugno 2019, causa C-729/17, *Commissione c. Grecia*, punto 38; del 27 febbraio 2020, causa C-384/18, *Commissione c. Belgio*, punto 20).

Quanto alla sussistenza di ragioni oggettivamente giustificative il superamento dei valori limite che gli Stati membri provano ad adombrare per sfuggire dalla “responsabilità oggettiva” prevista nella direttiva, la giurisprudenza della Corte appare nuovamente rigorosa. In tal senso, è stata ritenuta irrilevante ai fini di giustificare il proprio inadempimento la circostanza dedotta secondo cui esso fosse scaturita dalla violazione commessa da un altro Stato membro²⁹.

Ma ancora più interessante – e meritevole di qualche approfondimento – è la ritenuta impossibilità di giustificare il superamento dei valori limite al fine di non restringere le libertà fondamentali (di circolazione delle merci o delle persone) stabilite dal Trattato FUE³⁰, così come l’irrelevanza di qualsiasi possibile concorso di colpa delle istituzioni dell’Unione, le quali, ad esempio, secondo le prospettazioni degli Stati, non avrebbero fissato valori di emissioni dei veicoli sufficientemente ambiziose, con ciò rendendo quindi più difficile per gli Stati stessi il rispetto dei valori-limite della qualità dell’aria (agendo cioè sugli altri possibili vettori di emissioni)³¹: segnatamente, rispetto all’ipotesi di una negligenza in capo alla Commissione nel proporre norme efficaci per limitare le emissioni di NO₂ da parte dei veicoli a motore diesel, la Corte ha ritenuto che, non essendo questa l’unica fonte di emissioni, lo Stato restasse comunque obbligato al rispetto dell’obbligo di rispettare i valori limite fissati dalla direttiva³².

Il che ci porta tuttavia a una riflessione più rotonda sull’impostazione

²⁹ Sentenza *Commissione c. Regno Unito*, causa C-664/18, cit. Nello stesso ambito, ad evidenziare il collegamento tra *public e private enforcement* si ricorda l’azione avviata dall’ONG Client Earth: cfr. sentenza della Corte del 19 novembre 2014, causa C-404/13, *ClientEarth e Regina contro The Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs*. In argomento, V. ad esempio: A. RYALL, *Enforcing EU Environmental Law against Member States: Air Pollution, National Courts and the Rule of Law*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2015, p. 305 ss.

³⁰ Al riguardo, la posizione della Corte è piuttosto radicata, nel senso di consentire una restrizione di tali libertà “a condizione che non esistano misure meno restrittive della libertà di circolazione alla luce dell’obiettivo così perseguito” (sentenza *Commissione c. Francia*, causa C-636/18, cit., punto 46, e, in precedenza, sentenza della Corte del 21 dicembre 2011, causa C-28/09, *Commissione c. Austria*, punti 117, 138 e 140).

³¹ V. sentenza *Commissione c. Germania*, causa C-635/18, cit.; sentenza *Commissione c. Francia*, causa C-636/18, cit.; sentenza *Commissione c. Italia*, causa C-644/18, cit.

³² Sentenza *Commissione c. Germania*, causa C-635/18, cit.

non solo e non tanto fatta propria dalla Corte, ma in generale sulle questioni relative alla disciplina sulla qualità dell'aria.

Com'è noto, le cause delle emissioni in atmosfera sono massicciamente costituite (oltre il 73%) da energia, trasporti e riscaldamento degli edifici³³. Ciò vale soprattutto nelle città, in cui prevalgono circolazione veicolare e alta densità urbana, e dove - non a caso - si concentrano gran parte delle questioni di fatto oggetto delle infrazioni alla direttiva 2008/50/CE.

Ebbene, l'approccio della Corte - inesorabile nel proprio rigore - evidenzia forse la necessità di un maggiore approfondimento in concreto di questioni ad ampio spettro come la qualità dell'aria rispetto a misure ad essa settoriali. La Corte, in sostanza, ci dice che i già elevati *standard* di emissioni dei veicoli non bastano a garantire il rispetto delle soglie limite generali sull'aria, e che quindi sono necessari altri sforzi sul fronte energetico, su quello della gestione delle emissioni degli abitati urbani, ovvero nuovamente sul traffico veicolare, ma in direzioni diverse e ulteriori rispetto alle norme esistenti sulle emissioni di auto e camion.

E ciò implica anche che - essendo gli Stati in effetti coinvolti nella procedura legislativa unionale - e non essendo l'Unione corresponsabile (nell'ambito di una procedura di infrazione) dell'inadempimento di uno Stato, è quest'ultimo il soggetto il quale, in ultima analisi, deve darsi carico di tutte le scelte necessarie a garantire l'osservanza degli obiettivi della direttiva 2008/50/CE, introducendo direttamente quelle ulteriori misure restrittive dei diritti delle persone (a circolare, a scaldare le proprie case, a usare energia), quali che siano le conseguenze socio-economiche di tali scelte.

Per un ordinamento, come quello unionale, che è già il più avanzato nella tutela ambientale, quanto sopra integra un'ulteriore sfida epocale che è opportuno mettere a fuoco. I limiti del presente lavoro non consentono più larghe considerazioni, e tuttavia si deve quanto meno avvertire che con sempre maggiore intensità la fissazione di obiettivi ambientali di portata generale, come ad esempio l'iconico "*Fit for 55*", nel suo declinarsi in concreto, comportano ricadute sugli Stati membri di momento notevole, la cui gestibilità deve essere valutata probabilmente *ex ante*, sulla scorta di adeguate misu-

³³ Cfr. www.ourworldindata.org/emissions-by-sector#energy-electricity-heat-and-transport-73-2.

razioni e analisi quantitative e scientifiche³⁴, onde poter ipotizzare quali misure siano effettivamente fattibili, con quali tempi, e con quali torsioni nelle condotte e nei diritti economici e sociali di cittadini e imprese.

4. La prassi e la giurisprudenza sopra esaminate confermano che, a fronte di un significativo attivismo della Commissione nell'*enforcement* del diritto ambientale, la risposta della Corte appare conforme. Inoltre, senza un efficace apparato sanzionatorio, è ovvio che l'*enforcement* sarebbe puramente formale³⁵. Ma anche qui, la prassi evidenzia altrettanto rigore.

Detto questo, l'esempio che arriva dalla UE dà conto di una forza sicuramente rilevante, nella misura in cui, nella nostra materia, sono possibili tanto misure cautelari quanto sanzioni definitive, a loro volta articolabili in somme forfetarie e penalità di mora³⁶.

Appare dunque opportuno brevemente soffermarsi su alcuni dei casi più interessanti dal punto di vista delle sanzioni, il primo dei quali appare certamente quello relativo alla foresta di *Białowieża*³⁷.

Nella fattispecie, la Commissione contestava alla Polonia l'inadempimento di determinati obblighi derivanti dalla direttiva "*habitat*"³⁸

³⁴ Sul rapporto tra diritto e conoscenza scientifica, cfr.: F. MUNARI, *Il ruolo della scienza nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di tutela della salute e dell'ambiente*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2017, pp. 129-152; M. BAR, *Scientific Knowledge in Environmental Litigation before Polish Administrative Courts: a Problem of Compliance with EU Law?*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2018, p. 169 ss.; R. CARANTA, *Still Searching for a Reliable Script: Access to Scientific Knowledge in Environmental Litigation in Italy*, *ivi*, p. 158 ss.; M. ELIANTONIO, *The Impact of EU Law on Access to Scientific Knowledge and the Standard of Review in National Environmental Litigation: A Story of Moving Targets and Vague Guidance*, *ivi*, p. 115 ss.

³⁵ Sia al riguardo consentito, anche per riferimenti, il rinvio a F. MUNARI, *Protecting the Environment*, *cit.*

³⁶ Sentenza della Corte del 22 febbraio 2018, causa C-328/16, *Commissione c. Grecia (raccolta delle acque reflue urbane della regione di Thriasio Pedio)*; del 12 novembre 2019, causa C-261/18, *Commissione c. Irlanda (Centrale eolica di Derrybrien)*; sentenza *Commissione c. Grecia*, causa C-298/19, *cit.*

³⁷ Cfr. ordinanza della Corte del 20 novembre 2017, causa C-441/17, *Commissione c. Polonia (Puszcza Białowieża)*. Per un commento v. P. WENNERÅS, *Saving a forest and the rule of law: Commission v. Poland*, in *Common Market Law Review*, vol. 56, 2019, pp. 541-558.

³⁸ Direttiva 92/43/CEE del Consiglio, del 21 maggio 1992, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche ("Direttiva Habitat"),

e dalla direttiva “uccelli”³⁹ per la conservazione della foresta di Białowieska, già designata come sito protetto ai sensi della normativa dell’Unione (sito Natura 2000). Nel 2015, infatti, le autorità polacche avevano approvato un piano di gestione del sito che prevedeva l’abbattimento di una vasta porzione della foresta, ritenuto incompatibile con le norme unionali appena citate sotto diversi profili.

Ritenuta la gravità e urgenza nell’intervenire a tutela dell’ambiente, la Corte non ha avuto esitazioni nell’accogliere la richiesta della Commissione di sospendere in via cautelare l’efficacia di qualunque provvedimento di gestione della foresta adottato dalle autorità polacche, con l’aggiunta di una penalità di mora giornaliera nel caso in cui l’inadempimento fosse proseguito⁴⁰. La pronuncia è interessante anche per la volontà della Corte di fondarla su solidi argomenti tipici della materia ambientale: vengono infatti richiamati i precedenti più importanti in tema di principio di precauzione⁴¹, che nella specie si coniuga con una valutazione in termini di gravità e irreparabilità del danno derivante dal taglio degli alberi, tanto più in assenza di prove soddisfacenti in ordine alla necessità (invocata dallo Stato polacco) di contrastare la diffusione di un parassita⁴².

Detto questo, l’architrave su cui la Corte fonda la propria decisione mira soprattutto a consolidare un uso “forte” e generale dell’art. 279 TFUE⁴³, in

il cui testo consolidato è disponibile all’indirizzo www.eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:01992L0043-20130701.

³⁹ Direttiva 2009/147/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 novembre 2009, concernente la conservazione degli uccelli selvatici (“Direttiva Uccelli”), www.eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:02009L0147-20190626.

⁴⁰ I provvedimenti provvisori erano già stati disposti con l’ordinanza del vicepresidente della Corte del 27 luglio 2017, poi confermati nel merito con sentenza della Corte del 17 aprile 2018, causa C-441/17, *Commissione c. Polonia (Puszcza Białowieska)*.

⁴¹ Cfr. ordinanza del presidente della Corte del 10 dicembre 2009, causa C-573/08, *Commissione c. Italia*; nonché, più in generale, i casi Mucca Pazza e Xylella, sentenza della Corte del 5 maggio 1998, causa C-180/96, *Regno Unito c. Commissione (Malattia “della mucca pazza”)*; del 9 giugno 2016, cause riunite C-78/16 e C-79/16, *Pesce et al. c. Presidenza del Consiglio dei Ministri*.

⁴² Ordinanza *Commissione c. Polonia*, cit., punti 43-47 e 59, nonché 62 ss., spec. 79.

⁴³ Art. 279 TFUE: “La Corte di giustizia dell’Unione europea, negli affari che le sono proposti, può ordinare i provvedimenti provvisori necessari”. Sulla tutela cautelare, cfr. M. F. ORZAN, *The Provisional Features of Interim Relief Before the Court of Justice of the European Union*, in F. M.

modo da poter essere applicato nel senso di conferire alla stessa Corte la competenza a imporre qualsiasi provvedimento provvisorio che ritenga necessario per garantire la piena efficacia della decisione definitiva⁴⁴, con conseguente potere di prescrivere qualsiasi misura diretta a far osservare l'ordinanza cautelare, inclusa l'imposizione di una penalità di mora nel caso in cui la parte interessata non ottemperi all'ingiunzione⁴⁵. Ed è su questa disposizione, quindi, che la Corte fonda il proprio potere sanzionatorio, arricchendo gli strumenti sanzionatori a disposizione della medesima, in aggiunta quindi anche alle sanzioni prescritte dall'art. 260 TFUE. Non sfugge, pertanto, che in tal modo si irrobustisce significativamente l'*enforcement* del diritto ambientale (e non solo) UE, rispetto al paradigma tipico delle procedure di infrazione, in cui prima della sanzione la Commissione deve introdurre preliminarmente un ricorso per inadempimento. Solo in caso di suo accoglimento da parte della Corte e di reiterata inosservanza della sentenza la Commissione ha facoltà di chiedere alla Corte di irrogare sanzioni *ex art. 260 TFUE*⁴⁶.

L'altro caso interessante ai fini del presente contributo è quello della *Miniera di Turów*⁴⁷. Ancora una volta, la Corte agisce in via cautelare, addirittura, e a quanto consta per la prima volta, su richiesta di un altro Stato membro (la Repubblica Ceca) *ex art. 259 TFUE*, che viene letto nuovamente in combinato disposto con l'art. 279 TFUE citato, e non con l'art. 260 TFUE, nell'ottica, del tutto persuasiva, secondo cui se gli Stati membri hanno piena legittimazione a proporre il giudizio sull'inadempimento (principale), occorre riconoscerne parimenti la legittimazione a chiedere le misure cautelari⁴⁸.

PALOMBINO, R. VIRZO, G. ZARRA (eds.), *Provisional Measures Issued by International Courts and Tribunals*, 2021, The Hague, p. 199 ss.; M. CONDINANZI, *La protezione giurisdizionale cautelare avanti al Giudice dell'Unione europea: l'efficacia e l'equilibrio*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 190 ss.; K. LENAERTS, M. RADLEY, *Recent Case-law of the European Court of Justice in Interim Measures Cases*, in *European Law Reporter*, 2016, p. 2 ss.

⁴⁴ Ordinanza *Commissione c. Polonia*, cit., punto 97.

⁴⁵ *Ibidem*, punto 100.

⁴⁶ *Ibidem*, punti 101-102.

⁴⁷ Ordinanza del vicepresidente della Corte del 20 settembre 2021, C-121/21 R, *Commissione c. Polonia (Miniera di Turów)*. Sul provvedimento cfr. G. D'AGNONE, *La Corte di giustizia condanna la Polonia al pagamento di una penalità di mora per non aver osservato le misure cautelari emesse riguardo alla miniera di lignite di Turów*, in *BlogDUE*, 13 ottobre 2021.

⁴⁸ Al riguardo, anche l'interpretazione letterale del regolamento di procedura della Corte

Detto questo, l'art. 260 TFUE, e in particolare il suo par. 2, vengono invece utilizzati dalla Corte di giustizia per fondare l'ampia discrezionalità della medesima nella fissazione della sanzione, a fronte della misura proposta dallo Stato membro. Sono ripresi, al riguardo, i classici criteri di adeguatezza, proporzionalità e capacità finanziaria dello Stato membro destinatario della sanzione⁴⁹, in coerenza con la consolidata giurisprudenza unionale in materia⁵⁰.

Oltre all'attivismo della Corte rispetto all'uso delle sanzioni in via cautelare, importante è parimenti il profilo del cumulo tra penalità di mora e somma forfettaria nell'ambito di procedimenti *ex art. 260, par. 2, TFUE* adottati in materia ambientale. A valle del risalente e "storico" caso *Commissione c. Francia*⁵¹, anch'esso relativo alla tutela ambientale e nella specie delle risorse biologiche del mare, lo stato dell'arte *in subiecta materia* ci pare ricostruibile alla luce di due casi più recenti, il primo dei quali concernente le carenze dei sistemi di raccolta delle acque reflue urbane della regione di Thriasio Pedio in Grecia⁵².

Ferma la discrezionalità della Corte nella decisione di irrogare cumulativamente la somma forfettaria e la penalità giornaliera, alla luce sia delle caratteristiche dell'inadempimento, sia della condotta dello Stato membro successiva all'accertamento dell'inadempimento *ex art. 260 TFUE*⁵³, la Corte tuttavia chiarisce che "*l'imposizione di una penalità è giustificata, in linea di principio, soltanto se l'inadempimento relativo alla mancata esecuzione della precedente sentenza perdura fino all'esame dei fatti da parte della Corte*"⁵⁴.

di giustizia depone a favore di questa impostazione (v. art. 160, par. 2, del regolamento di procedura della Corte: "chi è parte in una causa pendente dinanzi alla Corte"). Per un commento, si veda: M. F. ORZAN, *Commento artt. 160-162 del Regolamento di procedura della Corte di giustizia*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI (a cura di), *Le regole del processo davanti al giudice dell'Unione europea*, Napoli, 2017, p. 817 ss.

⁴⁹ Ordinanza *Commissione c. Polonia (Miniera di Turów)*, cit., punto 50.

⁵⁰ La Corte, infatti, richiama la sentenza del 12 novembre 2020, causa C-842/19, *Commissione c. Belgio (Redditi immobiliari stranieri)*, punti 63 e 64. In argomento, si veda anche: sentenza della Corte del 4 luglio 2000, C-387/97, *Commissione c. Grecia*, punto 92.

⁵¹ Sentenza della Corte del 12 luglio 2005, causa C-304/02, *Commissione c. Francia*.

⁵² Sentenza *Commissione c. Grecia*, causa C-328/16, cit.

⁵³ Sentenza *Commissione c. Grecia*, causa C-328/16, cit., punti 116 e 117, che a sua volta richiama sentenza della Corte del 22 giugno 2016, *Commissione c. Portogallo*, causa C-557/14, punti 91-92.

⁵⁴ Sentenza *Commissione c. Grecia*, causa C-328/16, cit., punto 82.

In relazione poi al *quantum*, rilevano i criteri richiamati poc'anzi, ossia adeguatezza e proporzionalità, tenuto conto in particolare di tre fattori: (a) la gravità dell'infrazione, (b) la sua durata, e (c) la capacità finanziaria dello Stato membro inadempiente, misurata tenuto conto dell'evoluzione recente del suo prodotto interno lordo (PIL). Viceversa, e ancora una volta confermando quella sorta di "responsabilità oggettiva" dello Stato membro di cui abbiamo già parlato, la Corte esclude che possa agire come fattore diminutivo della sanzione la sussistenza di difficoltà interne allo stesso nel dare esecuzione alla sentenza⁵⁵, mentre rilevano eventuali difficoltà economiche in cui versa lo Stato membro⁵⁶ e la presenza di circostanze attenuanti ai fini del calcolo della sanzione⁵⁷.

L'altro caso meritevole di attenzione è quello riguardante la *Centrale eolica di Derrybrien*⁵⁸, avente ad oggetto la sanzione nei confronti dell'Irlanda per aver mancato all'obbligo di effettuare una valutazione di impatto ambientale – già in precedenza accertato⁵⁹ – rispetto alla costruzione di una centrale eolica.

Qui la Corte non ha minimamente apprezzato la circostanza che si trattasse di un impianto produttivo di energia rinnovabile, né che tale impianto fosse ormai da tempo in funzione, e ha comminato il pagamento sia di una somma forfettaria⁶⁰, sia di una penalità di mora⁶¹, ritenendo comunque l'infrazione grave in quanto inosservata per 11 anni⁶², e in tal senso contra-

⁵⁵ Sentenza *Commissione c. Grecia*, causa C-328/16, cit., punto 124, che richiama il principio secondo cui uno Stato membro non può eccepire difficoltà di ordine interno per giustificare la mancata osservanza degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione.

⁵⁶ Nel caso di specie la Corte ha optato per una penalità digressiva, determinata fissando un importo massimo semestrale e lasciando alla Commissione il potere di ridurne l'ammontare in proporzione ai progressi registrati dalle autorità nazionali nel completamento dei sistemi di trattamento delle acque reflue (sentenza *Commissione c. Grecia*, causa C-328/16, cit., punti 103-108).

⁵⁷ Alcuni lavori erano stati ritardati dalla presenza di resti archeologici (sentenza *Commissione c. Grecia*, causa C-328/16, cit. punti 96-101).

⁵⁸ Sentenza *Centrale eolica di Derrybrien*, cit., ancora richiamata di recente dalla sentenza *Commissione c. Grecia*, causa C-298/19, cit.

⁵⁹ Sentenza della Corte del 3 luglio 2008, causa C-215/06, *Commissione c. Irlanda*.

⁶⁰ Cfr. sentenza *Centrale eolica di Derrybrien*, cit., punto 111 ss.

⁶¹ *Ibidem*, punti 126 ss.

⁶² Cfr. Anche sentenza della Corte del 28 febbraio 2012, causa C-41/11, *Inter- Environ-*

stante anche col principio di leale cooperazione, che impone allo Stato membro di porre rimedio all'infrazione “*nel più breve tempo possibile*”⁶³. Quanto alla determinazione della penalità di mora, la Corte sottolinea le “*conseguenze della mancata esecuzione sugli interessi privati e pubblici nonché dell'urgenza che lo Stato membro interessato si conformi ai propri obblighi*”⁶⁴.

Questa significativa varietà di forme con le quali l'*enforcement* sul piano sanzionatorio viene accolto dalla Corte spinge quindi a ritenerne legittima una sua modulazione molto articolata, e suscettibile quindi di misure *tailor made* in funzione delle specifiche caratteristiche dei singoli casi. Ne è un esempio il recente ricorso *ex art. 260, par. 2, TFUE* presentato dalla Commissione nei confronti della Bulgaria per la violazione delle norme in materia di prevenzione dell'inquinamento atmosferico, in cui si chiede alla Corte di disporre il pagamento di una somma forfettaria minima e, in aggiunta, una penalità di mora calcolata da moltiplicare per ciascuna delle zone interessate dal superamento dei valori limite di qualità dell'aria⁶⁵. Vedremo al riguardo cosa ne penserà la Corte.

Ciò premesso, la sintesi che possiamo trarre dalla rassegna appena ricordata è quella di un forte richiamo all'osservanza delle norme ambientali da parte degli Stati membri, suscettibile di attuazione molto rigorosa e al contempo attuata secondo criteri discrezionali quanto dissuasivi.

In quest'ottica, parrebbe anche difficile assumere che la discrezionalità della Corte (e della stessa Commissione nel proporre le sanzioni) sia censurabile sotto il profilo della certezza della pena, o in generale della prevedibilità della stessa: vero è che molto spesso, in materia ambientale, sono difficilmente quantificabili anche i costi dell'adempimento, ovvero, per usare un'espressione più attuale, della “transizione ecologica”.

In questa prospettiva, la relativa indeterminatezza della sanzione mi pare comporti un ulteriore elemento di deterrenza rispetto alla violazione degli *standard* ambientali posti dal diritto UE in capo agli Stati membri. E sotto questo profilo, quindi, pare aumentare l'efficacia dell'*enforcement*.

nement Wallonie e Terre wallonne, punto 57. Si ricorda, peraltro, che nel caso di violazione dell'obbligo di valutazione dell'impatto ambientale, il diritto dell'Unione impone agli Stati membri di eliminare almeno le conseguenze illecite che ne derivano: sentenze della Corte del 26 luglio 2017, cause riunite C-196/16 e C-197/16, *Comune di Corridonia e a.*, punto 35.

⁶³ *Ibidem*, punto 120.

⁶⁴ Sentenza *Centrale eolica di Derrybrien*, cit., punto 133.

⁶⁵ Causa C-174/21, *Commissione c. Bulgaria*, ricorso depositato il 21 marzo 2021.

5. Se le procedure di infrazione sono un *unicum* nel panorama dell'*enforcement* ambientale, non altrettanto può dirsi per le azioni giudiziarie volte a far sindacare dal giudice la violazione di norme ambientali. In sé, peraltro, la circostanza che vi sia un controllo giurisdizionale di fronte alla violazione di regole ambientali non è né una novità, né desta particolare scalpore, essendo immanente alla stessa funzione del giudice. Con l'eccezione di succinte considerazioni sulle norme penali unionali a protezione dell'ambiente, non ci pare quindi il caso di riferirne in generale in questa sede, se non dando atto della circostanza secondo cui, ferma l'origine unionale di moltissime norme ambientali, la loro trasposizione negli ordinamenti nazionali è idonea a determinare obblighi o divieti in capo ai destinatari delle norme, la cui eventuale violazione viene sanzionata dinanzi ai giudici, siano essi civili, amministrativi o penali.

Ben diverso rilievo invece ha la giurisdizione che viene attivata per domandare "tutela" giurisdizionale rispetto alla prospettiva di una insufficiente azione dei poteri pubblici per fronteggiare il cambiamento climatico. Qui, infatti, si chiede al giudice di individuare "rimedi" nei confronti di "traiettorie" dell'attività umana, e a monte delle regole che dovrebbero governarla, asseritamente incapaci di salvare il pianeta rispetto agli sconvolgimenti del clima.

I limiti del presente lavoro escludono purtroppo di poter affrontare con la dovuta attenzione aspetti pur fondamentali che restano sullo sfondo di queste domande giudiziali, e che dovrebbero essere risolte prima di capire se davvero simili pretese siano effettivamente giustiziabili. *In primo luogo*, quando esse non chiedono al giudice di accertare la violazione di norme, bensì, e al massimo di principi/obiettivi molto ampi, come il raggiungimento del notorio limite di aumento delle temperature rispetto all'era pre-industriale fissato dall'Accordo di Parigi⁶⁶; *in secondo luogo*, perché questo obiettivo è raggiungibile solo se vengono messe in atto innumerevoli iniziative, e soprattutto se ciò avviene da parte della globalità degli Stati, sia pur con diversi gradi di efficacia e di responsabilità; *in terzo luogo*, nella misura in

⁶⁶ Cfr. l'art. 2.1, lett (a) dell'Accordo di Parigi del 12 dicembre 2015, disponibile su www.unfccc.int/files/essential_background/convention/application/pdf/english_paris_agreement.pdf.

cui, come da tempo si è evidenziato⁶⁷, non è possibile raggiungere obiettivi ambientali senza coartare diritti esistenti, ciò che rende quindi assai più complesso il tema della tutela giurisdizionale; *in quarto luogo*, perché autorevoli studiosi non giuristi di questi problemi – pur sottolineando la necessità di modificare i paradigmi dell'agire umano (e dunque delle regole che lo governano) – non hanno alcuna pretesa, a differenza dell'impostazione di troppi giuristi, di individuare “la” traiettoria in grado di salvare il pianeta dal riscaldamento globale, proponendo piuttosto un'ampia gamma di percorsi, ciascuno dei quali, di per sé anche minimale, può concorrere al raggiungimento di risultati ambiziosi⁶⁸.

Vero che, rispetto al primo degli argomenti schematizzati sopra, una lettura alternativa all'azione giurisdizionale in assenza di norme violate potrebbe essere quella di sanzionare l'omessa adozione di norme contro il cambiamento climatico, assumendo l'esistenza di un obbligo a farlo. Ma anche in questo caso, pur condividendo l'indefettibile necessità di... fare qualcosa, e in disparte dalla considerazione secondo cui a questo “obbligo” sono chiamate tanto le istituzioni e gli Stati, quanto ciascun individuo (cui quindi dovrebbe essere identicamente imputata la pretesa... responsabilità da omissione), restano comunque evidenti (a) sia l'enorme varietà di azioni astrattamente disponibili, e di correlativi diritti comprimibili, (b) sia l'assoluta doverosità di calcolare l'impatto e l'efficacia delle azioni da compiere in una sorta di bilanciamento tra esse e i diritti che le stesse andranno a modificare, (c) sia, infine, la circostanza che queste scelte non sono tipiche del giudice.

Fatta questa necessaria premessa, cerchiamo di comprendere quali situazioni possono astrattamente venire in rilievo al livello dell'ordinamento UE, e quali soluzioni sono state date in particolare a questa...domanda di giustizia da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea.

6. Il tema dell'*enforcement* del diritto ambientale attraverso le azioni giudiziarie dei privati è al centro di un ampio dibattito a seguito di alcune pronunce dei giudici degli Stati membri in relazione a fattispecie di cd. con-

⁶⁷ V. sopra, nota 2.

⁶⁸ V. ad esempio il recentissimo saggio di V. SMIL, *Crescita. Dai microrganismi alle megacittà*, Milano, 2022, ma indicazioni non dissimili si debbono trarre anche da D. H. MEADOWS, D. L. MEADOWS, J. RANDERS, *op. cit.*

tenzioso climatico⁶⁹, fra tutte quelle della Corte suprema olandese (*Hoge Raad*) nel noto caso *Urgenda*⁷⁰ e l'ordinanza della Corte costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*)⁷¹.

Nel diritto dell'Unione, in astratto l'azione "parallela" a quelle poc'anzi accennate appare quella dal ricorso per annullamento *ex art.* 263 TFUE, in relazione al quale, tuttavia, si scontano le note limitazioni alla legittimazione attiva indicate al quarto comma della norma nei confronti dei cd. ricorrenti non privilegiati. Tali significative preclusioni sono bilanciate solo in piccola parte dalla possibilità di adire la Corte in via indiretta, ossia attraverso rinvii pregiudiziali di validità, e non solo perché è necessario poter disporre di un giudizio *a quo*, ipotesi, questa, non sempre di agevole reperimento.

Il caso senz'altro più interessante ai nostri fini è dato dalla sentenza *Carvalho*, che origina da un ricorso proposto da alcuni individui, cittadini dell'Unione e non, operanti nel settore dell'agricoltura e del turismo e da

⁶⁹ Per un inquadramento generale sul tema, V. M. DELSIGNORE, *Il contenzioso climatico dal 2015 ad oggi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 2, 2022, p. 265 ss.; S. VALAGUZZA, *Liti strategiche: il contenzioso climatico salverà il pianeta?*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 2, 2021, p. 294 ss.; F. FORNASARI, *La struttura della tutela inibitoria ed i suoi possibili utilizzi nel contrasto al cambiamento climatico*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 6, 2021, p. 2061 ss. Negli USA, cfr. U.S. Department of Justice, *Comprehensive environmental justice enforcement strategy*, Memorandum May 5, 2022; J. BONINE, *Removing barriers to justice in environmental litigation*, in *Rutgers International Law and Human Rights Journal*, vol. 1, 2021, pp. 100-129.

⁷⁰ *Hoge Raad* (Netherlands Supreme Court) 20 December 2019, *Urgenda v The State of the Netherlands*, www.uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2019:2007. Per un commento, si veda: L. BESSELINK, *The National and EU Targets for Reduction of Greenhouse Gas Emissions Infringe the ECHR: The Judicial Review of General Policy Objectives*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 18, 2022, pp. 155-182; J. KROMMENDIJK, *Beyond Urgenda: The role of the ECHR and judgments of the ECtHR in Dutch environmental and climate litigation*, in *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 2021, p. 60 ss.; M. MEGURO, *State of The Netherlands v. Urgenda Foundation*, in *American Journal of International Law*, 2020, p. 730 ss.; E. GUARNA ASSANTI, *Il ruolo innovativo del contenzioso climatico tra legittimazione ad agire e separazione dei poteri dello Stato. Riflessioni a partire dal caso Urgenda*, in *federalismi.it*, n. 17, 2021, p. 66 ss.

⁷¹ *Bundesverfassungsgericht*, ordinanza del 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18, www.bverfg.de/e/rs20210324_1bvr265618en.html. In dottrina, V. R. KRÄMER-HOPPE, *The Climate Protection Order of the Federal Constitutional Court of Germany and the North-South Divide*, in *German Law Journal*, vol. 22, 2021, pp. 1393-1408.

un'associazione ambientalista svedese, e avente ad oggetto il pacchetto normativo adottato dall'Unione nel 2018 per la riduzione delle emissioni di gas serra⁷². In particolare, i ricorrenti lamentavano lesioni individuali derivanti dall'incidenza dei cambiamenti climatici sulle rispettive attività, e chiedevano di annullare le disposizioni in esame nella parte in cui fissavano un obiettivo di riduzione delle emissioni (40% entro il 2030 rispetto ai valori del 1990) giudicato insufficiente. Nell'ambito di una parallela domanda di risarcimento danni, domandavano altresì alla Corte di ordinare al legislatore unionale di introdurre obiettivi più stringenti (riduzione del 50-60%).

Il ricorso è stato presentato sull'onda emotiva generata dal caso *Urgenda*: tuttavia, prima il Tribunale⁷³ e poi la Corte⁷⁴ lo hanno dichiarato irricevibile, in conformità alla propria giurisprudenza sulla legittimazione attiva dei ricorrenti individuali: la questione, infatti, verteva sul requisito dell'incidenza diretta degli atti legislativi impugnati.

Detto questo, al di là della preclusione processuale determinata dalle disposizioni del Trattato, alcuni spunti interessanti sembrano potersi trarre dalle motivazioni date dai giudici dell'Unione. Così, innanzitutto, rispetto ai *caveat* che abbiamo cercato di elencare nel precedente paragrafo, meritano un plauso le considerazioni svolte dal Tribunale, secondo cui, sebbene i cambiamenti climatici producano effetti differenti a seconda del soggetto interes-

⁷² Tale pacchetto normativo contiene (a) la direttiva (UE) 2018/410 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 marzo 2018, che modifica la direttiva 2003/87/CE per sostenere una riduzione delle emissioni più efficace sotto il profilo dei costi e promuovere investimenti a favore di basse emissioni di carbonio e la decisione (UE) 2015/1814; (b) il regolamento (UE) 2018/842 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2018, relativo alle riduzioni annuali vincolanti delle emissioni di gas serra a carico degli Stati membri nel periodo 2021-2030 come contributo all'azione per il clima per onorare gli impegni assunti a norma dell'accordo di Parigi e recante modifica del regolamento (UE) n. 525/2013; (c) il regolamento (UE) 2018/841 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2018, relativo all'inclusione delle emissioni e degli assorbimenti di gas a effetto serra risultanti dall'uso del suolo, dal cambiamento di uso del suolo e dalla silvicoltura nel quadro 2030 per il clima e l'energia, e recante modifica del regolamento (UE) n. 525/2013 e della decisione 529/2013/UE.

⁷³ Ordinanza del Tribunale dell'8 maggio 2019, causa T-330/18, *Carvalho e a. c. Parlamento e Consiglio*.

⁷⁴ Sentenza della Corte del 25 marzo 2021, causa C-565/19 P, *Carvalho e a. c. Parlamento e Consiglio*.

sato, ciò non implica che, per tale motivo, tali soggetti abbiano rispetto ad essi un impatto “individuale” idoneo a conferire loro legittimazione ad agire contro una misura di applicazione generale⁷⁵. Un diverso approccio avrebbe infatti la conseguenza di privare della loro essenza i requisiti sanciti dall’art. 263 TFUE e di creare un diritto ad agire per tutti⁷⁶.

A non diverse conclusioni giunge la Corte, secondo cui non basta affermare che un atto dell’Unione viola i diritti fondamentali a rendere ricevibile il ricorso di un privato. Pertanto, il giudice dell’Unione non può, a meno di oltrepassare la sua competenza, interpretare tali requisiti in maniera tale da finire con il discostarsi da quanto espressamente previsto dal TFUE, neanche alla luce del diritto fondamentale a una tutela giurisdizionale effettiva sancita dalla CDFUE⁷⁷.

La risposta della giurisprudenza unionale alla... domanda di giustizia di cittadini e associazioni rispetto al cambiamento climatico, usa certamente il filtro dell’art. 263, quarto comma, TFUE, ma raggiunge a mio avviso un risultato sostanziale più rilevante, nel senso di indicare come un ordinamento pur certamente molto attento alla difesa e alla promozione dell’ambiente, come quello UE, quando tratta di cambiamento climatico separa i ruoli del

⁷⁵ Ordinanza *Carvalho*, cit., punto 50: “It is true that every individual is likely to be affected one way or another by climate change, that issue being recognised by the European Union and the Member States who have, as a result, committed to reducing emissions. However, the fact that the effects of climate change may be different for one person than they are for another does not mean that, for that reason, there exists standing to bring an action against a measure of general application. [...] a different approach would have the result of rendering the requirements of the fourth paragraph of Article 263 TFEU meaningless and of creating locus standi for all without the criterion of individual concern within the meaning of the case-law resulting from the judgment of 15 July 1963, *Plaumann v Commission* (25/62, EU:C:1963:17), being fulfilled”.

⁷⁶ Ordinanza *Carvalho*, cit., punto 52: “As regards the applicants’ argument that the interpretation of the concept of ‘individual concern’ referred to in the fourth paragraph of Article 263 TFEU is incompatible with the fundamental right to effective judicial protection inasmuch as it results in a directly applicable regulation being virtually immune to judicial review, it should be pointed out that the protection conferred by Article 47 of the Charter of Fundamental Rights does not require that an individual should have an unconditional entitlement to bring an action for annulment of such a legislative act of the Union directly before the Courts of the European Union”.

⁷⁷ Sentenza *Carvalho*, cit., punto 69.

giudice e del legislatore. Si conferma quindi che, proprio per l'estrema complessità dell'argomento, la strada giudiziaria non è un percorso adatto, e il "pungolo" che può provenire dalla giurisdizione rischia di snaturare il ruolo del giudice, trasformandolo in una sorta di "tribuno" pur autorevole, ma in definitiva fuorviante: a livello globale, l'Unione è già l'ordinamento più avanzato in materia di ambiente e di cambiamenti climatici, e cioè di riposizionamento complessivo delle condotte umane, e dei diritti che ne consentono o ne regolano lo svolgimento. In questa prospettiva, chiedere... di più all'Unione mediante un giudice implica pretendere che questo riposizionamento avvenga in modo diverso rispetto a quanto deciso a livello legislativo, incidendo sulla stessa scala di valori alla base di ogni scelta ambientale. Lungo questa prospettiva, ad esempio, i vegetariani potrebbero pretendere che il giudice si pronunci sul bando del consumo di proteine animali per l'impatto degli allevamenti sulle emissioni di gas serra, o i ciclisti potrebbero chiedere a un altro giudice la cessazione della circolazione dei veicoli a motore, finanche elettrico, nell'ottica di azzerare le emissioni scaturenti dal settore automobilistico.

In questi termini, ci pare ovvio che un giudice non possa sostituirsi al legislatore in queste valutazioni. E sotto questo profilo, per lo meno fino a quando l'Unione rimane nel gruppo di testa degli ordinamenti che tutelano e promuovono la qualità dell'ambiente, lo sbarramento offerto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea merita condivisione. Sbarramento che, per inciso, non sussiste affatto quando invece si tratta di garantire anche agli individui, o alle associazioni ambientaliste, diritti previsti effettivamente dall'ordinamento UE, come è il caso della cd. democrazia ambientale scolpita nella Convenzione di Aarhus e nella disciplina di diritto derivato rilevante al riguardo⁷⁸.

Le considerazioni che precedono valgono anche rispetto all'altro strumento teoricamente disponibile nel sistema di tutela giurisdizionale offerto dai trattati, e cioè il ricorso in carenza *ex art. 265 TFUE*. Al di là dei requisiti stringenti elaborati dalla giurisprudenza onde rendere ammissibili questi ricorsi⁷⁹, riesce difficile immaginare che, salve situazioni davvero specifiche, a

⁷⁸ Cfr. ad esempio, il recente caso del Tribunale UE del 27 gennaio 2021, causa T-9/19, *ClientEarth c. BEI*.

⁷⁹ V. ad esempio le sentenze del 15 settembre 1998, causa T-95/96 *Gestevisión Telecinco*

loro volta giustificate dal contenuto di norme di diritto derivato eventualmente applicabili⁸⁰, si possano azionare dinanzi alla Corte “omissioni” delle istituzioni dell’Unione rispetto all’adozione di norme in tema di cambiamento climatico, e in generale ambientale. Anche qui, a mio avviso, la discrezionalità del legislatore sembra immune dalla possibilità di inoltrare dinanzi ai giudici censure specifiche da parte di soggetti individuali, volte a imporre attività normativa alle istituzioni legislative dell’Unione.

7. L’aspetto “naturale” del *private enforcement* è costituito dalle azioni di risarcimento per danni. E nel contesto di cui al presente lavoro esso si connota nella necessità di verificare a quale punto si trova il fenomeno delle azioni risarcitorie dei singoli rispetto a violazioni del diritto ambientale UE imputabili agli Stati membri. Violazioni di norme, quindi, e per intenderci, e non di “principi” od “obiettivi” nel senso accennato al precedente par. 5.

Posto che, in linea astratta, e come diremo, sussistendone i presupposti, la fattispecie non appare affatto diversa da quelle ricomprese sotto la teorica *Francovich* e progenie⁸¹, al momento in cui si scrive non sono intervenute pronunce della Corte, ma si tratta solo di attendere poco tempo, visto che un caso pilota è pendente ed è già stato oggetto delle conclusioni dell’A.G. Kokott, nelle quali si riscontrano più che interessanti aperture rispetto all’esperibilità di simili azioni⁸².

La fattispecie del caso *JP c. Ministre de la Transition écologique e Premier ministre*, di prossima decisione, concerne una richiesta di risarcimento avanzata da un abitante dell’area urbana di Parigi nei confronti dello Stato francese per i danni alla salute connessi al mancato rispetto, per almeno un de-

c. Commissione, punto 71; del 19 maggio 2011, causa T-423/07, *Ryanair c. Commissione*; del 26 settembre 2013, causa T-164/10, *Pioneer Hi-Bred International c. Commissione*.

⁸⁰ Una delle quali è proprio quella del caso *Pioneer Hi-Bred International*, cit.

⁸¹ Sentenze della Corte del 9 novembre 1995, causa C-479/93, *Francovich et al. c. Italia*; del 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur e Factortame*; del 24 novembre 2011, causa C-379/10, *Commissione c. Italia*, nonché, di recente, del 28 giugno 2022, causa C-278/20, *Commissione c. Spagna (violazione del diritto dell’Unione imputabile al legislatore)*. Per approfondire, si veda: A. BIONDI, *The Right to Damages in European Law*, Alphen aan den Rijn, 2009; A. DI MARCO, *La responsabilità extracontrattuale dello Stato per violazioni del diritto dell’UE*, Napoli, 2017.

⁸² V. sopra, nota 7.

cennio, dei valori limite di inquinamento atmosferico imposti a quest'ultimo dal diritto dell'Unione.

Ai fini dell'ammissibilità della richiesta, debbono quindi ripercorrersi i noti passaggi della consolidata giurisprudenza della Corte al riguardo, muovendo innanzitutto dalla verifica se le disposizioni unionali che prevedono i suddetti valori limite attribuiscono diritti ai singoli. Sul punto, la risposta che viene data dall'A.G. Kokott è positiva⁸³, per diverse ragioni: (a) le norme di cui trattasi impongono agli Stati membri un obbligo, specifico e direttamente applicabile, di prevenire il superamento dei valori limite e, in via autonoma, di predisporre piani per la qualità dell'aria qualora tali valori siano superati⁸⁴; (b) queste norme mirano a tutelare la salute umana in conformità al principio dell'elevato livello di tutela di cui agli artt. 3.3 TUE e 191.1-2 TFUE, nonché dei principi di precauzione e di azione preventiva (cfr. anche artt. 2, 3 e 37 CDFUE)⁸⁵. Al riguardo, giova sottolineare che, nella ricostruzione di un diritto individuale alla salute, in coerenza con la natura "completa" del sistema di tutela giurisdizionale approntato a livello di Unione europea viene espressamente dato rilievo a sentenze pronunciate nell'ambito di procedure di infrazione⁸⁶ e di rinvii pregiudiziali⁸⁷, dalle quali si era ritenuto astrattamente configurabile che le disposizioni delle direttive sulla qualità dell'aria fossero capaci di attribuire diritti ai singoli⁸⁸; (c) la cerchia delle persone effettiva-

⁸³ Conclusioni Kokott alla causa *JP c. Ministre de la Transition écologique e Premier ministre*, cit., punto 33 ss.

⁸⁴ *Ibidem*, punto 36 ss., spec. 55-69 in relazione alla direttiva 2008/50, cit.

⁸⁵ *Ibidem*, punto 73.

⁸⁶ Sentenze della Corte del 30 maggio 1991, causa C-361/88, *Commissione c. Germania (biossido di zolfo e particelle in sospensione)*, e causa C-59/89, *Commissione c. Germania (piombo)*; v., anche, sentenza della Corte del 17 ottobre 1991, causa C-58/89, *Commissione c. Germania (acqua potabile)*.

⁸⁷ Sentenze della Corte del 25 luglio 2008, causa C-237/07, *Janeček*, punti 37 e 38; del 19 novembre 2014, causa C-404/13, *ClientEarth*, punto 54; del 26 giugno 2019, causa C-723/17, *Craeynest e a.*, punti 53-54 nonché del 19 dicembre 2019, causa C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe*, punto 38.

⁸⁸ Conclusioni Kokott alla causa *JP c. Ministre de la Transition écologique e Premier ministre*, cit., punto 78. Cfr. anche punto 87: "le norme relative alla protezione della qualità dell'aria sono state fondate sulla competenza dell'Unione in materia ambientale ed hanno quindi necessariamente come obiettivo, ai sensi dell'articolo 191 TFUE, un livello elevato di protezione della salute umana". In quest'ottica, è interessante anche sottolineare che tale con-

mente interessate non è così ampia da comprendere la quasi totalità degli abitanti degli Stati membri coinvolti, sicché non varrebbe l'argomento degli Stati secondo cui, alla fine, simili azioni avrebbero quale conseguenza un risarcimento reciproco finanziato mediante l'imposizione fiscale⁸⁹.

Ciò premesso, nel test funzionale alla risarcibilità del danno per violazione del diritto UE il secondo passaggio, com'è noto, è quello della sussistenza di una violazione sufficientemente caratterizzata. Il tema qui appare più delicato, e merita un'analisi caso per caso, nella quale, ad esempio, potrebbe rilevare non tanto o non soltanto il superamento in sé dei valori limite, anche per un lungo periodo di tempo, quanto piuttosto la mancanza di un piano, o una sua manifesta inadeguatezza⁹⁰.

Da ultimo, sul tema del nesso causale tra la violazione qualificata delle norme in materia di qualità dell'aria e i danni concreti alla salute, spetterà al presunto danneggiato dimostrare sia l'esposizione per un periodo sufficientemente lungo in un ambiente interessato da violazioni rilevanti dei valori limite; sia che il danno subito – e reclamato – sia collegato all'inquinamento atmosferico; sia, infine, la sussistenza di un nesso causale diretto tra il soggiorno e il danno patito⁹¹. Si tratta, evidentemente, di questioni per nulla “liquide”, relativamente alle quali, tuttavia, il giudice nazionale potrà operare in modo non diverso da quanto normalmente avviene per l'accertamento di eventuali patologie nei luoghi di lavoro⁹².

clusione non sarebbe smentita dal principio “chi inquina paga”, il quale, non parrebbe idoneo a esonerare lo Stato da responsabilità, essendo quest'ultimo a stabilire in quale misura i singoli sono tenuti a ridurre le proprie emissioni (punti 79-81).

⁸⁹ *Ibidem*, punto 100. Anzi, al riguardo, l'AG sostiene che il superamento dei valori limite colpirebbe soprattutto determinate categorie che vivono o lavorano in zone particolarmente inquinate, evidenziando come si tratti spesso di “*persone con status socio-economico basso particolarmente bisognose di tutela giudiziaria*” (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).

⁹⁰ Conclusioni Kokott alla causa *JP c. Ministre de la Transition écologique e Premier ministre*, cit., punti 106-125.

⁹¹ *Ibidem*, punti 131 ss.

⁹² Tanto è vero che l'AG (punto 137) suggerisce ad esempio di risolvere eventuali problemi probatori mediante perizie mediche o consulenze tecnico-scientifiche, notoriamente usuali rispetto a fattispecie analoghe. Per contro, secondo l'AG Kokott, lo Stato membro può offrire la prova liberatoria secondo cui il superamento dei valori soglia avrebbe avuto comun-

In questa prospettiva, alcune ulteriori considerazioni si impongono: da un lato, va ribadito che la possibilità di un'azione risarcitoria va assunta in modo identico, sotto ogni profilo, rispetto alle altre azioni risarcitorie per violazione del diritto UE nei confronti degli Stati membri. Le eventuali difficoltà probatorie o di altro ordine – *in primis*, l'eventuale mancanza di effetto diretto delle norme ambientali per carenza di contenuti chiari precisi e incondizionati⁹³ – non possono certamente aprire la via a un regime speciale di risarcibilità nel nostro settore rispetto ad altri ambiti del diritto UE⁹⁴. Non vi sono i presupposti – né, mi pare, debbano esservi – per immaginare corsie preferenziali o presunzioni a sfavore degli Stati, in una situazione in cui, lo abbiamo ripetutamente scritto, tutti siamo responsabili dell'impatto ambientale, e la principale ragione di questa situazione è costituita da modelli di vita e correlativo godimento di diritti che determinano la non sostenibilità ambientale delle condotte umane.

Dall'altro lato, una conferma sistemica che il fondamento teorico delle azioni risarcitorie è – e può essere – esclusivamente quello della responsabilità dello Stato per violazione di diritto dell'Unione, si evince anche *aliunde*: in particolare, se si volesse ampliare questa prospettiva a una generale possibilità di individuare strumenti *ad hoc*, e più efficaci, per sanzionare la scarsa attività dei decisori pubblici rispetto alla protezione e promozione ambientale, allora

que luogo anche se avesse adottato in tempo utile piani per la qualità dell'aria conformi ai requisiti della direttiva (punto 141). In tema, v. anche le sue conclusioni nell'altro caso del 22 settembre 2022, causa C-375/21, *Sdruzhenie "Za Zemyata – dostap do pravosadie"* (Associazione "Per la Terra – accesso alla giustizia") e a.

⁹³ Si pensi a eventuali ipotesi in cui si richieda il risarcimento del danno per violazione di norme ambientali poste a tutela della fauna, della flora e degli *habitat*. Il tema (oltre che menzionato nelle conclusioni Kokott alla causa *JP c. Ministre de la Transition écologique e Premier ministre*, cit., punto 78, il quale richiama l'articolo 14 e l'allegato XIII della direttiva 2008/50) è in effetti trattato da tempo in letteratura in termini di costi sostitutivi per l'interessato per fruire (altrove) delle medesime "amenità" di cui poteva godere in un determinato *habitat*, e che gli sono state precluse dalla distruzione dello stesso. L'ipotesi può avere un senso in ipotesi di condotta illecita interindividuale, ma pare più difficoltoso assumere che le norme della direttiva *habitat* possano avere effetto diretto.

⁹⁴ Ad esempio, nelle più volte menzionate conclusioni al caso C-61/21, l'AG, sia pur a livello di *obiter*, ipotizza (ma senza chiedere alla CGUE di pronunciarsi su questo aspetto) la possibilità di introdurre 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" (punti 138-139).

non sarebbe giustificabile escludere anche l'Unione dal novero dei soggetti potenzialmente responsabili, stante la competenza concorrente e – a ben vedere – l'assoluta prevalenza dell'Unione rispetto agli Stati nel concepire e quindi adottare norme ambientali.

Ma come abbiamo detto, mentre la Corte non è indulgente verso gli Stati nell'accertare e sanzionare le violazioni da essi compiute nella materia, assai meno spazi vengono concessi quando è la stessa Unione il soggetto potenzialmente "responsabile": tanto che, a corollario della già citata vicenda *Carvalho*⁹⁵, anche l'azione risarcitoria intentata dai ricorrenti è stata dichiarata irricevibile poiché ritenuta strumentale ad ottenere un risultato analogo a quello dell'annullamento, aggirandone le limitazioni⁹⁶.

Ma allora, se deve vigere la disciplina... di diritto comune per quel che concerne l'Unione, se non altro per i principi di equivalenza (e di effettività) a medesime conclusioni pare doversi giungere anche quando sono gli Stati membri i soggetti interessati.

8. Nel caso "pilota" *JP c. Ministre de la Transition écologique* traspare in qualche modo la circostanza secondo cui la posizione... proattiva assunta dall'AG (e vedremo se la Corte la conferma) è in qualche modo collegata alle ripetute violazioni che, in sede di procedure di infrazione, la Corte ha già accertato in capo agli Stati membri rispetto all'inosservanza degli obiettivi di qualità dell'aria⁹⁷. Ma sullo sfondo insistono anche le ripetute censure della Corte sviluppate in sede di rinvio pregiudiziale, anch'esse tutto sommato interpretabili come una sorta di monito agli Stati membri a tutelare la qualità dell'aria⁹⁸, ovvero gli *habitat* o la fauna⁹⁹.

⁹⁵ V. sopra, alle note 73 ss. e testo di riferimento.

⁹⁶ *Ibidem*, punti 102 e 103. Cfr. sentenza della Corte del 5 settembre 2019, causa C-447/17 P, *Unione europea c. Guardian Europe* e *Guardian Europe c. Unione europea*, punti 50 e 51.

⁹⁷ Cfr. infra, par. 2. Cfr. conclusioni Kokott alla causa *JP c. Ministre de la Transition écologique e Premier ministre*, cit., punto 96: "Nel frattempo la Corte ha constatato, in dodici procedimenti d'infrazione, che dieci Stati membri non rispettano le norme di qualità dell'aria ambiente. Le nove sentenze più recenti hanno addirittura constatato una violazione sistematica e persistente delle norme. Sette procedimenti che coinvolgono, tra l'altro, altri tre Stati membri, sono attualmente pendenti".

⁹⁸ Cfr. sentenza *ClientEarth*, cit.; sentenza *Craeynest e a.*, cit.; sentenza *Janecek*, cit.; sentenza *Deutsche Umwelthilfe*, cit.

Quanto sopra però consente ulteriori considerazioni di contesto, basate sull'innegabile ruolo dei giudici nazionali nell'attuazione del diritto unionale dell'ambiente¹⁰⁰, e in generale quali coprotagonisti nell'applicazione del diritto UE, ai sensi dell'art. 19 TUE e del principio di leale cooperazione.

In quest'ottica, emergono alcune linee tendenziali delle quali non può tacersi. Innanzitutto, e ancora una volta, i diversi tipi di rimedi giurisdizionali previsti nel sistema UE tendono a contemperarsi e a convergere, in un fenomeno ben noto, quello della completezza dei rimedi stessi, ma che dimostra la sua efficacia anche sotto lo specifico profilo qui considerato, nonché in combinazione con quanto osservato in appresso.

In secondo luogo, e forse ancor più interessante, si percepisce un importante segnale di coinvolgimento dei giudici nazionali nelle azioni risarcitorie contro gli Stati per questioni sostanzialmente identiche a quelle che fanno oggetto, o possono fare oggetto, di procedure di infrazione: il caso più emblematico è dato dalla saga francese *Association les Amis de la Terre*, nel quale, dopo una serie di giudizi progressivamente volti a mettere sempre più in mora le competenti autorità francesi a porre in essere strumenti efficaci per garantire il rispetto della qualità dell'aria (*i.e.*, gli obiettivi della direttiva 2008/50 di cui si è ampiamente parlato), e dopo aver già deciso, con decisione del 2020, di mettere in mora queste ultime mediante la minaccia di una *astreinte*, con sentenza del 4 agosto 2021 il *Conseil d'État* ha irrogato sanzioni non simboliche a favore di tutta una serie di associazioni, che verosimilmente verranno reiterate persistendo l'inadempimento rispetto agli obiettivi ambientali che le istituzioni non sono state tuttora in grado di adempiere¹⁰¹. Con un *caveat*, fornito dalla possibilità giuridica, prevista dal diritto francese, di dare una legittimazione attiva a favore di una "*personne morale de droit*

⁹⁹ Sentenza della Corte del 10 ottobre 2019, causa C-674/17, *Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola Pohjois-Savo c. Kainuury*; del 17 marzo 2021, causa C-900/19, *One Voice e Ligue pour la protection des oiseaux c. Ministre de la Transition*.

¹⁰⁰ In argomento, cfr. K. LENAERTS, J. GUTIÉRREZ-FONS, *The General System*, cit., p. 26 ss.; M. HEDEMANN-ROBINSON, *Enforcement of European Union Environmental Law*, cit., p. 330 ss.; D. LANGLET, S. MAHMOUDI, *EU Environmental Law and Policy*, Oxford, 2016, p. 131 ss.

¹⁰¹ Cfr. *Conseil d'État*, decision 4 août 2021, disponibile online all'indirizzo: www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2021-08-04/, ed ivi gli ulteriori rinvii ai precedenti accennati nel testo.

public ou d'un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public". Non è da escludersi che questa impostazione possa – o in prospettiva debba, in virtù dei principi di efficacia ed equivalenza di origine unionale – essere seguita anche da altri Stati membri. Del resto, altrove sono ammesse *class actions* per questioni ambientali, nell'ottica di rendere giustiziabile la protezione di interessi diffusi tipici della materia¹⁰², in quanto – va ribadito – possano ritenersi violate norme specifiche ed... *enforceable* in materia ambientale.

Sotto questo profilo, non si possono neppure trascurare le sinergie derivanti dal combinato disposto di procedure di infrazione e azioni di risarcimento del danno: come nel diritto *antitrust* ai provvedimenti di *public enforcement* seguono azioni risarcitorie *follow-on*, così nella tutela ambientale potrebbe ipotizzarsi la possibilità di configurare -sussistendone beninteso i presupposti - uno schema analogo, con la possibilità per i privati di giovare degli accertamenti già compiuti dalla Corte nei procedimenti *ex artt.* 258 e 260 TFUE. Tale impostazione potrebbe trovare applicazione in molteplici settori del diritto ambientale europeo, in particolare la disciplina sulla gestione dei rifiuti e quella a tutela dell'ambiente marino.

Considerato che il "giudice naturale" per le azioni risarcitorie è quello nazionale, si tratta allora di mettere a punto modalità e strumenti mediante i quali possa evolvere questa soluzione come ulteriore spinta verso un diverso approccio tra norme e ambiente.

9. Da ultimo, un breve accenno va fatto su quello che, *prima facie*, parrebbe un angolo fondamentale per l'*enforcement* delle norme ambientali, e cioè l'applicazione di sanzioni penali nei riguardi di coloro che si rendono responsabili della distruzione dell'ambiente intesa nella più ampia accezione possibile¹⁰³.

¹⁰² Il termine di raffronto è rappresentato, come è noto, dagli Stati Uniti. Per un esempio di controversia recentemente avviata da ONG statunitensi, si veda: M. KRUPNICK, *EPA sued over lack of plan to regulate water pollution from factory farms*, in *The Guardian*, 19 October 2022, disponibile su www.theguardian.com/environment/2022/oct/19/epa-lawsuit-water-pollution-factory-farms.

¹⁰³ Al riguardo, può essere di ausilio la definizione di crimine ambientale prospettata dall'UNEP e dall'INTERPOL, secondo cui esso "comprende le attività illegali che danneggiano l'ambiente e che mirano a trarre vantaggio da individui o gruppi o società dallo sfruttamento, dal danneggiamento, dal commercio o dal furto di risorse naturali, compresi i reati gravi e la cri-

Il *coté* europeo di questo rimedio, com'è noto, è fornito dalla direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente (*Environmental Crime Directive - ECD*)¹⁰⁴, che tuttavia, a distanza di ormai quindici anni, non pare aver dato i risultati attesi, soprattutto per le eccessive diversità sia di recepimento a livello di legislazione nazionale, sia di specifica applicazione delle norme trasposte, ad opera degli Stati membri¹⁰⁵.

Tanto che, circa un anno fa, nell'ambito delle misure che compongono il *Green Deal*, la Commissione ha adottato una proposta di direttiva volta a sostituire quella attualmente in vigore¹⁰⁶, irrobustendo significativamente le

riminalità organizzata transnazionale" (UNEP, *The rise of environmental crime: A growing threat to natural resources peace, development and security*, 2016, www.wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/7662). Sempre secondo UNEP e Interpol, i crimini contro la natura sono la quarta attività criminale più redditizia al mondo, preceduti solo dal traffico di droga, dalla contraffazione e dal contrabbando di armi. Nel 2018, si stimava che la criminalità ambientale abbia un tasso di crescita del 5-7% annuo, con un fatturato compreso tra i 91 e i 259 miliardi di dollari l'anno.

¹⁰⁴ Direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, sulla tutela penale dell'ambiente. Sulla direttiva, cfr. B. ROMANO (a cura di), *I reati ambientali alla luce del diritto dell'Unione europea*, Padova, 2013, spec. p. 365 ss.; M. FAURE, *The Development of Environmental Criminal Law in the EU and its Member States*, in *RECIEL*, 26, 2017, p. 139 ss.; I. M. RAGAIŠYTĖ, *Challenges in Harmonising and Implementing the Environmental Crime Directive*, Teisė, 2021, p. 130 ss.; Y. BOKOV, S. KATSUBA, T. KVASNIKOVA, V. SHESTAK, *Liability for Violation of Environmental Legislation in the EU*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2021, p. 9 ss.

¹⁰⁵ Sul punto, v. già F. MUNARI, *Protecting the Environment*, cit., p. 285 ss., nonché, per dati ancor più precisi, lo studio della Commissione, valutazione della direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, sulla tutela penale dell'ambiente (direttiva sulla tutela penale dell'ambiente), SWD (2020) 259 final 28 ottobre 2020, che indica soprattutto le seguenti criticità nell'attuazione concreta della direttiva e nel raggiungimento dei suoi obiettivi: eccessivamente scarso il numero di casi di criminalità ambientale indagati con successo e i cui autori sono stati condannati; inadeguati livelli di sanzioni imposte e conseguente non dissuasività delle stesse; sporadicità nella cooperazione tra Stati membri; inadeguatezza delle risorse e delle strategie in capo agli Stati membri in relazione a tutti i livelli della catena di contrasto; carenza di dati statistici affidabili sull'evoluzione del fenomeno relativo alla criminalità ambientale.

¹⁰⁶ COM (2021) 851final, proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela penale dell'ambiente, che sostituisce la direttiva 2008/99/CE, 15.12.2021. Per un primo commento, cfr. F. EROICO, *La proposta di direttiva della Commissione europea per rafforzare la tutela dell'ambiente attraverso il diritto penale*, in AA.VV., *Quaderni AISDUE*, n. 2, Napoli, 2022, p. 15 ss.

maglie della stessa, a partire dal cambiamento della base giuridica, come peraltro già in precedenza auspicato¹⁰⁷, e cioè l'art. 83.2 TFUE in materia di cooperazione penale, in luogo dell'art. 192.1, norma relativa all'esercizio di competenze ambientali. Tra l'altro, proprio il cambiamento della base giuridica consente un notevole *upgrading* del livello di armonizzazione richiesto agli Stati membri, nell'ottica di superare le criticità dell'attuale testo, e dotare gli Stati – e con essi l'Unione – di una disciplina effettivamente più rigorosa¹⁰⁸.

Ora, ben venga una risposta efficace e severa da parte degli Stati rispetto ai fenomeni di distruzione ambientale generati dalle organizzazioni criminali, così come l'estensione della disciplina sanzionatoria alle persone giuridiche, sulla falsariga di una *compliance* evoluta e ormai vigente da oltre vent'anni nell'ordinamento UE.

Detto questo, le sanzioni penali costituiscono uno degli elementi di *enforcement* necessari a rafforzare la tutela ambientale, ed è certamente condivisibile l'idea di completare la cospicua massa di regole unionali nella materia anche con un *corpus* di norme di natura penale, necessarie a... livellare il campo di gioco tra gli Stati membri, e ad evitare in tal modo rischi di concorrenza al ribasso ovvero “paradisi ambientali” all'interno della UE. È giusto tuttavia avvertire che, stante la delicatezza del settore penale, non sarà un'impresa semplice trasporre i contenuti della proposta in una direttiva, e quindi in conseguenti norme nazionali, stanti le difficoltà anche di natura tecnica che, l'esperienza insegna, si debbono affrontare in fase discendente e

¹⁰⁷ F. MUNARI, *Protecting the Environment*, cit., p. 288.

¹⁰⁸ Tra le modifiche più emblematiche rispetto all'attuale ECD si segnalano, in particolare, (a) l'ampliamento delle fattispecie di reato (vengono inseriti quali reati anche il commercio illegale di legname, il riciclaggio illegale di navi e l'estrazione illegale di acqua); (b) la fissazione di un minimo ed un massimo edittale per ciascuna categoria di fattispecie, al fine di armonizzare la risposta sanzionatoria degli Stati membri; (c) la previsione di sanzioni accessorie, come l'obbligo di ripristinare l'ambiente o l'esclusione da finanziamenti o gare pubbliche; (d) l'uniformazione delle regole in materia di prescrizione e giurisdizione; (e) la previsione di circostanze aggravanti in relazione ai reati ambientali commessi nell'ambito delle organizzazioni criminali; (f) il rafforzamento del coordinamento tra le varie autorità degli Stati membri; (g) l'elaborazione di una strategia nazionale e la raccolta di dati; (h) la previsione di un meccanismo di tutela delle persone che segnalano reati ambientali (cd. *whistleblowing*) o prestano assistenza durante le indagini; (i) il riconoscimento del diritto del pubblico interessato di partecipare al procedimento e di sensibilizzazione dell'opinione pubblica.

soprattutto di applicazione concreta negli Stati membri. Sotto questo profilo, potrebbe anche valere la pena considerare un approccio più verticale alla questione, immaginando di inserire almeno i più gravi reati ambientali tra le competenze della Procura europea, di recente costituzione¹⁰⁹.

10. La salvaguardia e la promozione ambientale impongono azioni molto complesse e in numerosissime direzioni, una delle quali passa necessariamente per l'applicazione delle regole.

Come si è cercato di sintetizzare, l'Unione certamente costituisce un luogo molto avanzato sotto il profilo delle norme ambientali, e l'insieme dei meccanismi di tutela giurisdizionale – per come applicati in giurisprudenza – offrono prospettive diverse anche dal punto di vista dell'applicazione, peraltro neppure esclusive dei “rimedi” approntati dall'ordinamento UE: basti pensare agli strumenti a disposizione degli individui, e con possibili ricadute anche giurisdizionali, rilevanti nell'ottica della cd. democrazia ambientale costituita dalla disciplina Aarhus e dintorni, quali il diritto alla trasparenza del processo decisionale attraverso l'azione del mediatore europeo¹¹⁰, o le iniziative poste in essere da gruppi di cittadini europei che hanno raccolto il numero di dichiarazioni di sostegno necessario per sollecitare un intervento da parte della Commissione, come nei casi *Right2Water* e *Glifosato*¹¹¹. Anche l'intero sistema relativo alla gestione delle sostanze chimiche, di cui al pacchetto normativo REACH¹¹², consente di integrare alle tradizionali norme

¹⁰⁹ Com'è noto, l'EPPO si occupa (allo stato) esclusivamente di individuare, perseguire e rinviare a giudizio gli autori di reati a danno del bilancio dell'UE, come la frode, la corruzione o le gravi frodi transfrontaliere in materia di IVA (v., anche per riferimenti, commission.europa.eu/law/cross-border-cases/judicial-cooperation/networks-and-bodies-supporting-judicial-cooperation/european-public-prosecutors-office-epo_it).

¹¹⁰ Di rilievo, recentemente, la decisione sull'uso di pesticidi nocivi per le api (European Ombudsman, Decision in case 2142/2018/EWM on the European Commission's refusal to grant access to Member State positions on a guidance document concerning the risk assessment of pesticides on bees, 2142/2018/EWM, 3.12.2019), che ha avuto anche una ricaduta in Tribunale con la sentenza del 14 settembre 2022, cause riunite T-371/20 e T-554/20, *Pollinis France c. Commissione*.

¹¹¹ In argomento, cfr. J. VAN DEN BERGE, R. BOELEN, J. VOS, *How the European Citizens' Initiative 'Water and Sanitation is a Human Right!' Changed EU Discourse on Water Services Provision*, in *Utrecht Law Review*, 2020, p. 48 ss.

¹¹² Cfr. regolamento (CE) n. 1907/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18

ambientali meccanismi regolatori aventi finalità prevenzionali di sicuro ausilio nell'attuazione degli obiettivi ambientali. Andando oltre, la matrice olistica della protezione ambientale in seno all'Unione è visibile, tra gli altri, (a) nel diritto dei consumatori e nella facoltà di censurare forme di cd. *greenwashing* in ambito pubblicitario¹¹³; (b) nel diritto della concorrenza, dove sempre di più i temi ambientali assumono rilievo in funzione derogatoria dei divieti previsti da tale disciplina¹¹⁴; (c) nel diritto dei mercati finanziari, segnatamente con l'introduzione della cd. tassonomia¹¹⁵.

Tutto questo non deve peraltro far perdere di vista quanto abbiamo cercato di sintetizzare nei precedenti paragrafi, e cioè che, una volta formata la norma europea in materia ambientale, e fissati quindi quegli *standard* che essa impone in tutte le possibili direzioni di cui si compone la nostra disciplina, allora cominciano a scattare in modo inesorabile rischi e sanzioni per gli Stati membri, dei quali i medesimi debbono essere particolarmente consapevoli. L'inadempimento degli Stati – anche su “sistemi” molto complessi come l'approntamento della qualità dell'aria, la riduzione delle emissioni, la ge-

dicembre 2006 concernente la registrazione, la valutazione, l'autorizzazione e la restrizione delle sostanze chimiche (REACH), che istituisce un'Agenzia europea per le sostanze chimiche (GU L 396, 30.12.2006, pp. 1–849). Sui rimedi previsti dalla disciplina REACH, si vedano: V. HEYVAERT, *No Data, No Market. the Future of EU Chemicals Control under the Reach Regulation*, in *Env. L. Rev.*, vol. 9, 2007, pp. 201-206; M. BRONCKERS, Y. VAN GERVEN, *Legal Remedies Under the EC's New Chemicals Legislation REACH: Testing a New Model of European Governance*, in *Common Market Law Review*, vol. 46, 2009, pp. 1823–1871.

¹¹³ Cfr. S. WALKER, *Environmental Groups Take KLM To Court Over Alleged “Greenwashing”*, in *Simpleflying*, 29 May 2022; G. SCHINAIA, *Cosa cambia in Italia dopo la prima sentenza per greenwashing*, in *Wired*, 5 febbraio 2022.

¹¹⁴ In ambito *antitrust*, cfr. AGCM, *Relazione annuale sull'attività svolta*, 31 marzo 2022, p. 28, disponibile all'indirizzo www.agcm.it/pubblicazioni/dettaglio?id=2cd59b1e-1eb9-4196-a325da0506bee836&parent=Relazioni%20annuali&parentUrl=/pubblicazioni/relazioni-annuali; P. KUIPERS, T. BEETSTRA, J. VAN ROOSMALEN, *A risk of “greenwashing” by competition authorities?*, in *Kluwer Competition Law Blog*, 13 September 2022. In materia di aiuti di Stato, cfr. J. DELARUE, S. D. BECHTEL, *Access to justice in State aid: how recent legal developments are opening ways to challenge Commission State aid decisions that may breach EU environmental law*, in *ERA Forum* 22, 2021, 253–268, doi.org/10.1007/s12027-021-00665-7.

¹¹⁵ Sul punto, v. ClientEarth, *EU Taxonomy: Environmental groups start legal action against ‘sustainable’ gas classification*, 19 September 2022, www.clientearth.org/latest/press-office/press/eu-taxonomy-environmental-groups-start-legal-action-against-sustainable-gas-classification/.

stione dei rifiuti, da tempo non è più un fatto prevalentemente “politico”, ma determina specifiche e sempre più precise responsabilità degli Stati membri, connotate anche da notevoli ricadute sanzionatorie.

Di questo forse non ci si può stupire: il danno ambientale costituisce da sempre parte integrante della normativa di cui trattasi, e il tema del cd. *loss and damage* ormai è diventato la nuova frontiera della riflessione sul cambiamento climatico, come dimostrano gli esiti dalla COP 27 di Sharm el-Sheikh¹¹⁶.

Così stando tuttavia le cose, non sfugge che l'attenzione degli Stati debba essere massima allora in fase ascendente della norma UE, non già nell'ottica di “rallentare” le azioni a protezione e promozione dell'ambiente di cui l'Unione si rende protagonista a ogni latitudine, quanto nell'ottica di calcolare e valutare preventivamente le ricadute reali, sul sistema sociale ed economico, delle proposte portate avanti in sede UE, qualora si trasformino in norme positive, e le possibilità concrete di rispettarne poi i contenuti, in uno col “costo” dell'adempimento.

In questa prospettiva, alla luce delle davvero numerose situazioni nelle quali nei confronti degli Stati membri sono avviate procedure di infrazione, o applicate sanzioni, l'impressione che si trae è quella di una ritardata percezione dell'effettivo impatto delle norme ambientali dell'Unione. Vale allora forse la pena di aumentare la soglia di attenzione.

¹¹⁶ United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), *COP27 Reaches Breakthrough Agreement on New “Loss and Damage” Fund for Vulnerable Countries*, press release, 20 November 2022, www.unfccc.int/news/cop27-reaches-breakthrough-agreement-on-new-loss-and-damage-fund-for-vulnerable-countries; Id., Warsaw International Mechanism for Loss and Damage associated with Climate Change Impacts (WIM), Decision 2/CP.19, 23 November 2013, FCCC/CP/2013/10/Add.1. Per approfondimenti, si vedano: L. VANHALA, C. HESTBAEK, *Framing Climate Change Loss and Damage in UNFCCC Negotiations*, in *Global Environmental Politics*, vol. 16, 2016, pp. 111–129; M. BROBERG, *The Third Pillar of International Climate Change Law: Explaining ‘Loss and Damage’ after the Paris Agreement*, in *Climate Law*, vol. 10, 2020, pp. 211–223.

Sessione II
La trasformazione digitale
3 novembre 2022

EVOLUZIONE TECNOLOGICA E TUTELA DEI DIRITTI
FONDAMENTALI: QUALCHE CONSIDERAZIONE
SULLE ATTUALI STRATEGIE NORMATIVE DELL'UNIONE

Adelina Adinolfi*

SOMMARIO: 1. La dialettica promozione-regolazione nella costruzione di una “via europea” allo sviluppo tecnologico. – 2. La definizione di un quadro normativo nel contesto globale di regolazione. – 3. La questione della adeguatezza delle fonti di tutela dei diritti fondamentali. – 4. Le opzioni tecniche per l’elaborazione degli atti derivati volti alla *governance* delle tecnologie. – 5. Nuove tecnologie e tutela giurisdizionale effettiva: diritto antidiscriminatorio e decisioni automatizzate. – 6. Osservazioni conclusive.

1. Insieme alla tutela ambientale, che è stata oggetto della sessione di questa mattina, la transizione digitale costituisce attualmente e nel medio periodo uno degli obiettivi strategici prioritari dell’Unione¹. Su tali obiettivi si concentra un impegno delle istituzioni che indirizza fortemente le politiche nazionali, in base sia agli strumenti di finanziamento europeo – in particolare quelli afferenti al *Next Generation EU* – sia attraverso obiettivi normativi e target fissati da documenti programmatici e tabelle di marcia.

La finalità dell’Unione è, in sintesi, quella di promuovere l’evoluzione tecnologica e, più in particolare, il processo di digitalizzazione, massimizzando i benefici che ne derivano sia nel settore pubblico (soprattutto riguardo ai

* Professoressa ordinaria di Diritto dell’Unione europea presso l’Università di Firenze.

¹ Non è trascurabile, peraltro, la relazione tra i due obiettivi; come si legge nel documento della Commissione europea “Bussola per il digitale 2030: il modello europeo per il decennio digitale” (COM (2021) 118final, del 9 marzo 2021), la digitalizzazione e l’utilizzo dei dati contribuiranno a raggiungere un’economia a impatto climatico zero. V. anche il documento “Plasmare il futuro digitale dell’Europa” (COM (2020) 67final, del 19 febbraio 2020) che evidenzia come “l’elemento digitale sarà cruciale anche per realizzare le ambizioni del Green Deal europeo e gli obiettivi di sviluppo sostenibile”. Circa l’utilizzo delle tecnologie per garantire la mobilità sostenibile diminuendo l’impatto ambientale v. la “Strategia 2.0 per i droni per un ecosistema intelligente e sostenibile di aeromobili senza equipaggio in Europa” (COM (2022) 652final, del 29 novembre 2022).

servizi), sia nell'attività delle imprese, nonché nello sviluppo di infrastrutture di ricerca² e nella formazione.

Si persegue, quindi, un obiettivo di carattere promozionale, espresso con il diffuso concetto di “transizione digitale”, al fine di accrescere il benessere delle persone e della società nel suo insieme e altresì di incrementare la competitività dell'industria europea. È infatti costante nei documenti dell'Unione la volontà di rafforzare il ruolo delle imprese innovative europee, colmando il *gap* competitivo con i Paesi leader, gli Stati Uniti e la Cina.

L'intento di promuovere lo sviluppo tecnologico è tuttavia affermato esprimendo l'esigenza che esso si realizzi nel rispetto dei valori dell'Unione³. In questa prospettiva, il richiamo ai principi e diritti fondamentali esplica, anzitutto, la funzione di limite alle applicazioni tecnologiche. Si muove infatti dalla considerazione che queste ultime, in particolare se fondate sull'intelligenza artificiale, possono “incidere negativamente su una serie di diritti fondamentali sanciti dalla Carta”⁴; una ricognizione dei diritti per i quali maggiormente si pongono rischi di violazione porta la Commissione a menzionare, tra l'altro, la dignità umana, il rispetto della vita privata e la protezione dei dati personali, nonché il divieto di discriminazione nelle sue diverse espressioni⁵. Tuttavia, il richiamo ai diritti fon-

² Si può menzionare, in proposito, la possibilità che siano create imprese comuni sul fondamento dell'art. 187 TFUE, come la EuroHPC per il calcolo ad alte prestazioni istituita dal regolamento 2018/1488.

³ Come costantemente affermato nei documenti dell'Unione. Si può vedere, tra gli altri, la strategia generale adottata nel 2018 riguardo all'intelligenza artificiale dalla quale già emergeva il duplice obiettivo della Commissione di “rendere l'UE un polo di classe mondiale per l'IA, assicurando nel contempo che l'IA sia antropocentrica e affidabile” (“L'intelligenza artificiale per l'Europa”, COM (2018) 237final, del 25 aprile 2018). Cfr. anche il Libro Bianco “Intelligenza artificiale-Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia”, adottato dalla Commissione, il 19 febbraio 2020 (COM (2020) 65final).

⁴ Relazione che accompagna la proposta di regolamento sulla intelligenza artificiale, COM (2021) 206final, par. 3.5.

⁵ Comunicazione dell'aprile 2021, “Promuovere un approccio europeo all'intelligenza artificiale” (COM (2021) 205final, del 21 aprile 2021). Nel documento “Tutela dei diritti fondamentali nell'era digitale - Relazione annuale 2021 sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea” (COM (2021) 819final, del 10 dicembre 2021), la Commissione specifica ulteriormente i diritti sui quali può incidere l'intelligenza artificiale: “l'uso dell'IA può incidere anche sui diritti relativi alla dignità umana, alla buona amministrazione, alla protezione dei consumatori, alla sicurezza e all'assistenza sociale, alla libertà di espressione, alla libertà di riunione, all'istruzione, all'asilo, alla contrattazione e all'azione collettive, alle condizioni di lavoro giuste ed eque, all'accesso

damentali acquista, nei documenti delle istituzioni, anche la natura di obiettivo della regolazione e, da questo angolo visuale, esso si salda con la dibattuta questione, alla quale si farà cenno più avanti, della opportunità di adottare atti che, nell'ambito delle competenze dell'Unione, consentano di attuare i diritti fondamentali e i principi enunciati dalla Carta.

Il paradigma che contrappone la volontà di promuovere le tecnologie e l'esigenza di una regolazione che assicuri il rispetto dei diritti fondamentali è centrale nelle strategie elaborate dalle istituzioni ed è ben sintetizzato, tra i numerosi documenti, nella comunicazione *Plasmare il futuro digitale dell'Europa*, del febbraio 2020: ivi si afferma che l'Unione deve cogliere i vantaggi dell'era digitale, rafforzando la sua industria e la sua capacità di innovazione, ma entro limiti sicuri ed etici⁶.

La dialettica tra l'intento di espandere la capacità dell'Unione nell'attività di ricerca e di diffusione delle tecnologie innovative e, d'altro lato, l'esigenza di garantire il contenimento e la *governance* degli sviluppi tecnologici caratterizza l'elaborazione del quadro normativo da parte delle istituzioni europee, improntando fortemente l'attività propositiva della Commissione. La dicotomia promozione-contenimento fa emergere la complessità della definizione di una strategia di regolazione: questa richiede, nell'attuale competizione normativa globale, di tracciare una "via europea" allo sviluppo tecnologico che sia idonea a contenere le innovazioni all'interno del perimetro disegnato dal nucleo comune di valori e di principi etici⁷.

all'assistenza preventiva, alla diversità culturale e linguistica, ai diritti alla protezione dei dati e al rispetto della vita privata nonché ai diritti dei gruppi vulnerabili come i minori" (p. 18). V. anche lo studio dell'Agenzia europea per i diritti fondamentali *Getting the future right: ai and fundamental rights*, 14 December 2020, e la ricerca svolta nell'ambito del Consiglio d'Europa *Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques (in particular algorithms) and possible regulatory implications*, Strasbourg, 2018.

⁶ COM (2020) 67final, cit. Si può avere un evidente riscontro dei termini di tale dialettica anche da quanto affermato dal Comitato economico e sociale in un parere emesso il 19 settembre 2018 ove si legge, tra l'altro, che "i valori e i principi dell'UE non dovrebbero essere sacrificati sull'altare della competitività globale". È altresì emblematico della volontà di far procedere simultaneamente la promozione delle tecnologie e la loro regolazione che la proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale faccia parte di un pacchetto di misure, presentate tutte il 21 aprile 2021, composto anche da un nuovo piano coordinato (allegato alla comunicazione COM (2021) 205final, cit.) che aggiorna e rafforza quello adottato nel 2018.

⁷ Ciò risulta da ultimo con particolare evidenza dalla "Dichiarazione europea sui diritti e

I documenti della Commissione sintetizzano tale obiettivo con il richiamo alla costruzione di una tecnologia antropocentrica, qualificando, mediante tale termine, l'impegno a realizzare un sistema che ponga i diritti umani come asse centrale dello schema normativo proposto. Il nesso tra promozione e regolazione viene individuato, in sostanza, nella creazione di un clima di fiducia per i cittadini: questi ultimi, garantiti da un quadro normativo chiaro ed affidabile, accoglierebbero con favore la più ampia diffusione delle nuove applicazioni⁸.

La traduzione dello schema teorico, sopra sintetizzato, in un insieme di regole concrete appare certamente come uno dei più complessi compiti di elaborazione normativa con i quali la Commissione europea si sia finora trovata a confrontarsi.

2. L'attività di elaborazione di un sistema di *governance* delle nuove tecnologie vede un intensissimo impegno da parte dell'Unione. Fervono i lavori relativi alla costruzione di un quadro di regolazione relativo ad una varietà di aspetti interessati dagli sviluppi tecnologici, come evidenziano i numerosi documenti preparatori, le proposte e alcuni recenti atti normativi che, come cercherò di mettere brevemente in luce, prospettano l'utilizzo di tecniche assai varie.

Tale ampia attività propositiva fa apparire oggi l'Unione come una sorta di laboratorio in cui si ricercano e sperimentano nuovi modelli normativi, volti a governare le trasformazioni tecnologiche in atto. L'elaborazione interessa una varietà di settori del diritto dell'Unione. Se, infatti, la protezione dei dati personali è senza dubbio il principale asse normativo di riferimento, la *governance* delle nuove tecnologie tocca una vasta serie di altri ambiti di competenza dell'Unione: dalla protezione dei consumatori al commercio

i principi digitali", della quale si dirà più avanti, ove si afferma che: "mettere le persone al centro della transizione digitale è una priorità fondamentale per la Commissione europea. La trasformazione digitale dovrebbe essere plasmata secondo i nostri valori e le nostre norme europee".

⁸ V. la comunicazione "Creare fiducia nell'intelligenza artificiale antropocentrica", COM (2019) 168final, dell'8 aprile 2019. V. anche il Libro Bianco del 2020, cit., in cui si afferma che la "costruzione di un ecosistema di fiducia è un obiettivo strategico in sé e dovrebbe dare ai cittadini la fiducia di adottare applicazioni di IA e alle imprese e alle organizzazioni pubbliche la certezza del diritto necessaria per innovare utilizzando l'IA" (p. 3).

elettronico, dalla responsabilità civile e alla *cybersecurity* sino alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, come anche il settore dei media audiovisivi e vari aspetti del diritto materiale.

Ai fini dell'adozione di un quadro normativo sono giunte sollecitazioni molto forti dal Parlamento europeo, anche con suggestioni alquanto originali come quella, espressa nella risoluzione sulla robotica, di riconoscere una soggettività giuridica alle macchine aventi caratteristiche di autonomia⁹. Nel sollecitare l'azione della Commissione, è richiamato l'impegno espresso dalla presidente von der Leyen all'inizio del suo mandato di tenere in considerazione, in mancanza di un potere di iniziativa del Parlamento europeo, le richieste da questo avanzate in virtù dell'art. 225 TFUE¹⁰.

Anche dai governi degli Stati membri giungono sollecitazioni, espresse sia da parte del Consiglio europeo¹¹ sia anche in dichiarazioni intergovernative; tra queste ultime, rileva la Dichiarazione dell'aprile 2018 sull'intelligenza artificiale con cui inizialmente 25 Stati europei e poi tutti i Paesi dell'Unione hanno manifestato la volontà di collaborare strettamente al fine di delineare un approccio comune all'intelligenza artificiale, rafforzando la capacità delle imprese, ma anche costruendo “an adequate legal and ethical framework building on EU fundamental rights and values”¹². Rileva altresì la Dichiarazione

⁹ Risoluzione del Parlamento europeo, del 16 febbraio 2017, recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103 (INL)) dove si suggerisce “l'istituzione di uno status giuridico specifico per i robot nel lungo termine, di modo che almeno i robot autonomi più sofisticati possano essere considerati come persone elettroniche responsabili di risarcire qualsiasi danno da loro causato, nonché eventualmente il riconoscimento della personalità elettronica dei robot che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con terzi”. V. anche la risoluzione del Parlamento europeo, del 20 ottobre 2020, recante raccomandazioni alla Commissione concernenti il quadro relativo agli aspetti etici dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate (2020/2012 (INL)).

¹⁰ La presidente della Commissione ha infatti dichiarato nel suo discorso di insediamento del luglio 2019 (“Orientamenti politici per la prossima Commissione europea”) l'intenzione di valorizzare le risoluzioni adottate dal Parlamento europeo che sollecitano la predisposizione di proposte di atti normativi.

¹¹ V. le conclusioni, del 21 ottobre 2020, che auspicano la realizzazione di “un quadro normativo favorevole all'innovazione per l'intelligenza artificiale al fine di accelerare l'adozione di tale tecnologia da parte del settore pubblico e privato, garantendo nel contempo la sicurezza e il pieno rispetto dei diritti fondamentali” (punto 8).

¹² “Cooperation on Artificial Intelligence”, 10 April 2018; il testo è disponibile al link

zione di Berlino “sulla società digitale e su un governo digitale fondato sui valori”, adottata nel 2020 da tutti gli Stati membri, ove si afferma l’esigenza di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali e dei valori democratici nella sfera digitale¹³.

L’intensa attività propositiva dell’Unione fa emergere la consapevolezza, da parte delle istituzioni, di una urgenza della regolazione, motivata sia dalla necessità, come sarà più avanti indicato, di evitare gli ostacoli al mercato unico derivanti dal rischio di disparità tra le legislazioni nazionali vigenti o progettate¹⁴, sia dalla competizione normativa a livello globale tra le maggiori potenze tecnologiche. Quest’ultimo elemento non può essere trascurato nel cercare di comprendere l’attuale fase normativa che caratterizza il dibattito istituzionale dell’Unione. Si tratta infatti di definire, nel mercato globale, un approccio europeo alla disciplina delle tecnologie fondato su principi etici e valori più rigorosi di quelli che emergono dagli ordinamenti dei Paesi terzi leader nel processo di innovazione. La proposta di regolamento sull’intelligenza artificiale¹⁵ evidenzia assai bene tale approccio poiché essa,

www.ec.europa.eu/jrc/communities/en/node/1286/document/eu-declaration-cooperation-artificial-intelligence.

¹³ “Berlin Declaration on Digital Society and Value-based digital governance”, 8 December 2020; il testo è disponibile al link: www.data.europa.eu/en/news-events/news/berlin-declaration-digital-society-and-value-based-digital-government.

¹⁴ Come rileva il Consiglio nel documento di orientamento, del 6 dicembre 2022, relativo alla proposta di regolamento sull’intelligenza artificiale, “alcuni Stati membri hanno già preso in esame l’adozione di regole nazionali per garantire che l’intelligenza artificiale sia sicura e sia sviluppata e utilizzata nel rispetto degli obblighi in materia di diritti fondamentali. Normative nazionali divergenti possono determinare una frammentazione del mercato interno e diminuire la certezza del diritto per gli operatori che sviluppano, importano o utilizzano sistemi di IA. È pertanto opportuno garantire un livello di protezione costante ed elevato in tutta l’Unione...”. Peraltro, un’azione di armonizzazione può avere anche una finalità, per così dire, preventiva, evitando che si sviluppino normative nazionali tali da recare un pregiudizio al funzionamento del mercato interno.

¹⁵ Proposta di regolamento che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale (legge sull’intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell’Unione, COM (2021) 206final, del 21 aprile 2021. Si noti che, secondo una recente prassi, si utilizza impropriamente, riguardo ad atti di carattere generale aventi particolare importanza, il termine “legge” in riferimento ad un regolamento dell’Unione. Il Consiglio ha adottato la propria posizione comune sulla proposta il 6 dicembre 2022, accompagnandola con un documento di orientamento volto a facilitare i lavori nell’ambito del trilatero.

come riferirò in seguito, intende vietare, ovvero consentire entro limiti stretti e con procedure definite, le applicazioni ritenute rischiose ai fini della tutela dei diritti fondamentali e di principi etici¹⁶. È quindi ben presente nei documenti delle istituzioni la consapevolezza che una regolazione rigorosa può frenare lo sviluppo tecnologico, svantaggiando l'Unione sul piano competitivo. D'altra parte, la presenza di regole uniformi nel mercato unico può determinare, a motivo di divieti all'importazione da parte di Stati terzi, il c.d. "effetto Bruxelles"¹⁷ costruendo uno standard comune con potenzialità di diffusione sul piano globale.

La complessità di tale contesto richiede alla Commissione di muoversi, nella elaborazione di una strategia normativa, su un crinale assai stretto che, in ragione della sopra rilevata tensione dialettica, impone un complesso bilanciamento volto a contemperare la volontà di fare assumere all'Unione un ruolo di *leadership* mondiale con l'esigenza di assicurare il rispetto dei principi etici e dei valori che ne sono a fondamento.

A tali rilievi generali si aggiungono le difficoltà tecniche che comporta

¹⁶ Tra i numerosi commenti alla proposta di regolamento si veda C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale*, in *Biolaw Journal*, 2021; F. DONATI, *Diritti fondamentali e algoritmi nella Proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale*, in A. PAJNO, F. DONATI, A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, Bologna, 2022, p. 111 ss.; A. ODDE- NINO, *Intelligenza artificiale e tutela dei diritti fondamentali: alcune nozioni critiche sulla recente proposta di regolamento della UE, con particolare riferimento all'approccio basato sul rischio e al pericolo di discriminazione algoritmica*, in A. PAJNO, F. DONATI, A. PERRUCCI (a cura di), *op. cit.*, p. 165 ss.; A. SIMONCINI, *La proposta di regolazione europea dell'intelligenza artificiale. Prime riflessioni*, in A. ADINOLFI, A. SIMONCINI (a cura di), *Protezione dei dati personali e nuove tecnologie*, Napoli, 2022, p. 1 ss.; G. FINOCCHIARO, *La proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale: il modello europeo basato sulla gestione del rischio*, in C. CAMARDI (a cura di), *La via europea per l'intelligenza artificiale*, Padova, 2022, p. 215 ss.; J. LAUX, S. WACHTER, B. MITTELSTADT, *Trustworthy artificial intelligence and the European Union AI Act: On the conflation of trustworthiness and acceptability of risk*, in *Regulation & Governance*, 2023, p. 1 ss.

¹⁷ Assumono rilievo al riguardo le conclusioni approvate il 18 luglio 2022 (11406/22) dal Consiglio Affari Esteri sulla "diplomazia digitale dell'UE", che mira a "rafforzare il ruolo globale dell'UE nelle questioni digitali" e "promuovere attivamente i diritti umani universali e le libertà fondamentali, lo Stato di diritto e i principi democratici nello spazio digitale". V. in generale sul tema A. BRADFORD, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford, 2020.

sul piano normativo la definizione di una *via europea* alla *governance* dello sviluppo tecnologico. In primo luogo, per l'esigenza di verificare l'adeguatezza delle fonti di tutela dei diritti fondamentali - la Carta, ma anche i principi generali - a fornire protezione rispetto ad applicazioni innovative. In secondo luogo, per le valutazioni assai problematiche necessarie al fine di determinare il livello adeguato di regolazione, la base giuridica appropriata, nonché la definizione dei contenuti.

Dal contesto sinteticamente tracciato emerge la particolare complessità che la *governance* delle tecnologie presenta nella prospettiva giuridica; se tale questione, sino a qualche anno fa, sembrava appartenere, per un verso, alla dimensione essenzialmente etico-filosofica e, dall'altro, virava, invece, verso questioni di natura eminentemente tecnica (appannaggio dei *computer scientists* più che dei giuristi), esso oggi presenta profili di grandissima rilevanza per il diritto dell'Unione. Le interrelazioni che si sono via via manifestate e che influenzano la costruzione di un quadro normativo toccano, infatti, temi centrali del dibattito scientifico corrente: quali, tra l'altro, la definizione dei valori dell'Unione e degli strumenti per promuoverne il rispetto anche a livello globale, l'impatto dello sviluppo tecnologico su una varietà di diritti fondamentali già garantiti, le riflessioni sulla opportunità di enunciare nuovi diritti in strumenti ulteriori rispetto alla Carta, nonché la necessità di adattare ai processi decisionali automatizzati gli schemi correnti di protezione giurisdizionale, in particolare quelli relativi al diritto antidiscriminatorio.

In questo vastissimo contesto mi propongo di svolgere qualche breve considerazione su alcuni aspetti, tra loro peraltro correlati, che interessano la portata e l'adeguatezza delle fonti vigenti del diritto dell'Unione e le tecniche normative utilizzabili al fine di integrarne il contenuto.

3. Con riguardo alla definizione dei diritti fondamentali interessati dallo sviluppo tecnologico i riferimenti che si riscontrano nei documenti dell'Unione concernono soprattutto il rispetto della vita privata e, più in particolare, la protezione dei dati personali, specialmente riguardo all'utilizzo dei *big data* che presentano un carattere strumentale rispetto a varie applicazioni dell'intelligenza artificiale e delle decisioni automatizzate. Si evidenzia anche la necessità di raggiungere un bilanciamento tra interessi pubblici e privati nell'impiego delle tecnologie da parte della pubblica amministrazione, affinché siano assicurati il rispetto del principio di trasparenza e la pubblicità

degli atti amministrativi. Come si è sopra osservato, può delinarsi un potenziale contrasto anche con altri diritti e libertà fondamentali tutelati dal diritto dell'Unione: quali la dignità umana, il diritto all'informazione e al pluralismo, il giusto processo, il divieto di discriminazione. D'altra parte, è certamente ragionevole il riferimento "aperto" ai diritti fondamentali che si riscontra nei documenti dell'Unione, giacché gli sviluppi costanti e non prevedibili delle applicazioni tecnologiche rendono, come è evidente, assai difficile immaginare in modo esaustivo le "interferenze" che queste possono comportare in relazione al rispetto di tali diritti. È peraltro evidente che la tutela di ciascun diritto fondamentale può declinarsi in una serie di ulteriori diritti e principi, per cui risulta determinante il ruolo interpretativo esercitato dalla giurisprudenza.

Un interrogativo centrale nel dibattito sulla regolazione delle applicazioni tecnologiche porta a chiedersi se le fonti di tutela dei diritti fondamentali, in particolare la Carta, forniscano una protezione sufficiente nei confronti dei rischi che queste comportano ovvero se occorra elaborare nuovi strumenti – vincolanti o di *soft law* – adeguati alle particolarità delle applicazioni tecnologiche.

Tale questione ha acquisito ulteriore interesse a seguito della recente firma, da parte dei presidenti della Commissione europea, del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione, della Dichiarazione europea sui diritti e principi digitali¹⁸. È vero che la decisione di elaborare un testo che mira a promuovere una transizione digitale conforme ai valori dell'Unione potrebbe far presumere che le istituzioni ritengano la Carta non pienamente sufficiente a garantire una tutela adeguata. La Dichiarazione sembra, tuttavia, accogliere non tanto un approccio di tipo integrativo delle fonti vigenti quanto, piuttosto, si propone di far sì che i diritti già garantiti nel mondo reale lo siano anche in quello virtuale, seguendo la linea guida che sollecita a parificare la tu-

¹⁸ La Dichiarazione è stata firmata il 15 dicembre 2022 sulla base di una proposta della Commissione (COM (2022) 28final), del 22 gennaio 2022). Cfr. sulla Dichiarazione P. DE PASQUALE, *Verso una Carta dei diritti digitali (fondamentali) dell'Unione europea?*, in *Il diritto dell'Unione europea*, marzo 2022; E. QUINN, *Much Ado About Nothing. The European Declaration on Digital Rights and Principles*, in *verfassungsblog.de*, 22 December 2022; L. CIANCI, *Dichiarazione europea sui diritti e principi digitali: quid pluris?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2022, p. 381 ss.

tela dei diritti *online* a quella garantita *offline*¹⁹. In questa prospettiva, il rapporto con la Carta non evidenzia la volontà di enunciare diritti ulteriori rispetto a quelli che sulla base di questa devono essere garantiti, quanto a proiettare nella dimensione virtuale la tutela già offerta. Del resto, la Dichiarazione, come indicato nel suo preambolo, “si basa segnatamente sul diritto primario dell’UE”; essa richiama i Trattati, la Carta, la giurisprudenza della Corte di giustizia, il diritto derivato e fa altresì ampio riferimento a dichiarazioni degli Stati membri e a risoluzioni del Parlamento europeo.

Se si guarda al contenuto della Dichiarazione, questa enuncia principi di natura essenzialmente programmatica piuttosto che formulare nuovi diritti²⁰, e esprime l’intento, manifestando un approccio ricognitivo, di “ricorda(re) i diritti più pertinenti”. È enfatizzato l’obiettivo di delineare un “modello europeo per la transizione digitale che metta al centro le persone” guidando i responsabili politici nella loro azione. Si enuncia l’impegno a garantire, tra l’altro, una eccellente connettività, la trasparenza nell’utilizzo degli algoritmi, l’informazione, e, ancora, una produzione che limiti l’impatto ambientale. I (non numerosi) diritti peculiari alla dimensione digitale menzionati dalla Dichiarazione confermano la loro natura di declinazioni nuove di diritti già tutelati sulla base della Carta; quale, ad esempio, il diritto alla disconnessione, già desumibile da principi relativi alla salute e alla tutela dei lavoratori²¹, o il diritto di accesso all’algoritmo, che configura una particolare dimensione del principio di trasparenza e che presenta, altresì, un carattere funzionale rispetto al diritto alla tutela giurisdizionale effettiva. Secondo questa lettura, la Di-

¹⁹ “Ciò che è illecito *offline* deve esserlo anche *online*. Anche se non è possibile prevedere il futuro della tecnologia digitale, i valori e le norme etiche dell’UE, così come le sue norme sociali e ambientali, devono essere applicati anche nello spazio digitale”: COM (2020) 67final, cit., p. 10.

²⁰ Un nuovo diritto è stato prospettato dal Comitato economico e sociale che ha formulato, in un parere di iniziativa, del 19 settembre 2018, il diritto dell’essere umano a non essere “mai l’esecutore della macchina” (2018/C 440/01). Tuttavia, anche tale diritto sembra essere desumibile dal diritto alla dignità umana e dai principi di tutela del lavoratore.

²¹ Cfr. al riguardo la risoluzione del Parlamento europeo, del 21 gennaio 2021, recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione (2019/2181 (INL)). Si menzionano nella risoluzione, tra le fonti rilevanti, anche gli articoli 23 (parità tra donne e uomini) e 31 (condizioni di lavoro giuste ed eque) della Carta dei diritti fondamentali, sollecitando la Commissione ad adottare una proposta di atto legislativo che riconosca il diritto alla disconnessione.

chiarazione intende, quindi, dare espressione ad un impegno delle istituzioni a conformarsi, nella loro attività normativa, ad una visione idonea a modulare, sulla base delle nuove esigenze poste dallo sviluppo tecnologico, i diritti fondamentali già garantiti.

La modalità di adozione del testo lascia facilmente trasparire l'auspicio delle istituzioni che possa in futuro prospettarsi un percorso non dissimile da quello che ha caratterizzato la Carta nell'acquisizione di forza vincolante, benché una tale evoluzione sia difficilmente prospettabile nella fase politica attuale²². È tuttavia da chiedersi se un'interpretazione estensiva e "adeguatrice" della Carta, con l'apporto determinante della Corte di giustizia, non possa fornire un quadro di tutela sufficiente, evitando, con l'adozione di un nuovo strumento vincolante, di rendere più complesso il sistema già assai articolato di tutela dei diritti fondamentali.

A ciò si aggiunge che i principi generali potrebbero svolgere, laddove la Carta dovesse eventualmente rivelarsi non sufficiente, quella funzione integrativa che è ad essi riconosciuta in virtù dell'art. 6, par. 3, TUE; ciò anche in ragione della flessibilità che ne è una intrinseca caratteristica e che costituisce un elemento determinante e prezioso nella *governance* di sviluppi tecnologici in rapidissima evoluzione.

Neppure vanno trascurati, in relazione alla possibilità di ulteriori enunciazioni di diritti relativi alle nuove tecnologie, i lavori attualmente in corso nell'ambito del Consiglio d'Europa. Senza potermi soffermare su questa attività, anch'essa molto intensa, vorrei solo ricordare che la Commissione europea ha adottato, nell'agosto 2022, una raccomandazione di decisione volta ad ottenere l'autorizzazione del Consiglio a partecipare ai negoziati per una convenzione del Consiglio d'Europa sull'intelligenza artificiale in relazione a diritti umani, democrazia e Stato di diritto²³. La Commissione sostiene

²² Peraltro, tra le proposte emerse dalla conferenza sul futuro dell'Europa vi sono suggerimenti per prendere in considerazione un'eventuale futura Carta dei diritti digitali, ma la richiesta di convocazione di una conferenza per la revisione dei Trattati presentata in giugno dal Parlamento europeo non prospetta modifiche a questo riguardo, www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0244_IT.html.

²³ COM (2022) 414final, del 18 agosto 2022. Alla redazione di tale Convenzione sta lavorando un comitato istituito per il periodo 2022-2024. Un precedente comitato *ad hoc* ha terminato i lavori nel dicembre 2021 redigendo un documento finale che auspicava l'adozione di una convenzione.

l'esistenza di una competenza esclusiva dell'Unione a concludere la Convenzione in quanto l'accordo incide su norme comuni ai sensi dell'art. 3, par. 2, TUE, tenendo conto non soltanto degli atti in vigore ma anche dei futuri sviluppi del diritto dell'Unione, tra i quali la proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale. È perciò necessario che “i negoziati siano condotti a nome dell'Unione in modo tale da garantire la coerenza e l'uniformità delle regole dell'UE...”. La Convenzione dovrebbe verosimilmente includere una clausola di disconnessione che consenta agli Stati membri di disciplinare i loro reciproci rapporti in base al diritto dell'Unione.

L'eventualità che diritti specificamente riferiti alle innovazioni tecnologiche siano enunciati a livello di norme primarie dell'Unione – in una sorta di Carta dei diritti digitali – o in una Convenzione ratificata dall'Unione, lascia comunque aperta quella che appare come la principale e più complessa esigenza normativa: ossia declinare i principi e diritti fondamentali nel contenuto di atti derivati, individuando le forme di regolazione appropriate. Ciò apre questioni di particolare rilevanza toccando anche il dibattito istituzionale e scientifico relativo alle modalità di attuazione dei diritti e principi enunciati nella Carta dei diritti fondamentali²⁴.

4. L'attività volta ad enunciare norme derivate destinate alla *governance* delle nuove tecnologie presenta una pluralità di opzioni ai fini della individuazione delle modalità adeguate. Rileva non solo il carattere assolutamente innovativo delle norme da elaborare, ma anche la circostanza che qualsiasi regolazione delle tecnologie si muove su un terreno mobile, in continua (e difficilmente prevedibile) evoluzione²⁵; ciò apre il problema – apparente-

²⁴ Cfr. la Strategia per rafforzare l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, Bruxelles, COM (2020) 711final, del 2 dicembre 2020. V. anche la Relazione annuale 2022 sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, COM (2022) 716final, del 6 dicembre 2022 e la Comunicazione della Commissione “Applicare il diritto dell'Unione europea per un'Europa dei risultati”, COM (2022) 518final, del 13 ottobre 2022. Cfr. in argomento O. DE SCHUTTER, *The Implementation of the Charter by the Institutions of the European Union*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *Commentary on the EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford and Portland, Oregon, 2013; N. LAZZERINI, *Le clausole generali della Carta dei diritti fondamentali nel law-making europeo: codificazione e innovazione nella determinazione del livello di tutela*, in A. ANNONI, S. FORLATI, F. SALERNO (a cura di), *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea*, Napoli, 2019, p. 507 ss.

²⁵ Come ben espresso in un documento della Commissione, uno “specifico sottoinsieme

mente teorico ma con risvolti pratici del tutto evidenti – di quanto il dato normativo possa, per così dire, *inseguire* gli sviluppi tecnologici e quanto, invece, esso riesca a governarli con una capacità predittiva o, comunque, con soluzioni che implicino una certa flessibilità e consentano – come delinea la proposta di regolamento sulla intelligenza artificiale – di costruire meccanismi decisionali che permettano costanti aggiornamenti²⁶.

Una prospettiva da considerare in via preliminare è, in ogni caso, quella di carattere interpretativo, verificando in quale misura gli atti già in vigore possano essere intesi in modo da garantirne l'adeguatezza rispetto alla sfera digitale e alle nuove applicazioni tecnologiche²⁷. La Commissione europea aveva, in effetti, inizialmente valorizzato la possibilità di interpretazione estensiva degli atti normativi, manifestando l'intenzione di elaborare degli orientamenti interpretativi di normative già in vigore, e riservando l'esercizio del suo potere di iniziativa legislativa ai soli casi in cui emergessero effettive esigenze di integrazione²⁸; al contrario, il Parlamento europeo ha costante-

di applicazioni di IA può subire un continuo adattamento, anche durante l'utilizzo, e cambiare ed evolvere in modo impreveduto senza poter essere facilmente monitorato. Ciò comporta un certo grado di imprevedibilità che può incidere sulla sicurezza o sui diritti fondamentali": COM (2021) 819final, cit., p. 19.

Si può peraltro notare che la proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale già richiede una integrazione con riguardo alla intelligenza artificiale generativa (ChatGPT) individuando il livello di rischio di tale tecnica nel quadro della tassonomia definita dal testo.

²⁶ La BCE nel proprio parere, del 29 dicembre 2021, (CON/2021/40) sulla proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale invita il legislatore dell'Unione a considerare in futuro la possibilità di istituire un'autorità indipendente per l'IA a livello dell'Unione responsabile dell'applicazione del regolamento, in particolare per le questioni specifiche relative ai diritti fondamentali.

²⁷ Si può menzionare, ad esempio, l'esigenza di chiarire se le regole sulla responsabilità civile si applichino anche ai veicoli senza conducente; cfr., in proposito, la risoluzione del Parlamento europeo, del 15 gennaio 2019, sulla guida autonoma nei trasporti europei (2018/2089 (INI)), ove si osserva che le norme vigenti in materia di responsabilità "non sono state concepite per far fronte alle sfide poste dall'utilizzo di veicoli autonomi" e si sottolinea che "l'attuale quadro normativo, in particolare in tema di responsabilità, assicurazione, registrazione e protezione dei dati personali, non sarà più sufficiente o adeguato a fronte dei nuovi rischi derivanti dall'aumento dell'automazione, della connettività e della complessità dei veicoli" (par. 20).

²⁸ V., tra l'altro, la "relazione sulle implicazioni dell'intelligenza artificiale, dell'Internet delle cose e della robotica in materia di sicurezza e di responsabilità", adottata dalla Commissione il 19 febbraio 2020 (COM (2020) 64final).

mente auspicato un profondo rinnovamento del quadro normativo, esercitando un ruolo - sostanzialmente propositivo - molto attivo, anche delineando in proprie risoluzioni degli schemi di regolazione piuttosto articolati ed enunciando nuove categorie giuridiche idonee alla disciplina di determinati profili dell'economia digitale²⁹. Alcuni orientamenti volti a consentire l'applicazione di atti in vigore alle innovazioni tecnologiche si riscontrano, peraltro, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, specialmente riguardo alla interpretazione delle nozioni contenute in atti normativi³⁰.

Dopo un periodo in cui si è sviluppato nell'ambito dell'Unione un dibattito istituzionale polarizzato sull'opportunità di adattare ed integrare gli atti in vigore o, al contrario, di creare un nuovo contesto normativo, la Commissione europea sembra essersi orientata in quest'ultimo senso, senza che, tuttavia, le incertezze sulla soluzione più adeguata possano dirsi superate. Resta infatti dubbia la stessa opportunità (*rectius*, la effettiva possibilità) di costruire un paradigma di regolamentazione a vocazione generale, in grado di adattarsi alla pluralità di applicazioni tecnologiche; non è esclusa, d'altronde, l'esigenza che siano formulati dei segmenti normativi collocati in atti di natura settoriale già in vigore o in quelli proposti. Ed è altresì dibattuta l'esigenza di affiancare a misure di natura vincolante anche l'adozione di strumenti di *soft law*, come *guidelines*, codici etici, raccomandazioni rivolte a progettisti e sviluppatori³¹.

²⁹ V., tra le altre, le risoluzioni sull'uso dell'intelligenza artificiale nella cultura e nel settore audiovisivo, 19 maggio 2021, 2020/2017 (INI), sui diritti di proprietà intellettuale per lo sviluppo di tecnologie di intelligenza artificiale, 20 ottobre 2020, 2020/2015 (INI), sull'intelligenza artificiale in un'era digitale, 3 maggio 2022 2020/2266 (INI), le raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale, 20 ottobre 2020, 2020/2014 (INL) e sugli aspetti etici dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate, 2020/2012 (INL), nonché la relazione sull'intelligenza artificiale nel diritto penale e il suo utilizzo da parte delle autorità di polizia e giudiziarie in ambito penale, 2020/2016 (INI).

³⁰ Si è posta, tra l'altro, la questione di definire se le criptovalute costituiscano mezzi di pagamento (v. a questo riguardo la sentenza della Corte del 22 ottobre 2015, causa C-264/14, *Skatteverket c. David Hedqvist*) o, ancora, di chiarire quali decisioni automatizzate rientrino nell'ambito applicativo dell'art. 22 del GDPR (v. sul punto *infra*, par. 5).

³¹ Alla redazione di "codici" non vincolanti relativi all'intelligenza artificiale sono dedicati nel contesto europeo lavori nell'ambito sia dell'Unione (con l'apporto della Commissione, dell'Agenzia per i diritti fondamentali e dell'"High-Level Expert Group on Artificial Intelli-

Quanto all'adozione di atti volti a regolare le nuove tecnologie, si pone un'opzione strategica di fondo, volta a valutare l'opportunità di una regolazione di tipo settoriale - che può esprimersi in modifiche ad atti in vigore o in nuovi atti a contenuto specifico - ovvero un approccio normativo di tipo orizzontale. La prassi recente evidenzia l'utilizzo di entrambe le strategie normative; la prima opzione ha portato ad adottare alcune misure attinenti, in particolare, alla sicurezza dei prodotti e al mercato digitale³².

Ben più complessa si presenta la elaborazione di normative di tipo orizzontale che tendono a regolare una particolare tecnologia nelle sue diverse applicazioni. Così, la proposta di regolamento del 15 settembre 2022 sui requisiti orizzontali di cybersicurezza per i prodotti con elementi digitali che si propone di parificare le forme di tutela previste in relazione alle applicazioni tecnologiche rispetto a quelle già operanti in via generale; essa, infatti, "mira a garantire che il livello di protezione di cui usufruiscono coloro che subiscono danni causati dall'intelligenza artificiale sia equivalente a quello di cui beneficiano coloro che patiscono danni cagionati senza il concorso di questa tecnologia". Si afferma, inoltre, che ai fini della tutela dei diritti fondamentali l'approccio normativo di tipo orizzontale sarebbe il più efficace, muovendo dal presupposto che le norme volte a garantire la sicurezza e i diritti fondamentali "ridurranno i rischi senza tuttavia eliminarli del tutto".

Ad un approccio di tipo orizzontale si conforma la già menzionata proposta di regolamento sulla intelligenza artificiale, oggetto di un ampio dibattito, che evidenzia la volontà di contemperare la dialettica promozione-

gence"), sia del Consiglio d'Europa. Il gruppo di esperti istituito dall'Unione ha adottato, in una versione rivista, l'8 aprile 2019, gli "Orientamenti etici per un'IA affidabile". Un codice etico relativo ad uno specifico aspetto risulta anche dalla "Carta sulla robotica" proposta dal Parlamento europeo nel 2017 (allegata alla già menzionata risoluzione sulla robotica). Cfr. in argomento G. SARTOR, *Artificial intelligence and human rights: Between law and ethics*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n. 6, December 2020, p. 705 ss.; G. DE MINICO, *Fundamental rights, European digital regulation and algorithmic challenge*, in *Media Laws*, n. 1, 2021, p. 8 ss.

³² Tra le quali il regolamento 2022/1925, del 14 settembre 2022, relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali); il regolamento 2022/2065, del 19 ottobre 2022, relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali); la direttiva (UE) 2019/770, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali.

contenimento mediante un approccio basato sui livelli di rischio. La proposta classifica il rischio come inaccettabile, alto, relativo alla trasparenza, basso e minimo, costruendo una vera e propria tassonomia del rischio, sulla base della quale vengono definite le diverse regole applicabili. La rilevanza del contenimento dato dai diritti fondamentali è sempre evidente nella proposta, ma lo è soprattutto per la definizione dei rischi inaccettabili, che determinano un divieto di sistemi di intelligenza artificiale ritenuti incompatibili con i valori dell'Unione; tra questi, l'attribuzione di un punteggio sociale per accedere a determinati benefici, le tecniche subliminali di persuasione occulta o quelle che possono pregiudicare persone vulnerabili e minori. Un ulteriore tassello normativo, volto ad integrare il regolamento, è fornito dalla proposta di direttiva del settembre 2022 sulla responsabilità per i danni prodotti da apparati di intelligenza artificiale³³ che evidenzia la necessità di armonizzare le normative nazionali e di predisporre uno schema efficace relativo alla responsabilità, anche al fine di contribuire ad assicurare la affidabilità di tali apparati.

Un elemento comune a questa variegata attività normativa è dato dalla base giuridica, generalmente individuata nell'art. 114 TFUE che consente di adottare misure volte al ravvicinamento delle disposizioni nazionali relative all'instaurazione e al funzionamento del mercato interno. Si muove, quindi, dalla volontà di eliminare gli ostacoli alla circolazione di prodotti e servizi sebbene la finalità sia, come è evidente, garantire che lo sviluppo tecnologico sia conforme ai diritti fondamentali. La scelta di un fondamento giuridico relativo alla realizzazione del mercato interno può apparire incoerente e difficile da giustificare: nel dibattito scientifico suscitato dalla proposta non mancano interrogativi e perplessità sulle ragioni per le quali una normativa volta alla tutela dei diritti fondamentali – e, quindi, riferita alla dimensione in senso ampio costituzionale del sistema – consideri tali diritti in quanto collegati alle esigenze del mercato. Nella prospettiva del diritto dell'Unione, non estraneo a percorsi interpretativi apparentemente tortuosi, sono invece evidenti le ragioni che giustificano la scelta della base giuridica³⁴. Il nesso con gli

³³ Direttiva relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale (direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale), COM (2022) 496final.

³⁴ Sulla possibilità di utilizzare l'art. 114 TFUE, mi permetto di rinviare a quanto avevo avuto altrove modo di osservare, sostenendo che il fondamento giuridico di un'azione

aspetti di natura economica e commerciale è senza dubbio fornito dalla esigenza di definire uno standard comune di tutela dei diritti fondamentali che appare necessario al fine di evitare ostacoli al funzionamento del mercato interno; tale disposizione consente, peraltro, l'adozione di un regolamento, permettendo la realizzazione di un quadro normativo uniforme.

A ciò si aggiungono ulteriori considerazioni relative alla difficoltà di individuare un diverso fondamento giuridico, non potendo fornire la Carta una base giuridica, ed essendo altre basi normative, come quella relativa al diritto antidiscriminatorio ovvero il ricorso – ormai rarissimo – all'art. 352, politicamente ben poco prospettabili in ragione del requisito della unanimità³⁵.

5. Nella definizione di un quadro normativo conforme ai diritti fondamentali assume particolare rilevanza la questione del contrasto alle discriminazioni che possono sorgere sulla base dei procedimenti decisionali automatizzati, questione alla quale vorrei, in conclusione, dedicare qualche rapida considerazione³⁶. Gli interrogativi traggono origine dal rischio che tali pro-

dell'Unione avrebbe potuto essere individuato in tale disposizione, motivando l'attività normativa con l'esigenza di stabilire regole comuni ai fini del corretto funzionamento del mercato unico: A. ADINOLFI, *L'Unione europea dinanzi allo sviluppo dell'intelligenza artificiale*, in S. DORIGO (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, p. 27. In senso contrario si esprime VAN CLEYNENBREUGEL, *EU By-Design Regulation in the Algorithmic Society*, in AA.VV., *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, Cambridge, 2021) secondo il quale l'art. 114 avrebbe una rilevanza limitata poiché esso “essentially aims at harmonising Member States' regulatory provisions rather than imposing specific design obligations on algorithmic designers”, par. 10.3.1. Occorre tuttavia considerare che proprio le condizioni e gli obblighi posti agli sviluppatori permettono di ottenere gli standard comuni che consentono di garantire l'armonizzazione delle regole nazionali necessarie ai fini del funzionamento del mercato interno.

³⁵ Come ben dimostra la sorte della proposta di direttiva orizzontale del 2008 (COM (2008) 426final, del 2 luglio 2008), che versa in una situazione di stallo benché il Parlamento europeo nel 2019 nella risoluzione sull'attuazione della Carta ne abbia sollecitato l'adozione “senza indugio” al fine di garantire ulteriormente i diritti fondamentali nell'UE tramite l'adozione di una legislazione concreta dell'Unione (risoluzione, del 12 febbraio 2019, sull'attuazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel quadro istituzionale dell'UE, 2017/2089 (INI), par. 30).

³⁶ Cfr. in argomento P. HACKER, *Teaching fairness to Artificial Intelligence: Existing and Novel Strategies Against Algorithmic Discrimination Under EU Law*, in *Common Market Law*

cedimenti, fondati su algoritmi, producano delle discriminazioni e rendano altresì particolarmente difficile garantire la tutela giurisdizionale effettiva di coloro che ne sono vittime pregiudicando il principio della effettività della tutela.

Nei processi decisionali automatizzati, discriminazioni possono derivare già in origine dai dati immessi, qualora questi riflettano pregiudizi e disparità, come vari studi empirici, specie statunitensi, dimostrano³⁷. A ciò si aggiungono i problemi di scarsa trasparenza e di opacità del processo decisionale, soprattutto quando intervengano macchine che, operando con tecniche di autoapprendimento, dispongono di un margine discrezionale che può determinare esiti neppure prevedibili e anche difficilmente spiegabili in relazione ai criteri applicati³⁸.

Le normative attualmente vigenti forniscono solo alcuni elementi di soluzione; in particolare l'art. 22 del GDPR enuncia il diritto a non essere soggetti a una decisione basata unicamente su un trattamento automatizzato allorché questa produca effetti giuridici che riguardano una persona o che in-

Review, 2018, p. 1143 ss.; A. SIMONCINI, E. LONGO, *Fundamental Rights and the Rule of Law in the Algorithmic Society*, e O. POLLICINO, G. DE GREGORIO, *Constitutional Law in the Algorithmic Society*, in AA.VV., *op. cit.*, p. 3 ss. e p. 27 ss.; G. DE MINICO, *op. cit.*, p. 8 ss.; M. BARBERA, *Discriminazione algoritmica e forme di discriminazione*, in *Labour and Law Issues*, n. 7, 2021, p. 13 ss.; R. XENIDIS, *Tuning EU equality law to algorithmic discrimination: Three pathways to resilience*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2021, p. 736 ss.

³⁷ Ad es., la intersezione tra il codice postale, rivelatore della zona di residenza, e la presenza di una percentuale elevata di cattivi pagatori in tale zona può risultare discriminatoria se utilizzata come criterio ai fini della concessione di un credito, benché lo *status* finanziario delle persone non sia di per sé un motivo tipizzato di discriminazione. Si può inoltre ricordare come il criterio apparentemente neutrale previsto dalla piattaforma di una società di consegna a domicilio, che conferiva un punteggio negativo ai lavoratori assenti, risultasse in violazione della libertà sindacale poiché tra le assenze conteggiava anche quelle dovute alla partecipazione ad iniziative di protesta e manifestazioni, come rilevato nell'ordinanza del Tribunale di Bologna del 31 dicembre 2020; cfr. M. V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, in *Labor*, 2021, p. 104 ss.

³⁸ Come osserva la Commissione, “spesso ad esempio non è possibile stabilire il motivo per cui un sistema di IA è giunto a un risultato specifico. Di conseguenza potrebbe diventare difficile valutare e dimostrare se qualcuno è stato ingiustamente svantaggiato dall'uso di sistemi di IA, ad esempio nel contesto di una decisione di assunzione o di promozione oppure di una domanda di prestazioni pubbliche”: COM (2021) 205final, cit.

cidano in modo significativo su di essa³⁹. Tale disposizione è certamente rilevante, ma lascia aperti problemi interpretativi che ne condizionano l'efficacia, suscitando incertezze riguardo alla nozione di trattamento automatizzato, alle deroghe previste dalla stessa disposizione, al tipo di intervento umano necessario a soddisfare il criterio indicato⁴⁰.

La giurisprudenza inizia in primissimi orientamenti a fornire importanti precisazioni, come nella sentenza *Ligue des droits humains c. Consiglio*, del 21 giugno 2022⁴¹; su rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale belga, la Corte di giustizia, fondandosi sulle conclusioni dell'avvocato generale Pitruzzella⁴², ha chiarito che la direttiva sui dati PNR facendo riferimento a *criteri prestabiliti* per identificare coloro che potrebbero essere implicati in reati di terrorismo, osta all'utilizzazione di tecnologie di intelligenza artificiale nell'ambito di sistemi di autoapprendimento (*machine learning*), poiché questi strumenti possono modificare, senza il controllo umano, il processo di valutazione. È inoltre affermato che l'opacità che caratterizza il funzionamento delle tecnologie di intelligenza artificiale può rendere impossibile comprendere la ragione per la quale un dato programma sia arrivato ad un riscontro positivo e, perciò, “potrebbe privare gli interessati anche del loro diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo sancito dall'articolo 47 della Carta”⁴³. Tale

³⁹ Regolamento (UE) 2016/679, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE. Il GDPR riconosce il diritto a conoscere l'esistenza di un processo decisionale automatizzato e di ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata e sulle implicazioni riguardo al trattamento dei dati.

⁴⁰ Si veda il *focus paper* della Agenzia per i diritti fondamentali, “BigData: Discrimination in data-supported decision making” (Vienna, 2018) in cui si sottolinea che il regolamento non appare sufficiente a garantire una tutela adeguata giacché “the fundamental rights implications of using algorithms in decision making include considerations addressed in the GDPR, but also go beyond” (p. 3). È altresì significativo che la prima relazione sull'applicazione della direttiva sulla protezione dei dati nelle attività di polizia e giudiziarie metta in luce le lacune delle normative nazionali che non prevedono garanzie adeguate nei casi in cui il processo decisionale automatizzato sia consentito dalla legge, non prescrivendo l'intervento umano o non prevedendo strumenti adeguati di tutela (COM (2022) 364final, del 25 luglio 2022).

⁴¹ Sentenza della Corte del 21 giugno 2022, causa C-817/19, *Ligue des droits humains c. Consiglio*.

⁴² Conclusioni dell'Avvocato generale Pitruzzella, del 27 gennaio 2022, causa C-817/19, *Ligue des droits humains c. Consiglio*.

⁴³ Punto 195.

orientamento, di grande rilevanza, induce tra l'altro ad osservare che laddove siano in gioco criteri di discriminazione già previsti in atti normativi, o rientranti nell'ambito applicativo dell'art. 21 della Carta, le difficoltà maggiori riguardano la trasparenza della decisione e, quindi, l'esigenza di individuare strumenti normativi che consentano l'accesso all'algoritmo come presupposto del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva.

A ciò si aggiunge una ulteriore problematica che si presenta quando le potenziali discriminazioni algoritmiche risultano dalla combinazione di criteri che, non costituendo di per sé una discriminazione, danno tuttavia origine nella loro interrelazione ad una disparità, determinando le c.d. discriminazioni intersezionali⁴⁴. Una soluzione normativa non è prospettabile allorché queste si fondino su criteri di discriminazione ulteriori rispetto a quelli tipizzati⁴⁵, ed esse sembrano altresì sfuggire attualmente allo scrutinio della giurisprudenza della Corte di giustizia⁴⁶. Gli orientamenti della Corte forniscono,

⁴⁴ Il Parlamento europeo nella risoluzione del 2022 ha definito la discriminazione intersezionale evidenziando come questa differisca “dalla discriminazione multipla, che ha luogo quando ciascun tipo di discriminazione può essere dimostrata e trattata in maniera indipendente”, mentre “nel caso della discriminazione intersezionale i motivi di discriminazione si intrecciano, creando una tipologia unica di discriminazione”, giacché “l'intersezionalità consente una prospettiva che tiene conto di diversi motivi che si intersecano fra loro, senza dare priorità all'uno rispetto all'altro”; risoluzione sulla discriminazione intersezionale nell'Unione europea: la situazione socioeconomica delle donne di origine africana, mediorientale, latinoamericana e asiatica, del 6 luglio 2022.

⁴⁵ L'attività normativa delle istituzioni è limitata ai motivi di discriminazione tipizzati nell'art. 19, perciò, come osservato nel rapporto della Commissione europea *Algorithmic Discrimination in Europe. Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law* (Luxembourg, 2021), “proxy discrimination questions the boundaries of the exhaustive list of protected grounds defined in Article 19 TFEU and sheds new light on the rôle and place of the non-exhaustive list of protected grounds to be found on Article 21 of the EU Charter”, p. 9. In argomento v. tra gli altri A. E. R. PRINCE, D. SCHWARCZ, *Proxy Discrimination in the Age of Artificial Intelligence and Big Data*, in *Iowa Law Review*, 2020, p. 1257 ss.

⁴⁶ Infatti, nella sentenza nel caso *Parris* (sentenza della Corte del 24 novembre 2016, causa C-443/15, *Parris*), la Corte sembra avere nettamente escluso qualsiasi possibilità di considerare una discriminazione intersezionale che non si fondi su un cumulo di motivi di discriminazione già tipizzati; essa ha affermato che “se è vero che una discriminazione può essere fondata su più di uno dei motivi indicati all'art. 1 della direttiva 2000/78, non esiste, tuttavia, alcuna nuova categoria di discriminazione che risulti dalla combinazione di alcuni di tali motivi, quali l'orientamento sessuale e l'età, e che possa essere constatata quando sia stata esclusa una di-

invece, elementi assai rilevanti in merito al contrasto delle discriminazioni algoritmiche poiché definiscono come potenzialmente lesive anche situazioni che si manifestino in assenza di una vittima del comportamento, come può trarsi dalla giurisprudenza relativa a casi di affermazioni discriminatorie di datori di lavoro che scoraggiano, in via generale, l'accesso a opportunità di lavoro⁴⁷.

6. Le brevi considerazioni sopra svolte mostrano come l'esigenza di introdurre strumenti di regolazione delle nuove tecnologie interessi non tanto il livello delle fonti primarie dell'Unione, ma riguarda, piuttosto, il diritto derivato, che dovrebbe fornire un quadro normativo idoneo a garantire il rispetto dei diritti fondamentali sulla base di standard omogenei di protezione. La formulazione della Carta sembra, in effetti, essere sufficientemente flessibile da poter garantire tutela anche riguardo alla peculiare declinazione che i diritti e principi assumono in relazione alle nuove tecnologie; a ciò si aggiunge, come sopra rilevato, la funzione integrativa che può essere svolta dai principi generali attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia.

Il quadro delle norme derivate appare, invece, insufficiente, e ciò giustifica l'intensa attività normativa e di proposta attualmente in atto. Tuttavia, una ricognizione delle possibili strategie di regolazione mostra quanto la *governance* delle tecnologie si riveli un compito oggettivamente di grande complessità; se si guarda all'assetto normativo attuale emerge un sistema assai frastagliato che comprende alcuni atti specificamente rivolti alla economia

scriminazione sulla base dei medesimi motivi, considerati in modo separato". In alcune pronunce, invece, sono stati rilevati elementi che sembrerebbero poter preludere al riconoscimento della discriminazione intersezionale; v. D. SCHIEK, *On uses, abuses and non-uses of intersectionality before the European Court of Justice*, in *Centre of European and Transnational Studies, European (Legal) Studies on-line papers*, n. 3, 2018. Cfr. anche in argomento T. DEGENER, *Intersections between Disability, Race and Gender in Discrimination Law*, in A. LAWSON, D. SCHIEK (eds.), *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality*, Farnham, 2016, p. 29 ss.; I. SOLANKE, *The EU Approach to Intersectional Discrimination in Law*, in G. ABELS, A. KRIZSÁN, H. MACRAE, A. VAN DER VLEUTEN (eds.), *The Routledge Handbook of Gender and EU Politics*, London, 2021; M. FERRI, *The interplay between religious discrimination in the workplace and fundamental rights: the cherry-pick approach of the EU Court of Justice*, in *ri-vista.eurojus.it*, 2022, p. 291 ss.

⁴⁷ Così nel caso *Feryn* (sentenza della Corte del 10 luglio 2008, causa C-54/07), ove si afferma che "l'esistenza di siffatta discriminazione diretta non presuppone un denunciante identificabile che asserisca di essere stato vittima di tale discriminazione" (punto 25).

digitale, altri che contengono regole particolari rilevanti rispetto a nuove applicazioni tecnologiche afferenti ad uno specifico settore o profilo disciplinato, o, ancora, normative di carattere generale, la cui applicazione rispetto alle nuove tecnologie suscita incertezze interpretative. La compresenza di diverse regole in una pluralità di atti derivati rende assai complesso il coordinamento delle fonti, da parte, soprattutto, dei giudici nazionali, rendendo auspicabile una semplificazione del quadro normativo. Occorrerebbe definire in modo chiaro i rapporti tra le fonti derivate⁴⁸, eventualmente ricorrendo ad una rifu-sione degli atti in vigore o ad uno strumento di codificazione che permetta, in particolare, di agevolare la comprensione delle interrelazioni tra normative orizzontali e settoriali.

Si può infine osservare che sebbene gli atti dell'Unione relativi alla disciplina delle nuove tecnologie tendano, coerentemente con il loro fondamento giuridico, a garantire le libertà del mercato interno, assicurando la circolazione senza ostacoli di beni e di servizi innovativi, tuttavia l'intervento normativo dell'Unione può avere un'incidenza significativa, anche sul piano esterno, riguardo alla definizione dei diritti fondamentali rilevanti. La costruzione di regole uniformi di protezione, come quelle delineate nella proposta sull'intelligenza artificiale, porterebbe l'Unione ad assumere un ruolo di *standard-setter* a livello globale, attraverso limiti e divieti suscettibili di acquisire rilevanza nei rapporti con Stati terzi⁴⁹.

⁴⁸ L'esigenza di assicurare il coordinamento con una pluralità di disposizioni già operanti ha portato ad elaborare norme assai complesse nella proposta di regolamento sulla intelligenza artificiale. Mi permetto di rinviare riguardo a tali regole al mio scritto A. ADINOLFI, *L'intelligenza artificiale tra rischi di violazione dei diritti fondamentali e sostegno alla loro promozione: considerazioni sulla (difficile) costruzione di un quadro normativo dell'Unione*, in A. PAJNO, F. DONATI, A. PERRUCCI (a cura di), *op. cit.*, p. 127 ss., spec. pp. 142 e 143.

⁴⁹ Tale obiettivo emerge dalle strategie elaborate dalla Commissione europea ove si afferma la convinzione che la cooperazione internazionale sulle questioni riguardanti l'intelligenza artificiale debba "basarsi su un approccio che promuova il rispetto dei diritti fondamentali, tra cui la dignità umana, il pluralismo, l'inclusione, la non discriminazione e la protezione della privacy e dei dati personali", aggiungendo anche la necessità di adoperarsi affinché l'Unione possa "esportare i suoi valori nel mondo" (Libro Bianco, cit., p. 10). Si può peraltro notare che, come risulta dal considerando n. 11 della proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale, al fine di evitare l'elusione degli obblighi previsti dal regolamento, si afferma che è opportuno che esso "si applichi anche ai fornitori e agli utenti di sistemi di IA stabiliti in un paese terzo, nella misura in cui l'*output* prodotto da tali sistemi è utilizzato nell'Unione".

IL REGOLAMENTO 2022/1925
E LA TUTELA DELLA *PRIVACY ONLINE*

Gianluca Contaldi*

SOMMARIO: 1. Il regolamento 2022/1925 e i mercati digitali. – 2. Le difficoltà di applicazione delle norme *antitrust* alle piattaforme online. – 3. Gli obblighi incombenti alle piattaforme dominanti secondo il *Digital Markets Act*. – 4. Il confronto del regolamento europeo con il progetto di *American Innovation and Choice Online Act* statunitense, in punto di tutela della *privacy* degli utenti online. – 5. La protezione dei dati personali e della vita privata online è all'altezza delle aspettative? Il confronto del *Digital Markets Act* con le corrispondenti disposizioni del GDPR.

1. In data 1° novembre 2022, è entrato in vigore il regolamento 2022/1925 relativo a mercati equi e contendibili, abitualmente denominato *Digital Markets Act*¹. Detto atto normativo si propone di intervenire stabilendo una serie di obblighi in capo a quelle imprese che, per dimensioni e per numero di utenti, costituiscono i riferimenti cardinali nell'accesso ai diversi mercati digitali.

L'oggetto del *DMA* è, infatti, identificabile nella finalità di contenere la posizione dominante delle grandi piattaforme *online* e favorire un sistema economico nel quale anche le imprese europee, normalmente di dimensioni minori rispetto a quelle operanti oltreoceano, possono partecipare al mercato dei dati².

I mercati digitali, infatti, presentano una particolare struttura, che ne ha,

* Professore ordinario di diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Macerata.

¹ Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2022, relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (regolamento sui mercati digitali).

² Ovvero, secondo un'affermazione un po' ridondante, di creare un sistema nel quale possa prosperare una sorta di "sovranità digitale europea". V., anche per ulteriori riferimenti, S. POLI, E. FAHEY, *The Strengthening of the European Technological Sovereignty and its Legal Bases in the Treaties*, in *rivista.eurojus.it*, 2022, p. 147 ss.

finora, reso problematica una loro regolamentazione attraverso i tradizionali strumenti di controllo degli operatori commerciali. Innanzitutto vi è, da un lato, l'esigenza di garantire una certa libertà di manifestazione del pensiero e di uso del *web*³. Dall'altra vi è chiaramente la necessità di contenere il potere di mercato delle industrie operanti in tale settore tecnologico⁴.

Il fondamento dell'economia digitale è, infatti, apparentemente semplice e consiste nello sfruttamento dei dati degli utenti al fine di indirizzare con la maggiore precisione possibile le offerte di servizi e prodotti commerciali⁵. Più esattamente, il punto focale è rappresentato dall'elaborazione dei dati forniti dagli utenti attraverso sistemi algoritmici. Ciò che rileva dal punto di vista economico, infatti, sono non tanto i dati personali singolarmente considerati, quanto la loro accumulazione e la successiva elaborazione attraverso meccanismi di intelligenza artificiale⁶. Una volta compiuto questo processo, le masse di dati vengono normalmente cedute a operatori commerciali, società di *marketing*⁷, partiti politici, gruppi di influenza, i quali vi fanno ricor-

³ Problema reso particolarmente evidente laddove si attribuisce ad una singola piattaforma il potere di decidere unilateralmente chi può intervenire in determinati *social network*, in tal modo precludendo anche la libertà di espressione e di manifestazione del pensiero (v. R. NIRO, *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolamentazione e coregolazione: note ricostruttive*, in G. DI COSIMO (a cura di), *Processi democratici e democrazie digitali*, Torino, 2023, p. 245 ss.).

⁴ I profitti delle cinque maggiori società operanti nel settore sarebbero aumentati del 43% nel corso dell'ultimo trimestre del 2020 ed i ricavi complessivi nel corso dell'anno della pandemia supererebbero i mille miliardi di euro (così E. LIVINI, *I cinque giganti dell'hi-tech sono la terza potenza mondiale*, in *La Repubblica*, del 4 febbraio 2021, p. 24). Anche se, al momento, il settore sembra soffrire per un ritorno all'abituale vita di relazione sociale (v. i dati riportati da B. SIMONETTA, *L'anno nero delle Big Tech. Nel 2022 persi 3mila miliardi*, in *ilSole24ore*, 30 ottobre 2022, p. 11).

⁵ H. THOMÉ, *Data: the Fuel of the Third Industrial Revolution*, in *Fondation Robert Schuman, European Issues*, February 2020, reperibile online al sito www.robert-schuman.eu.

⁶ V. C. GRIECO, *Intelligenza artificiale e diritti umani nel diritto internazionale e dell'Unione europea. Alla ricerca di un delicato equilibrio*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2022, p. 782 ss.

⁷ In concreto gli spazi pubblicitari vengono venduti all'asta, tramite sistemi informatici con effetto immediato (c.d. *Real Time Bidding*, RTB) tra i potenziali inserzionisti, in funzione dell'interesse suscitato dalle caratteristiche del singolo utente. V. G. PROIETTI, *La pubblicità nell'era delle nuove tecnologie*, in G. ALPA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, p. 161 ss.

so per indirizzare proposte mirate in funzione dei gusti e delle preferenze degli utenti⁸.

Le caratteristiche dei mercati digitali vengono abitualmente riassunte in tre elementi: l'esistenza di forti effetti di *network* e di *lock-in*; l'importanza di realizzare economie di scala; la conseguente esistenza di barriere all'entrata⁹. La prima caratteristica discende dal fatto che più persone usano una determinata piattaforma, più aumenta l'attrattiva per coloro che ivi offrono determinati servizi commerciali¹⁰. Al contempo, l'incremento del numero degli iscritti determina un aumento del "costo" per gli utenti di spostarsi su una piattaforma diversa¹¹.

A tali elementi strutturali, si aggiunge il fatto che la costruzione delle piattaforme *online*, caratterizzate da potenti elaboratori e da un esteso spazio di archiviazione, presuppone la creazione e la messa in opera di strutture informatiche sofisticate e dispendiose. Tale assetto induce sovente le imprese di maggiori dimensioni a contare su economie di scala, secondo le quali, una

⁸ D'altro canto, i sistemi di intelligenza artificiale sono ormai divenuti così sofisticati che consentono non solo di individuare le preferenze dei consumatori, ma finanche di anticiparle e, in qualche modo, di indirizzarle. V., in generale, S. QUINTARELLI, *Capitalismo immateriale. Le tecnologie digitali e il nuovo conflitto sociale*, Torino, 2019; A. VESPIGNANI, *L'algoritmo e l'oracolo. Come la scienza predice il futuro e ci aiuta a cambiarlo*, Milano, 2019.

⁹ Le caratteristiche dei mercati digitali sono accuratamente descritte in vari rapporti e indagini da parte delle autorità *antitrust* e delle commissioni legislative competenti: per l'Unione europea, v. J. CRÉMER, Y.-A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era, Final Report*, Luxembourg, 2019, reperibile *online* al sito ec.europa.eu; per la Francia e la Germania, v. *Autorité de la Concurrence, Bundeskartellamt, Competition Law and Data*, 2016, reperibile *online* al sito: www.bundeskartellamt.de; per l'Italia, v. AGCM, AGCOM, Garante protezione dati personali, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, Roma, 2019, reperibile *online* al sito: www.garanteprivacy.it; per il Regno Unito, v. J. FURMAN ET AL., *Unlocking Digital Competition - Report of the Digital Competition Expert Panel*, London, 2019, reperibile al sito www.assets.publishing.service.gov.uk; negli Stati Uniti, v. il rapporto della *Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, Investigation of Competition in Digital Markets*, reperibile al sito www.judiciary.house.gov.

¹⁰ Una volta che una piattaforma raggiunge una certa massa critica (c.d. *tipping-point*), l'aumento stesso degli utenti contribuisce ad alimentarne la rilevanza sul mercato (v. A. MANGANELLI, *Il regolamento EU per i mercati digitali: ratio, criticità e prospettive di evoluzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, p. 473 ss., spec. p. 475).

¹¹ Se tutti i miei amici si trovano su *Facebook*, infatti, io non sono indotto a spostarmi sulla piattaforma di un concorrente, se non posso al contempo portare con me tutti i miei contatti (effetto c.d. di *lock-in*).

volta costituita l'infrastruttura, il numero degli utenti può aumentare potenzialmente all'infinito, senza che questo determini, a propria volta, incrementi rilevanti dei costi variabili.

Quale contraltare, l'entità dell'investimento iniziale induce una sorta di barriera all'ingresso dei concorrenti, perché occorrono ingenti spese per creare l'infrastruttura e per consentire alla stessa di arrivare ad un livello di utenti sufficientemente ampio da disporre di una massa di dati abbastanza estesa da rendere il loro sfruttamento economicamente vantaggioso. In altri termini, i mercati digitali sono abitualmente caratterizzati dall'esistenza di pochi operatori tutti generalmente in posizione dominante nel rispettivo settore merceologico. In questo contesto, talune piattaforme tendono a porsi come veri e propri *gatekeepers*, nel senso che stabiliscono esse stesse le condizioni per accedere a quel particolare mercato. Situazione, quest'ultima, che tende a verificarsi con maggiore frequenza per le piattaforme c.d. "ecosistema"¹², le quali offrono, da un lato, servizi gratuiti – o comunque a costi contenuti – agli utenti (*social network*, strumenti di ricerca, un repertorio musicale potenzialmente infinito, ecc.), mentre, dall'altro, vendono l'uso dei relativi spazi agli operatori commerciali, i quali offrono ai medesimi utenti determinati servizi commerciali potenzialmente personalizzati. La peculiarità è, pertanto, rappresentata dal fatto che dette piattaforme funzionano sia come piazze di mercato per operatori terzi, sia come negozi virtuali per offrire, al contempo, taluni prodotti autonomamente sviluppati.

Si ritiene sovente che questa peculiare struttura del mercato, se, da un lato, ha apportato vantaggi considerevoli ai consumatori in termini di personalizzazione dei servizi, dall'altro, ha causato, seppure indirettamente, una serie di problemi.

Il primo è quello di una minore diffusione dell'innovazione tecnologica. Vi è, infatti, la diffusa sensazione da parte degli investitori che non convenga spendere somme per sostenere una nuova impresa che offre un modello di *business* alternativo rispetto ad un operatore che possiede una rilevante quota di mercato, perché l'investimento rischia di essere troppo impegnativo prima che lo stesso produca qualche frutto¹³.

¹² V. A. CANEPA, *I mercanti dell'era digitale. Un contributo allo studio delle piattaforme*, Torino, 2020, p. 39 ss.

¹³ In questo particolare settore commerciale, sono infatti frequenti le acquisizioni di *start-up*. Queste acquisizioni sfuggono al controllo delle autorità competenti, perché, di norma, la

Sotto altro profilo, poi, la stessa presenza di piattaforme dominanti, che possiedono quote rilevanti di mercato, finisce per determinare un declino dei settori produttivi tradizionali, quali, ad esempio, quelli della piccola distribuzione o della pubblicità sui media tradizionali (giornali, radio, televisione), che risulta evidentemente meno efficace, non potendo essa raggiungere in tempo reale i potenziali interessati. In questo contesto, non solo l'esistenza delle piattaforme ecosistema ha anche indotto gli operatori economici a rivedere le proprie strategie di mercato e a ridurre gli investimenti nei settori non digitali¹⁴.

In terzo luogo, la concentrazione di ricchezza economica e di potere in talune piattaforme dalle dimensioni particolarmente importanti ha indotto un incremento dei livelli di disuguaglianza. In via esemplificativa si pensi alla diffusione del commercio *online* che ha condotto alla chiusura di piccoli esercizi commerciali. E al conseguente aumento di fenomeni di precarizzazione: la crisi dei settori economici che erano fondati sulla prossimità conduce, infatti, ad immettere sul mercato persone che, per età ed esperienza professionale, difficilmente possono sperare di trovare un lavoro in impieghi soddisfacenti¹⁵. Anche la reperibilità di alloggi, normalmente, risente della diffusione delle piattaforme informatiche. È infatti agevole constatare come la destinazione ad un'utenza turistica di un gran numero di alloggi, abbia causato un incremento dei costi degli affitti nei grandi centri urbani, specie di quelle mete del turismo di massa, nonché una maggiore difficoltà nel reperimento di locazioni abitative¹⁶.

Da ultimo, taluni autori hanno posto in luce come l'economia delle attività *online* non sia poi così favorevole per l'ambiente come si potrebbe astrattamente pensare. Taluni studi hanno, infatti, posto in rilievo come

quota di mercato ed il valore economico della società oggetto di incorporazione non è tale da determinare il superamento della soglia di attenzione da parte delle autorità *antitrust* (v. J. CRÉMER, Y.-A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *op. cit.*, p. 110 ss.).

¹⁴ V. il rapporto *Investigation of Competition in Digital Markets*, cit., p. 57 ss.

¹⁵ D'altro canto, lo sviluppo impetuoso dell'economia digitale determina al contrario un aumento di richiesta di personale dotato di competenze digitali particolarmente elevate (v. il rapporto del *World Economic Forum, The Future of Jobs, Report, 2020*, consultabile al sito www3.weforum.org/).

¹⁶ V. G. MENEGUS, *La regolazione della sharing economy: oltre la self-regulation*, in G. DI COSIMO (a cura di), *op. cit.*, p. 153 ss., spec. p. 169 ss.

istruire un sistema di intelligenza artificiale e, successivamente, gestire un numero rilevante di utenti *online* su base quotidiana o settimanale presupponga un elevatissimo consumo di energia elettrica¹⁷.

Come si vede, pertanto, diversi problemi, estremamente complessi, che non possono essere certo affrontati con l'adozione di un singolo atto normativo. La matrice del problema, se vogliamo, è dovuto al possesso di miliardi di dati (personali e non) che spesso rappresentano il fondamento del potere di mercato delle *Big Tech*. Per questa ragione, allorché si approccia il problema, si è soliti fare riferimento alla disciplina della concorrenza quale strumento potenzialmente idoneo a contrastare gli oligopoli in tale settore commerciale.

2. Il *Digital Markets Act* si propone di sopperire alla difficoltà di applicare i rimedi strutturali, ed in particolare le disposizioni *antitrust* ai mercati digitali.

Ciò si verifica per una pluralità di circostanze. Innanzitutto per il fatto che le disposizioni *antitrust*, essendo state concepite in passato, non sono generalmente strutturate per affrontare il funzionamento della *digital economy*. Un primo evidente ostacolo discende dalla circostanza che i servizi, nell'economia digitale, sono spesso offerti con modalità gratuite. Gli utenti delle piattaforme, per accedere ad un determinato *social network* o per effettuare determinate ricerche sui motori appositi, utilizzano, quale moneta di scambio, i propri dati personali¹⁸. D'altro canto, secondo le rilevazioni effettuate dalla Commissione europea, gli utenti non sarebbero affatto disposti a pagare un prezzo per potere usufruire di un motore di ricerca efficiente ov-

¹⁷ V., al riguardo, il noto studio di S. LANGE, J. POHL, T. SANTARIUS, *Digitalization and Energy Consumption. Does ICT Reduce Energy Demand?*, in *Ecological Economics*, 2020, p. 1 ss., secondo i quali: "Instead of saving energy, digitalization has brought additional energy consumption".

¹⁸ Tale assimilazione (che può avere senso esclusivamente da punto di vista strettamente economico) è favorita anche da altre fonti europee. Nella specie, l'art. 2, par. 7, della direttiva 2019/770 (direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali), fa espressamente rientrare, nella definizione di prezzo: "la somma di denaro o la rappresentazione di valore digitale dovuto come corrispettivo per la fornitura di contenuto digitale o di servizio digitale". In dottrina v. C. BERGONZINI, "Prova a prendermi". *Ecosistema digitale e consapevolezza degli utenti: uno spazio per la regolazione nazionale*, in G. DI COSIMO (a cura di), *op. cit.*, p. 91 ss., spec. p. 102 ss.

vero per aprire un sito personale su un determinato *social network*, anche a costo di un parziale sacrificio della propria *privacy*¹⁹.

La concorrenza tra le imprese operanti nel settore non avviene pertanto sui prezzi, come si verifica generalmente nei mercati tradizionali, nei quali le imprese cercano di offrire i medesimi beni ad un prezzo inferiore, quanto piuttosto sui servizi offerti, in modo da acquisire il maggior numero di dati ed elaborare in maniera quanto più possibile precisa le preferenze degli utenti²⁰. In questo contesto, viene necessariamente meno uno degli abituali strumenti di misurazione della concorrenza, quale è il prezzo del prodotto o del servizio. È infatti evidente come taluni meccanismi di calcolo abitualmente impiegati per rilevare l'esistenza di un illecito anticoncorrenziale, non possano funzionare adeguatamente²¹.

D'altro canto, neppure nelle ipotesi nelle quali il prezzo diventa un elemento del rapporto contrattuale nel commercio *online* (si pensi a diverse piattaforme che vendono i medesimi servizi alberghieri nella stessa località), le autorità sulla concorrenza possono fare su di esso affidamento per accertare l'esistenza di illeciti. La concertazione sul prezzo non dimostra, infatti, necessariamente l'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza, dal momento che la stessa determinazione del prezzo di offerta è sovente frutto di un'operazione algoritmica, priva, in quanto tale, dell'elemento di concertazione che necessariamente contraddistingue le intese restrittive della concorrenza²².

Pure la determinazione del mercato rilevante risulta un'operazione problematica. Infatti, il mercato geografico, proprio per l'assenza di confini che caratterizza internet, risulta di difficile delimitazione: il mercato rilevante, rispetto alle piattaforme più diffuse, finisce spesso per coincidere con il mon-

¹⁹ Fenomeno noto con la perifrasi di *privacy paradox*: v. H. BRIAN HOLLAND, *Privacy Paradox 2.0*, in *Widener Law Journal*, 2010, p. 893 ss.

²⁰ V. P. MANZINI, *Equità e contendibilità nei mercati digitali: la proposta di Digital Market Act*, in G. CAGGIANO, G. CONTALDI, P. MANZINI (a cura di), *Verso una legislazione europea su mercati e servizi digitali*, Bari, 2021, p. 99 ss.

²¹ V. M. E. STUCKE, A. P. GRUNES, *Big Data and Competition Policy*, Oxford, 2016, p. 122 ss.; S. MANNONI, G. STAZI, *Is Competition a click away? Sfida al monopolio nell'era digitale*, Napoli, 2018, p. 32 ss.

²² V. M. MAGGIOLINO, *Big Data e prezzi personalizzati*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, p. 95 ss.; ID., *I big data e il diritto antitrust*, Milano, 2018, p. 281 ss.; V. AGCM, AGCOM, *Garante protezione dati personali, Indagine conoscitiva sui Big Data*, cit., p. 113.

do intero²³. Tale difficoltà definitoria è poi incrementata per il fatto che, sovente, le piattaforme dominanti sono imprese che operano su più mercati²⁴. In questo contesto, anche la definizione del mercato del prodotto finisce per essere un'operazione problematica²⁵

Da ultimo, pure la determinazione di una posizione dominante solleva interrogativi di difficile soluzione. Innanzitutto perché le piattaforme *online* tendono ad espandersi in mercati diversi da quello originario, sul quale occupano saldamente una posizione dominante. In altri termini, la loro stessa natura conglomerale e l'operatività su più mercati determina una difficoltà di posizionamento in termini oggettivi²⁶. A ciò si aggiunga che un determinato posizionamento potrebbe non presentare quell'elemento di stabilità nel tempo necessario per consolidare la posizione dominante. Dal momento che i mercati digitali sono fortemente dinamici, una certa quota di mercato potrebbe non essere effettivamente rappresentativa di un'effettiva posizione preminente, nel caso in cui un'altra impresa inventi un algoritmo che sia in condizione di svolgere le stesse operazioni in maniera più efficiente²⁷.

In questo contesto i tradizionali rimedi del diritto *antitrust*, della nullità delle intese o della sanzione dell'abuso di posizione dominante, che intervengono *ex post*, allorché appaiono per molti versi inadatti. Sia perché essi non consentono di risolvere il problema dell'esistenza di posizioni oligopoli-

²³ V. F. VESSIA, *Big data: dai vantaggi competitivi alle pratiche abusive*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2018, p. 1064 ss.

²⁴ Abitualmente definite piattaforme multiversante o ecosistema. In via esemplificativa, Amazon opera come intermediario tra consumatori e commercianti per la vendita dei prodotti, come produttore e venditore della propria linea di prodotti, come venditore di pubblicità, come piattaforma per la diffusione di film e serie tv, come gestore di un ampio repertorio musicale, come piattaforma alla quale si può ricorrere come spazio di archiviazione di dati. Sulla base di un'indagine, sembra che il mercato dei prodotti offerti sulla piattaforma, da *core business* dell'azienda di Bezos, rappresenti ormai solo un'attività marginale rispetto al volume di affari ricavabile dagli altri settori commerciali.

²⁵ V., in questo senso, V. BAGNOLI, *The Big Data Relevant Market*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, p. 73 ss.

²⁶ V. A. MANGANELLI, *op. cit.*, p. 478.

²⁷ Nota è l'affermazione, che viene correntemente addebitata al Ceo di Google, Eric Schmidt: "Competition is just one click away", in audizione davanti al Senato statunitense, Subcommittee on *Antitrust*, Competition and Consumer Rights, riferendosi al fatto che Google non era l'unico motore di ricerca disponibile.

stiche in un determinato momento, sia perché i rimedi intervengono in maniera tardiva: solo una volta che l'algoritmo ha già determinato il prezzo o nel momento in cui una determinata piattaforma dominante ha già utilizzato i dati degli utenti per promuovere i propri prodotti a scapito di quelli dei concorrenti. Tanto più che le stesse sanzioni che vengono erogate nel diritto *antitrust*, difficilmente producono gli effetti auspicati sul funzionamento di un dato mercato digitale, perché non possono certo modificare autonomamente i gusti degli utenti.

Neppure i rimedi più innovativi, quali quelli correntemente utilizzati nei mercati caratterizzati dall'innovazione tecnologica, risultano funzionali. Da parte di taluni autori, si è infatti pensato che, per facilitare l'accesso al mercato dei nuovi operatori, si potrebbero costringere le piattaforme dominanti a condividere i dati in proprio possesso, attraverso il ricorso alla nota dottrina delle *essential facilities*²⁸. Sembra tuttavia difficile configurare i dati alla stregua di *asset* insostituibili, perché è sempre possibile produrne all'infinito, semplicemente tracciando l'ulteriore attività degli utenti del web ovvero ricorrendo a fonti alternative. E comunque un siffatto rimedio strutturale si rivelerebbe nella maggior parte dei casi scarsamente efficiente perché, nel momento in cui dovesse intervenire l'ordine dell'autorità, i dati stessi sarebbero ormai inattuali, perché superati dall'attività *online* sopravvenuta²⁹.

In altri termini, i dati sono caratterizzati da un determinato valore che muta in maniera considerevole in rapporto alla loro istantaneità e alla loro quantità. Qualunque rimedio che intervenga in un momento successivo e che abbia lo scopo di diffondere la conoscenza che discende dal loro possesso pregresso (riferito, cioè, ad un momento trascorso nel tempo) risulta di norma inefficace rispetto all'obiettivo di consentire l'accesso al mercato a nuovi operatori.

3. Il legislatore europeo, consapevole della scarsa efficacia dei tradizionali rimedi *antitrust* in questo specifico settore produttivo, con il regolamento

²⁸ V., in questo senso, N. DESSARD, *EU Competition Policy in the Big Data Industry. Merger Review and Application of the essential Facility Doctrine*, Beau Bassin, 2018, p. 35 ss. Diversamente, T. RAMGE, V. MAYER.SCHÖNBERGER, *Fuori I dati! Rompere i monopoli sulle informazioni per rilanciare il progresso*, Milano, 2021, p. 109 ss., propongono l'istituzione di grandi depositi di open data liberamente accessibili.

²⁹ V. F. VESSIA, *op. cit.*, note 61-62 e testo relativo.

2022/1925, mira ad anticipare l'effetto delle misure restrittive, predisponendo un'apposita regolamentazione applicabile *ex-ante*³⁰. L'idea di fondo del legislatore sembra quindi individuabile nella *ratio* di porre taluni obblighi aggiuntivi, in modo da prevenire, fin dall'origine, l'insorgenza di situazioni anticoncorrenziali.

Le disposizioni principali del DMA sono, infatti, rappresentate dagli articoli 5 e 6, che impongono talune obbligazioni supplementari a quelle piattaforme particolarmente rilevanti nel rispettivo settore economico, denominate, appunto, “*gatekeepers*”. Esse vengono individuate – per effetto di una decisione della Commissione, a seguito di autodichiarazione o di indagini – sulla base di taluni elementi oggettivi, astrattamente idonei a stabilire l'esistenza di una quota rilevante di mercato, in termini di fatturato e di utenti attivi su una data piattaforma³¹.

Le previsioni principali sembrano stabilire una serie alquanto eterogenea di obblighi (circa una ventina, a seconda dello specifico ambito di operatività), rispetto ai quali non è agevole individuare un filo conduttore unitario. La distinzione principale concerne gli obblighi autonomamente applicabili (art. 5), da quelli applicabili a seguito di eventuale specificazione, da disporsi caso per caso, a cura della Commissione (art. 6).

³⁰ Già in una lettera datata 4 febbraio 2020, i Governi tedesco, francese, italiano e polacco chiedevano alla Commissaria europea alla concorrenza di predisporre una regolamentazione specifica per le piattaforme di grandi dimensioni (la lettera è tuttora consultabile sul sito: www.politico.eu).

³¹ Art. 3, reg. 2022/1925, cit.: “1. Un fornitore di servizi di piattaforma di base è designato come *gatekeeper* se: a) ha un impatto significativo sul mercato interno; b) fornisce un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (*gateway*) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali; c) detiene una posizione consolidata e duratura, nell'ambito delle proprie attività, o è prevedibile che acquisisca siffatta posizione nel prossimo futuro. 2. Si presume che un fornitore di servizi di piattaforma di base soddisfi: a) il requisito di cui al paragrafo 1, lettera a), se l'impresa cui appartiene raggiunge un fatturato annuo nell'Unione europea pari o superiore a 7,5 miliardi di EUR in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari, o se la capitalizzazione di mercato media o il valore equo di mercato equivalente dell'impresa cui appartiene era quanto meno pari a 75 miliardi di EUR nell'ultimo esercizio finanziario, e se esso fornisce un servizio di piattaforma di base in almeno tre Stati membri; b) il requisito di cui al paragrafo 1, lettera b), se fornisce un servizio di piattaforma di base che annovera nell'ultimo esercizio finanziario più di 45 milioni di utenti finali attivi mensilmente, stabiliti o situati nell'Unione, e oltre 10.000 utenti commerciali attivi annualmente stabiliti nell'Unione (...); c) il requisito di cui al paragrafo 1, lettera c), se le soglie di cui alla lettera b) sono state raggiunte in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari”.

I principali tra gli obblighi del primo tipo riguardano gli abusi abitualmente rilevati nella prassi. Tali obblighi possono, a propria volta, suddividersi in due gruppi distinti³². Nel primo di questi, si possono includere tutti gli abusi di *sfruttamento*, sia degli utenti, sia degli operatori commerciali. In tale ambito, gli obblighi più rilevanti appaiono quello di astenersi dal combinare i dati ricavati dai principali servizi della piattaforma con quelli desumibili da altri servizi offerti dalla medesima impresa; precludere la possibilità agli utilizzatori commerciali di offrire gli stessi prodotti e servizi ai consumatori finali a prezzi e condizioni diversi da quelli ottenibili sulla piattaforma; restringere il potere degli operatori commerciali che fanno ricorso alla piattaforma di rivolgersi all'autorità giudiziaria; escludere l'obbligo per gli operatori commerciali di registrarsi alla piattaforma e di obbligarli ad offrire i propri beni e servizi in via esclusiva tramite quella piattaforma.

Nella seconda tipologia rientrano, invece, le pratiche cc.dd. leganti, tra le quali si possono ricomprendere il divieto per il *gatekeeper* di costringere gli operatori commerciali ad utilizzare un servizio o un identificativo della piattaforma di base (non si possono, pertanto, discriminare tali operatori, in base alla circostanza che essi facciano o meno uso di uno specifico servizio o della logistica dell'impresa dominante) ovvero di costringere gli operatori commerciali o gli utenti finali a registrarsi o a fare uso di un altro servizio del *gatekeeper*, come presupposto per essere presenti sulla piattaforma di base.

L'art. 6, del *DMA*, stabilisce, poi, taluni obblighi supplementari, suscettibili di essere ulteriormente specificati da parte della Commissione. A differenza delle ipotesi previste dalla prima disposizione, l'art. 6 contempla solo condotte *escludenti*. Tra questi, un certo rilievo presenta l'obbligo del *gatekeeper* di astenersi dall'utilizzare, in concorrenza con gli operatori commerciali che fanno accesso alla medesima piattaforma, dati non accessibili al pubblico generati attraverso le attività dei predetti utenti commerciali: sembra ovvio che un particolare abuso di una piattaforma multiversante possa consistere, per l'appunto, nell'utilizzare i dati generati dall'attività di coloro che fanno ad essa ricorso per offrire in vendita i propri prodotti, quale strumento per fare concorrenza ai medesimi operatori (prassi abitualmente denominata *data grabbing*); ovvero di astenersi dal garantire un trattamento più

³² V. P. MANZINI, *Equità e contendibilità nei mercati digitali*, cit., p. 107.

favorevole in termini di posizionamento ai servizi e prodotti offerti dalla medesima piattaforma rispetto ad analoghi servizi o prodotti offerti da terzi³³.

Ad una prima lettura, talune delle previsioni esaminate si configurano apparentemente come specificazioni di obblighi incombenti alle imprese che risultano già desumibili da altre normative europee di carattere generale. Da questo punto di vista, si ha, infatti, l'impressione che il legislatore europeo abbia solo indicato quali obblighi *preventivi* quelle che, in realtà, rappresentano abituali violazioni della concorrenza.

Tale connessione è particolarmente evidente allorché si tratta di obblighi evidentemente desunti da precedenti desumibili dalla giurisprudenza ovvero dalla prassi della Commissione europea. In tale ambito possono verosimilmente ricomprendersi: *i*) l'obbligo incombente al *gatekeeper* di non confondere i dati propri con quelli ricavabili da altre attività offerte dal medesimo soggetto³⁴; *ii*) l'obbligo di consentire ai terzi di offrire gli stessi prodotti a condizioni diverse da quelle previste dal *gatekeeper*³⁵; *iii*) il divieto di creare dei legami tra i vari servizi offerti dall'operatore³⁶; *iv*) l'obbligo del *gatekee-*

³³ Pratica abitualmente denominata del *self preferencing* (art. 6, par. 5). Detta previsione trae verosimilmente spunto dal caso *Google Search (Shopping)*, nel quale la Commissione europea ha sanzionato Google perché il motore di ricerca collocava i prodotti offerti dal proprio servizio di vendita in cima alla lista, mentre i prodotti dei concorrenti si trovavano solo in terza e quarta pagina. La decisione della Commissione è stata impugnata: il Tribunale ha parzialmente annullato la decisione (ma solo in relazione a taluni mercati nazionali); la causa è ancora pendente (causa C-48/22 P, *Google e Alphabet c. Commissione*).

³⁴ Art. 5, par. 2, reg. 2022/1925, cit. Questa previsione presenta evidenti analogie con il caso *Facebook – Whatsapp*, del quale riferiremo *infra*, nota 48.

³⁵ Cfr. art. 5, par. 3. Detta disposizione è tratta dal caso *Expedia e Booking*. A seguito della denuncia di un'associazione di albergatori, l'autorità garante della concorrenza francese ha sanzionato il comportamento di taluni portali di soggiorni alberghieri, per la prassi di imporre agli albergatori che offrivano le proprie stanze sulla piattaforma l'obbligo di non praticare prezzi e condizioni diverse (c.d. clausole di parità o *MFN-Most favoured Nation Clause*): v. la *Décision n° 19-D-23 du 10 décembre 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne*, reperibile *online* sul www.autoritedelaconurrence.fr. Sul tema, v. S. MAKRIS, *Antitrust Governance in an Era of Rapid Change*, in B. LUNDQVIST, M. S. GAL (eds.), *Competition Law for the Digital Economy*, Cheltenham, 2019, p. 325 ss., spec. p. 353 ss.; P. MANZINI, *Le restrizioni verticali al tempo di internet*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2018, p. 289 ss., par. 7).

³⁶ Cfr. art. 5, par. 8. Tale divieto è evidentemente ricavabile dagli articoli dall'art. 101, lett. *e*) e 102, lett. *d*), TFEU (c.d. divieto di clausole leganti).

per di permettere agli utenti finali di disinstallare il software preinstallato per accedere alla piattaforma³⁷.

Insomma, ad un'analisi superficiale, sembra quasi che nel regolamento n. 2022/1925 consista essenzialmente in un'applicazione anticipata delle norme *antitrust*³⁸. Se questo è in parte vero, a nostro sommo avviso, nel *Digital Markets Act*, c'è qualcosa di più. Ci sembrerebbe, infatti, che vi sia il tentativo, da parte del legislatore europeo, di contrastare i giganti del web proprio là dove risiede la fonte primaria del loro potere di mercato: ovvero proprio nella disponibilità di grandi masse di dati.

In questo modo, tuttavia, il legislatore sovranazionale finisce per perseguire anche un obiettivo ulteriore, di importanza fondamentale per la tutela dell'ordinamento dell'Unione europea, ovvero quello della tutela dei dati personali e della vita privata *online*. Obiettivo già risultante dal regolamento del 2016 e da svariati atti di diritto derivato; ed ora espressamente incorporato nella Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali³⁹.

³⁷ La disposizione di cui all'art. 6, par. 3, reg. 2022/1925, cit., è chiaramente desunta dalla decisione della Commissione europea nel caso *Google-Android*, nella quale la Commissione europea ha qualificato come abusiva l'imposizione di Google ai produttori di dispositivi che usavano Android come sistema operativo di preinstallare Google Search e Google Chrome, come prerequisito per ottenere, al contempo, anche la licenza di uso di Play Store, che costituisce il portale attraverso il quale gli utenti di tale sistema operativo possono acquisire le app necessarie a garantire un'efficiente utilizzazione dei propri dispositivi mobili. Sul caso v. P. MANZINI, *Prime riflessioni sulla decisione Google Android*, in *rivista.eurojus.it*, 11 settembre 2018.

³⁸ Altra questione, che non può essere affrontata nell'ambito di questo lavoro, è stabilire quale rapporto intercorra tra le norme del *DMA* e le disposizioni regolatrici della concorrenza. Se da un lato l'oggetto del regolamento è identificabile nella finalità di rendere i mercati digitali equi e contendibili, dall'altro sarebbe necessario accertare se tale scopo sia realmente estraneo a quello proprio della normativa *antitrust* (A. MANGANELLI, *op. cit.*, p. 488 ss.).

³⁹ V. il par. 17 della dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale, (2023/C 23/01). In dottrina v. A. ADINOLFI, *Evoluzione tecnologica e tutela dei diritti fondamentali: qualche considerazione sulle attuali strategie*, in *I Post di AISDUE*, n. 5, 2023; P. DE PASQUALE, *Verso una Carta dei diritti digitali (fondamentali) dell'Unione europea?*, in *Il diritto dell'Unione europea*, Osservatorio europeo, 17 marzo 2022; F. ZORZI GIUSTINIANI, *La Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali, il Trans-Atlantic Data Privacy Framework e l'Unione Federale dei consumatori tedeschi contro Meta Platforms Ireland*, in *Nomos-le attualità del diritto*, 2022.

4. Dalla lettura complessiva dello strumento, si ricava infatti l'impressione, che il regolamento in esame adotti una nozione di "efficienza economica" che, per certi versi, risulta parzialmente diversa da quella tradizionale⁴⁰. E che questa sia stata introdotta nel diritto derivato proprio per cercare di adattarsi in maniera più efficace alle caratteristiche dei mercati digitali.

Sembrerebbe, infatti, che la finalità del regolamento sia anche quella di proteggere ulteriori beni, quali – per quanto interessa ai fini del nostro discorso – i dati personali degli utenti. In altri termini, il legislatore identifica un proprio livello di tutela della *privacy* che, a suo modo di vedere, risulta confacente ad una struttura ordinata dei mercati digitali.

Questa impressione emerge fin dagli stessi considerando. In via esemplificativa, il considerando n. 12, precisa che il regolamento non intende pregiudicare la normativa sul rispetto della *privacy*⁴¹.

Questa disposizione poi trova specificazione nel testo normativo, laddove si precisa che spetta al *gatekeeper* garantire l'attuazione di determinate normative sulla tutela della *privacy*, quali, in particolare, proprio il regolamento generale sulla tutela dei dati personali e la direttiva sulla tutela della vita privata nelle comunicazioni *online*⁴².

Alla luce di questi elementi e della rilevanza che la disciplina dei dati personali riveste nel contesto dell'economia digitale e dello stesso *Digital Markets Act*, si ha quasi la sensazione che la protezione della *privacy* finisca

⁴⁰ "Lo scopo centrale degli artt. 101 e 102 appare costituito: i) dal miglioramento dell'efficienza produttiva delle imprese; tuttavia il raggiungimento di questa finalità è condizionata dal contestuale rispetto di altri tre obiettivi, vale a dire: ii) la difesa o l'accrescimento del benessere degli utilizzatori interessati dalle pratiche imprenditoriali, iii) la tutela della struttura concorrenziale del mercato, nonché, iv) l'integrazione dei mercati nazionali in un unico mercato europeo" (P. MANZINI, *Diritto antitrust dell'Unione europea*, Torino, 2023, p. 29 ss.).

⁴¹ Considerando n. 12 del regolamento 2022/1925, cit., "Il presente regolamento dovrebbe inoltre applicarsi senza pregiudicare le norme derivanti da altri atti di diritto dell'Unione che disciplinano taluni aspetti della fornitura di servizi contemplati dal presente regolamento, in particolare i regolamenti (UE) 2016/679 [c.d. GDPR⁴¹] ...nonché le direttive 2002/58/CE [concernente la tutela della vita privata nelle comunicazioni online]".

⁴² V., in via esemplificativa, l'art. 8, par. 1: "Il gatekeeper garantisce che l'attuazione di tali misure sia conforme al diritto applicabile, in particolare al regolamento (UE) 2016/679, alla direttiva 2002/58/CE".

un po' per caratterizzare stessa *ratio* normativa dello strumento. Ci sembra infatti che la valutazione che è chiamata a svolgere la Commissione europea, nel momento in cui apprezza la condotta del *gatekeeper*, debba tenere conto anche del rispetto delle previsioni poste a tutela dei dati personali e della *privacy online*⁴³.

In altri termini, è come se la “speciale responsabilità” che il *DMA* attribuisce ai *gatekeeper* comprendesse anche il rispetto delle norme poste a presidio della *privacy* degli utenti⁴⁴.

Che così stiano le cose, a nostro sommo avviso, discende anche dal confronto con il sistema statunitense. Negli Stati Uniti, da quando Biden è assunto alla Presidenza, si discute animatamente di introdurre una disciplina ricalcata sulla falsariga degli atti europei, tra i quali rientra anche il citato *DMA*⁴⁵. Per quanto concerne più specificamente il funzionamento dei merca-

⁴³ Un'idea analoga è stata espressa dall'Avvocato generale Rantos nelle proprie conclusioni, del 20 settembre 2022, nel caso *Meta (Facebook)-Whatsapp c. Bundeskartellamt*, causa C-252/21, punto 18: “mi sembra che il Bundeskartellamt, nella decisione controversa, non abbia sanzionato una violazione del RGPD da parte di Meta Platforms, ma abbia proceduto, al solo fine dell'applicazione delle regole di concorrenza, all'esame di una presunta violazione del divieto di abuso di posizione dominante da parte di Meta Platforms, tenendo conto, *inter alia*, della non conformità del comportamento di tale impresa alle disposizioni del RGPD”.

⁴⁴ Il criterio della “speciale responsabilità” è stato introdotto dalla Corte di giustizia per valutare la responsabilità dell'impresa dominante, la quale, proprio per la posizione, si troverebbe investita dall'obbligo di preservare una concorrenza efficiente sul mercato rilevante e di non porre in essere comportamenti suscettibili di nuocere alla struttura stessa del mercato (sentenza della Corte del 9 novembre 1983, causa 322/81, *Michelin*, punto 57). In altri termini, l'idea di fondo è che esista una concorrenza “normale”, che è ovviamente ammessa; ed una competizione che è, al contrario, basata su mezzi anticoncorrenziali (sentenza della Corte del 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffman-La Roche*, punto 91). La concorrenza normale sarebbe quella fondata solo sui meriti. In altri termini, se la condotta tenuta dall'operatore dominante è espressione di strumenti che ogni impresa generalmente utilizza per guadagnare potere di mercato, quindi di una maggiore efficienza organizzativa, di una qualità superiore del servizio offerto, di una più proficua capacità di innovazione e, in generale, ogni altra migliore prestazione dovuta ai meriti commerciali dell'impresa, tale condotta deve ritenersi pienamente compatibile con il mantenimento di un sistema concorrenziale di mercato e, di conseguenza, lecita. Viceversa, la condotta è abusiva - e quindi vietata - se essa ha quale unico effetto di impedire l'accesso al mercato o di produrre l'estromissione dei concorrenti dal medesimo, senza tradursi in una migliore *performance* dell'offerta dell'impresa dominante (v. sentenza della Corte di giustizia del 6 dicembre 2012, causa C-457/10 P, *AstraZeneca AB*, punti 75 e 76).

⁴⁵ Si tratta, verosimilmente, di una conseguenza del noto effetto Bruxelles, per effetto del

ti digitali, il Congresso statunitense sta discutendo, da quasi due anni, della proposta di introduzione di una normativa per regolamentare le attività *online* delle piattaforme di grandi dimensioni⁴⁶.

Ove si raffronti il progetto legislativo statunitense con quello europeo emerge con chiarezza che, mentre il primo si focalizza sulla tutela della concorrenza, il secondo prende in considerazione anche in maniera autonoma taluni diritti digitali degli utenti, prescindendo dall'impatto che la loro violazione determina sul funzionamento della concorrenza.

Che così stiano le cose emerge anche dalla stessa formulazione del progetto normativo nordamericano. L'art. 3 del progetto prende, infatti, in considerazione comportamenti analoghi a quelli sanzionati dall'art. 5 del regolamento europeo, ma è chiaro che, nel primo caso, la valutazione non è astratta, ma la stessa viene sempre rapportata ai tradizionali parametri concorrenziali. Così, in via esemplificativa, il progetto di atto normativo statunitense, identifica talune condotte abusive, astrattamente corrispondenti a quelle previste dal *Digital Markets Act* (quali il *self-preferencing*, ovvero il fatto di introdurre condizioni differenti per i diversi operatori commerciali), ma chiaramente subordina l'irrogazione della sanzione alla valutazione dell'impatto che queste condotte determinano sul funzionamento del mercato⁴⁷.

quale, gli standard normativi europei, che generalmente fissano livelli di tutela più elevati di quelli mondiali, tendono ad imporsi anche all'esterno (v. A. BRADFORD, *The Brussels Effect. How the European Union Rules the World*, Oxford, 2020).

⁴⁶ Si tratta del progetto denominato *American Innovation and Choice Online Act*, contraddistinto con il numero HR3816 alla Camera e con il numero S2992 al Senato. La proposta è stata presentata, nelle due camere, in data 23 giugno 2021, dal deputato David C. Cicilline alla Camera e, in data 18 ottobre 2021, da Amy Jean Klobuchar, al Senato. Il progetto, presentato da esponenti democratici, è ora abitualmente considerato bipartisan (per un esponente repubblicano che si è già pronunciato a favore di una rigorosa regolamentazione del settore v. J. HAWLEY, *The Tyranny of Big Tech*, Washington D.C., 2021, p. 146 ss.). Il progetto è tuttora in discussione e i tempi per la conclusione dell'*iter* legislativo non sono al momento prevedibili; tanto più che sembra che verrà data preferenza al progetto di riforma della Sec. 230, concernente la responsabilità delle piattaforme per i contenuti che vengono postati dagli utenti (v. R. KLAR, *Biden Urges Bipartisan Action to Rein in Big Tech*, reperibile online: www.thehill.com, January 2023).

⁴⁷ Cfr. art. 3 del progetto statunitense: "It shall be unlawful for a person operating a covered platform in or affecting commerce to engage in conduct... that would: (1) preference the

In sintesi, il cuore del progetto statunitense è, evidentemente, solo la concorrenza nei mercati digitali. Al contrario, nessuna autonoma considerazione riceve la *privacy* degli utenti; se non nella misura, in cui la violazione della stessa pregiudica la parità nell'accesso al mercato delle imprese. Si può pertanto affermare che, se la legge statunitense verrà promulgata nella forma corrispondente al progetto, questa non determinerà un cambiamento significativo nella valutazione che la Federal Trade Commission statunitense è tenuta a svolgere, dal momento che taluni comportamenti abusivi, anche se determinano una lesione dei dati personali, assumeranno rilevanza solo nella misura in cui questi arrecano un pregiudizio all'assetto concorrenziale del mercato.

Al contrario, tutto questo non si verifica nell'ordinamento europeo. Taluni comportamenti, quali quelli di non utilizzare i dati degli utenti al di fuori del loro consenso o di non confondere i dati dell'impresa dominante con quelli derivanti dalle attività degli operatori commerciali sulla medesima piattaforma, vengono imposti a prescindere da qualunque valutazione circa il loro impatto anticoncorrenziale. La violazione dei predetti diritti degli utenti, ai sensi del regolamento 2022/1925, determina infatti l'irrogazione di una sanzione a prescindere dall'impatto che la predetta violazione produce sul funzionamento del mercato. In altri termini, è solo nel contesto europeo, per effetto delle modifiche introdotte nell'ordinamento sovranazionale dal *Digital Markets Act*, che la *privacy* diviene un elemento autonomo di valutazione della correttezza del comportamento delle piattaforme di maggiori dimensioni.

5. Per chiarire quanto affermato in termini astratti nel precedente paragrafo occorre analizzare le disposizioni che, nel regolamento 2022/1925, sono dedicate alla protezione dei dati personali e della vita privata *online*. Le disposizioni principali sono essenzialmente tre: la prima riguarda il divieto di

products, services, or lines of business of the covered platform operator over those of another business user on the covered platform *in a manner that would materially harm competition*; (2) limit the ability of the products, services, or lines of business of another business user to compete on the covered platform relative to the products, services, or lines of business of the covered platform operator *in a manner that would materially harm competition*; (3) discriminate in the application or enforcement of the terms of service of the covered platform among similarly situated business users *in a manner that would materially harm competition*" (corsivi aggiunti).

combinare i dati degli utenti; la seconda concerne il divieto di appropriarsi dei dati generati dall'attività degli operatori commerciali che offrono i propri prodotti e servizi sulla piattaforma; la terza ed ultima riguarda la portabilità dei dati. Al riguardo, in relazione ad ognuna delle tre ipotesi, è opportuno raffrontare il testo normativo del regolamento 2022/1925 con quello del GDPR, al fine di verificare se si possano registrare specifici incrementi nella tutela dei dati personali e valutare se questi sono effettivi.

Innanzitutto, l'art. 5, par. 2, stabilisce a carico del *gatekeeper* l'obbligo di non combinare i dati⁴⁸.

La disposizione regolamentare è stata, opportunamente, modificata nel corso dell'*iter* legislativo⁴⁹. Il testo normativo è stato infatti ampliato, rispetto al progetto diffuso dalla Commissione⁵⁰, per includervi talune fattispecie ini-

⁴⁸ La disposizione trae origine dal noto caso *Facebook c. Whatsapp*. Nella specie, secondo i termini di utilizzo, Facebook poteva combinare i dati degli utenti ricavabili da altri servizi, oggetto di precedenti operazioni di concentrazioni, quali Instagram e WhatsApp. Secondo l'autorità della concorrenza tedesca, tale prassi costituiva sia una violazione della privacy, sia, al contempo, una violazione delle norme sulla concorrenza. V. la decisione del Bundeskartellamt n. B6-22/16, del 6 febbraio 2019, consultabile *online* al sito www.bundeskartellamt.de. L'impugnazione venne respinta sia dai giudici di primo grado che da quelli di appello (per la decisione di primo grado v. OLG Düsseldorf - Beschluss vom 26 August 2019 – VI-Kart 1/19 (V), *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2019, p. 1333). Il Bundesgerichtshof, al quale il caso pervenne a seguito dei rituali gradi di giudizio, ha respinto l'impugnazione e confermato la decisione dell'Autorità garante, ma ne ha modificato la motivazione. Secondo la Corte federale, infatti, il problema era rappresentato dalla restrizione della possibilità di scelta degli utenti (v. il comunicato stampa Bundesgerichtshof bestätigt vorläufig den Vorwurf der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch Facebook, del 23 giugno 2020, reperibile *online* al sito www.bundesgerichtshof.de). La Corte d'Appello, che si è trovata nuovamente investita della causa a seguito dell'annullamento da parte della Corte di Cassazione, ha poi rinviato alla Corte di giustizia, dove il caso è tuttora pendente. Per una più completa esposizione del caso v. M. MIDIRI, *Le piattaforme e il potere dei dati (Facebook non passa il Reno)*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2021, p. 111 ss.; F. M. SCOTT MORTON, D. C. DINIELLI, *Roadmap for an Antitrust Case against Facebook*, in *Stanford Journal of Law*, 2022, p. 268 ss.

⁴⁹ V. F. BATTAGLIA, *Consumatore digitale*, Napoli, 2023 (in corso di pubblicazione), p. 353.

⁵⁰ V. il corrispondente art. 5, lett. a), della proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali), Bruxelles, del 15 dicembre 2020, COM (2020) 842final, 2020/0374(COD): il *gatekeeper* "si astiene dal combinare dati personali ricavati da tali servizi di piattaforma di base

zialmente escluse. Nel testo attuale, il *gatekeeper* non può combinare i dati personali provenienti da altri servizi della piattaforma di base con i dati personali provenienti anche da servizi forniti da terzi ovvero da altri servizi forniti dallo stesso *gatekeeper*, ma diversi da quelli fruibili sulla piattaforma di base⁵¹.

Il problema, tuttavia, è rappresentato dal fatto che l'eventuale comportamento abusivo del *gatekeeper* è agevolmente superabile nel caso in cui la piattaforma ottenga il consenso (specifico, a fronte di una precisa richiesta) da parte dell'utente. Il punto è che, abitualmente, i consumatori non prestano particolare attenzione ai consensi che rilasciano nel corso della navigazione *online*. Questa disposizione risulta poi dotata di minore incisività proprio per le piattaforme ecosistema: maggiori sono i servizi offerti, più estese sono le possibilità di ottenere un consenso dell'utente, il quale sarà normalmente disposto a cedere i propri dati personali a fronte di un ampio accesso ad estese funzionalità.

Opportunamente, durante l'*iter* legislativo, il Garante europeo della *privacy* ha avuto cura di precisare che il consenso dell'interessato doveva essere prestato con modalità idonee a rendere l'utente pienamente consapevole dell'ampiezza del consenso che avrebbe prestato con il proprio "click". Non è pertanto un caso se il considerando n. 37 del regolamento chiarisce che: "Quando richiede il consenso, il *gatekeeper* dovrebbe presentare in modo proattivo all'utente finale una soluzione intuitiva per prestare, modificare o revocare il consenso in maniera esplicita, chiara e semplice. In particolare, il

con dati personali provenienti da qualsiasi altro servizio offerto dal *gatekeeper* o con dati personali provenienti da terzi e dall'accesso con registrazione degli utenti finali ad altri servizi del *gatekeeper* al fine di combinare dati personali, a meno che sia stata presentata all'utente finale la scelta specifica e che quest'ultimo abbia prestato il proprio consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679".

⁵¹ Art. 5, par. 2, reg. 2022/1925, cit.: il *gatekeeper* "a) non tratta, ai fini della fornitura di servizi pubblicitari *online*, i dati personali degli utenti finali che utilizzano servizi di terzi che si avvalgono di servizi di piattaforma di base del *gatekeeper*; b) non combina dati personali provenienti dal pertinente servizio di piattaforma di base con dati personali provenienti da altri servizi di piattaforma di base o da eventuali ulteriori servizi forniti dal *gatekeeper* o con dati personali provenienti da servizi di terzi; c) non utilizza in modo incrociato dati personali provenienti dal pertinente servizio di piattaforma di base in altri servizi forniti separatamente dal *gatekeeper*, compresi altri servizi di piattaforma di base, e viceversa; e d) non fa accedere con registrazione gli utenti finali ad altri servizi del *gatekeeper* al fine di combinare dati personali".

consenso dovrebbe essere prestato mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile con cui l'utente finale esprime una manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile, secondo la definizione di cui al regolamento (UE) 2016/679. Nel momento in cui presta il consenso, e soltanto ove pertinente, l'utente finale dovrebbe essere informato del fatto che non prestare il consenso può determinare un'offerta meno personalizzata ma che, per tutto il resto, il servizio di piattaforma di base resterà invariato e che nessuna funzionalità sarà rimossa”.

In effetti i dubbi circa l'effettività di detta disposizione non sembrano del tutto peregrini. Diverse perplessità discendono dal fatto che la stessa è collocata solo in un considerando e per il fatto che risulta formulata in termini estremamente flessibili ed essenzialmente esortativi⁵². A ciò si aggiunga che il testo normativo sembra parzialmente contraddire proprio il considerando n. 37, dal momento che, sul punto, il citato art. 5, par. 2, si limita sostanzialmente a rinviare al GDPR, quasi a sminuirne la portata normativa del considerando.

La seconda disposizione che incide sulla tutela dei dati personali è l'art. 6, par. 2, secondo la quale “Il gatekeeper non utilizza, in concorrenza con gli utenti commerciali, *dati non accessibili al pubblico generati o forniti da tali utenti commerciali*”.

Le disposizioni ora esaminate attengono, in definitiva, ad aspetti tra di loro complementari. Mentre l'art. 5, par. 2, vieta al *gatekeeper* di combinare i dati degli utenti ricavabili dai servizi di base con quelli desumibili da altri servizi complementari, la seconda mira ad evitare che la piattaforma si appropri dei dati prodotti dagli utenti commerciali e che li usi per sviluppare e promuovere autonomamente dei prodotti o dei servizi concorrenti.

Pertanto è verosimilmente la combinazione delle due previsioni che consente di affermare che la tutela della *privacy* degli utenti ne risulta in definitiva rafforzata rispetto al GDPR.

L'ultima disposizione che è opportuno menzionare è quella che attiene alla portabilità dei dati (art. 6, paragrafi da 9 a 11). In definitiva questa previ-

⁵² Cfr. in particolare, i seguenti passaggi: “il consenso dovrebbe essere prestato mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile”, “l'utente finale dovrebbe essere informato del fatto che non prestare il consenso può determinare un'offerta meno personalizzata”, corsivi aggiunti)

sione completa quanto già stabilito dall'art. 20, GDPR⁵³, nel senso che ne estende la portata normativa. Innanzitutto, l'art. 6, par. 9, si riferisce a qualunque tipologia di dati dell'utente e non solo a quelli personali⁵⁴. In secondo luogo il *DMA* garantisce che detta portabilità debba essere sempre gratuita, mentre il reg. 2016/679 prevede che, in talune situazioni, la portabilità possa essere subordinata al pagamento delle spese sostenute⁵⁵.

Il reg. 2022/1925, a differenza del GDPR, estende poi il diritto alla portabilità anche agli utenti commerciali⁵⁶. A tale proposito è esplicito l'art. 6, par. 11, *DMA*, il quale espressamente prevede che “Il *gatekeeper* garantisce alle imprese terze che forniscono motori di ricerca *online*, su loro richiesta, l'accesso a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie a dati relativi a posizionamento, ricerca, click e visualizzazione per quanto concerne le ricerche gratuite e a pagamento generate dagli utenti finali sui suoi motori di ricerca *online*”. I dati che vengono ceduti, in ossequio a tali previsioni, devono essere tuttavia resi anonimi. Spetta, evidentemente, al *gatekeeper*, adottare le opportune previsioni per scongiurare il pericolo che si possano individuare in maniera specifica gli utenti che li hanno generati.

Sotto questo profilo, il *DMA* sembra peraltro contenere anche un incremento di tutela rispetto al GDPR. È infatti noto che il problema della portabilità dei dati è che lo stesso non ha senso quale mera prerogativa astratta. I dati (nonché il loro specifico valore economico) dipendono dallo

⁵³ V. art. 20, reg. 2016/679, cit., e art. 6, reg. 2018/1807 (regolamento (UE) 2018/1807 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea).

⁵⁴ L'art. 6, par. 9, del regolamento 2022/1925, cit., infatti, impiega genericamente il termine di “dati forniti dagli utenti”, senza precisare se si tratta di quelli personali (già oggetto del GDPR) ovvero di quelli non personali (a propria volta oggetto di regolamentazione solo nel regolamento 2018/1807): “Il *gatekeeper* fornisce, su richiesta e a titolo gratuito, agli utenti finali e a terzi autorizzati da un utente finale l'effettiva portabilità dei dati forniti dall'utente finale o generati mediante l'attività dell'utente finale nel contesto dell'utilizzo del pertinente servizio di piattaforma di base, anche fornendo a titolo gratuito strumenti per agevolare l'effettivo esercizio di tale portabilità dei dati, nonché fornendo un accesso continuo e in tempo reale a tali dati”. V. in questo senso F. BATTAGLIA, *op. cit.*, p. 360.

⁵⁵ L'art. 12, par. 5, lett. a) del regolamento 2016/679 prevede infatti che, in talune ipotesi, il titolare del trattamento possa richiedere un contributo spese, rapportato ai costi amministrativi sostenuti.

⁵⁶ V. F. BATTAGLIA, *op. cit.*, p. 361.

specifico contesto nel quale sono generati. Come è stato notato, infatti, “rimuovendoli dal contesto di origine perdono valore dal momento che decadono le funzionalità che potevano alimentare, incluse le possibilità di profilazione e benchmarking. Inoltre, i dati perdono valore nel tempo se non alimentati da un flusso continuo di aggiornamenti”⁵⁷.

Per superare questa sorta di preclusione fattuale ad un effettivo esercizio del diritto alla portabilità dei dati, da diverso tempo si suggerisce che i regolatori dovrebbero consentire un accesso *in situ* ai dati, cioè mantenendo i dati nell’ambiente nel quale si trovano e preservano, di conseguenza, il collegamento tra i dati stessi e gli algoritmi utilizzati per procedere alla profilazione⁵⁸.

Ad un riscontro del testo normativo, sembrerebbe che il legislatore dell’Unione abbia voluto garantire non solo un diritto di astratta portabilità, ma un vero e proprio accesso *in-situ* ai dati degli utenti, in modo da mantenere integro il valore economico e l’attualità delle informazioni acquisite, laddove questo si renda necessario per l’esercizio effettivo del diritto (“forrendo un accesso continuo e in tempo reale a tali dati”).

In sintesi, il *DMA* è chiaramente maggiormente ispirato ad una tutela della *privacy* e della vita privata *online*, in maniera chiaramente diversa dall’omologo progetto statunitense, che al contrario presenta una matrice esclusivamente concorrenziale. Tuttavia, sotto molti profili, la tutela dei dati personali risultante dalla combinazione delle previsioni del *DMA* e di quelle del GDPR sembra tuttora non pienamente efficace e, in definitiva, non del tutto adeguata rispetto all’evoluzione tecnologica.

Rimane pertanto da vedere con quale discrezionalità la Commissione riterrà di applicare il regolamento: è chiaro che solo un’applicazione rigorosa del regolamento 2022/1925 consentirebbe di proteggere effettivamente la *privacy* degli utenti e di completare anche quegli aspetti che non risultano salvaguardati in maniera soddisfacente nel regolamento sulla tutela dei dati personali.

⁵⁷ M. POLO, A. SASSANO, *DMA: Digital Markets Act o Digital Markets Armistice?*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, p. 501 ss., spec. p. 521.

⁵⁸ M. W. VAN ALSTYNE, G. PETROPOULOS, G. PARKER, B. MARTENS, *In-situ Data Rights*, in *Communications of the ACM*, n. 12, 2021, p. 34 ss.

DIGITALIZZAZIONE DELLA GIUSTIZIA

Lorenzo Salazar*

Il 19 maggio 2022, la Commissione europea ha pubblicato il “2022 *Justice Scoreboard*”; all’interno di esso viene sottolineato quanto siano ancora necessari progressi nel campo della digitalizzazione della giustizia: a questo fine, la stessa Commissione ha presentato due proposte tese all’implementazione di nuovi strumenti nell’ottica di favorire lo sviluppo della giustizia digitale.

In un tema così ampio e complesso, in cui è difficile perdersi sulla linea del sottile discrimine tra situazioni meramente interne e contesti transfrontalieri, ci si potrebbe limitare ad analizzare tali proposte; tuttavia, si ritiene interessante partire da più lontano, seguendo un *fil rouge* che risalga agli albori della cooperazione giudiziaria fino ai giorni nostri, per analizzare in che modo l’Europa sia riuscita in diverso modo a fornire risposta alle crescenti esigenze pratiche della cooperazione giudiziaria maturate nel corso degli anni.

Il punto di partenza, dunque, può rinvenirsi proprio nella rigida formalità delle procedure della cooperazione giudiziaria così distanti dalla speditezza e dalla informalità che caratterizzano la cooperazione tra le forze di polizia: si sottrae di poco alla banalità, infatti, l’affermare che il settore della cooperazione giudiziaria è fondato su formalità molto più stringenti in ragione della necessità di rendere gli elementi scambiati tra i magistrati dei diversi Paesi utilizzabili all’interno dei procedimenti giudiziari interni. Anche il più semplice atto destinato a entrare in un procedimento penale (o civile) deve infatti, almeno di regola, rivestire forme sacramentali. Ed è proprio per questo che, agli albori della cooperazione, tutte le comunicazioni avvenivano esclusivamente per canali ufficiali, di sovente attraverso i Ministeri degli Esteri nonché avvalendosi di materiale unicamente cartaceo e per il tramite

* Sostituto Procuratore generale alla Procura Generale presso la Corte di Appello di Napoli.

della posta; una commissione rogatoria veniva in tal modo di sovente paragonata a una sorta di *message in a bottle* che veniva abbandonata alla deriva di sistemi di comunicazione che spesso si sottraevano a ogni controllo per ciò che riguardava le loro tempistiche di esecuzione.

Quale dunque il valore aggiunto fornito dall'Europa in questo settore?

Sembra potersi con fondamento affermare che tale apporto sia cominciato ben prima dell'UE, perché, in qualche modo, può parlarsi di una forma di proto-digitalizzazione della cooperazione giudiziaria già a partire dal c.d. "Accordo Telefax" del maggio 1989 ("Accordo di San Sebastian), concluso tra gli Stati membri delle¹ Comunità europee nel quadro della Cooperazione Politica Europea (CPE) introdotta dall'Atto Unico Europeo, che altro non fece se non aprire la porta alla possibilità di usare tale strumento per la trasmissione da un Paese all'altro delle domande di estradizione sino ad allora costrette a utilizzare la sola via della trasmissione cartacea. È un dato di fatto che, anche allora, la polizia potesse avere accesso a forme di comunicazione semplificate e più spedite, potendo scambiare informazioni con ogni forma di messaggistica e anche per telefono mentre i magistrati potevano comunicare tra loro solo per iscritto, con lettere inviate per posta. Da qui la necessità di rendere più spedite tali comunicazioni consentendo il ricorso agli (allora) più avanzati strumenti messi a disposizione dalla tecnologia anche se, ovviamente, non poteva ancora parlarsi di vera e propria digitalizzazione bensì di semplice progresso tecnologico realizzato in forma analogica. L'*acquis* dell'accordo Telefax è stato consolidato dall'art. 13 della "Convenzione di estradizione del 1996"², conclusa già nel nuovo quadro dell'Unione europea dopo l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, che ha consentito la trasmissione via fax delle domande di estradizione e dei relativi documenti, stabilendo procedure di individuazione, da parte di ciascuno Stato membro, di un'autorità centrale incaricata della trasmissione e ricezione delle domande di estradizione, dei relativi documenti giustificativi e di ogni altra corrispondenza ufficiale riguardante le domande in questione.

¹ Convenzione fra gli Stati membri delle Comunità europee sulla semplificazione e la modernizzazione delle modalità di trasmissione delle domande di estradizione (c.d. "Accordo telefax"), firmata a S. Sebastian, il 26 maggio 1989, in M. PISANI, F. MOSCONI, *Codice delle convenzioni di estradizione e di assistenza giudiziaria in materia penale*, Milano, 1993.

² GUCE C 313, del 23 ottobre 1996, p. 11.

Altre importanti innovazioni sono state recate dalla Convenzione di mutua assistenza in materia penale tra gli Stati membri dell'UE (Convenzione MAP) adottata nel 2000, la quale ha introdotto nuove procedure suscettibili di velocizzare sensibilmente la cooperazione e i processi. In particolare l'art. 6 della Convenzione MAP prevede che le richieste di assistenza giudiziaria e gli scambi spontanei di informazioni siano effettuati per iscritto o *“con qualsiasi mezzo in grado di produrre una registrazione scritta alle condizioni la possibilità d'impiego per la trasmissione delle richieste di assistenza e di qualsiasi mezzo in grado di produrre una registrazione scritta che consentano allo Stato membro destinatario di verificarne l'autenticità”*, aprendo così la strada, oltre che al ricorso al telefax, anche a quello della posta elettronica. Viene anche prevista la possibilità di effettuare audizioni mediante videoconferenza e disciplinata per la prima volta la più che sensibile materia delle intercettazioni transfrontaliere delle telecomunicazioni. Le richieste di cooperazione giudiziaria possono poi essere effettuate direttamente tra le autorità giudiziarie territorialmente competenti ai fini della loro presentazione ed esecuzione senza richiedere l'intervento dei Ministeri competenti dei singoli Paesi membri; la *“comunicazione diretta”*, che era stata già da tempo introdotta dall'art. 53 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen, venne così ulteriormente velocizzata grazie alla possibilità dell'utilizzo di posta elettronica e dell'allora già declinante telefax.

Ulteriori rilevanti impulsi allo sviluppo dell'innovazione si sono poi di volta in volta riscontrati, a partire dal 2000, con la progressiva comparsa sulla scena della cooperazione giudiziaria di nuovi attori quali le *“Squadre comuni di inchiesta”* (normalmente conosciuti come *“JIT”s* dall'acronimo *“Joint Investigation Teams”*) attraverso la convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri UE³, l'agenzia europea di cooperazione giudiziaria Eurojust e, in tempi assai più recenti, la Procura europea - EPPO (European Public Prosecutor Office). Questi nuovi attori della cooperazione giudiziaria operano senz'altro nella direzione della modernizzazione della cooperazione, pur se non necessariamente nel senso di una sua diretta *“digitalizzazione”*, introducendo metodi di conduzione delle indagini più snelli e innovativi.

³ Atto del Consiglio, del 29 maggio 2000, che stabilisce, conformemente all'articolo 34 del Trattato sull'Unione europea, la convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, in GUCE C 197 del 12 luglio 2000, p. 1.

In particolare, con la creazione di Eurojust⁴, se d'un lato è stata generalizzata, per non dire banalizzata, la prassi dello scambio di comunicazioni per il tramite della posta elettronica, dall'altro si è assistito all'introduzione del *Case Management System* (CMS), un sistema di gestione automatizzata dei casi trattati attraverso una banca dati centrale situata presso la sede dell'agenzia, finalizzata ad agevolare lo stoccaggio e la gestione delle informazioni in modo non eccessivamente dissimile da quanto avviene con il sistema in uso alla nostra Direzione Nazionale Antimafia e Antiterrorismo (banca dati denominata Sidda/Sidna) che ha del resto costituito la base ispiratrice dei più moderni sistemi europei.

Anche la recente istituzione della Procura europea (EPPO)⁵ ha condotto alla istituzione di un autonomo CMS, operativo dagli inizi del 2021, che ha accompagnato l'avvio della attività operativa di EPPO dal 1° giugno dello stesso anno pur avendo da affrontare la temibile sfida costituita dalla necessità di dover tener conto e mediare tra i (ben) diversi livelli di digitalizzazione dei sistemi giudiziari raggiunti nei diversi Stati partecipanti alla cooperazione rafforzata.

Venendo all'oggi: esiste una panoplia di proposte riguardanti il futuro della cooperazione giudiziaria, quasi tutte incentrate, in un modo o nell'altro, sulla digitalizzazione come strumento per ottenere il miglioramento sia nel funzionamento delle agenzie, come in quello dei tribunali.

Partendo dalle agenzie, non può non evidenziarsi come Eurojust, insieme ad EPPO, siano divenuti la cartina di tornasole di quanto va avvenendo e, altresì, i soggetti sui quali si vanno scaricando le tensioni e caricando le aspettative create dalle sempre nuove sfide proposte dall'attualità, come avvenuto, ad esempio, all'indomani di attentati terroristici o con le più recenti proposte di espandere la competenza della Procura europea al di là della sola

⁴ Decisione 2002/187/GAI del Consiglio, del 28 febbraio 2002, che istituisce l'Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità, in GUCE L 63 del 6 marzo 2002, p. 1, oggi sostituita dal regolamento (UE) 2018/1727 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale (Eurojust) e che sostituisce e abroga la decisione 2002/187/GAI del Consiglio, in GUUE L 295 del 21 novembre 2018, p. 238.

⁵ Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea ("EPPO"), p. 1.

protezione degli interessi finanziari dell'Unione includendovi anche la materia della violazione delle sanzioni irrogate dall'Unione all'invasione dell'Ucraina da parte russa.

Nel 2021 è stato così emanato il “*Regolamento sullo scambio di informazioni digitali nei casi di terrorismo transfrontaliero*” che formalizza, rende obbligatorio e disciplina l'impiego del c.d. *Counter Terrorism Register* (CTR). Già inaugurato da Eurojust nel settembre 2019 il registro si propone lo scopo di sostenere e rafforzare il coordinamento e la cooperazione tra le Autorità nazionali responsabili delle indagini e del perseguimento dei reati gravi compresi i reati di terrorismo mettendo in condizione Eurojust di individuare i collegamenti tra le indagini parallele transfrontaliere e le azioni penali per reati di terrorismo condotte dai diversi Stati membri, fornendo in tal modo un ritorno proattivo di informazione agli stessi in merito ai collegamenti così individuati.

La proposta di creare una “*Piattaforma di collaborazione a sostegno del funzionamento delle squadre investigative comuni e modifica il regolamento (UE) 2018/1726*”⁶ origina invece dall'Agenzia dell'Unione europea per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (eu-LISA) e ha l'obiettivo specifico di migliorare e rendere più efficiente il funzionamento delle squadre investigative comuni istituite, in particolare, in conformità con la decisione quadro 2002/465/GAI, attraverso la creazione di una piattaforma di collaborazione accessibile a tutti i membri delle JITs, nonché ad altre parti interessate. A tal fine, la proposta definisce le regole di accesso e di funzionamento della piattaforma di collaborazione. Lo strumento appare di particolare utilità anche alla luce della recente istituzione di una squadra investigativa comune per l'Ucraina fra vari Stati membri UE – fra cui Lettonia, Polonia, Lituania – al fine di supportare la locale autorità giudiziaria nell'investigare sui crimini occasionati dall'invasione da parte della Russia.

Altre proposte attualmente in discussione sono rivolte agli aspetti più diretti dell'assunzione della prova o sono funzionali all'implementazione e al miglioramento degli strumenti di mutuo riconoscimento.

⁶ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce una piattaforma di collaborazione come ausilio al funzionamento delle squadre investigative comuni e che modifica il regolamento (UE) 2018/1726, COM (2021) 756final, del 1° dicembre 2021.

Alla prima categoria può ricondursi il “*Pacchetto e-Evidence*”, da lungo tempo in negoziato e composto di una proposta di “*Regolamento e direttiva per la raccolta e conservazione delle prove elettroniche*”⁷: le misure sono finalizzate a facilitare l’acquisizione diretta dei dati informatici necessari come prove per i procedimenti penali transnazionali da parte delle Autorità giudiziarie di un Paese membro direttamente presso i *service providers* collocati presso altri Paesi membri, senza dovere fare ricorso ai tradizionali meccanismi rogatoriali.

Alla seconda appartiene invece il “*Pacchetto digitalizzazione giustizia*”, collegato anche alla creazione della Piattaforma di collaborazione appena indicata, che include una proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla digitalizzazione della cooperazione giudiziaria e dell’accesso alla giustizia in materia civile, commerciale e penale a livello transfrontaliero⁸, diretta alla modifica di numerosi atti nel settore della cooperazione giudiziaria. Esso prevede in particolare che la comunicazione elettronica tra gli organi giurisdizionali e le autorità competenti avvenga attraverso un sistema informatico decentrato, sicuro ed affidabile. Sono previsti sistemi informatici e punti di accesso interoperabili posti sotto la responsabilità e la gestione individuali di ciascuno Stato membro, delle diverse agenzie operanti nel settore della Giustizia e degli Affari Interni (GAI) e di altri organi dell’UE, sistemi tramite i quali è attuato uno scambio transfrontaliero interoperabile tra le rispettive autorità degli Stati membri. La proposta prevede che l’uso del sistema sia obbligatorio da parte di tutti i fruitori, salvo il caso di guasto o in altre circostanze specifiche⁹.

Altra proposta di prossima attuazione presso gli uffici giudiziari, con riferimento all’ordine europeo d’indagine, *European Investigation Order* (EIO), e le comunicazioni ad esso relative è quella dell’*e-Evidence Digital Ex-*

⁷ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo agli ordini europei di produzione e di conservazione di prove elettroniche in materia penale, COM (2018) 225final, del 17 aprile 2018.

⁸ Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla digitalizzazione della cooperazione giudiziaria e dell’accesso alla giustizia in materia civile, commerciale e penale a livello transfrontaliero e che modifica taluni atti nel settore della cooperazione giudiziaria, COM (2021) 759final, del 1° dicembre 2021.

⁹ COM (2021) 759final, cit.

change System (e-EDES), un sistema finalizzato alla gestione delle procedure e degli strumenti dell'Ordine Europeo di Investigazione e dell'Assistenza Giudiziaria (moduli elettronici, *business logic*, statistiche, registri, ecc.) che consentirà la comunicazione immediata a livello europeo.

Non mancano, tuttavia, fattori che potremmo definire “di tensione”.

Tra di essi, in *primis*, la considerazione per la quale la trasformazione digitale (in senso lato) non può essere considerata alla stregua di una dinamica del tutto “neutra”. La scelta di dotare (o di non dotare) le agenzie UE di *enforcement* di avanzati strumenti di raccolta e stoccaggio dei dati in forma elettronica e, dunque, anche del potere di usarli, non può che rivelarsi alla fine se non una scelta politica, perché si tratta di poteri immensi (si pensi, ad esempio, alla sola possibilità di immagazzinare tutti i dati relativi alle inchieste in materia di terrorismo condotte nei diversi Stati membri); ma nel momento in cui si passa dalla dimensione delle scelte “tecniche” a quella delle scelte “politiche”, si rischia di avventurarsi a camminare su di uno strato di ghiaccio sempre più sottile.

Valga quale esempio proprio quanto sta avvenendo nel quadro del negoziato diretto alla modifica dell'attuale regolamento Eurojust, in cui sembra si vada avanzando con estrema cautela sul terreno della realizzazione di una interconnessione diretta tra il CMS di Eurojust e le varie applicazioni o sistemi IT esterni cui Eurojust può avere accesso (ad es. ECRIS-TCN, SIS SCHENGEN, e-EDES), in conformità con il diritto dell'UE.

Si tratterebbe senza dubbio di un considerevole passo in avanti, ma si deciderà di percorrerlo fino in fondo...? Il potenziale valore aggiunto delle interconnessioni è enorme come enormi sono le sfide da esse sollevate: è immaginabile, ad esempio, che anche la Procura europea - EPPO, soprattutto ove veda in futuro estendersi le sue competenze al di là della protezione degli interessi finanziari, possa chiedere di interconnettere il suo CMS con quelli nazionali operativi in materia? Quali le conseguenze di un tale passo?

In tal senso, appare necessario tenere sempre presente un criterio che potremmo definire di *bidirezionalità* nelle attività di cooperazione giudiziaria europea. Non perdendo infatti di vista la natura tuttora prioritariamente “nazionale” dell'attività giurisdizionale, occorre rimanere consapevoli del fatto che i giudici e i pubblici ministeri degli Stati membri sono tuttora la primaria fonte dalla quale originano i dati che vengono inseriti nelle banche dati delle agenzie europee e dovrebbero quindi costituire al tempo stesso i

principali *beneficial owners* (i beneficiari finali, per mutuare un termine caro alla normativa antiriciclaggio) delle elaborazioni prodotte dagli stessi.

Non potrebbe tuttavia non rivelarsi del pari frustrante, sempre ponendosi nell'ottica del magistrato nazionale, se – pur nel costante rispetto dei principi fondamentali in materia di protezione dei dati – per mere gelosie nazionalistiche si perdesse l'occasione di fare impiego e sviluppare al meglio tutte le potenzialità che la digitalizzazione giudiziaria è in grado di offrire, soprattutto ove si guardi alla estrema abilità con cui le organizzazioni criminali e terroristiche hanno invece dimostrato di essere capaci di adattarsi e servirsi delle nuove tecnologie.

Sessione III
Gli strumenti economici
4 novembre 2022

LO STATO DI SALUTE DELL'INTEGRAZIONE DIFFERENZIATA
NELL'UNIONE ECONOMICA E MONETARIA
IN EPOCA POST-PANDEMICA

Emanuela Pistoia*

SOMMARIO: 1. Oggetto e obiettivo dell'analisi. – 2. Caratteri della differenziazione tra gli Stati dell'Eurozona e gli Stati con deroga/esenzione. – 3. Ulteriori differenziazioni auspicate intorno all'Eurozona per il futuro dell'Unione e i dubbi sulle mancate differenze di approccio per gli Stati-Euro. – 4. La simmetria delle misure economiche attuate dagli Stati UE nell'emergenza pandemica. – 5. Il rifiuto dell'asimmetria riguardo alle misure economiche comuni. – 6. Il ruolo dell'Eurogruppo in formato inclusivo. – 7. Conclusioni.

1. Fin dal suo esordio la pandemia si è distinta dalla crisi del debito sovrano per il suo carattere simmetrico ma suscettibile, al pari della crisi precedente, di produrre effetti asimmetrici sulle economie e sulle finanze degli Stati membri a causa delle notevoli differenze esistenti tra gli stessi. Essendo l'Unione economica e monetaria (UEM) uno dei settori di integrazione differenziata dell'UE, nel suo ambito esisteva lo strumentario atto ad affrontare gli effetti suddetti con misure asimmetriche, come del resto è avvenuto per la crisi del debito sovrano¹. È questa la premessa della presente riflessione, che

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli Studi di Teramo.

¹ Tra i lavori relativi ai profili giuridici delle misure economiche adottate per porre rimedio alla crisi del debito sovrano, G. PERONI, *Il Trattato di Lisbona e la crisi dell'euro: considerazioni critiche*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 971 ss.; M. RUFFERT, *The European Debt Crisis and European Union Law*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 1793 ss.; R. BARATTA, *Legal Issue of the Fiscal Compact – Searching for a mature democratic governance of the euro*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2012, p. 647 ss.; E. CHITI, A. J. MENDEZ, P. G. TEIXEIRA (eds.), *The European Rescue of the European Union*, Oslo, 2012; P. CRAIG, *The Stability, Coordination and Governance Treaty, Principle, Politics and Pragmatism*, in *European Law Review*, 2012, pp. 231-248; A. DE GREGORIO MERINO, *Legal Developments in the Economic and Monetary Union During the Debt Crisis: The Mechanism of Financial Assistance*, in *Common Market Law Review*, 2012, p. 1613 ss.; G. NAPOLITANO, *La crisi del debito sovrano e il*

ha per oggetto le misure economiche adottate dall'Unione per fronteggiare la crisi pandemica dall'angolo visuale dell'integrazione differenziata perseguita nel settore in questo frangente. Con essa si intende infatti verificare se e in quale misura la reazione dell'Unione alle conseguenze economiche della pandemia sia stata gestita con gli strumenti della differenziazione riservati agli Stati dell'Eurozona, in confronto con le misure valevoli per tutti. L'obiettivo ultimo è contribuire alla ricostruzione dei tratti salienti dell'integrazione differenziata in questo settore topico, tratti salienti che in un momento di crisi così severa possono essere evidenziati come in nessun'altra occasione. Riveste particolare interesse verificare i presupposti e le finalità di indirizzare misure ai soli Stati aventi l'Euro come moneta, così da precisare ulteriormente il ruolo e gli obiettivi dell'integrazione differenziata nella parte economica dell'UEM. A questo riguardo il TFUE stenta a fornire indicazioni, l'unica essendo la finalità di "contribuire al buon funzionamento dell'Unione economica e monetaria" con cui si apre l'art. 136, par. 1, TFUE.

Almeno a partire dalla grande crisi del debito sovrano cominciata nell'autunno del 2009 e arrivata al culmine nel 2012-2013, alle regole dell'UEM è stata talora rivolta la critica di indirizzarsi e di essere applicate in modo identico a tutti gli Stati dell'Eurozona, con totale cecità rispetto alle grandi differenze tra loro sia riguardo alla collocazione rispetto ai parametri quantitativi (fissati per il rapporto disavanzo pubblico/PIL e per il rapporto

rafforzamento della governance europea, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, 2012, p. 383 ss.; L. S. ROSSI, *Fiscal Compact e Trattato sul meccanismo di stabilità: aspetti istituzionali e conseguenze dell'integrazione differenziata nell'UE*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2012, p. 293 ss.; G. L. TOSATO, *L'integrazione europea ai tempi della crisi dell'euro*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 681 ss.; K. TUORI, *The European Financial Crisis – Constitutional Aspects and Implications*, in *Working Papers*, 2012; A. VITERBO, R. CISOTTA, *La crisi del debito sovrano e gli interventi dell'U.E.: dai primi strumenti finanziari al Fiscal Compact*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2012, p. 323 ss.; M. E. BARTOLONI, A. CALIGIURI, B. UBERTAZZI (a cura di), *L'Unione europea e la riforma del governo economico della zona Euro*, Napoli, 2013; C. HERRMANN, *Legal Aspects of the European Sovereign Debt Crisis*, in *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, 2013, pp. 25-40; P. MANZINI, *La riforma delle regole UE sulla sorveglianza dei bilanci pubblici nazionali*, in G. ADINOLFI, M. VELLANO (a cura di), *La crisi del debito sovrano degli Stati dell'area Euro. Profili giuridici*, Torino, 2013, p. 29 ss.; L. F. PACE, *Il regime giuridico dell'euro. La nascita dell'Unione economica e monetaria, la sua crisi e la risposta dell'Unione europea*, Bari, 2018.

debito pubblico/PIL)² sia riguardo alla struttura delle loro economie. La conseguenza di tale critica sarebbe che, a fronte delle conseguenze asimmetriche prodotte dalla crisi per i diversi Stati, questi potevano, o forse dovevano, essere trattati in modo diverso. Un ulteriore obiettivo dell'analisi è dunque verificare se nel quadro della crisi pandemica questo sia avvenuto, ed eventualmente con quali modalità. La diversità di trattamento cui si allude è evidentemente diversa dall'integrazione differenziata in senso tecnico, ma si ritiene opportuno includerla nell'analisi a completamento della riflessione, proprio alla luce delle critiche rivolte alla struttura esistente.

Si comincerà da una breve disamina dei caratteri dell'integrazione differenziata nell'UEM. Si farà poi una breve sintesi delle varie ipotesi di ulteriore differenziazione tra gli Stati membri dell'Unione, tutte aventi come perno l'Eurozona, che sono state avanzate a livello istituzionale e nel dibattito scientifico al fine di realizzare ulteriori avanzamenti del processo di integrazione europea. A fronte delle gravi difficoltà sperimentate in proposito nell'ultimo decennio a causa delle grandi divergenze di vedute tra gli Stati, la via di avanzamento più credibile è spesso stata individuata nell'ulteriore sviluppo dell'integrazione differenziata già creata intorno alla moneta unica. La considerazione di tali ipotesi appare opportuna per conferire alla riflessione la giusta prospettiva nel perseguimento dell'obiettivo delineato. Si entrerà quindi nel vivo dell'analisi, che riguarderà da un lato le misure che hanno fornito la necessaria cornice giuridica alle imponenti misure economiche e finanziarie adottate dagli Stati membri per fronteggiare le conseguenze economiche della pandemia, e dall'altro lato le misure economiche adottate dall'Unione. A completamento, si dedicheranno alcuni commenti all'aspetto istituzionale del "formato inclusivo" in cui ha operato l'Eurogruppo nel momento tipico di decidere le suddette misure economiche comuni.

2. L'UEM consta di due parti diverse □ per l'appunto quella monetaria e quella economica □ che trovano uno stretto raccordo nelle esigenze dell'Unione monetaria e più precisamente della moneta unica³. I parametri

² Protocollo n. 12 sulla procedura per i disavanzi eccessivi, art. 1, cui fa rinvio l'art. 126, par. 2, TFUE.

³ Sulla distinzione tra la politica economica e quella monetaria, con la presa di posizione (qui condivisa) per cui sul piano giuridico la seconda "prevale" (*sic*) sulla prima, G. CONTALDI, *Diritto europeo dell'economia*, Torino, 2019, p. 267 ss. Sulle due parti dell'UEM e sulla

quantitativi che scandiscono il coordinamento delle politiche economiche nazionali – coordinamento in cui, a norma dell’art. 119 TFUE, si risolve la politica economica dell’Unione – sono infatti delineati al fine di assicurare alle finanze statali quella stabilità che per l’esistenza della moneta unica è indispensabile. Anche l’integrazione differenziata applicata a questo settore ruota intorno alla moneta unica e ha modalità diverse nelle due parti. Essendo determinata dall’adozione dell’Euro ad opera degli Stati membri, nella parte della politica monetaria segna uno stacco molto netto tra quelli che per l’appunto hanno fatto questo passo, da un lato, e quelli che per motivi oggettivi o per scelta non l’hanno (ancora) fatto, dall’altro lato⁴. Sul piano tecnico-giuridico, tale stacco si presenta come un vero e proprio iato, per le caratteristiche proprie dell’integrazione differenziata in questo settore rispetto alle altre tipologie presenti nell’Unione. Sul piano politico, le stesse caratteristiche fanno sì che tale iato abbia un’importanza ineguagliata, rispetto alle suddette altre tipologie, in relazione all’avanzamento del processo di integrazione. Gli Stati dell’avanguardia hanno infatti perso del tutto la sovranità nel settore della moneta e, con la rinuncia alla moneta nazionale a favore di quella unica, hanno attribuito all’Unione la competenza esclusiva sulla politica monetaria; al contrario, in tema di politica monetaria per gli Stati che hanno mantenuto la moneta nazionale l’Unione è priva di qualsiasi competenza.

loro asimmetria v. per tutti, S. CAFARO, *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche*, Milano, 2001; R. M. LASTRA, J.-V. LOUIS, *European Economic and Monetary Union: History, Trends and Prospects*, in *Yearbook of European Law*, 2013, p. 57 ss.; G. CONTALDI, *Politica economica e monetaria (diritto dell’Unione europea)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2014, p. 811 ss.; K. LENAERTS, *EMU and the EU’s Constitutional Framework*, in *European Law Review*, 2014, p. 753 ss.; L. DANIELE, R. CISOTTA, *L’Unione economica e monetaria*, in L. DANIELE (a cura di), *Diritto del mercato unico*, Milano, 2019, p. 503 ss.; F. AMTENBRINK, C. HERRMANN (eds.), *The EU Law of the Economic and Monetary Union*, Oxford, 2020.

⁴ Come noto, alla disuguale ragione della mancata adozione dell’Euro dà rilievo la diversa dicitura di Stati con deroga, utilizzata per quelli che secondo la valutazione del Consiglio (ancora) non abbiano raggiunto “un alto grado di sostenibile convergenza” con riferimento ai quattro criteri indicati nell’art. 140, par. 1, TFUE (così l’art. 139, par. 1), e Stati con esenzione, utilizzata per quelli che non adottano l’Euro grazie a un protocollo specifico, cioè per mera volontà contraria accettata dagli altri Stati membri. Attualmente si trova in questa seconda situazione solo la Danimarca, per effetto del Protocollo n. 16 dove si stabilisce proprio che “(l)a Danimarca usufruisce di un’esenzione”, mentre la posizione dell’ormai receduto Regno Unito rispetto all’Euro è definita nel Protocollo n. 15.

Inoltre, per gli Stati con deroga il processo di assorbimento della differenziazione (cioè il raggiungimento del gruppo di *avant-guard*) ha carattere di automatismo. Infatti, la procedura di abolizione della deroga prende l'avvio a cadenza almeno biennale senza che gli Stati interessati prendano l'iniziativa, ancorché la loro iniziativa sia pure in alternativa prevista, ma solo per superare la tempistica suddetta (art. 140, par. 1, TFUE). Ciascuno Stato può cioè chiedere di essere sottoposto alle verifiche stabilite dall'art. 140, par. 1, TFUE in qualsiasi momento, nella prospettiva di vedere abolita la deroga, in esito alla procedura del par. 2 della stessa disposizione, in un tempo anticipato rispetto a quello normale. Il quadro è completato da un altro elemento: l'esclusione di regressioni, sia per i singoli Stati che per il gruppo di avanguardia nel suo insieme, naturalmente a meno di modifiche ai trattati istitutivi. Non è previsto, cioè, che si possa rinunciare alla posizione di avanguardia, ovvero non è possibile ritirarsi dalla moneta unica e dunque riacquistare la sovranità monetaria pur restando membri dell'Unione⁵. Questo elemento in verità caratterizza tutte le modalità di integrazione differenziata nell'Unione, ad eccezione della cooperazione strutturata permanente avviabile nel quadro della politica di sicurezza e di difesa comune (art. 46, paragrafi 4 e 5, TUE). Accanto alle caratteristiche descritte assume però un rilievo speciale.

Completamente diversi sono i caratteri dell'integrazione differenziata nella parte economica dell'UEM⁶. Il coordinamento delle politiche economiche nazionali è infatti realizzato per tutti gli Stati membri. Così, anche gli

⁵ Nello stesso senso N. RONZITTI, *Aspetti istituzionali del governo della moneta europea*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, vol. 2, Milano, 1999, p. 392 ss.; P. ATHANASSIOU, *Withdrawal and Expulsion from the EU and EMU – Some Reflections*, in *ECB Legal Working Paper*, December 2009, spec. pp. 13-18; C. TOMUSCHAT, *The Euro – A Fortress Threatened from Within*, in A. LIGUSTRO, G. SACERDOTI (a cura di), *Problemi e Tendenze del Diritto Internazionale dell'Economia. Liber Amicorum in Onore di Paolo Picone*, Napoli, 2011, p. 293; G. CONTALDI, *Diritto europeo dell'economia*, cit., pp. 302-303. V. anche la diversa opinione di G. PERONI, *Il recesso dall'euro: una via percorribile, ma non auspicabile*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, p. 85 ss.

⁶ Riguardo alla nozione di unione economica v. S. CAFARO, *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche*, cit., p. 75 ss.; L. F. PACE, *Il regime giuridico dell'euro*, cit., p. 21 ss. Nel presente scritto si fa affidamento su una nozione fondata sulla sola modalità formale del coordinamento previsto negli articoli 121 e 126 TFUE e sul diritto derivato adottato grazie alle basi giuridiche ivi previste.

Stati con deroga e con esenzione “considerano le loro politiche economiche una questione di interesse comune e le coordinano nell’ambito del Consiglio” (art. 121, par. 1, TFUE). Vale la pena sottolineare che anche riguardo a questi Stati il Consiglio, su proposta della Commissione, elabora un progetto di “indirizzi di massima” per le politiche economiche degli Stati membri e dell’Unione (art. 121, par. 2, TFUE), il quale apre la strada alla sorveglianza multilaterale regolata dall’art. 121 TFUE e, attualmente, soprattutto da atti di diritto derivato adottati grazie alla base giuridica dell’art. 121, par. 6, TFUE (v. *infra*). Secondo il TFUE, la differenza rispetto agli Stati dell’Eurozona, sancita dall’art. 139, par. 2, lett. a), TFUE, è che gli Stati con deroga e con esenzione non sono interessati dall’adozione delle sole parti degli indirizzi di massima per le politiche economiche “che riguardano la zona euro in generale”, com’è ovvio che sia. Inoltre (o meglio soprattutto, nella prospettiva della presente riflessione), *ex art.* 126, par. 1, TFUE *tutti* gli Stati membri dell’Unione sono obbligati a evitare disavanzi pubblici eccessivi, con la conseguenza di dover anche contenere il rispettivo debito pubblico: infatti, ai sensi del Protocollo n. 12, art. 2, per “disavanzo” si intende l’indebitamento netto, quale definito nel Sistema europeo di conti economici integrati, e per “debito” il debito lordo al valore nominale, consolidato tra e nei settori della pubblica amministrazione (statale, regionale o locale e i fondi di previdenza sociale). Sotto questo secondo profilo, la differenza rispetto agli Stati aventi l’Euro come moneta è che agli Stati con deroga e con esenzione non si applicano i mezzi vincolanti per correggere i disavanzi eccessivi (art. 139, par. 2, lett. b)). Invece, la verifica annuale della sostenibilità della finanza pubblica è assicurata dal Consiglio, su proposta della Commissione, per tutti gli Stati membri: come emerge dall’art. 126, par. 2, TFUE, l’oggetto e i termini dell’accertamento sono identici per tutti.

La motivazione dell’uniformità ricordata è che tutti gli Stati, ancorché in termini diversi sotto il profilo giuridico, hanno la prospettiva di aderire alla moneta unica. Come si diceva, gli Stati con deroga sono soggetti a verifiche periodiche sulla convergenza della propria situazione economica e finanziaria con quella degli Stati dell’Eurozona, all’esito positivo delle quali si troverebbero ad adottare la moneta unica senza esprimere un consenso *ad hoc* (cosicché uno Stato che non intenda rinunciare alla propria valuta, adottando l’Euro come moneta, non ha che da evitare di soddisfare almeno uno dei criteri di convergenza richiesti, anche solo sotto un profilo formale, com’è da

anni il caso della Svezia)⁷. Ai sensi del Protocollo n. 16, par. 2, l'unico Stato attualmente con esenzione, la Danimarca, può unirsi all'Eurozona solo ove chieda esso stesso l'attivazione della procedura *ex art.* 140, par. 2 TFUE. La Danimarca è però soggetta alle verifiche periodiche sul rispetto dei criteri di convergenza nella prospettiva dell'adesione all'Euro come gli Stati con deroga, giacché il Protocollo n. 16, par. 1 stabilisce che "(l)'esenzione comporta l'applicabilità alla Danimarca di tutti gli articoli e le disposizioni dei trattati ... relativi a una deroga". Ebbene, le verifiche suddette si svolgono intorno a quattro diversi criteri. La sostenibilità della finanza pubblica, soddisfatta da una situazione di bilancio non caratterizzata da un disavanzo eccessivo secondo l'accertamento annualmente operato dal Consiglio su proposta della Commissione (*ex art.* 126, par. 6, TFUE e art. 2 del Protocollo n. 13), costituisce per l'appunto uno dei quattro criteri sui quali Commissione e Banca centrale europea devono relazionare al Consiglio ogni due anni ai sensi del citato art. 140, par. 1, TFUE. È questo, evidentemente, per gli Stati che non adottano l'Euro come moneta, il *trait d'union* con l'Eurozona che dà origine ai termini del coordinamento delle politiche economiche nei loro riguardi.

⁷ La Svezia non aderisce all'ERM II (ERM è acronimo di *Exchange Rate Mechanism*) al fine di mantenere la propria valuta, mentre soddisfa gli altri criteri di convergenza. Infatti, secondo l'art. 3 del Protocollo n. 13 sui criteri di convergenza, l'adesione all'ERM II costituisce una *condicio sine qua non* per la soddisfazione del criterio sulla stabilità dei tassi di cambio, il quale richiede il "rispetto dei margini normali di fluttuazione" stabiliti in quel contesto "senza gravi tensioni per almeno due anni prima dell'esame". Per questo motivo esso costituisce una componente essenziale dell'UEM. La situazione della Repubblica Ceca riguardo ai tre criteri di convergenza diversi dall'adesione all'ERM II è meno chiara rispetto a quella svedese. Dalle dichiarazioni del governo dello scorso giugno, rese in occasione dell'annuncio circa l'ingresso della Croazia nell'Euro, si evince tuttavia che, essendo la situazione del Paese economicamente buona, la ferma decisione di restare fuori dall'Eurozona è realizzata grazie alla mancata adesione all'ERM II (cfr. A. ZACHOVÁ, *Czechia will not adopt euro anytime soon, says PM*, 27 June 2022, www.euractiv.com). Anche per questo Paese sembrerebbe quindi valere quanto affermato per la Svezia. L'ERM II è stato introdotto a partire dal 1° gennaio 1999 e vincola le divise aderenti a mantenere un tasso di cambio rispetto all'Euro entro un margine di $\pm 15\%$ rispetto a una parità centrale. Cfr. U. NEERGAARD, *ERM II*, in F. AMTENBRINK, C. HERRMANN (eds.), *op. cit.*, p. 736 ss. Attualmente aderiscono all'ERM II la Bulgaria e la Danimarca, mentre la Croazia, entrata nel meccanismo il 10 luglio 2020, il 1° gennaio 2023 ne è uscita per unirsi all'Eurozona. Sulla valutazione della prassi svedese come un "tradimento della buona fede secondo cui un trattato dovrebbe essere attuato" v. S. CAFARO, *L'Unione economica e monetaria dopo la crisi. Cosa abbiamo imparato?*, Napoli, 2017, p. 92.

Questo quadro va completato con una breve considerazione delle regole aggiunte negli anni successivi. Infatti, a partire dal 1997 – anno in cui fu adottato su richiesta tedesca il Patto di stabilità e crescita⁸ (l'accordo politico tra gli Stati membri risultante dalla risoluzione adottata dal Consiglio europeo il 17 giugno e, quali sue espressioni di diritto positivo, i regolamenti 1466/97 e 1467/97⁹) – grazie alle basi giuridiche presenti nel TFUE una serie di atti di diritto derivato hanno molto perfezionato il coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri sia sotto il profilo della sorveglianza multilaterale (nel tempo identificata come “braccio preventivo”) sia sotto quello del controllo sui disavanzi pubblici eccessivi (il c.d. “braccio correttivo”)¹⁰. Sono inoltre stati stipulati due notissimi trattati “satellite”, così detti perché concorrono a determinare le regole dell'UEM, inclusa la sua *governance*, pur essendo estranei all'ordinamento dell'Unione, con il quale sono tuttavia accuratamente raccordati: il Trattato che istituisce il Meccanismo europeo di stabilità (MES), firmato il 2 febbraio 2012, e il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* (c.d. *Fiscal Compact*), firmato esattamente un mese dopo, il 2 marzo 2012.

Interessa qui evidenziare come queste successive aggiunte abbiano vistosamente approfondito il solco tra gli Stati dell'Eurozona e gli Stati con deroga e con esenzione in quanto hanno accresciuto il numero e la qualità delle regole loro applicabili in modo speciale o addirittura esclusivo, con il risultato di limitare in modo sempre più marcato la loro autonomia nella determi-

⁸ V. specificamente H. J. HAHN, *The Stability Pact for European and Monetary Union: Compliance with Deficit Limit as a Constant Legal Duty*, in *Common Market Law Review*, 1998, p. 77 ss.; F. BREUSS (ed.), *The Stability and Growth Pact: Experiences and Future Aspects*, Berlino, 2007.

⁹ Regolamento (CE) n. 1466/97 del Consiglio, del 7 luglio 1997, per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche, e regolamento (CE) n. 1467/97 del Consiglio, del 7 luglio 1997, per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi.

¹⁰ Vi è in verità chi sostiene che il citato perfezionamento sia andato ben oltre i limiti del mero “coordinamento delle politiche nazionali” e che abbia anche travalicato, *ratione materiae*, le politiche nazionali di bilancio, arrivando a coprire le politiche economiche e strutturali degli Stati in materia di competitività, occupazione, etc.: così R. ADAM, *La riforma del governo economico dell'Unione europea*, in M. E. BARTOLONI, A. CALIGIURI, B. UBERTAZZI (a cura di), *op. cit.*, pp. 25-26.

nazione delle politiche economiche, peraltro sempre più latamente intese. Ad esempio, per quanto concerne la sorveglianza delle posizioni di bilancio e la sorveglianza e il coordinamento delle politiche economiche, il regolamento 1466/97 distingue la documentazione che annualmente deve essere presentata alla Commissione e al Consiglio: gli Stati dell'Eurozona devono presentare un Programma di stabilità, gli altri un Programma di convergenza. Più rilevante il rafforzamento dell'apparato sanzionatorio deciso durante la crisi del debito sovrano con il regolamento 1173/2011 che è parte del c.d. *Six Pack*¹¹: adottato con base giuridica nell'art. 136 TFUE (in combinato disposto con l'art. 121, par. 6), questo regolamento si applica ai soli Stati dell'Eurozona. Solo a questi Stati si indirizzano ancora i due regolamenti del 2013 che hanno ulteriormente rafforzato la vigilanza delle politiche di bilancio (il c.d. *Two Pack*)¹²: anche questi hanno base giuridica nel combinato disposto degli articoli 121, par. 6, e 136 TFUE.

Quanto ai due trattati "satellite", il MES è stato stipulato tra i soli Stati aventi l'Euro come moneta al momento della sua stipulazione ed è aperto agli altri membri dell'Unione dal momento dell'entrata in vigore della decisione del Consiglio *ex art.* 140, par. 2, TFUE, che abolisce la deroga o l'esenzione (articoli 2 e 44 del Trattato MES). Il *Fiscal Compact* è invece stato stipulato, oltre che da tutti gli Stati dell'Eurozona, anche da molti degli altri (ad eccezione della Repubblica Ceca e del Regno Unito, che si rifiutarono), ma si applica integralmente solo ai primi (art. 1, par. 2, del Trattato *Fiscal Compact*). Come accade per il MES, agli Stati con deroga e con esenzione anche il *Fiscal Compact* si applica di regola solo dalla data di decorrenza degli effetti della decisione con cui il Consiglio abroga deroga o esenzione; a differenza del MES, uno Stato può tuttavia dichiarare che intende essere vincolato alle disposizioni sostanziali del Trattato (i titoli III e IV), in tutto o in parte, prima di tale data (art. 14, par. 5, del Trattato *Fiscal Compact*).

¹¹ Regolamento (UE) n. 1173/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, relativo all'effettiva esecuzione della sorveglianza di bilancio nella zona euro.

¹² 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; regolamento (UE) n. 473/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulle disposizioni comuni per il monitoraggio e la valutazione dei documenti programmatici di bilancio e per la correzione dei disavanzi eccessivi negli Stati membri della zona euro.

Resta il fatto che la platea del coordinamento delle politiche economiche nazionali continua ad essere composta da tutti gli Stati dell'Unione. È in proposito particolarmente significativo che lo strumento di coordinamento più importante, la procedura c.d. di Semestre europeo, si applichi a tutti, ancorché con alcune differenze. Il regolamento 1175/2011, che ne stabilisce le regole introducendo un nuovo art. 2-*bis* nel regolamento 1466/97¹³, è stato adottato sulla base giuridica del solo art. 121, par. 6, senza fare ricorso anche all'art. 136 TFUE, come pure sarebbe stato possibile. Questa disposizione consente di indirizzare ai soli Stati la cui moneta è l'Euro gli atti adottabili grazie alle basi giuridiche degli articoli 121 e 126. Neppure l'accennata differenza tra programmi di stabilità, che devono essere presentati dagli Stati aventi l'Euro come moneta, e programmi di convergenza, dovuti dagli altri, corrisponde a differenze di contenuto pronunciate. Le regole riservate all'Eurozona sono solo quelle più "aggressive". Tale aggressività è dovuta all'esigenza di fronteggiare crisi di stabilità tanto severe da causare l'eccessivo allontanamento di uno Stato dai parametri quantitativi fissati in termini generali, ovvero dai parametri specifici finalizzati al recupero della sua convergenza nel tempo; ancora, le crisi di stabilità da affrontare con strumenti asimmetrici potrebbero estendersi ad altri Stati nonché all'Eurozona nel suo insieme, fino a costituire un pericolo per la moneta unica. Si noti che la scelta di escludere da queste regole gli Stati che non hanno l'Euro come moneta non può dirsi frutto di una valutazione discrezionale delle istituzioni dell'Unione. Piuttosto, essa appare dettata dall'applicazione analogica del già citato vincolo dell'art. 139, par. 2, lett. b), TFUE, per cui agli Stati con deroga (e con esenzione) non si applicano i mezzi vincolanti per correggere i disavanzi eccessivi¹⁴.

3. Terminata la grande crisi economico-finanziaria, che in UE ha avuto gravi declinazioni sul fronte del debito sovrano, l'Unione è stata investita da

¹³ Regolamento (UE) n. 1175/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, che modifica il regolamento (CE) n. 1466/97 del Consiglio per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche.

¹⁴ L'art. 139, par. 2, lett. b), si applica per analogia perché preclude l'applicazione agli Stati con deroga degli specifici mezzi vincolanti per correggere i disavanzi eccessivi previsti nell'art. 126, paragrafi 9 e 11.

un'altra crisi di natura completamente diversa, ancorché di impatto pure molto ampio: la crisi dei migranti. Anche questa ha raggiunto dimensioni notevoli a causa dell'inadeguatezza delle regole applicabili. Si sono così moltiplicate le riflessioni sulla necessità di riforme robuste, necessarie ad affrontare le varie crisi e a prevenire le loro reiterazioni. Nel dibattito l'integrazione differenziata ha sempre giocato, per forza di cose, un certo ruolo¹⁵: sulle questioni più squisitamente politiche, come appunto la gestione delle politiche migratorie, gli Stati membri hanno dimostrato di avere visioni e capacità diverse; sulle questioni economiche, la crisi e le riforme rapidamente adottate per farvi fronte hanno fatto emergere l'opportunità di introdurre ulteriori e più efficaci strumenti a tutela della moneta unica. È talvolta parso naturale che i due filoni trovassero un punto di raccordo, con l'Eurozona a fare da gruppo di avanguardia non solo sulle questioni economiche ma anche su altri temi.

Così, le discussioni politologiche pre-pandemia sulla differenziazione legata all'UEM hanno fornito due spunti principali, apparentemente alternativi tra loro.

Il primo è stato quello di fare dell'Eurozona un nucleo di avanguardia più nettamente caratterizzato rispetto all'attuale, a causa dell'ampliamento vuoi dei settori di applicazione, vuoi degli strumenti applicabili nelle attuali sfere di competenza. Ad esempio, secondo una delle prese di posizione più note, si doveva aumentare l'armonizzazione tra i membri dell'Eurozona nelle politiche di bilancio e nelle politiche economiche¹⁶, mentre uno degli scenari delineati dalla Commissione sul futuro dell'Unione comprendeva una maggiore armonizzazione nell'ambito della fiscalità e delle questioni sociali¹⁷. Non è chiaro se i robusti progressi nell'armonizzazione avrebbero dovuto avvenire tramite modifiche ai trattati vigenti oppure a trattati costanti, cioè a dire tramite l'attivazione di basi giuridiche esistenti. Il risultato doveva co-

¹⁵ Per una disamina di alcuni argomenti intorno alle ipotesi di integrazione differenziata avanzate all'indomani della crisi dell'Eurozona v. M. MARKAKIS, *Differentiated Integration and Disintegration in the EU: Brexit, the Eurozone Crisis, and Other Troubles*, in *Journal of International Economic Law*, 2020, pp. 489-507.

¹⁶ J.-C. PIRIS, *The Future of Europe: Towards a Two-Speed EU?*, Cambridge, 2011, dove si ipotizzano varie possibilità alternative.

¹⁷ È il terzo scenario prefigurato in Commissione europea, *Libro bianco sul futuro dell'Europa. Riflessioni e scenari per l'UE a 27 verso il 2025*, 2017, p. 20.

munque essere quello di rendere ancora più marcato il grado di differenziazione attualmente presente tra gli Stati dell'Eurozona e tutti gli altri. Giova ricordare che, data la natura di coordinamento della competenza dell'Unione sulla politica economica, l'adozione di misure di armonizzazione delle politiche economiche degli Stati membri, atte cioè a sviluppare una politica economica dell'UE in senso proprio, non sarebbe possibile sulla base della clausola di flessibilità: si applica infatti l'art. 352, par. 3, TFUE. Sempre in merito a proposte di riforma riguardanti l'approfondimento dell'integrazione tra gli Stati aventi l'Euro come moneta, si segnala quella concentrata sui profili istituzionali che avrebbe comportato la stipulazione di un nuovo trattato dedicato, appunto, all'Eurozona. Questo trattato, preordinato all'obiettivo di accelerare la formazione di un'unione fiscale tra gli Stati membri, avrebbe potuto avere la forma di un protocollo ai trattati attuali (chiamato protocollo di Francoforte) e avrebbe potuto comprendere anche disposizioni in deroga a questi ultimi¹⁸. Si colloca sulla stessa lunghezza d'onda, anche se con contenuti meno ambiziosi, il documento di riflessione sull'approfondimento dell'Unione economica e monetaria pubblicato dalla Commissione nel 2017¹⁹.

Il secondo spunto si è incentrato sull'opportunità di sviluppare una qualche forma di differenziazione anche tra Stati membri dell'Eurozona, a causa della profondità delle differenze di natura finanziaria ed economica sussistenti tra questi²⁰. La finalità sarebbe quella di evitare che tali differenze si consolidino in squilibri nocivi alla sostenibilità politica della moneta unica anzitutto, ma in fin dei conti anche alla sostenibilità economica. Infatti, la crisi avrebbe dimostrato che il modello dell'uniformità, o della "taglia unica" (*one size fits all*) fa sì che, in termini di comparazione costi-benefici, gli svantaggi dell'appartenenza all'Eurozona potrebbero alla lunga ben superare i vantaggi, anzitutto per gli Stati che hanno un grande debito pubblico.

Il filo conduttore delle variegate proposte e riflessioni cui si è fatto cenno è il rilievo speciale, *ratione materiae* e *ratione personarum*, da esse ricono-

¹⁸ A. DUFF, *The Protocol of Frankfurt: a new Treaty for the Eurozone*, in *European Policy Centre*, 2016.

¹⁹ Commissione europea. *Documento di riflessione sull'approfondimento dell'Unione economica e monetaria*, del 31 maggio 2017, COM (2017) 291final, p. 16 ss.

²⁰ G. MAJONE, *Rethinking the Union of Europe Post-Crisis: Has Integration Gone Too Far?*, Cambridge-New York, 2014.

sciuto all'Eurozona rispetto ai vari settori e alle varie cerchie dell'integrazione differenziata nell'Unione all'indomani della crisi finanziaria. La lezione tratta della gestione di tale crisi, cioè, è che l'Eurozona costituisca il gruppo più integrato, perché dotato di obiettivi più stringenti e strumenti più sofisticati che ne fanno il nocciolo duro dell'integrazione europea²¹.

4. Scoppiata la pandemia in Europa, immediatamente sono state messe in opera restrizioni alla libertà delle persone di spostarsi – le sempiternе misure di isolamento dei malati e di quarantena dei non (ancora) malati venuti a contatti con dei malati – e, con queste, misure di chiusura delle attività economiche con la finalità di impedire il propagarsi delle infezioni. È stato subito evidente che queste ultime avrebbero provocato delle conseguenze economiche molto negative per tutti gli attori della vita economica: imprenditori e società, da un lato, e i loro dipendenti, dall'altro lato. Così, in parallelo gli Stati hanno progettato e attuato ristori, cioè a dire misure compensative di carattere finanziario a beneficio di imprenditori e società, allo scopo di scongiurare fallimenti, indebitamenti eccessivi da parte di imprese, tracolli finanziari di vario genere e licenziamenti di massa.

I ristori sono stati progettati, decisi e finanziati dagli Stati membri dell'UE *uti singuli*. La loro ampia diffusione e la loro relativa omogeneità si devono unicamente al fatto di essere stati da tutti considerati necessari a prevenire, o meglio ad arginare, una crisi economica senza precedenti e del tutto diversa da quella già sperimentata meno di un decennio prima, in quanto relativa alla c.d. economia reale. La possibilità per gli Stati di attribuire ristori si deve però a due misure messe prontamente in campo dalla Commissione europea, che hanno rimosso barriere di natura giuridica.

La prima di queste misure attiene al mercato interno e riguarda gli aiuti di Stato. Infatti, i ristori non possono sfuggire alla qualificazione in tal senso, con la conseguenza di risultare in principio vietati dal TFUE. Per la precisione, a causa del contesto in cui sono stati decisi e della finalità cui sono stati preordinati rientrano senz'altro tra gli aiuti potenzialmente compatibili *ex art. 107, par. 3, lett. b)*, TFUE, relativo agli aiuti “destinati a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro”. Con una comu-

²¹ V. le considerazioni di S. CAFARO, *L'Unione economica e monetaria dopo la crisi*, cit., p. 92 ss., che comprendono una serie di critiche in chiave tecnico-giuridica a siffatto scenario.

nicazione pubblicata il 19 marzo 2020²² e più volte modificata, la Commissione europea ha precisato i criteri in base ai quali gli Stati membri potevano erogare un sostegno pubblico a favore di imprese che si trovavano, o si sarebbero con certezza trovate, in difficoltà finanziarie a causa della pandemia di Covid-19, così da evitare l'uscita dal mercato di imprese sane (cioè redditizie) in conseguenza delle chiusure imposte dai governi per motivi sanitari. Va da sé che questa misura ha riguardato in modo formalmente identico tutti gli Stati dell'Unione.

La seconda delle misure prontamente messe in campo si inquadra proprio nel Titolo VIII TFUE, sulla politica economica e monetaria. Si tratta dell'attivazione della c.d. clausola di salvaguardia generale (meglio conosciuta con il nome inglese di *general escape clause*), cui si è provveduto con la comunicazione della Commissione del 20 marzo 2020²³, condivisa pochi giorni dopo dal Consiglio ECOFIN²⁴. Questa misura ha riguardato sia gli Stati che hanno adottato l'Euro come moneta, tenuti a presentare annualmente programmi di stabilità²⁵ ("Stati partecipanti" nel linguaggio del regolamento 1466/97, come modificato dal *Six Pack* per l'appunto anche con l'introduzione della clausola di salvaguardia generale), sia gli Stati con deroga e con esenzione ("Stati non partecipanti", secondo il regolamento 1466/97), aventi l'obbligo di presentare annualmente programmi di convergenza²⁶. In sintesi, la clausola permette l'allontanamento temporaneo di uno Stato dal percorso di aggiustamento dell'obiettivo a medio termine relativo al disavanzo pubblico²⁷; consente di considerare "non significativa" la deviazione dall'andamento della spesa pubblica nazionale²⁸; dà luce verde a valutare come "eccezionale" il superamento del valore di riferimento per il disavanzo

²² Comunicazione della Commissione, *Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19*, 2020/C 91 I/01).

²³ Comunicazione della Commissione al Consiglio sull'attivazione della clausola di salvaguardia generale del patto di stabilità e crescita, del 20 marzo 2020, COM (2020) 123final. Cfr. A. CORRERA, *COVID-19: la Commissione UE annuncia il "whatever it takes", ma non troppo*, in *I Post di AISDUE*, 1° aprile 2020, pp. 8-9.

²⁴ Cfr. il comunicato stampa del 23 marzo 2020, pubblicato su www.consilium.europa.eu/press.

²⁵ Articoli 3-6 del regolamento 1466/97, cit.

²⁶ Articoli 7-10 del regolamento 1466/97, cit.

²⁷ Art. 5, par. 1, ult. co.; art. 9, par. 1, ult. co. del regolamento 1466/1997, cit.

²⁸ Art. 6, par. 3, ult. co.; art. 10, par. 3, ult. co. del regolamento 1466/1997, cit.

pubblico²⁹; apre la strada all'adozione di una raccomandazione rivista sul disavanzo pubblico eccessivo³⁰. Si tratta di valutazioni che, secondo il regolamento 1466/97 (come modificato dal regolamento 1157/2011), devono essere condivise da Consiglio e Commissione. Ambedue le istituzioni, infatti, hanno un ruolo nella procedura di sorveglianza, sia nella situazione "normale" di esame dei programmi di stabilità e di convergenza³¹ sia in caso di correzione di questi ultimi in presenza di deviazioni significative rispetto all'obiettivo di bilancio a medio termine³². Lo stesso accade nella procedura per i disavanzi eccessivi. Con la comunicazione del 20 marzo 2020, la Commissione ha annunciato la propria determinazione a proporre dette valutazioni, incontrando come detto l'accordo del Consiglio.

Se la decisione sugli aiuti di Stato non poteva che riguardare tutti gli Stati membri, per l'attivazione della *general escape clause* è vero il contrario. La circostanza che ad essa si sia provveduto in modo simmetrico va dunque sottolineata³³. In effetti gli Stati dell'Unione si trovavano tutti, rispetto alle circostanze che potevano condurre all'incremento consistente della spesa pubblica e del conseguente aumento del disavanzo pubblico, in condizioni almeno potenzialmente analoghe. Al momento della decisione di utilizzare la clausola, a causa dei tempi di diffusione della pandemia invero solo alcuni Stati avevano già fatto ricorso a chiusure e conseguenti ristori (e, come noto, vi sono Stati che, non avendo deciso chiusure, hanno anche fatto uso limitato o nullo dei ristori), ma era chiaro che tutti avrebbero potuto decidere di ricorrervi, con conseguenze per l'andamento della spesa pubblica e del disavanzo. Pertanto, l'attivazione della *general escape clause* solo per un gruppo di Stati avrebbe avuto effetti distorsivi, a sfavore degli altri, difficili da giusti-

²⁹ Art. 2, par. 1, del regolamento 1467/1997, cit.

³⁰ Art. 3, par. 5, del regolamento 1467/1997, cit.

³¹ Art. 5, par. 2, sul parere relativo al programma di stabilità presentato da uno Stato che adotta la moneta unica; art. 9, par. 2, sul parere relativo al programma di convergenza presentato da uno Stato con deroga o con esenzione ("non partecipante", nel linguaggio del regolamento).

³² Art. 6, par. 2, riguardo ai programmi di stabilità e art. 10, par. 2, riguardo ai programmi di convergenza.

³³ Per un commento di carattere sistemico sulla generale attivazione della clausola, e soprattutto sulla sua generale mancata disattivazione, v. A. ESTELLA, *The "Muting" of the Stability and Growth Pact*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2021, p. 73 ss., spec. pp. 86-87.

ficare. Un motivo plausibile di trattamento differenziato avrebbe in ipotesi potuto escludere dall'uso della clausola proprio gli Stati-Euro o almeno quelli, tra essi, che erano i più distanti dagli obiettivi di stabilità: la finalità sarebbe stata quella di assicurare il rispetto dei più rigorosi vincoli di bilancio derivanti loro dal *Fiscal Compact*, che grazie al ricorso alla clausola si sono sempre più allontanati. Questo avrebbe però impedito solo a questi Stati di allargare le maglie della spesa pubblica, con effetti probabilmente pregiudizievole per le loro imprese e con l'esito di causare rilevanti squilibri nel mercato interno.

5. In una situazione di profonda disuguaglianza di partenza tra gli Stati in termini di ricchezza nonché di disavanzo e di indebitamento pregresso, l'uso di risorse statali costituisce una risposta fortemente asimmetrica, dunque foriera di approfondimento delle differenze preesistenti tra gli Stati dell'Unione e pericolosa per gli equilibri economici all'interno di quest'ultima. È stata questa la spinta verso il ricorso a strumenti di reazione comuni, ancorché con modulazioni diverse nei vari strumenti³⁴.

Le misure comuni decise dalle istituzioni politiche dell'Unione a sostegno delle economie degli Stati membri sono state tre: lo SURE (*Support to Mitigate the Unemployment Risk in an Emergency*), con fondamento giuridico nell'art. 122 TFUE, consistente nell'assistenza finanziaria destinata agli Stati la cui spesa pubblica fosse aumentata repentinamente e in modo severo per le misure a sostegno dell'occupazione³⁵; il c.d. "MES sanitario", cioè l'attivazione di una linea di finanziamento precauzionale del Meccanismo

³⁴ Tra le analisi estese a tutte le misure adottate v. O. CHESSA, *Covid e finanza pubblica*, in F. S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, 2020, p. 83 ss.; F. FABBRINI, *La nuova governance economica europea post-pandemia*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2020, p. 771 ss.

³⁵ Regolamento (UE) 2020/672 del Consiglio, del 19 maggio 2020, che istituisce uno strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione nello stato di emergenza (SURE) a seguito dell'epidemia di Covid-19. Cfr. A. PITRONE, *COVID-19. Uno strumento di diritto dell'unione europea per l'occupazione (SURE)*, in *I Post di AISDUE*, vol. II, 23 maggio 2020, p. 1 ss.; R. BARATTA, *Il contrasto alla disoccupazione a fronte dell'emergenza sanitaria da COVID-19: è attuale il principio di solidarietà nell'Unione europea?*, in *Sidiblog*, 9 aprile 2020, www.sidiblog.org; F. COSTAMAGNA, *La proposta della Commissione di uno strumento contro la disoccupazione generata dalla pandemia COVID-19 ("SURE"): un passo nella giusta direzione, ma che da solo non basta*, in *Sidiblog*, 5 aprile 2020.

europeo di stabilità, a norma dell'art. 14 del relativo Trattato, a sostegno delle spese statali relative ai costi diretti e indiretti dell'assistenza sanitaria, della cura e della prevenzione, legati alla crisi pandemica; il dispositivo per la ripresa e la resilienza, istituito con il regolamento 2021/241 avente base giuridica nell'art. 175, par. 3, TFUE e caratterizzato dalla grandissima latitudine delle aree di intervento³⁶. Per completare il quadro dei finanziamenti resi disponibili, a queste tre misure va aggiunta la creazione, da parte del gruppo della Banca europea degli investimenti, di un Fondo di garanzia atto a fare da supporto ai finanziamenti da destinare alle imprese, in particolare a quelle medie e piccole, in tutto il territorio dell'Unione.

Delle tre misure menzionate, solo il "MES sanitario" ha carattere asimmetrico, cioè a dire riservato agli Stati dell'Eurozona. Delle altre si sono potuti avvantaggiare tutti gli Stati membri. In parallelo alla predisposizione del "MES sanitario", è stato comunque deciso che gli Stati non aderenti alla moneta unica potessero usare la *Balance of Payment Facility*, istituita con regolamento 332/2002 per fare fronte alle situazioni prefigurate nell'art. 143 TFUE³⁷. L'asimmetria tra i due gruppi di Stati è risultata così, per quanto possibile, riassorbita.

Per trattato istitutivo, il MES assicura assistenza finanziaria solo agli Stati dell'Eurozona, essendo il relativo trattato stato stipulato per l'appunto solo tra questi Stati, su un tema riguardo al quale nessuna competenza era stata

³⁶ Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza. Le aree di intervento del dispositivo sono strutturate in sei pilastri, indicate nell'art. 3 del regolamento.

³⁷ Regolamento (CE) n. 332/2002 del Consiglio, del 18 febbraio 2002, che istituisce un meccanismo di sostegno finanziario a medio termine delle bilance dei pagamenti degli Stati membri. Adottato grazie alla clausola di flessibilità, il meccanismo è utilizzabile solo per gli Stati che non hanno adottato l'Euro come moneta. Infatti, a decorrere dal 1° gennaio 1999, gli Stati membri partecipanti al sistema della moneta unica non hanno più potuto beneficiare del sostegno finanziario garantito dal meccanismo unico di sostegno finanziario a medio termine delle bilance dei pagamenti degli Stati membri istituito con il relativo regolamento (CEE) n. 1969/88 del Consiglio, mentre si è ritenuto di conservare la disponibilità di un siffatto sostegno per rispondere alle esigenze potenziali sia degli Stati membri che non hanno adottato l'Euro, sia dei nuovi Stati membri, fintantoché non abbiano adottato essi stessi l'Euro. Ciò ha richiesto di adattare quel meccanismo, il che ha indotto a sostituire il regolamento vigente con uno nuovo.

affidata all'Unione³⁸. La peculiarità del “MES sanitario” è notoriamente la rinuncia all'usuale condizionalità economica, quando l'art. 136, par. 3, TFUE stabilisce che il sostegno, assicurato dal meccanismo creato dagli Stati aventi l'Euro come moneta a favore di uno Stato con difficoltà di bilancio tanto gravi da mettere in pericolo la stabilità finanziaria dell'Eurozona, debba essere improntato “a una rigorosa condizionalità”³⁹. Nel quadro della crisi pandemica si è richiesta una “condizionalità sanitaria”: l'assistenza finanziaria a mezzo della linea di finanziamento precauzionale attivata in questo quadro è stata cioè vincolata solamente al sostegno delle spese legate ai profili sanitari della pandemia⁴⁰.

Tralasciando in questa sede le difficoltà relative alla conciliazione di un vincolo così delineato con il requisito stabilito dall'art. 136, par. 3, TFUE (nonché, in aderenza, dal Trattato istitutivo del MES)⁴¹, interessa sottolineare come proprio questo tipo di condizionalità potesse sulla carta alleggerire la posizione dello Stato richiedente l'assistenza finanziaria straordinaria del MES, che non sarebbe risultato penalizzato in ragione della propria situazione di partenza oggettivamente svantaggiata rispetto agli altri. Il carattere precauzionale della linea finanziaria in cui si è scelto di incardinare la misura prevista, ai sensi dell'art. 14 del Trattato MES, ha giocato un certo ruolo a questo proposito: tale carattere comporta *ipso jure* che lo Stato richiedente

³⁸ È quanto riconosciuto dalla Corte di giustizia nella sentenza della Corte del 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle*, punto 65. Tra i commenti specificamente dedicati a questa sentenza v. D. THYM, M. WENDEL, *Préserver le respect du droit dans la crise: la Cour de justice, le MES et le mythe du déclin de la Communauté de droit (Arret Pringle)*, in *Cahiers de droit européen*, 2012, p. 733 ss.; P. CRAIG, *Pringle: Legal Reasoning, Text, Purpose and Teleology*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, p. 3 ss.; B. DE WITTE, T. BEUKERS, *The Court of Justice Approves the Creation of the European Stability Mechanism outside the EU Legal Order: Pringle*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 805 ss.

³⁹ La disposizione corrispondente, nel Trattato istitutivo del MES, è l'art. 12, par. 1.

⁴⁰ Nel testo delle conclusioni del presidente del Consiglio europeo a seguito della videoconferenza dei membri del Consiglio europeo, 23 aprile 2020, in www.consilium.europa.eu/it/press: “to support domestic financing of direct and indirect healthcare, cure and prevention related costs due to the COVID-19 crisis”.

⁴¹ Tra i commenti, E. CASTELLARIN, *L'évolution de la conditionnalité du Mécanisme européen de stabilité*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2020, p. 49 ss., nonché il mio *I Trattati UE e il via libera all'uso del MES “senza condizionalità”*, in AA.VV., *Annali AISDUE*, vol. II, 2021, p. 315 ss.

non versi già in una situazione finanziaria d'emergenza per sé stesso e per l'Eurozona, risultando sufficiente l'esistenza di premesse economico-finanziarie tali da poter ingenerare rapidamente una situazione siffatta.

Soprattutto, l'effetto di scongiurare la penalizzazione menzionata si deve al vincolo di impiegare le risorse finanziarie prestate dal MES per spese sanitarie, appunto. Questo vincolo ha indotto a modulare i controlli successivamente riservati agli Stati interessati in modo del tutto nuovo, quale tassello fondamentale del disegno. Come noto, infatti, secondo il citato regolamento n. 472/2013, gli Stati che abbiano avuto accesso all'assistenza finanziaria del MES sono automaticamente sottoposti al regime di sorveglianza rafforzata. Per la precisione, mentre *ex art. 2, par. 3*, del regolamento 472/2013, la Commissione deve automaticamente applicare la sorveglianza rafforzata agli Stati che accedono all'assistenza finanziaria del MES⁴², in caso di attivazione di una linea di credito non subordinata all'adozione di nuove misure politiche □ come quella del "MES sanitario" □ tale automatismo non si applica, sempre che tale linea di credito resti non utilizzata. Una volta che lo sia (cioè una volta che il prestito sia effettivamente erogato), la sottoposizione dello Stato alla sorveglianza rafforzata è però inevitabile. Ebbene, il regime di sorveglianza rafforzata sottrae agli Stati beneficiari ogni autonomia nelle scelte di politica economica, fino a quando non abbiano estinto il proprio debito. Infatti, a norma dell'*art. 3, par. 1*, del regolamento citato, questi Stati sono obbligati ad adottare le misure atte a eliminare le cause delle loro difficoltà attuali e/o potenziali sotto il profilo della stabilità finanziaria, in collaborazione e d'intesa con una lunga serie di istituzioni ed enti, quali anzitutto la Commissione, ma anche la BCE, le diverse Autorità europee di vigilanza nominate nel considerando n. 14 del regolamento 472/2013, il Comitato europeo per il rischio sistemico (CERS)⁴³ ed eventualmente l'FMI. Gli Stati interessati devono inoltre soddisfare una serie di obblighi precisati nello stesso *art. 3*, sempre sotto la vigilanza ovvero secondo le indicazioni di alcuni o

⁴² Invece, se ricorre l'altro presupposto della sorveglianza rafforzata ("uno Stato membro che si trovi o rischi di trovarsi in gravi difficoltà per quanto riguarda la sua stabilità finanziaria, con probabili ripercussioni negative su altri Stati membri nella zona euro"), la sua attivazione non è automatica: così l'*art. 2, par. 1*, del regolamento 472/2013.

⁴³ Il CERS è istituito dal regolamento (UE) n. 1092/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, relativo alla vigilanza macroprudenziale del sistema finanziario nell'Unione europea e che istituisce il Comitato europeo per il rischio sistemico.

di tutti gli organismi o le istituzioni citate, secondo le rispettive competenze. Ebbene, in parallelo all'attivazione del c.d. "MES sanitario" e all'approvazione della sua peculiare condizionalità non economica, si è provveduto a modificare il regolamento delegato 877/2013, il quale definisce il contenuto e la struttura delle relazioni che gli Stati sono tenuti a presentare in regime di sorveglianza rafforzata⁴⁴, con il regolamento delegato 1069/2020, che è stato adottato il 19 giugno 2020, dopo l'approvazione da parte del Parlamento europeo⁴⁵. Il nuovo art. 2-*bis* del regolamento delegato prevede espressamente che la sorveglianza rafforzata sui fondi del "MES sanitario" riguardi solo e unicamente l'uso a sollievo dei costi (diretti e indiretti) di assistenza sanitaria, cura e prevenzione legati alla pandemia. La lettera del Commissario Paolo Gentiloni e del vicepresidente della Commissione Dombrovskis, datata 7 maggio 2020, che dava conto di come la fornitura di informazioni per i beneficiari del "MES sanitario" avrebbe dovuto riguardare solo "l'uso dei fondi per coprire i costi diretti e indiretti dell'assistenza sanitaria", illustra chiaramente il disegno perseguito dalla Commissione.

Come accennato, la modifica illustrata ha l'effetto di alleggerire in modo significativo la posizione asimmetrica in cui lo Stato che abbia avuto accesso all'assistenza finanziaria del MES si viene automaticamente a trovare per il fatto di essere sottoposto alla sorveglianza rafforzata. Il "MES sanitario" è stato cioè congegnato in modo da affievolire, in concreto, la differenziazione tra gli Stati membri di cui il MES è espressione. Ciò in quanto tale differenziazione, che pure oggettivamente rappresenta un vantaggio per gli Stati interessati poiché consente loro di fruire di risorse necessarie a scongiurare il loro dissesto finanziario, per questo stesso motivo è avvertita come fonte di discredito. Da ambienti più strettamente professionali si è messo in luce un

⁴⁴ Regolamento delegato (UE) n. 877/2013 della Commissione, del 27 giugno 2013, che integra il regolamento (UE) n. 473/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio sulle disposizioni comuni per il monitoraggio e la valutazione dei documenti programmatici di bilancio e per la correzione dei disavanzi eccessivi negli Stati membri della zona euro.

⁴⁵ Regolamento delegato (UE) 2020/1069 della Commissione, del 19 giugno 2020, recante modifica del regolamento delegato (UE) n. 877/2013 che integra il regolamento (UE) n. 473/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio sulle disposizioni comuni per il monitoraggio e la valutazione dei documenti programmatici di bilancio e per la correzione dei disavanzi eccessivi negli Stati membri della zona euro. Cfr. R. PALOMBA, *Un breve chiarimento sugli obblighi informativi derivanti dall'uso del MES*, in *Osservatorio AIC*, 24 settembre 2020, www.osservatoriocpi.unicatt.it.

possibile ulteriore ordine di effetti “psicologici” che doveva sconsigliare la richiesta di assistenza finanziaria al MES. Si tratta di effetti psicologici che avrebbero interessato i soggetti già detentori di debito pubblico nazionale (nella specie, di quello italiano): giacché, infatti, per Trattato istitutivo il MES sarebbe stato un creditore privilegiato, la sua entrata in scena come finanziatore avrebbe inevitabilmente condizionato i comportamenti degli altri creditori, con possibili importanti ricadute sull'andamento del mercato del debito sovrano del Paese.

Proprio la volontà di evitare la stigmatizzazione descritta, unitamente a quella di non sottoporsi al regime di sorveglianza rafforzata (nonostante le modifiche illustrate), ha segnato le fortune dell'unico, tra gli strumenti di politica economica messi in campo nel quadro della crisi pandemica, a essere espressione dell'integrazione differenziata nell'UEM: nessuno Stato ha infatti chiesto di accedere alla speciale assistenza finanziaria delineata. Le due motivazioni suddette hanno caratterizzato il dibattito in specie in Italia, Paese che sulla carta si presentava come un interlocutore ideale del MES a causa dell'alto debito pubblico, da un lato, e dell'ampio uso di ristori e di altre misure economiche atte a rilanciare un'economia molto colpita dalle restrizioni sanitarie, dall'altro lato. Così, queste motivazioni per così dire psicologiche hanno prevalso sul dato oggettivo per cui l'esposizione debitoria con il MES si sarebbe avvantaggiata di tassi di interesse certamente convenienti.

Almeno per gli Stati che hanno preferito indebitarsi sui mercati finanziari internazionali, ciò è stato possibile in quanto questa alternativa non ha comportato la necessità di offrire tassi di interesse particolarmente punitivi per poter collocare il proprio debito. Non sembra infondato constatare che parte del merito deve averlo avuto, a questo riguardo, l'altro importantissimo strumento comune messo in gioco per arginare le conseguenze della pandemia sulle realtà economiche degli Stati membri: il riferimento è al programma di acquisto di titoli pubblici e privati sui mercati secondari deciso e attuato dalla Banca centrale europea, denominato *Pandemic Emergency Purchase Programme* (PEPP)⁴⁶. Si tratta di uno strumento di politica monetaria, in quanto tale applicabile nei soli confronti degli Stati dell'Eurozona, il cui av-

⁴⁶ C. PESCE, *Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP): contenuti, finalità e basi giuridiche dell'azione monetaria UE*, in AA.VV., *Annali AISDUE*, vol. II, Napoli, 2021, p. 299 ss.; L. LIONELLO, *La BCE nella tempesta della crisi sanitaria*, in *SidiBlog*, 28 marzo 2020.

vio è stato deciso dalla BCE il 18 marzo 2022, alle prime turbolenze dei mercati⁴⁷. Anche nel contesto della crisi pandemica, come già nella crisi del debito sovrano, la politica monetaria ha così operato a favore di obiettivi che sembrano piuttosto attribuibili alla politica economica. Come noto, il TFUE stabilisce che la politica monetaria sia preordinata alla stabilità dei prezzi (art. 127, par. 1)⁴⁸, ed è proprio l'individuazione di questa finalità che ha condotto la Corte di giustizia a pronunciarsi a favore della pertinenza alla politica monetaria, piuttosto che alla politica economica, dei programmi di acquisto dei titoli sui mercati secondari decisi dalla Banca centrale europea nel contesto della crisi del debito sovrano, con l'effetto di escluderne il carattere *ultra vires*⁴⁹. È anche noto l'altissimo grado di virulenza mostrato da

⁴⁷ Il PEPP è stato poi istituito con la decisione (UE) 2020/440 della Banca centrale europea, del 24 marzo 2020, su un programma temporaneo di acquisto per l'emergenza pandemica (BCE/2020/17). La dotazione iniziale è stata di 750 miliardi di Euro, ma è stata aumentata di altri 600 miliardi di euro nel giugno 2020 e poi ancora di 500 miliardi nel dicembre 2020, per un totale di 1.850 miliardi di euro. Come oggetto degli acquisti sono stati indicati titoli pubblici (compresi quelli greci) e privati, compresi i *commercial paper*, cioè i prestiti a breve che tengono in vita molte aziende. La durata stabilita dal Consiglio dei governatori il 18 marzo 2020 era legata a quella della pandemia e in ogni caso "non inferiore a dicembre 2020". Successivamente la scadenza è stata rinviata "almeno fino a marzo 2022". Nel mese di febbraio 2022 è stata presa la decisione "to reinvest the principal payments from maturing securities purchased under the PEPP until at least the end of 2024. Net purchases under the PEPP can be resumed, if necessary, to counter negative shocks related to the pandemic". Nella conduzione del PEPP, la BCE persegue una politica di trasparenza. Sono così noti molti dati sugli acquisti di attività: ogni settimana è pubblicato l'ammontare dei titoli acquistati nell'ambito del PEPP e del PAA; sono pubblicati gli acquisti netti mensili; ogni due mesi sono fornite informazioni più dettagliate sugli acquisti dei titoli del settore pubblico e privato.

⁴⁸ Tra i contributi più specifici su questo tema cfr. M. HERDEGEN, *Price Stability and Budgetary restraint in the Economic and Monetary Union*, in *Common Market Law Review*, 1998, p. 9 ss.; F. MARTUCCI, *Objectifs et compétences en Union économique et monétaire: réflexions sur l'objectif de stabilité des prix*, in E. NEFRAMI (sous la direction de), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, 2012, p. 91 ss.

⁴⁹ V. sentenza della Corte del 16 giugno 2015, causa C-62/14, *Gauweiler*, punti 41-43 e sentenza della Corte dell'11 dicembre 2018, causa C-493/17, *Weiss*, punto 23. Il collegamento tra il programma OMT e le misure di allentamento monetario, da un lato, e l'obiettivo della stabilità dei prezzi, dall'altro, è spiegato dalla BCE. Sul punto v. S. CAFARO, *L'azione della BCE nella crisi dell'euro alla luce del diritto dell'Unione europea*, in G. ADINOLFI, M. VELLANO (a cura di), *op. cit.*, p. 60 ss. Sullo sfondo, vi è la grande discrezionalità della Banca nel perseguire l'obiettivo della stabilità dei prezzi: cfr. in particolare F. MARTUCCI, *op. cit.*, p. 96. Quan-

questa presa di posizione della Corte di giustizia: in aperta violazione dei Trattati, la Corte costituzionale tedesca vi si è opposta⁵⁰. Ad ogni buon conto, in questa sede il PEPP non riveste grande interesse nella misura in cui, costituendo espressione della politica monetaria, non poteva che applicarsi ai soli Stati aventi l'Euro come moneta. Ha invece rilievo che, nell'ambito dell'Eurozona, questa misura sia stata costruita in modo da poter tenere conto delle diverse situazioni degli Stati interessati. Infatti, fin dal 25 marzo 2020 la BCE ha abolito i tetti sulle percentuali di debito pubblico di ciascun Paese che era possibile acquistare, con la conseguenza di aver potuto utilizzare il programma di acquisto in modo asimmetrico.

La misura indubbiamente più importante, per entità e per ambito di applicazione, tra quelle immaginate per reagire agli effetti negativi delle restrizioni pandemiche sulle economie degli Stati membri è il dispositivo per la ripresa e la resilienza, istituito con il regolamento 2021/241⁵¹. Grazie alla base giuridica nell'art. 175, comma 3, TFUE, esso costituisce un'azione specifica, fuori dei fondi menzionati nel par. 1, volta ad appoggiare le politiche economiche degli Stati con l'obiettivo di rafforzare la coesione economica, sociale e territoriale dell'Unione. Il suo particolare obiettivo è esplicitato nell'art. 4, par. 1, del regolamento: "promuovere la coesione economica, sociale e territoriale dell'Unione migliorando la resilienza, la preparazione alle crisi, la capacità di aggiustamento e il potenziale di crescita degli Stati membri, attenuando l'impatto sociale ed economico [della] crisi, in particolare sulle donne, contribuendo all'attuazione del pilastro europeo dei diritti sociali, sostenendo la transizione verde, contribuendo al raggiungimento degli obiettivi climatici dell'Unione per il 2030 ..., nonché al raggiungimento dell'obiettivo della neutralità climatica dell'UE entro il 2050 e della transi-

to al fatto che il conseguimento di obiettivi di politica economica non pregiudichi la riferibilità delle misure *de quo* alla politica monetaria v. la stessa Corte di giustizia nella sentenza *Gauweiler*, cit., punti 51-52 e punti 58-59 e nella sentenza *Weiss*, cit., punto 61. Sulla conseguente erosione del confine tra politica monetaria e politica economica G. CONTALDI, *L'evoluzione della politica economica e monetaria*, in G. CAGGIANO (a cura di), *Integrazione europea e sovranazionalità*, Bari, 2018, pp. 172-174.

⁵⁰ *Ex multis*, A. VITERBO, *La sfida della Corte costituzionale tedesca alla Banca Centrale Europea*, in P. MANZINI, M. VELLANO (a cura di), *Unione europea 2020. I dodici mesi che hanno segnato l'Unione europea*, Padova, 2021, p. 113 ss.

⁵¹ Regolamento (UE) 2021/241, cit.

zione digitale, contribuendo in tal modo alla convergenza economica e sociale verso l'alto, a ripristinare e a promuovere la crescita sostenibile e l'integrazione delle economie dell'Unione e a incentivare la creazione di posti di lavoro di alta qualità, nonché contribuendo all'autonomia strategica dell'Unione unitamente a un'economia aperta, e generando un valore aggiunto europeo". Come emerge da questa lunga descrizione, non solo il dispositivo si applica a tutti gli Stati membri, ma esso è costruito nell'ottica di colmare gli squilibri tra gli Stati, dovuti alle situazioni economiche svantaggiate di alcuni a causa dell'alto debito sovrano, le quali si sono ulteriormente aggravate in esito alle difficoltà senza precedenti causate in modo simile a tutti gli Stati dalla pandemia.

Nonostante il dispositivo non possa trovare collocazione nell'UEM, il regolamento istitutivo ne cura il collegamento con le regole di questa sulla stabilità dei bilanci. La ragione è l'entità dell'indebitamento statale che il dispositivo comporta, nonché l'esposizione della stessa Unione europea che ne costituisce la peculiarità e la ragion d'essere. La disposizione che si occupa del collegamento citato è l'art. 10. In estrema sintesi, questo prevede la possibilità di sospendere in modo totale o parziale gli impegni o i pagamenti del dispositivo, nel quadro dell'art. 126 TFUE (disavanzi eccessivi non corretti), a meno di una grave recessione economica dell'Unione nel suo complesso ai sensi dell'art. 3, par. 5, e dell'art. 5, par. 2, del citato regolamento 1467/97 del Consiglio. In nessun modo si prevede un regime più severo per gli Stati dell'Eurozona.

6. L'ultimo tassello dell'analisi riguarda un profilo istituzionale. Si tratta del fatto che le tre misure comuni volte a fornire un sostegno finanziario agli Stati membri sono state ideate e concordate nelle loro linee essenziali in un quadro irrituale: l'Eurogruppo "in formato inclusivo". La locuzione sta a significare una riunione informale dei ministri di tutti gli Stati membri: s'intende, anche se non è precisato, che debba trattarsi dei ministri economici, come del resto avviene per l'Eurogruppo in senso proprio, il quale riunisce i ministri responsabili delle finanze anche se nessuna specificazione al riguardo è contenuta nei Trattati⁵². Una siffatta composizione

⁵² V. art. 137 TFUE e Protocollo n. 14. Per la precisione, secondo il Protocollo n. 14, sull'Eurogruppo, i rappresentanti dei ministri responsabili delle finanze degli Stati membri la

dell'Eurogruppo è menzionata, in modo implicito, nella risoluzione del Consiglio europeo del Lussemburgo, di dicembre 1997, la quale è richiamata nel documento *Working Methods of the Eurogroup*, del 3 ottobre 2008⁵³. Quella risoluzione laconicamente aggiunge alla reiterazione di quanto già previsto nel Protocollo n. 14 – Eurogruppo come riunione dei ministri dell'Eurozona, cui partecipano anche la Commissione e la Banca centrale europea – quanto segue: “Whenever matters of common interest are concerned, they will be discussed by Ministers of all Member States”.

L'Eurogruppo fu investito dai membri del Consiglio europeo del compito di presentare proposte su come affrontare le “conseguenze socioeconomiche” della pandemia, nel contesto di una dichiarazione congiunta del 26 marzo 2020, dal contenuto molto ampio⁵⁴. Tali proposte vennero a maturazione in una riunione-fiume svolta in video-conferenza nei giorni 7 e 9 aprile 2020, e risultano sintetizzate nella lettera, con annesso rapporto, indirizzata ai membri dell'Eurogruppo in formato inclusivo dallo stesso presidente dell'Eurogruppo, del successivo 17 aprile. Quella riunione-fiume ebbe infatti luogo per l'appunto nel formato inclusivo. Successivamente, nella riunione del 23 aprile, il Consiglio europeo ha fatto proprie tutte le misure prospettate dall'Eurogruppo, per presentarle successivamente al Parlamento europeo.

Quanto descritto stimola due riflessioni.

In primo luogo, un Eurogruppo che includa i ministri degli Stati non aderenti alla moneta unica è un'incongruenza che non può in alcun modo trovare un accomodamento nel Protocollo n. 14, nonostante si tratti di modalità prevista da tempo. Da questo Protocollo, infatti, emerge che la funzione dell'Eurogruppo – riunione informale dei “ministri degli Stati membri la cui moneta è l'euro”⁵⁵ – è quella di “sviluppare un coordinamento sempre più stretto delle politiche economiche della zona euro” e un “dialogo rafforzato tra gli Stati membri la cui moneta è l'euro”⁵⁶.

cui moneta è l'euro dovrebbero preparare le riunioni dell'Eurogruppo, unitamente ai rappresentanti della Commissione (art. 1).

⁵³ Il documento, catalogato con la sigla ECFIN/CEFCPE (2008) REP/50842 rev 1, è reperibile su www.consilium.europa.eu/media/21457/08-10-03-eurogroup-working-methods.pdf.

⁵⁴ Al par. 14. La dichiarazione congiunta è reperibile su www.consilium.europa.eu.

⁵⁵ Protocollo n. 14, cit., art. 1.

⁵⁶ Le citazioni sono tratte dal preambolo del Protocollo n. 14, cit.

In secondo luogo, nel caso specifico l'Eurogruppo in formato inclusivo ha in effetti svolto funzioni proprie del Consiglio europeo: nel definire un quadro ampio e particolareggiato di misure applicabili in massima parte a tutti gli Stati membri, in cui trova collocazione un'unica misura dedicata agli Stati dell'Eurozona, ha in effetti delineato una strategia per l'Unione nel suo complesso⁵⁷. Peraltro, una delle reti di sicurezza comuni rispetto ai rischi economici causati dalla pandemia, quella costituita a beneficio delle imprese dalla Banca europea degli investimenti, neppure è collocata nell'UEM. Un argomento giuridico a favore della preferenza, come foro di discussione, dell'*Eurogruppo* rispetto al Consiglio europeo, potrebbe essere individuato nel fatto che la strategia concordata comprendesse l'impiego del MES, il quale è strumento non già dell'Unione ma degli Stati aventi l'Euro come moneta e si rapporta pertanto non con Consiglio o Consiglio europeo ma con l'Eurogruppo⁵⁸. Si tratta di argomento capzioso: l'esigenza di trattare l'uso del MES nel quadro dell'Eurogruppo avrebbe potuto essere soddisfatta riservando la relativa discussione all'Eurogruppo in formato classico, per poi considerare tutte le altre misure sul tavolo del Consiglio europeo. Quanto alla possibilità di valutare il ruolo svolto dall'Eurogruppo come meramente tecnico, si tratterebbe di un artificio: il Consiglio europeo non gli ha conferito indicazioni strategiche. Al contrario, le soluzioni individuate dall'Eurogruppo sono espressione di una strategia che il Consiglio europeo ha ritenuto di sposare.

Qualunque siano state le ragioni che hanno spinto gli Stati membri dell'Unione a voler collocare nel quadro dell'Eurogruppo "in formato inclusivo" la discussione sulle linee strategiche della reazione "economica" alla pandemia, gli esiti della scelta hanno carattere oggettivo. Così, il quadro restituito è quello in cui tutti gli Stati UE, aventi o meno l'Euro come moneta,

⁵⁷ Sui rapporti tra Consiglio europeo ed Eurogruppo v. D. HODSON, *Governing the Euro Area in Good Times and Bad*, Oxford, 2011, p. 38 ss., dove si evidenzia la conflittualità tra i due in epoca ben precedente a quella pandemica attraverso alcuni avvenimenti specifici, individuandone la causa nella progressiva formalizzazione dell'Eurogruppo realizzata nel corso degli anni, a partire dalla sua prima riunione di giugno 1998.

⁵⁸ Si veda l'art. 5 del Trattato istitutivo del MES, il quale stabilisce che alle riunioni del Consiglio dei governatori possa partecipare come osservatore il presidente dell'Eurogruppo, oltre che il membro della Commissione europea responsabile degli affari economici e monetari e il presidente della BCE.

hanno discusso e preso decisioni con conseguenze relative a tutti in un contesto finalizzato a proteggere l'Euro, o comunque l'Unione europea con l'Euro al suo centro. Delegato dal Consiglio europeo allo scopo, l'Eurogruppo "in formato inclusivo" in effetti ne ha svolto le funzioni.

In conclusione, il metodo verticistico che già aveva caratterizzato la gestione della crisi del debito sovrano⁵⁹ si è riproposto anche riguardo a questa seconda gravissima crisi, ma il ruolo dell'Eurogruppo è stato diverso, tanto da sovrapporsi a quello del Consiglio europeo. Tale ruolo ha certamente rispecchiato la tensione meno intensa cui è stata sottoposta la moneta unica in questa circostanza. Dall'angolo visuale dell'integrazione differenziata, tale diverso ruolo è stato anche indicativo di un approccio più maturo dell'Unione e di tutti i suoi Stati membri.

7. La prassi delle misure economiche adottate per affrontare la crisi originata dalle restrizioni pandemiche sembra aver appiattito gli spunti offerti dal dibattito pre-pandemico in tema di integrazione differenziata facente capo all'Eurozona. La preferenza per strumenti fruibili da tutti gli Stati membri e nell'interesse dell'Unione nel suo insieme è infatti stata netta. L'unico meccanismo di sostegno finanziario riservato agli Stati dell'Eurozona □ il MES □ è stato non solo compensato, per quanto possibile, dalla messa a disposizione degli altri Stati della *Balance of Payment Facility*, ma soprattutto è stato attivato in modo da smussarne tutti gli elementi che avrebbero collocato eventuali Stati beneficiari in una posizione di specialità, senza peraltro che ciò sia stato sufficiente a superare le diffidenze degli interessati. La ragione immediata va senz'altro ricercata nella natura di *extrema ratio* del MES, che nonostante gli accorgimenti presi nella situazione contingente ha conservato la sua preminenza: del resto, è in nome di tale natura (nello specifico, dell'attitudine del MES a sostenere Stati con gravi problemi finanziari) che la Corte di giustizia ebbe a considerarlo radicalmente diverso dall'assistenza finanziaria *ex art. 122, par. 2, TFUE*⁶⁰, dunque rientrante nelle competenze non attribuite e suscettibile di trovare disciplina in un trattato tra Stati membri.

⁵⁹ V. S. CAFARO, *L'Unione economica e monetaria dopo la crisi.*, cit., p. 34; M. STARITA, *Il Consiglio europeo e la crisi del debito sovrano*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 385 ss.

⁶⁰ Sentenza *Pringle*, cit., punto 116.

Alzando lo sguardo dal MES per estenderlo alla generalità degli strumenti asimmetrici disponibili nel quadro della parte economica dell'UEM, tutti sono accomunati, sebbene in diversa misura, dal fatto di essere preordinati ad affrontare situazioni di emergenza per i bilanci degli Stati membri nella sola prospettiva della loro stabilità, intesa esclusivamente alla luce di parametri quantitativi. Questo limite è stato messo a nudo dalla crisi pandemica in modo nitido. Infatti, nonostante in questo frangente la stabilità dei bilanci statali sia stata messa a dura prova, il suo perseguimento è stato accantonato, in esito a una stima di opportunità legata alla situazione contingente. Una maggiore severità nei confronti degli Stati aventi la moneta unica, o di alcuni tra essi, anche come contropartita di un'assistenza finanziaria volta a sostenere le maggiori spese dovute alla pandemia, avrebbe facilmente penalizzato l'Eurozona e, di riflesso l'intero progetto dell'integrazione europea, a causa degli squilibri che avrebbe creato. Soprattutto, sembra essere prevalsa l'opinione per cui, siccome nessuno Stato era direttamente responsabile dei nuovi squilibri di bilancio, e che questi erano anzi resi opportuni dagli obiettivi e dai valori dei trattati, nel pieno della crisi essi non dovevano essere contrastati per nessuno Stato con gli strumenti del coordinamento delle politiche economiche nazionali.

Così, la preoccupazione prevalente è stata quella di salvaguardare il mercato interno, che è patrimonio comune di tutti gli Stati membri. L'esigenza di perseguire questo obiettivo comune ha fatto emergere con chiarezza lo spirito di solidarietà tra *tutti* gli Stati membri⁶¹. Non che, a mio avviso, la solidarietà per essere tale debba per definizione abbracciare tutti gli Stati dell'Unione. In coerenza con i principi dell'integrazione differenziata, essa potrebbe anche limitarsi alla cerchia degli Stati che scelgono di farsi avanguardia, che nel caso specifico avrebbero potuto coincidere con gli Stati dell'Eurozona⁶². In questo frangente avrebbe però operato il limite di non

⁶¹ Sul ruolo del principio di solidarietà, in particolar modo inteso come solidarietà degli Stati "ricchi" nei confronti di quelli "poveri", nell'affrontare la crisi pandemica, v. le considerazioni di L. F. PACE, *Una nuova crisi che l'Unione deve risolvere, o la crisi dell'Unione?*, in AA.VV., *Annali AISDUE*, vol. II, Napoli, 2021, p. 293 ss.

⁶² Sul rapporto, in principio indubbiamente conflittuale, tra solidarietà e integrazione differenziata, v. F. MARTINES, *Solidarity in the EU. Beyond EU Treaty Provisions on Solidarity*, in L. PASQUALI (ed.), *Solidarity in International Law. Challenges, Opportunities and the Role of Regional Organizations*, New York-Torino, 2022, pp. 180-182. Peraltro, come l'A. giustamen-

poter “recare pregiudizio né al mercato interno, né alla coesione economica, sociale e territoriale” (art. 326, 2° comma, TFUE), soprattutto riguardo al dispositivo per la ripresa e la resilienza che ha base giuridica proprio nella politica di coesione.

Potendo a questo punto tornare a considerare le riflessioni sviluppate intorno all'avanguardia dell'UEM (*rectius*, dell'Eurozona) in epoca pre-pandemica, le vicende sperimentate in pandemia dall'integrazione differenziata di questo settore ne hanno negato qualsiasi carattere qualitativo. In nessun modo, neanche invero per la Danimarca, essa ha rivelato i caratteri della *space-differentiation*, confermandosi così una *time-differentiation*. Questa conclusione non appare inficiata da quanto osservato sugli effetti economici dell'allentamento monetario attuato dalla BCE. Al contrario, la rafforza e completa. Infatti, che la politica più asimmetrica dell'Unione sia stata utile all'Unione nel suo insieme, impedendo che si verificasse quell'instabilità dei bilanci statali che avrebbe reso necessari gli strumenti del coordinamento economico per non mettere in pericolo la parte monetaria dell'UEM, dimostra che l'avanguardia della moneta unica non costituisce una barriera di esclusione e di privilegio ma opera come fattore trainante per l'Unione nel suo insieme. Questo è del resto stabilito nel TFUE, allorché l'art. 119, par. 2 individua come obiettivo ulteriore della politica monetaria “sostenere le politiche economiche generali *nell'Unione*”⁶³, non degli Stati la cui moneta è l'Euro.

te sottolinea, in caso di integrazione differenziata (in particolare, ma non solo, di cooperazione rafforzata) la solidarietà si declina come obbligo degli Stati non partecipanti di non ostacolare l'attività degli Stati partecipanti, e vi si potrebbe aggiungere anche come obbligo di questi ultimi di rispettare competenze, diritti e obblighi degli altri. Sulla questione della rilevanza della solidarietà nell'assistenza finanziaria agli Stati membri, la quale si applica soprattutto tra gli Stati dell'Eurozona (nella misura in cui di solidarietà si tratti e nel significato riconosciuto), v. la completa disamina di F. CROCI, *Solidarietà tra Stati membri dell'Unione europea e governance economica europea*, Torino, 2020, in particolare pp. 249-258.

⁶³ Il corsivo è mio. Nello stesso senso, ancorché nell'economia di un discorso sulla nozione di politica monetaria, si vedano le considerazioni di S. CAFARO, *L'azione della BCE*, cit., p. 65.

LA CUSTODIA DELLA CREDIBILITÀ
NEL PATTO DI STABILITÀ E CRESCITA
E LE PROSPETTIVE DI RIFORMA

Roberto Cisotta*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. *Vita e morte* del Patto di stabilità e crescita. – 3. ...e poi venne il COVID e la guerra in Ucraina: dall'applicazione della *clausola di salvaguardia generale* alle prospettive di riforma. – 4. Le ultime proposte di riforma presentate dalla Commissione il 26 aprile 2023. – 4.1. Il nuovo regolamento sul coordinamento delle politiche economiche (braccio preventivo del PSC). – 4.2. Le proposte di modifica al reg. 1467/97 (braccio correttivo del PSC). – 4.3. Le proposte di modifica alla direttiva 2011/85. – 5. Il PSC e la scommessa della credibilità della disciplina fiscale dell'Eurozona.

1. I resoconti sullo sviluppo del processo di integrazione europea dell'ultimo decennio del secolo scorso, in particolare della sua seconda metà, sono pieni di riferimenti ai negoziati per l'avvio dell'Unione economica e monetaria (UEM) ed in particolare per la formulazione del *Patto di stabilità e crescita* (PSC, o Patto). L'UEM, creata dal Trattato di Maastricht, che ne definiva già i caratteri fondamentali, doveva essere concretizzata e calata in una realtà economica e politica che, all'indomani della caduta del muro di Berlino e della riunificazione tedesca, non era priva di turbolenze.

Per comprendere i termini della discussione – che oggi tornano a riproporsi pur se con modalità diverse e in uno scenario in gran parte mutato – occorre richiamare due dati di fondo. Il primo dato riguarda l'architettura originaria dell'UEM: il pilastro economico nasceva come incentrato su un coordinamento a livello europeo basato su strumenti *soft* e, com'è largamente noto, risultava più debole di quello monetario¹. Questo assetto preservava

* Professore associato di diritto dell'UE, Sapienza Università di Roma.

¹ V. per tutti, sull'analisi di tale sbilanciamento nel contesto della nascita dell'UEM, S. CAFARO, *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche, il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, Milano, 2001.

la *sovranità economica* degli Stati, rassicurando le Autorità nazionali a cui veniva consentito di mantenere il controllo sulle manovre economiche. Le preoccupazioni alla radice del trattenimento delle competenze in questione a livello nazionale sono legate, in ultima analisi, a ragioni di legittimazione, tanto che in molti casi si sono celate a fatica le perplessità dei custodi delle ortodossie nazionali – investiti di questo compito dalle costituzioni nazionali o auto-proclamatisi – sulla possibilità dell’Unione di atteggiarsi come ente effettivamente democratico ed in grado di esercitare un potere saldamente e credibilmente fondato nella volontà popolare². Senza entrare in questo complesso dibattito, vale comunque la pena di aggiungere che la soluzione di una politica economica ancora in mano agli Stati e di un coordinamento europeo *leggero* era probabilmente anche in linea con la necessità di mantenere una differenziazione in ragione della diversità degli assetti delle forze economiche nei vari Stati e della non uniformità dei dati strutturali delle economie nazionali, nonché – a tacer d’altro – delle rilevanti peculiarità di ciascun sistema fiscale. Col Trattato di Maastricht quindi si erano lasciate alle Autorità nazionali le scelte in materia di politica economica, ma gravandole, oltre che del coordinamento *soft* a livello europeo, anche della responsabilità di garantire “finanze pubbliche sane”, fissate ancora oggi dall’art. 119, par. 3, TFUE come canone fondamentale della politica economica. Era questa l’idea alla base della disciplina di bilancio, considerata di cruciale importanza per la stabilità dell’UEM e che si traduceva nella necessità di rispettare stringenti parametri³.

² Il pensiero non può che andare anzitutto, tralasciando per brevità i molti altri riferimenti possibili, al *Bundesverfassungsgericht*, la Corte costituzionale della Germania federale. La Corte di Karlsruhe esternò questo tipo di perplessità in modo sistematico e diretto proprio nella sua sentenza sulla compatibilità con la Legge fondamentale tedesca degli obblighi legati alla ratifica del Trattato di Maastricht, col quale nasceva l’Unione europea, che coltivava ambizioni politiche in modo anche più esplicito di quanto non fosse accaduto con le Comunità fino a quel momento: cfr. sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 12 ottobre 1993, 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92, *passim*.

³ Si ricorda solo incidentalmente che le regole sulla disciplina di bilancio sono accompagnate dai divieti contenuti agli articoli 123-125 TFUE, volti a mantenere a livello nazionale le responsabilità per gli impegni finanziari statali: in argomento sia consentito rinviare, anche per altri riferimenti, a A. VITERBO, R. CISOTTA, *La crisi della Grecia, l’attacco speculativo all’euro e le risposte dell’Unione Europea*, in *Il diritto dell’Unione europea*, n. 4, 2010, p. 961; R. CISOT-

Lo strumento a cui il Trattato di Maastricht affidava il controllo sul rispetto dei parametri di finanza pubblica – fissati in un protocollo allegato su cui si tornerà – era la procedura per deficit eccessivi. In essa la valutazione degli scostamenti e, secondo un'articolata successione di fasi, le decisioni relative agli accertamenti e alle violazioni sono affidate ad un sistema di controllo politico che fa capo al Consiglio. L'essenza politica di tali valutazioni, in uno con la mancata previsione di un automatismo delle sanzioni, lasciava insoddisfatti i fautori di una disciplina di bilancio particolarmente rigida. Pertanto, il 10 novembre 1995 il Ministro delle finanze tedesco Theo Waigel formulò l'idea del PSC, con l'intento di dare alle previsioni di Maastricht un'interpretazione rigida e, come non mancarono di sottolineare i sostenitori della proposta, affinché il sistema delle sanzioni fosse definito, ossia reso certo nel momento dell'irrogazione una volta che gli scostamenti fossero stati accertati. Nell'ambito della costruzione di quella che i *policy-makers* teutonici chiamavano “solidarietà negativa”, per mantenere la stabilità dell'area monetaria che si stava edificando si considerava necessario rendere stabile il vaglio previsto per il passaggio alla terza fase dell'unione monetaria⁴, così stringendo le maglie della discrezionalità nella valutazione sulle politiche nazionali di bilancio.

TA, *Disciplina fiscale, stabilità finanziaria e solidarietà nell'Unione europea ai tempi della crisi: alcuni spunti ricostruttivi*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 1, 2015, p. 53 ss.

⁴ Il Comitato per lo studio dell'Unione economica e monetaria, presieduto da Jacques Delors, era stato incaricato di predisporre uno studio sulle fasi che concretamente avrebbero dovuto condurre alla realizzazione dell'UEM. Il Comitato produsse un rapporto, noto come *Rapporto Delors*, che individuava tre fasi per la realizzazione dell'UEM: pertanto da allora è noto che il passaggio alla terza fase costituiva il passo ultimo e definitivo verso la realizzazione dell'UEM. Cfr. Committee for the Study of Economic and Monetary Union, *Report on economic and monetary union in the European Community*, ec.europa.eu/economy_finance/publications/pages/publication6161_en.pdf. Si voleva che, nel passaggio alla terza fase, il controllo reciproco sull'andamento delle finanze nazionali venisse stabilizzato. È utile ricordare che la politica economica – la quale tutt'ora, come ricordato nel testo, costituisce la parte più evanescente della costruzione dell'UEM – doveva per il Rapporto Delors fondarsi su quattro elementi: il mercato interno, la politica di concorrenza, politiche comuni per orientare riforme strutturali e lo sviluppo regionale ed infine il coordinamento delle politiche macroeconomiche, che avrebbe dovuto essere affiancato anche da una rigida disciplina di bilancio: v. *Report on economic and monetary union*, cit., p. 16.

La discussione su questa proposta, fortemente sostenuta da parte della Germania, si prolungò per qualche tempo⁵. Nell'intento di non contraddire le previsioni di diritto primario, che non dovevano essere oggetto di modifiche nelle stesse proposte tedesche, si optò per una dichiarazione politica, che avrebbe dovuto orientare i comportamenti degli Stati nell'ambito per la procedura per deficit eccessivi, da affiancare all'adozione di due strumenti di diritto derivato, nell'intento di precisare e rendere più certi i passaggi della procedura stessa⁶. Il Patto, quindi, tutt'ora si basa su una risoluzione del

⁵ Senza seguire qui i diversi passaggi del negoziato, è opportuno sottolineare che finanche dopo l'approvazione del Patto, non si placarono le insistenze tedesche sulla necessità di tenere fermo o ribadire ancora in qualche modo – ma le formule e i mezzi proposti non erano peraltro molto chiari – l'impegno degli Stati ad interpretare in modo severo le norme sulla disciplina di bilancio e le relative sanzioni. Fu ancora Theo Waigel a farsi portavoce di queste istanze ad es. a margine di un Consiglio ECOFIN, v. Waigel: "Vincoli più stretti per restare nell'euro", *l'Unità*, domenica 22 marzo 1998, p. 6.

⁶ È stato sostenuto che gli impegni originariamente prospettati sarebbero dovuti essere assunti con un trattato internazionale separato (benché l'utilizzo di questo strumento non fosse stato chiaramente indicato nella dichiarazione di Waigel del novembre 1995); successivamente il Governo federale avrebbe preferito continuare a far aleggiare l'ipotesi per mantenere una certa pressione sugli altri governi, nondimeno optando infine per strumenti interni all'ordinamento dell'Unione che avrebbero garantito il raggiungimento dei medesimi risultati. Nell'intento in particolare di superare le obiezioni di altri Paesi membri, secondo cui l'automatismo delle sanzioni, se reso obbligatorio, non sarebbe stato in linea con la lettera o quanto meno con lo spirito del Trattato di Maastricht, la soluzione fondata sulla combinazione di un impegno politico con due atti di diritto derivato finiva per essere considerata la più idonea. Cfr. H. J. HAHN, *The Stability Pact for European Monetary Union: Compliance with Deficit Limit as a Constant Legal Duty*, in *Common Market Law Review*, 1998, p. 77 ss., spec. pp. 80-87, il quale scrive: "The coupling of the two legal instruments with the highly political exhortation of the European Council is based on the view that the combination of these two different manifestations of the highest-ranking legal decision-making body and undisputedly the weightiest political institution would be able to produce the same effect *de facto* as the automatic imposition of sanctions according to the original German proposal" (p. 87).

Il richiamo di questi passaggi solleva molti interrogativi e ipotesi ricostruttive, anche in relazione a vicende successive di oltre un decennio, che avrebbero visto infine consacrati in un trattato internazionale formalmente separato dall'ordinamento dell'Unione, ossia il Trattato sulla Stabilità, il Coordinamento e la Governance nell'Unione economica e monetaria (TSCG), detto *Fiscal Compact*, vincoli di bilancio irrigiditi: v. *infra*, nota 21 e testo corrispondente. Il testo del trattato è disponibile *on-line*:

Consiglio europeo di Amsterdam del 16-17 giugno 1997, in sé ovviamente non vincolante⁷, che invita le istituzioni a operare una valutazione seria e severa dei comportamenti statali in materia, e su due regolamenti, nn. 1466 e 1467 del 1997, che tentano di irrigidire l'elasticità contenuta nelle previsioni dei Trattati⁸. In particolare, il reg. n. 1466/97 fissa per gli Stati dell'area euro l'obbligo di presentare programmi di bilancio ("programmi di stabilità") con un orizzonte di medio periodo. La verifica sul rispetto di tali programmi è affidata al Consiglio, a cui fa capo il controllo di natura politica delle regole in questione, in linea con quanto previsto dalla Procedura per deficit eccessivi. Quest'ultima, fissata dall'art. 126 TFUE e considerata parte del Patto, è, come già ricordato, volta al controllo dei parametri di finanza pubblica contenuti in un protocollo allegato ai Trattati⁹. Il reg. 1467/97 impone la tempistica per lo svolgimento della procedura per deficit eccessivi; stabilisce altresì

www.consilium.europa.eu/media/20388/st00tscg26-it-12.pdf. Tuttavia, senza poter qui indagare ogni aspetto – e rinviando alla bibliografia citata più avanti alla nota appena indicata – ci si limita ad osservare come non siano estranei al sistema ed anche alla tradizione comunitaria impegni di natura politica degli Stati sugli orientamenti da esprimersi in sede di voto in Consiglio, ma in questo caso risulta evidente che gli impegni assunti riguardano aspetti vari e più ampi, servendo proprio ad ottenere risultati la cui ammissibilità alla luce del diritto primario non era pacifica per tutti gli Stati membri. Si tornerà sul punto, comunque si anticipa che il nodo della questione risiede nella persistenza della latitudine valutativa del Consiglio nei singoli passaggi della procedura per deficit eccessivi, nonché negli obiettivi e, in senso ancor più ampio, dei valori oggetto di tutela nell'ambito della procedura medesima.

⁷ Cfr. le conclusioni della Presidenza, in *Bollettino ufficiale dell'UE*, n. 6, 1997, p. 8.

⁸ Regolamento (CE) n. 1466/97 del Consiglio, del 7 luglio 1997, per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche, *GU L 209*, 2 agosto 1997, p. 1 ss., modificato dal Regolamento (CE) n. 1055/2005 del Consiglio, del 27 giugno 2005, *GU L 174*, 7 luglio 2005, p. 1 ss.; regolamento (CE) del Consiglio n. 1467/97, del 7 luglio 1997, per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi, *GU L 209*, 2 agosto 1997, p. 6 ss., modificato dal Regolamento (CE) n. 1056/2005 del Consiglio, del 27 giugno 2005, *GU L 174*, 7 luglio 2005, p. 5 ss. Va altresì ricordata la dichiarazione n. 30 relativa all'art. 126 del TFUE allegata all'Atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona. In essa gli Stati rinnovano il loro sostegno alla filosofia del PSC; tuttavia, si afferma che la stessa dichiarazione "non pregiudica il futuro dibattito sul patto di stabilità e crescita".

⁹ Cfr. protocollo n. 12 sulla procedura per i disavanzi eccessivi allegato al Trattato di Lisbona.

le regole da seguire in caso di congiunture sfavorevoli nelle quali non sia possibile il rispetto dei parametri e guida il Consiglio nella scelta delle sanzioni da comminare¹⁰.

Il PSC ha vissuto periodi alterni nella sua applicazione, sospeso tra l'esigenza di rigidità e quella di flessibilità¹¹. La prima è tesa a garantire una

¹⁰ In generale sulle sanzioni previste, v. L. DANIELE, *Unione economica e monetaria, obblighi degli Stati membri e poteri sanzionatori delle istituzioni*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 4, 1996, p. 931 ss. Fin dall'inizio, l'accoglienza di queste regole volte ad indirizzare la discrezionalità del Consiglio ha ricevuto valutazioni diverse. V. ad es. nell'ordine di idee di un'applicazione rigorosa del Patto, H. J. HAHN, *op. cit.*, p. 77 ss. Secondo invece M. HERDEGEN, *Price Stability and Budgetary Restraints in the European Monetary Union: the Law as Guardian of Economic Wisdom*, in *Common Market Law Review*, 1998, p. 21, spec. p. 25 ss. il sistema era "semi-rigido" e le regole conservavano una certa elasticità che poteva essere sfruttata grazie a una "creative accounting" – che l'Autore sembra in linea di principio considerare compatibile col Trattato di Maastricht – nella ricostruzione dei saldi. Sembra però ancor più interessante l'osservazione di Herdegen che conduce alla conclusione testé riferita e relativa alla ricostruzione di presunti poteri delle istituzioni politiche nazionali nel controllo del conseguimento degli obiettivi fondamentali dell'UEM. A tal proposito, l'Autore scrive: "Under the Maastricht Treaty as well as under the German Basic Law this holding on the German Parliament's control over the accomplishment of EMU stands on a very weak ground (...). As a matter of legal construction, the mere urging for a "strict" interpretation (legitimate as it may be) cannot iron out defects or loopholes deliberately left in the fabric of the Maastricht treaty. The margins of political discretion are covered by the ratification of the treaty regime. However, this evaluation must stay within plausible literal interpretation. (...) These considerations apply with particular force to the deficit criterion, the target of 3% of GDP (or less)" (27-28). Sembra di poter sintetizzare questa posizione nel modo che segue: è sempre nella logica e secondo i valori scolpiti nei Trattati che va ricostruito lo spazio di discrezionalità evidentemente concesso alle istituzioni per il raggiungimento degli scopi dell'UEM (senza sovrapposizioni di intenzionalità, precomprensioni o valori *solo* di uno Stato): v. anche nota successiva. Si tratta di osservazioni che non hanno perso la loro attualità, visti gli interventi degli ultimi anni in particolare del *Bundesverfassungsgericht* in materia di UEM. Si tratta di vicende intricate e che si sono protratte nel tempo: sia concesso rinviare, almeno per i riferimenti fondamentali, a R. CISOTTA, *The Bitter Sweet Symphony of Courts' in Europe's Moment*, in G. CONTALDI, R. CISOTTA (eds.), *Courts, Values and European Identity*, in *rivista.eurojus.it*, Special Issue, 2022, www.rivista.eurojus.it/wp-content/uploads/pdf/CourtsValuesandEuropeanIdentity-n5.pdf, p. 3.

¹¹ Si tratta di una riedizione del più ampio dibattito tra governo economico (o coordinamento) delle regole e governo secondo discrezionalità. V., *ex pluribus*, N. VEROLA, *Il governo dell'euro*, Firenze, 2012, p. 15 ss., spec. p. 155 ss. e *passim*.

base il più possibile stabile all'UEM in ossequio al già ricordato canone delle "finanze pubbliche sane" e legata all'esigenza, avvertita dalla Germania ma anche da altri Stati, di un automatismo nel comminare le sanzioni previste dal PSC. Il Patto, il cui rispetto è rimesso alla valutazione di un organo politico come il Consiglio, mal si presta ad essere inquadrato in siffatti automatismi¹². La seconda si affaccia periodicamente ogniqualevolta emerge, sulla base di ragioni varie congiunturali o generali, l'esigenza degli Stati di poter attingere con maggior larghezza a risorse pubbliche o ai mercati per intervenire nell'economia.

2. Secondo un autorevole commentatore, il PSC sarebbe *morto* due volte¹³. La prima morte sarebbe stata quella occorsa tra il 2003 e il 2004 quando sul banco degli imputati finirono Francia e Germania, ossia le due economie più forti dell'Eurozona. La seconda sarebbe avvenuta nel 2016, quando la

¹² Secondo M. HERDEGEN, *op. cit.*, p. 31, il Sistema emergente dal PSC (nella sua formulazione originaria) "confers a political discretion on the Council the ambit of which remains rather unclear. Such discretion, albeit confined to exceptional circumstances (which justify bona fide efforts being honored), deprives the sanction regime of the automatism advocated by strict monetarists. In this context, the possible tribute to employment, recognized by the Amsterdam Treaty as an important objective (...) might give rise to controversies. (...) The elasticity documents the reluctance of (most) Member States to tie their hands in the application of a mechanism that might lash out against themselves. It also shows that the quest for a sanction regime with a precise trigger-mechanism must accept compromises".

¹³ D. GROS, *The Second Death of the Stability Pact and the Birth of an Intergovernmental Europe*, 28 July 2016, www.ceps.eu. Nei medesimi ambienti, si fa strada l'idea che – come dimostrerebbero i fatti che verranno richiamati nel testo – le preoccupazioni elettorali degli organi politicamente responsabili non consentirebbero loro di avere la volontà politica necessaria per una seria applicazione del Patto; di conseguenza, questa, parallelamente a quanto avviene per la politica monetaria, dovrebbe essere affidata ad organi tecnici: v. M. KRAEMER, R. RICKES, *How to Save the Stability and Growth Pact*, 5 April 2023, www.ceps.eu. Gli organi tecnici individuati sarebbero i *Fiscal Council*: su tali istituzioni si rimanda a C. FASONE, *I fiscal council nell'Eurozona, tra indipendenza e rafforzamento dell'accountability democratica: i casi irlandese, italiano e spagnolo in prospettiva comparata*, in *DPCE online*, n. 2, 2021, www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1351/1360, p. 2353 ss. e ai riferimenti citati. Il rafforzamento del ruolo dei *Fiscal Council* è in effetti stato invocato da più parti e, come si vedrà, nelle nuove proposte della Commissione tali istituzioni vedono accresciuti i propri compiti e godono di una notevole visibilità.

Commissione ritirò la proposta di comminare sanzioni a Spagna e Portogallo, che non avevano rispettato gli obblighi previsti dal Patto¹⁴.

Vale la pena di analizzare brevemente la prima vicenda e dedicare alcuni cenni anche alla seconda, al fine di poter poi intendere i termini del dibattito oggi in corso.

Nel 2004 il Consiglio non aveva proceduto ad adottare gli atti raccomandati dalla Commissione, nei confronti di Francia e Germania. Il Consiglio adottò invece una decisione non basata sull'art. 104 TCE (predecessore dell'art. 126 TFUE), ossia un atto atipico, che prevedeva la sospensione della procedura di infrazione, condizionandola all'adempimento da parte degli Stati in questione di taluni specifici impegni.

La singolare vicenda finì davanti alla Corte di giustizia, che si pronunciò il 13 luglio 2004¹⁵, su domanda della Commissione, che chiedeva l'annullamento della decisione atipica del Consiglio. I giudici del *Kirchberg* ricordarono che l'art. 9 del reg. 1467/97 consentiva la sospensione della procedura solo allorché lo Stato si conformi a una raccomandazione o intimazione del Consiglio. La decisione adottata nella fattispecie dal Consiglio si poneva al di fuori della linea procedurale disegnata del regolamento citato ed era di conseguenza invalida.

Ciò che rileva su un piano più generale è che la Corte di giustizia accettò di pronunciarsi, nonostante l'art. 126, par. 10, TFUE escluda la sua giurisdizione. A ben vedere, l'esclusione in parola esplicitamente riguarda l'esercizio della procedura d'infrazione. In via interpretativa, andrebbe correttamente estesa ad ogni azione volta a far accertare alla Corte di giustizia l'esistenza di una trasgressione dei parametri di finanza pubblica, ovvero degli atti previsti

¹⁴ Come si dirà *infra*, in questo stesso §, non si intende qui offrire una cronistoria completa delle vicende applicative del Patto, ma i due episodi selezionati sono tra quelli maggiormente controversi e il loro richiamo aiuta a mettere in luce alcuni aspetti importanti ed in particolare la già ricordata continua oscillazione tra i due poli del rigore e della flessibilità nell'interpretazione e applicazione delle regole del PSC. A proposito della vicenda del 2016, vale peraltro la pena di ricordare che essa arrivò giusto l'anno successivo alla pubblicazione da parte della Commissione di una comunicazione nella quale si tentava di chiarire quali fossero i margini di elasticità offerti dal PSC: v. comunicazione della Commissione, del 13 gennaio 2015, *Sfruttare al meglio la flessibilità consentita dalle norme vigenti del patto di stabilità e crescita*, COM (2015) 12final.

¹⁵ Sentenza della Corte del 13 luglio 2004, causa C-27/04, *Commissione c. Consiglio*.

nella procedura che prevedano le opportune azioni e correzioni da parte di uno Stato membro. L'esclusione non opera invece se, come accadde nel 2004, alla Corte di giustizia venga chiesto di controllare il rispetto dei passaggi formali della procedura eventualmente con ricorso d'annullamento, o con ricorso in carenza.

Perché tuttavia si sarebbe trattato di una *morte del PSC*? Se, secondo alcuni, i fatti brevemente ricordati costituirebbero una conferma del valore giuridico del Patto nel suo complesso¹⁶, la morte sarebbe derivata dall'incrinatura dell'edificio di regole che da Maastricht in avanti le istituzioni erano andate costruendo, volto a costruire la fiducia nei confronti della nuova area monetaria, soprattutto presso i mercati. Tanto più che gli Stati membri avvertirono l'esigenza di far oscillare il pendolo verso la flessibilità. Complice l'esigenza di prendere in considerazione la situazione anche dei nuovi Stati entrati con l'allargamento del 2004, il Consiglio europeo di Bruxelles del 22 e 23 marzo 2005 decise di raccomandare riforme per "migliorare" il PSC. Pertanto, i due rilevanti regolamenti furono emendati rispettivamente dai regolamenti nn. 1055 e 1056 del 2005¹⁷. La rigidità del Patto ne uscì temperata. Venivano adottati miglioramenti atti a favorire lo scambio di informazioni e la trasparenza, ma soprattutto si introduceva la considerazione della congiuntura economica sulle situazioni di bilancio nazionali. Questo allargamento delle maglie del PSC non fu unanimemente ben accolto anche a livello istituzionale, per il paventato rischio che la complessiva tenuta delle regole dell'UEM ne uscisse compromessa¹⁸.

Un nuovo cambio di filosofia sarebbe arrivato in seguito alla crisi finanziaria scoppiata nel 2008. L'esigenza questa volta era di rendere i meccanismi del PSC più stabili e prevedibili. Su proposta della Commissione, venne approvato un insieme di misure di diritto derivato che va sotto il nome di *Six Pack*¹⁹, più altre due, dette *Two Pack*²⁰.

¹⁶ Cfr. G. L. TOSATO, R. BASSO, *L'Unione economica e monetaria*, Torino, 2007, p. 42.

¹⁷ Cfr. *supra*, nota 8.

¹⁸ Cfr. Banca centrale europea, *Bollettino Mensile*, 10° anniversario della BCE, www.ecb.europa.eu, p. 25 ss.

¹⁹ Regolamento (UE) n. 1175/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, che modifica il regolamento (CE) n. 1466/97, *GU L 306*, 23 novembre 2011, pp. 12–24; regolamento (UE) n. 1177/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8

Il *Two Pack* istituì, in sostanza, un quadro comune in materia di bilancio e rafforzamento della sorveglianza sugli Stati che si trovano in difficoltà finanziarie con rischio di compromissione della stabilità dell'Eurozona. Il *Six Pack* introdusse una serie di novità, la prima delle quali è l'istituzione del *Semestre europeo*. Si tratta di un quadro comune, una sorta di agenda, basato su una serie di strumenti nell'ambito del quale viene svolto il coordinamento dell'adozione delle decisioni di bilancio nazionali. Nel descritto quadro convergevano una serie di attività di coordinamento: da quelle che fanno capo al coordinamento *soft* previsto dalle origini (art. 121 TFUE), all'attuazione dei programmi di stabilità (per gli Stati euro) o dei programmi di convergenza (per gli Stati che non adottano ancora l'euro). Sempre nell'ambito del *Semestre europeo* si svolgeva un nuovo tipo di sorveglianza volta alla correzione

novembre 2011 che modifica il regolamento (CE) n. 1467/97, *GU L 306*, 23 novembre 2011, pp. 33-40; regolamento (UE) n. 1173/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, relativo all'effettiva esecuzione della sorveglianza di bilancio nella zona euro, *GU L 306*, 23 novembre 2011, pp. 1-7; regolamento (UE) n. 1174/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, sulle misure esecutive per la correzione degli squilibri macroeconomici eccessivi nell'area euro, *GU L 306*, 23 novembre 2011, pp. 8-11; regolamento (UE) n. 1176/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, sulla prevenzione e a correzione degli squilibri macroeconomici, *GU L 306*, 23 novembre 2011, pp. 25-32; direttiva 2011/85/UE del Consiglio, dell'8 novembre 2011, relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri, *GU L 306*, 23 novembre 2011, pp. 41-47.

²⁰ 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, *GU L 140*, 27 maggio 2013, pp. 1-10; Regolamento (UE) n. 473/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulle disposizioni comuni per il monitoraggio e la valutazione dei documenti programmatici di bilancio e per la correzione dei disavanzi eccessivi negli Stati membri della zona euro, *GU L 140*, 27 maggio 2013, pp. 11-23.

Entrambi i pacchetti hanno fatto oggetto di revisioni da parte della Commissione: cfr. comunicazione della Commissione *Riesame della governance economica – Relazione sull'applicazione dei regolamenti (UE) nn. 1173/2011, 1174/2011, 1175/2011, 1176/2011, 1177/2011, 472/2013 e 473/2013*, del 28 novembre 2014, COM (2014) 905final; comunicazione *Riesame della governance economica Relazione riguardante l'applicazione dei regolamenti (UE) n. 1173/2011, (UE) n. 1174/2011, (UE) n. 1175/2011, (UE) n. 1176/2011, (UE) n. 1177/2011, (UE) n. 472/2013 e (UE) n. 473/2013 e l'adeguatezza della direttiva 2011/85/UE*, del 5 febbraio 2020, COM (2020) 55final; comunicazione *L'economia dell'UE dopo la COVID-19: implicazioni per la governance economica*, 19 ottobre 2021, COM (2021) 662final.

degli squilibri macroeconomici eccessivi istituita dal reg. 1174/2011, che fa parte del *Six Pack*. È stata poi introdotta l'idea di *politica di bilancio prudente*, ossia la regola secondo cui il saldo di bilancio di ogni Stato deve a medio termine convergere verso l'attivo o il pareggio.

Oltre alla parte preventiva del PSC, cui fanno sostanzialmente capo le novità fin qui ricordate anche quella correttiva venne riformata. Oltre alla ripresa del parametro del debito, fino a quel momento oggetto di scarsa attenzione, i passaggi della procedura di cui all'art. 126 TFUE vennero irrigiditi. A parte i dettagli, largamente noti, sulle sanzioni economiche previste in particolare per gli Stati dell'Eurozona in varie fasi della procedura, è opportuno ricordare l'introduzione della *maggioranza qualificata inversa*, ossia la loro approvazione su proposta della Commissione, a meno che in Consiglio non si voti a maggioranza qualificata per il rigetto²¹.

A parte queste brevi note di cronaca, utili comunque a mettere in luce il contesto nel quale è maturato il dibattito su una riforma del PSC, è utile tornare alla *seconda morte* del PSC. Questa sarebbe avvenuta, come detto, nel 2016. Nel già menzionato ritiro della proposta della Commissione di comminare sanzioni a Spagna e Portogallo, per non aver onorato gli impegni ad essi prescritti dal Consiglio nel contesto della procedura di cui all'art. 126 TFUE, sarebbe intervenuto informalmente addirittura l'allora Ministro delle finanze tedesco Wolfgang Schäuble. Si tratterebbe di indiscrezioni che lo stesso governo tedesco non avrebbe smentito²² e – com'è appena il caso di notare – si sarebbe trattato di un vistoso *vulnus* all'indipendenza della Commissione,

²¹ Questo stesso singolare procedimento è stato ripreso nel TSCG. Cfr. in argomento, in generale, Editorial: *The Fiscal Compact And The European Constitutions: "Europe Speaking German"*, in *European Constitutional Law Review*, n. 1, 2012, pp. 1–8; P. CRAIG, *The Stability, Coordination and Governance Treaty: Principle, Politics and Pragmatism*, in *European Law Review*, 2012, p. 23; L. S. ROSSI, "Fiscal Compact" e Trattato sul Meccanismo di Stabilità: aspetti istituzionali e conseguenze dell'integrazione differenziata nell'UE, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 2, 2012, p. 293 ss.; A. VITERBO, R. CISOTTA, *La crisi del debito sovrano e gli interventi dell'UE: dai primi strumenti finanziari al Fiscal Compact*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 2, 2012, p. 325, spec. p. 354 ss.; R. BARATTA, *Legal Issues of the "Fiscal Compact" - Searching for a Mature Democratic Governance of the Euro*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 4, 2012, p. 647; M. ADAMS, F. FABBRINI, P. LAROCHE (eds.), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Oxford, 2014.

²² Cfr. ancora D. GROS, *op. cit.*

che i Trattati vogliono sciolta da ogni influenza in particolare dai governi degli Stati membri (cfr. in particolare gli articoli 17, par. 3, TUE e 245, par. 1, TFUE). Inoltre, e più specificamente, l'edificio delle regole dell'UEM avrebbe ricevuto una nuova *picconata*.

In realtà, le vicende applicative del PSC non si sono dimostrate problematiche solo nei due soli episodi qui ricordati, giacché quasi tutti gli Stati hanno prima o poi dovuto affrontare scostamenti che li hanno condotti a sfiorare i parametri di finanza pubblica previsti dal diritto primario, o a far loro correre un serio rischio in tal senso. Ciononostante, e malgrado l'avvio di alcune procedure, nessuna di esse è mai giunta all'applicazione delle vere e proprie sanzioni previste. Le sanzioni reputazionali, discendenti dal solo fatto di essere sottoposto alla procedura, creano indubbiamente difficoltà agli Stati membri, ma ciò non lascia pienamente soddisfatti soprattutto i fautori del rigore. Al medesimo tempo, c'è da domandarsi se delle regole nella trasgressione delle quali quasi tutti gli Stati prima poi sono incorsi, o hanno rischiato di incorrere, abbiano effettivamente senso, così come esse sono attualmente pensate e applicate²³.

3. Il processo di integrazione europea è avanzato negli ultimi anni in modo alquanto faticoso e le riforme della *governance economica* si sono alternate, nel calamitare l'attenzione generale, ad altre gravi problematiche. Lo scoppio dell'emergenza per la pandemia da COVID-19 ha molto presto causato problemi economici di portata epocale. I governi di tutto il mondo si sono ritrovati davanti al problema di proteggere le vite dei propri cittadini, nonché le economie nazionali. Solo dopo le lunghe fasi di convivenza e di lotta col virus è stato possibile elaborare progetti di rilancio. Come è poi a

²³ Si vuole qui indicare che le regole del PSC sono entrate in crisi e, per rafforzare la propria *credibilità* hanno bisogno di essere ri-comprese, prima ancora di essere riformate (v. *infra*, par. 5). La prospettiva del presente scritto non è quella di auspicare una maggiore severità, anche nei limiti in cui questa è legittima. In questo senso sembra invece voler andare la proposta della Commissione: non sembra infatti un caso che nel comunicato stampa di presentazione delle ultime proposte di riforma del PSC la Commissione, nel riferirsi alle modifiche che vanno nella direzione dell'automatismo delle sanzioni, abbia sentito la necessità di affermare perentoriamente che “[l]e regole devono essere applicate”: v. comunicato stampa, del 26 aprile 2023, *La Commissione propone nuove regole di governance economica adeguate alle sfide future*, www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_23_2393.

tutti tristemente noto, quando la crisi pandemica sembrava ormai sostanzialmente superata, l'aggressione della Federazione russa all'Ucraina del febbraio 2022 ha causato, oltre che tragiche perdite umane, nuove pesanti tensioni sul piano economico.

Durante la crisi pandemica, nell'ambito dell'UE e dell'Eurozona in particolare si è presto fatta avanti la necessità di non inasprire la situazione applicando ciecamente il rigore delle regole di bilancio, in una fase in cui evidentemente le economie nazionali erano in condizioni del tutto diverse da quelle ordinarie. Tra le varie misure adottate, il 23 marzo 2020 il Consiglio e la Commissione hanno convenuto che ricorressero le condizioni per quella che impropriamente è stata chiamata “sospensione” del PSC²⁴. La misura, proposta dalla Commissione con un comunicato che ha ricevuto grande risonanza mediatica²⁵, consiste nell'attivazione della “clausola di salvaguardia

²⁴ La notizia è stata inizialmente diffusa tramite comunicato stampa che contenente una dichiarazione (“*statement*”) dei Ministri dell'economia e delle finanze riuniti nell'ambito del Consiglio ECOFIN disponibile unicamente in lingua inglese: www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2020/03/23/statement-of-eu-ministers-of-finance-on-the-stability-and-growth-pact-in-light-of-the-covid-19-crisis/. V. altresì la dichiarazione dei Ministri dell'Eurogruppo, del 16 marzo 2020: www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2020/03/16/statement-on-covid-19-economic-policy-response/. In tale ultima dichiarazione è contenuta l'affermazione dei Ministri dell'economia e delle finanze dei Paesi dell'area euro dell'impegno “*a fare qualsiasi cosa sia necessaria per affrontare le sfide del momento e di ripristinare la fiducia e supportare una veloce ripresa*” (traduzione nostra). Il testo originale sembra riecheggiare la celebre affermazione dell'allora Presidente della BCE Draghi, del 26 luglio 2012, (“*Within our mandate, the ECB is ready to do whatever it takes to preserve the euro. And believe me, it will be enough*”), Speech by Mario Draghi, President of the European Central Bank at the Global Investment Conference in London, 26 July 2012, www.ecb.europa.eu/press/key/date/2012/html/sp120726.en.html; il testo intero della frase in questione della dichiarazione, del 16 marzo 2020, è il seguente: “*Our commitments of today reflect our strong determination to do whatever it takes to effectively address the current challenges and to restore confidence and support a rapid recovery*”). Come si avrà modo di osservare, anche la scelta delle parole in un comunicato stampa ha un peso assai rilevante negli ambienti economici, che si nutrono di fiducia e che valutano l'affidabilità degli impegni che di volta in volta vengono assunti dalle istituzioni soprattutto pubbliche (nazionali o sovranazionali, responsabili della politica economica o di quella monetaria). V. sul punto *infra*, par. 5.

²⁵ Coronavirus: la Commissione propone di attivare la clausola di salvaguardia generale del quadro di bilancio per rispondere alla pandemia, www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_20_499. Per il testo formale della

generale” (“*general escape clause*”) del PSC, che era stata introdotta dal *Six Pack*²⁶. Come è stato precisato nella comunicazione della Commissione contenente la proposta formale, la misura non sospende le procedure del PSC, ma consente, in caso di grave crisi che colpisca uno Stato membro o l'intera Unione, una temporanea deviazione dai percorsi di aggiustamento prestabiliti e monitorati nell'ambito del semestre europeo²⁷. Proprio nell'alveo del *Semestre europeo* la Commissione contava di ricondurre la valutazione delle azioni e degli scostamenti dalle evoluzioni di bilancio previsti per ciascuno Stato membro prima dell'emergenza legata alla diffusione del COVID-19. In particolare, essa, facendo riferimento nella comunicazione contenente la proposta formale alle prossime fasi del semestre europeo, affermava che “[l]’imminente valutazione dei programmi di stabilità e di convergenza degli Stati membri, le previsioni di primavera e la successiva proposta della Commissione di raccomandazioni specifiche per paese da parte del Consiglio offriranno l’opportunità di garantire il necessario coordinamento e di definire gli orientamenti per conseguire un’adeguata politica di bilancio di supporto a livello nazionale e aggregato”²⁸.

La clausola di salvaguardia generale è stata prorogata e, al momento in cui si scrive, essa è tutt’ora operante. Si è avvertita da più parti la necessità di una nuova riforma delle regole del Patto prima che sia disposto il ritorno alla loro operatività ordinaria, riproponendosi le conosciute oscillazioni tra i due opposti poli della rigidità e della flessibilità. Oltre alle regole contenute in atti di diritto secondario, non necessariamente riforme del diritto primario implicherebbero

Commissione v. comunicazione della Commissione al Consiglio, del 20 marzo 2020, sull’attivazione della clausola di salvaguardia generale del patto di stabilità e crescita, COM (2020) 123final, Bruxelles, www.eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0123&qid=1585039808612&from=IT.

²⁶ Cfr. *supra*, nota 19 e testo corrispondente.

²⁷ V., in relazione al *braccio preventivo* del Patto gli articoli 5, par. 1, e 9, par. 1, 10, par. 3, del reg. (CE) n. 1466/97, cit., e, in relazione al *braccio correttivo*, gli articoli 3, par. 5, e 5, par. 2, del reg. (CE) n. 1467/97, cit. Come esempio, si prenda il testo dell’art. 10, par. 3, il quale prevede che una “deviazione non può essere considerata significativa qualora sia determinata da un evento inconsueto che non sia soggetto al controllo dello Stato membro interessato e che abbia rilevanti ripercussioni sulla situazione finanziaria generale dello Stato membro o in caso di grave recessione economica della zona euro o dell’intera Unione, a condizione che la sostenibilità di bilancio a medio termine non ne risulti compromessa”.

²⁸ Così COM (2020) 123final, cit.

l'avvio di una procedura di revisione con ratifica da parte degli Stati membri. Il protocollo sulla procedura per deficit eccessivi, infatti, può essere emendato con una procedura legislativa speciale che, pur prevedendo l'unanimità – e la semplice consultazione del Parlamento europeo e della BCE – non necessita della ratifica da parte degli Stati membri (cfr. art. 126, par. 14, TFUE). Le proposte della Commissione, di cui subito si dirà, non necessitano di modifica dei Trattati e non prevedono nemmeno una modifica del protocollo n. 12.

Facendo seguito ad una consultazione pubblica avviata nell'ottobre 2021, il 9 novembre 2022 è stata pubblicata una comunicazione in cui la Commissione ha presentato le sue intenzioni, anche se molti punti della riforma proposta sono stati definiti solo più avanti²⁹.

4. La proposta della Commissione del 9 novembre 2022³⁰ forniva in realtà un complessivo sguardo sulle prospettive di riforma della *governance* economica, ma non entrava nel dettaglio delle modifiche che si sarebbero dovute apportare all'attuale disciplina del PSC. Alla comunicazione della Commissione del 9 novembre 2022 hanno fatto seguito delle *conclusioni* del Consiglio ECOFIN del 14 marzo 2023³¹ e l'*approvazione* del Consiglio europeo nelle sue conclusioni del 23 marzo 2023³².

²⁹ Nei giorni precedenti la presentazione della Comunicazione, circolavano notizie sulla stampa su una bozza informale, la quale avrebbe dovuto prevedere il mantenimento dei parametri di Maastricht. Tuttavia, per quello del debito il reale obiettivo da raggiungere sarebbe dovuto diventare il 90% e sarebbe stata proposta anche l'abolizione della regola della riduzione del debito stesso di un ventesimo all'anno. I piani di rientro sarebbero però dovuti essere più stringenti, dopo essere stati concordati tra i singoli Stati membri e la Commissione sul modello del PNRR. Tali previsioni sono state solo in parte rispettate, come si dirà nel testo, al § seguente.

³⁰ Comunicazione della Commissione, del 9 novembre 2022, sugli orientamenti per una riforma del quadro di *governance* economica dell'UE, COM (2022) 583final. Per una valutazione, in senso problematico, della comunicazione, v. A. GUAZZAROTTI, *La riforma delle regole fiscali in Europa: nessun "Hamiltonian Moment"*, in *rivistaaic.it*, n. 1, 2023, p. 1, spec. p. 13 ss., www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/1_2023_01_Guazzarotti.pdf.

³¹ Cfr. il comunicato stampa *Economic governance framework: Council agrees its orientations for a reform*, www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2023/03/14/economic-governance-framework-council-agrees-its-orientations-for-a-reform/.

³² Conclusioni del Consiglio europeo, del 23 marzo 2023, www.data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-4-2023-INIT/it/pdf, punto 19.

Il pacchetto infine proposto dalla Commissione il 26 aprile 2023 prevede tre proposte: un nuovo regolamento, destinato a sostituire il reg. 1466/97³³, una proposta di modifica del reg. 1467/97³⁴ e infine una proposta di modifica della direttiva 2011/85/UE³⁵ relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri³⁶. La proposta di regolamento che sostituisce il reg. 1466/97 è fondata sulla stessa base giuridica dell'antecedente, ossia sull'art. 121, par. 6, TFUE, riconoscendosi che le finalità dell'atto restano le stesse anche se la portata dei cambiamenti ha suggerito di riformulare *ex novo* l'intero atto; le altre proposte conservano le stesse basi giuridiche degli strumenti che si propongono di emendare³⁷.

³³ Proposta di regolamento del Parlamento e del Consiglio, del 26 aprile 2023, sull'effettivo coordinamento delle politiche economiche e la sorveglianza multilaterale di bilancio e che abroga il regolamento del Consiglio n. 1466/97, con allegati, COM (2023) 240final. Si segnala che, al momento in cui si scrive, non sono ancora disponibili le versioni in italiano delle proposte che costituiscono il pacchetto. Le traduzioni anche dei titoli sono dell'autore.

³⁴ Proposta di regolamento del Consiglio, del 26 aprile 2023, che emenda il reg. 1467/97 per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi, COM (2023) 241final.

³⁵ Direttiva 2011/85/UE, cit.

³⁶ Proposta di modifica della direttiva 2011/85/UE, del 26 aprile 2023, relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri, COM (2023) 242final.

³⁷ Il reg. 1466/97, cit., fu adottato sulla base dell'allora art. 103, par. 5, del TCE (oggi corrispondente all'art. 121, par. 6, TFUE), in quanto considerato rientrante nel coordinamento delle politiche economiche. Così anche per gli atti successivi che lo hanno emendato (reg. 1055/2005, cit., e reg. 1175/2011, cit.). Quanto al reg. 1467/97, cit., va considerato che nella versione del TCE allora vigente, il comma 3, par. 14, dell'art. 104 C (antecedente dell'attuale art. 126 TFUE) così disponeva: "Fatte salve le altre disposizioni del presente paragrafo, anteriormente al 1° gennaio 1994, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, precisa le modalità e le definizioni per l'applicazione delle disposizioni di detto protocollo". Al tempo dell'adozione del regolamento si era ormai ben oltre il 1° gennaio 1994 (che era la data in cui la sorveglianza sui deficit doveva iniziare), si fece pertanto ricorso al comma 2, il quale – analogamente all'attuale corrispondente disposizione – prevedeva una procedura per l'adozione delle "opportune disposizioni che *sostituiscono* detto protocollo" (corsivo aggiunto), ossia sempre il protocollo allegato ai Trattati sulla procedura per deficit eccessivi.

Il terzo comma era stato utilizzato come base giuridica per l'adozione del regolamento (CE) n. 3605/93 del Consiglio, del 22 novembre 1993, relativo all'applicazione del protocollo

Prima di passare ad una breve rassegna delle proposte della Commissione, risulta opportuno formulare due osservazioni, a mo' di breve premessa.

In primo luogo, l'idea centrale su cui sono costruite le proposte della Commissione è quella di *cucire su misura* sulle esigenze di ogni singolo Stato membro i percorsi di aggiustamento, attesa la marcata diversità dei livelli di indebitamento³⁸ e tenendo conto delle nuove priorità storiche che l'economia europea si trova a fronteggiare, emerse in modo prorompente nel contesto delle risposte alla pandemia e successivamente con l'invasione dell'Ucraina. Si tratta, com'è noto, delle *transizioni* verde e digitale, della necessità di au-

n. 5 sulla procedura per i disavanzi eccessivi allegato al trattato che istituisce la Comunità europea, GU L 332, 31 dicembre 1993, pp. 7–9, adottato infatti poco prima del 1° gennaio 1994 (e che entrava in vigore proprio in quella data). Alla base di queste scelte vi erano motivi, oltre che temporali, anche più sostanziali. Tali motivi erano legati, in sintesi, al fatto che mentre col reg. 3605/93, cit., ci si limitava in realtà a dare definizioni da utilizzare nella procedura solo ad un livello tecnico (“pubblico”, “disavanzo pubblico” e “debito pubblico” in particolare), col reg. 1467/97, cit., invece si adottavano misure di carattere anche definitorio, ma di maggiore impatto sostanziale (come quella relativa al superamento del valore di riferimento “eccezionale e temporaneo”, che sottende valutazioni di grande delicatezza e rilievo, che finiscono per incidere sull'applicazione dei criteri fissati dal protocollo), nonché misure di “accelerazione”, che influivano in modo sostanziale su vari passaggi della procedura. In questo senso depongono alcuni elementi, come ad es. il fatto che il considerando n. 1 dice che il reg. costituisce insieme al prot. sulla procedura per disavanzi eccessivi “un nuovo sistema integrato di norme per l'applicazione dell'articolo 104 C”: in pratica, è come se il prot. e il reg. 1467/97 fossero due strumenti che si affiancano e la base giuridica del comma 2, del par. 14, non fosse usata per adottare disposizioni che “sostituiscono” il prot., ma che lo integrano. Successivamente per i regolamenti 1056/2005 e 1177/2011 che hanno modificato il reg. 1467/97 si è utilizzata la stessa base giuridica.

Quanto alla proposta di modifica della direttiva 2011/85, cit., la base giuridica è l'art. 126, par. 14, terzo comma, analogamente allo strumento originario che si propone di emendare.

³⁸ Cfr. proposta di regolamento del Parlamento e del Consiglio sull'effettivo coordinamento delle politiche economiche e la sorveglianza multilaterale di bilancio e che abroga il regolamento del Consiglio n. 1466/97, cit., considerando n. 5, e proposta di regolamento del Consiglio che emenda il reg. 1467/97 per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi, cit., considerando n. 6, ove si sottolinea che si sono andate accentuando le differenze tra Stati nell'esposizione debitoria (si fa in particolare riferimento alle differenti “posizioni fiscali”, “*fiscal positions*”) e, a causa della pandemia, si sono accresciuti i debiti in generale.

mentare l'autonomia, la reattività e la capacità di risposta (o, come usa dire, la *resilienza*) economica e sociale, senza dimenticare le esigenze di sicurezza e difesa.

L'idea di stabilire itinerari specificamente ritagliati sulla situazione dei singoli Stati membri e con essi contrattate in esito a trattative anche serrate aveva già trovato applicazione nelle misure adottate nel contesto della lotta alla pandemia ed in particolare nel *Next Generation EU*³⁹. I vasti programmi di intervento economico che, grazie a quello strumento, gli Stati membri hanno programmato sono stati concordati con la Commissione ed è stato stabilito un preciso calendario per la loro attuazione e i relativi controlli: al completamento di ciascuna fase, com'è noto, è legato l'esborso della succes-

³⁹ Non è qui possibile, per limiti di oggetto e di spazio, fornire i riferimenti alle varie misure o anche solo a quelle più rilevanti per gli aspetti messi in luce nel testo. Tuttavia, la letteratura in argomento è già molto ampia e si rinvia, *ex pluribus*, a E. CANNIZZARO, *Nor Taxation Neither Representation? Or the «Europe's Moment» Part I*, in *europeanpapers.eu*, 2020, p. 703; G. CONTALDI, *Il Recovery Fund*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2020, p. 587; P.-E. PARTSCH, *Plan de reliaance européen: premier bilan*, in *Journal de droit européen*, 2020, p. 1; G. L. TOSATO, *The Recovery Fund: Legal Issues*, in *Policy Brief*, n. 23, 1° May 2020, www.sep.luiss.it/sites/sep.luiss.it/files/The%20Recovery%20Fund.%20Legal%20Issues.pdf; *European Papers – European Forum, Special Focus on Covid-19 and the EU*, www.europeanpapers.eu/en/news/european-forum-special-focus-on-covid19-and-eu; *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, in *rivista.eurojus.it*, Special Issue, 2020, www.eurojus.it/pdf/1-emergenza-sanitaria-Covid-19-e-il%20diritto-dell-Unione-europea-la%20crisi-la-cura-le-prospettive_2.pdf; L. CALZOLARI, F. COSTAMAGNA, *La riforma del bilancio e la creazione di SURE e Next Generation EU*, in P. MANZINI, M. VELLANO (a cura di), *Unione europea 2020. I dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea*, Milano, 2021, p. 169 ss.; B. DE WITTE, *The European Union's COVID-19 Recovery Plan: the Legal Engineering of an Economic Policy Shift*, in *Common Market Law Review*, n. 73, 2021, p. 635; F. FABBRINI, *Next Generation EU – Il futuro di Europa e Italia dopo la pandemia*, Bologna, 2022. L'idea di rifarsi ai modelli utilizzati nel contesto della lotta alle conseguenze della pandemia era già stata avanzata prima della presentazione delle ultime proposte della Commissione: v. ad es., oltre ai documenti istituzionali, G. AMATO, F. BASSANINI, M. MESSORI, G. L. TOSATO, *The New European Fiscal Framework: how to harmonise rules and discretion – A contribution to the Commission Review of the EU Economic Governance Framework*, in *Astrid Paper*, www.astrid-online.it/static/upload/24e1/24e194b2afdfd14541718b48ac1ed9d4.pdf.

Si tornerà su alcuni tratti delle misure di lotta alle conseguenze economiche della pandemia *infra*, § 5.

siva *tranche* di erogazioni, in tal modo responsabilizzando ciascuno Stato membro e legandolo al raggiungimento degli obiettivi da esso proposti e poi concordati con la Commissione. Si è ritenuto che una simile forma di responsabilizzazione fosse adatta anche al perseguimento degli obiettivi di risanamento di bilancio per il rientro nei parametri del PSC, in luogo dell'imposizione di parametri contabili tanto stringenti da non poter infine essere rispettati⁴⁰.

Il metodo brevemente richiamato ha il pregio di fornire agli Stati membri buoni margini nella trattativa con la Commissione. Tuttavia, già nel modo in cui le proposte della Commissione sono state presentate, siffatti margini sono offerti come una sorta di contropartita per l'irrigidimento dell'apparato sanzionatorio, che si tradurrà in particolare nell'evoluzione verso l'antico obiettivo dell'automatismo. Al di là dell'ineludibile necessità di rinvenire meccanismi effettivamente in grado di assicurare una buona disciplina di bilancio – effettivamente imposta dai Trattati –, la riferita prospettazione del nuovo equilibrio tra impegni e sanzioni non è evidentemente priva di una certa dose di paternalismo: salvo tornare nell'ultimo paragrafo di questo studio sulla valutazione generale delle proposte di riforma, dovrà essere comunque il tempo, nel caso della loro approvazione, a mostrare l'efficacia del nuovo assetto.

In secondo luogo, va tenuto presente che il quadro della politica economica – la *governance* come pure si dice correntemente – è diventato composito e frastagliato: far procedere coerentemente le varie articolazioni di questo complesso di procedimenti è divenuto per le istituzioni un lavoro assai faticoso. Al tempo stesso, si è trattato di un'occasione sfruttata, in particolare dalla Commissione, per guadagnare sapientemente spazi, utilizzando la concatenazione dei vari processi ove anche le funzioni di coordinamento più *light* hanno finito per rafforzarsi in quanto temporalmente e funzionalmente collegate ad altri e più penetranti procedimenti⁴¹. Malgrado il disordine pos-

⁴⁰ V. *infra*, in questo stesso § sulla regola, quasi certamente destinata ad essere abbandonata, della riduzione del debito di un ventesimo l'anno.

⁴¹ Questa concatenazione emerge in modo evidente nel semestre europeo, nel quale vengono convogliate procedure di diversa ascendenza e con diverse funzioni: cfr. R. CISOTTA, *What role for the European Commission in the New Governance of the Economic and Monetary Union?*, in IAI Working Papers, www.iai.it; F. COSTAMAGNA, *The European Semester in Ac-*

sa offrire talvolta questo genere di vantaggi, il suo mantenimento nel corso del tempo ne accentua però gli svantaggi e i rischi, innanzitutto quelli legati alle difficoltà di coordinamento tra strumenti con natura giuridica non omogenea e talvolta collocati al di fuori dell'ordinamento dell'Unione, pensati in momenti storici diversi, con ispirazioni ed obiettivi non sempre collimanti. Questa situazione normativa peraltro apre maggiori spazi alle mosse di alcune corti costituzionali, che in un apparato scoordinato e con una serie di malcelate incoerenze possono più facilmente trovare motivi di censura, *recitius* di frizione con disposizioni e valori fondamentali delle costituzioni nazionali.

La presentazione di queste proposte costituisce, nelle intenzioni della Commissione, un'occasione per razionalizzare e rendere questo quadro più *pulito* e più facilmente riconducibile ad unità, tentando anzitutto di risolvere il problema dell'integrazione della *sostanza* del *Fiscal Compact*⁴², come vuole il suo articolo 16, nell'ordinamento dell'UE. Tale integrazione riguarda in particolare il Titolo III del TSGC, il *Patto di bilancio* (ossia il *Fiscal Compact* propriamente detto). Facendo seguito ad un tentativo andato a vuoto – parallelamente a quanto accaduto per la proposta di integrare il meccanismo europeo di stabilità (MES) nell'ordinamento dell'Unione⁴³ –, la Commissione ha presentato il regolamento che dovrebbe sostituire il reg. 1466/97 come atto, tra l'altro, ad operare siffatta integrazione. Per riconoscere che una tale operazione possa avere successo è necessario uno sforzo e la stessa Commissione riconosce che si tratta di un'integrazione ancora parziale. Tralasciando per ragioni di sintesi i dettagli, va notato che l'incoerenza più evidente riguarda in particolare il ritmo di riduzione del debito, che per l'art. 4 del TSGC deve essere di un ventesimo l'anno, come vuole anche la versione at-

tion: Strengthening Economic Policy Coordination while Weakening the European Social Dimension?, in *centroeinaudi.it*; M. PATRIN, *The European Commission between Institutional Unity and Functional Diversification: the Case of Economic Governance*, in S. HUMMELBRUNNER, L. KIRCHMAIR, B. PIRKER, A.-C. PRICKARTZ, I. STAUDINGER (eds.), *Shaping the Future of Europe – First Part*, in *europeanpapers.eu*, n. 1, 2021, p. 269.

⁴² V. *supra*, nota 6.

⁴³ Sia consentito rinviare, sulle due iniziative parallele, a R. CISOTTA, *EU Ancillary Treaties, the Vienna Convention on the Law of the Treaties and the Institutional Transformation of the EU Legal Order*, in S. TONOLO, G. PASCALE (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties in Contemporary International Law: Trends and Challenges*, Napoli, 2022, p. 523.

tualmente in vigore del PSC (art. 2 del reg. 1467/97), mentre la nuova intenzione della Commissione è di introdurre obblighi di rientro più gradualmente e sostenibili.

Nel caso di approvazione delle proposte della Commissione, dovrà operare la clausola di coordinamento, o meglio di subordinazione all'ordinamento dell'Unione presente all'art. 2 di quel trattato e puntualmente ricordata dalla Commissione nella motivazione della proposta. Tuttavia, il *Fiscal Compact* resta uno strumento che continuerà, finché non verrà abrogato da tutte le sue parti contraenti, a vivere una sua vita separata nel diritto internazionale, con l'aggiunta – sulla cui ambiguità si sono soffermati sostanzialmente tutti i commentatori⁴⁴ – dell'attuazione dell'obbligo del pareggio di bilancio (art. 3, par. 1) negli ordinamenti interni “preferibilmente” a livello costituzionale (art. 3, par. 2, TSCG). La Commissione invece evidenzia le “*commonalities*” esistenti tra il TSCG e il Patto come verrebbe riformato dalle proposte presentate, avanzando l'idea che anche l'attuazione del *Fiscal Compact* a livello nazionale, avendo richiamato le corrispondenze al diritto dell'Unione, aiuterebbe in parallelo gli ordinamenti nazionali ad allinearsi anche ai dettami di quel diritto.

Che si creino delle convergenze tra il *Fiscal Compact* e gli strumenti alla base del Patto, anche come dovrebbero essere riformati secondo le intenzioni della Commissione, è da ammettersi. Questa circostanza, che comunque si verificherebbe solo per alcune disposizioni del TSCG, non toglie nulla alla maggior rigidità di quest'ultimo come strumento giuridico, che avrebbe bisogno di procedure diverse da quelle per la riforma del PSC per poter essere modificato. Ciò comunque pone dei problemi di coordinamento che, per quanto ordinariamente superabili, sono comunque presenti. Gli stessi obiettivi vengono perseguiti con strumenti diversi, fuori e dentro l'ordinamento dell'UE, ed emerge la necessità di ricondurli ad unità. A livello nazionale può determinarsi una situazione in cui norme di attuazione di diversi strumenti (TSCG e norme UE), aventi rango diverso, debbano essere coordinate. Per quanto sia difficile che il coordinamento che avviene a livello interno possa portare ad esiti diversi da quelli che si determinano nell'ordinamento dell'Unione, resta il fatto che alcune norme seguono un sentiero esterno a

⁴⁴ V. *supra*, nota 21.

quest'ultimo per giungere ad essere recepite a livello nazionale. Oltre ai dubbi che sorgono riguardo la scarsa linearità e soprattutto l'utilità⁴⁵, dal punto di vista giuridico, di questo sistema, e ammesso che il nuovo regolamento possa assorbire la "sostanza" di tutte le disposizioni del TSCG che la Commissione indica, non vengono eliminati i veri nodi problematici della complessiva operazione che su di esso fu incentrata.

Si può ora volgere lo sguardo alle proposte della Commissione.

4.1. Prendendo le mosse dal nuovo regolamento che dovrebbe innovare l'intera disciplina del braccio preventivo del PSC, la sua filosofia di fondo è annunciata all'art. 1, ove, al fine di promuovere la sostenibilità dell'indebitamento e lo stimolo alla crescita, si istituisce una programmazione di medio termine. A fini di semplificazione, si propone di introdurre un unico indicatore che si riferisce al sentiero di aggiustamento della spesa netta e un unico piano integrato di medio termine "fiscale-strutturale" ("*fiscal-structural*"), destinato ad assorbire i programmi di convergenza o stabilità (*Stability or Convergence Programmes*) e i programmi nazionali di riforma (*National Reform Programmes*) attualmente previsti. Tale piano dovrà contenere gli impegni fiscali, di riforma e investimento e prendere in esame tutti gli obiettivi e le difficoltà emergenti nel contesto del semestre europeo⁴⁶. In quest'ultimo, disciplinato dagli articoli 3 e 4, saranno in particolare integrate le procedure incentrate sugli strumenti di cui agli articoli 121 e 148 TFUE (ossia gli indirizzi di massima per il coordinamento delle politiche economiche e il simile strumento previsto per le politiche occupazionali, che da tempo danno vita agli orientamenti integrati), nonché la procedura per squilibri macroeconomici (*Macroeconomic Imbalances Procedure*) e il piano dovrà es-

⁴⁵ Sulla questione si tornerà, pur da un diverso punto di vista, *infra*, al par. 5.

⁴⁶ Sempre nell'ottica del coordinamento con gli altri strumenti di coordinamento e sorveglianza esistenti, nel caso uno Stato membro si trovi sottoposto ad un programma di aggiustamento macroeconomico ai sensi del reg. n. 472/2013, cit., ossia sotto sorveglianza rafforzata per l'emergere di rischi per la stabilità finanziaria, gli obblighi di *reporting* ai sensi del nuovo regolamento resteranno sospesi per la durata del programma, anche se lo Stato in questione dovrà seguire le raccomandazioni ai sensi dell'art. 121, par. 4, TFUE. V. art. 31 della proposta di regolamento del Parlamento e del Consiglio sull'effettivo coordinamento delle politiche economiche e la sorveglianza multilaterale di bilancio e che abroga il regolamento del Consiglio n. 1466/97, cit.

sere rivisto nel caso uno Stato sia sottoposto alla procedura per squilibri eccessivi⁴⁷. Con tale sforzo di coordinamento, insieme a quello volto ad includere anche il perseguimento degli obiettivi fissati nell'ambito del Pilastro europeo dei diritti sociali, la Commissione intende consolidare l'idea centrale dell'intera riforma di ritagliare obiettivi e procedure sui bisogni specifici di ciascuno Stato membro.

Nel Capo III (articoli da 5 a 8) si mette a punto il concetto di traiettoria tecnica (“*technical trajectory*”), ossia di percorso di aggiustamento che la Commissione adotterà per gli Stati che non rispettano i parametri del 3% di deficit del 60% di debito sul PIL. Il sentiero di aggiustamento si estende su un orizzonte di quattro anni e, sempre in omaggio alla flessibilità offerta, può essere allungato di altri tre⁴⁸.

La parte più corposa del nuovo regolamento è costituita dagli articoli da 9 a 19 – che costituiscono il Capo IV – ove è disciplinata in dettaglio la procedura per l'elaborazione dei piani di medio termine, inclusa la fase di dialogo tecnico preliminare con la Commissione⁴⁹ e quelle successive di valutazione della stessa Commissione e di approvazione da parte del Consiglio, nonché i contenuti che essi debbono avere⁵⁰. È qui che si stabilisce che il Consiglio può proporre una modifica del sentiero di aggiustamento nel caso in cui lo Stato membro non segua quanto stabilito nel piano inizialmente approvato⁵¹.

Le restanti parti del regolamento disciplinano le altre complicate fasi della *liturgia* del coordinamento delle politiche economiche. Gli articoli da 20 a 25 (Capo V) stabiliscono le fasi del procedimento di monitoraggio, prevedendo le conseguenze in caso di deviazione significativa dal percorso di aggiustamento. Viene stabilito il ruolo delle istituzioni fiscali nazionali indipendenti ed è prevista una clausola di salvaguardia generale, nonché clausole di salvaguardia specifiche per Paese. Nel Capo VI (articoli 26-29) si trova la disciplina del dialogo economico, che prevede, tra l'altro, il coinvolgimento, almeno a livello informativo, del Parlamento europeo e la regola “*comply or*

⁴⁷ V. art. 30.

⁴⁸ considerando n. 22, articoli 5, 6, 7 e 13 della proposta di regolamento n. 1466/97, cit.

⁴⁹ V. art. 10.

⁵⁰ V. in particolare articoli 11, 12, 15, 16 e 17.

⁵¹ V. articoli 17 e 18.

explain” nei confronti del Consiglio: l’istituzione dovrà cioè motivare le decisioni di non seguire le proposte della Commissione⁵².

Quanto al coordinamento con gli strumenti del *Next Generation EU*, sembra che esso sia maggiormente volto ad aggravare gli oneri di *reporting* degli Stati membri⁵³ e non a facilitare, secondo le richieste di alcuni, il raggiungimento degli obiettivi dei Piani di ripresa e resilienza senza considerare i relativi oneri nella valutazione nell’ambito del PSC. Tuttavia, nelle modifiche al reg. 1467/97, che ci si appresta a richiamare brevemente qui di seguito, c’è una apertura alla considerazione di quelle spese nel contesto del braccio correttivo⁵⁴.

4.2. Per quanto riguarda il braccio correttivo del Patto, le maggiori innovazioni proposte non riguardano tanto l’apertura o la chiusura della procedura per il mancato rispetto del parametro sul deficit, ma di quello sul debito. A fonte della maggiore flessibilità concessa nel definire le traiettorie di rientro nei parametri, la procedura diviene più severa e il suo avvio pressoché automatico in caso di mancato rispetto degli aggiustamenti concordati nell’ambito delle nuove procedure di coordinamento (braccio preventivo del Patto). Il sentiero di aggiustamento dovrebbe restare lo stesso stabilito originariamente, tuttavia, se per circostanze oggettive non fosse più percorribile, il Consiglio su proposta della Commissione potrebbe approvare un sentiero di rientro modificato nell’ambito della procedura per deficit eccessivi.

Il reg. 1467/97 dovrebbe essere modificato innanzitutto per coordinare definizioni e procedure con il nuovo quadro definito dalla proposta di regolamento per il coordinamento delle politiche economiche. Si passerà poi nell’art. 2, per gli eventi che portano a considerare uno scostamento dai parametri eccezionale, da “*unusual events*” a “*exceptional circumstances*” al di là

⁵² V. articoli 26 e 27. Completano il quadro il Capo IX (articoli 32 e 33) con la previsione della modifica degli allegati con atti delegati della Commissione e il Capo X (articoli 34-38) con le disposizioni finali.

⁵³ V. ad es. art. 12, lett. d), ove si impone di indicare nel piano di medio termine come si assicurerà il rispetto degli impegni assunti col Piano nazionale di ripresa e resilienza.

⁵⁴ Proposta di regolamento del Consiglio che emenda il reg. 1467/97 per l’accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi, nuovo art. 2, par. 3, lett. d).

del controllo dello Stato interessato, riproponendosi un linguaggio simile a quello dell'art. 122, par. 2, TFUE o della già richiamata clausola di salvaguardia generale⁵⁵. Una delle novità più importanti è poi l'abbandono dell'obbligo di riduzione dei debiti oltre il 60% del PIL al ritmo di un ventesimo all'anno, a cui si è già fatto cenno: si farà riferimento al percorso di aggiustamento concordato nell'ambito del braccio preventivo. Anche per il riconoscimento di un "severe economic downturn"⁵⁶ non si farà più riferimento a criteri numerici, ma a quanto emerge dal nuovo meccanismo di coordinamento e il ricorrere di una siffatta condizione consentirà a Consiglio e Commissione di non concludere necessariamente per l'esistenza di un deficit eccessivo. In linea generale però lo sforamento del parametro del debito come accertato nel nuovo *Debt Sustainability Monitor*⁵⁷ condurrà in modo pressoché automatico all'apertura della procedura.

Nell'art. 1 della comunicazione sono contenute le modifiche proposte. Limitandoci a quelle essenziali, si prevede nel par. 2 che il parere del Comitato economico e finanziario di cui all'art. 126, par. 4, TFUE e le decisioni e raccomandazioni del Consiglio ai sensi dei paragrafi 6 e 7 dello stesso art. 126 sono automaticamente resi pubblici. Il percorso obbligatorio di rientro deve comunque prevedere il mantenimento del deficit al di sotto del 3%, o con una riduzione annuale almeno pari allo 0,5%, e del debito su un sentiero plausibilmente in riduzione ("*plausibly downward path*"), o deve essere tenuto ad un livello prudente. Il Consiglio può concedere una dilazione del termine di correzione in caso di circostanze eccezionali o "severe economic downturn". Nel relazionare sulle azioni intraprese gli Stati membri sottoposti alla procedura sono poi tenuti ad includere il parere della loro *Independent Fiscal Institution* (IFI). A tali istituzioni è riconosciuto un ruolo anche nelle missioni condotte negli Stati membri dalla Commissione, ove sono sentite assieme anche ai portatori di interessi. Le valutazioni possono altresì essere presentate, su invito, ai Parlamenti nazionali.

⁵⁵ V. anche art. 25 della proposta di regolamento n. 1466/97, cit.

⁵⁶ V. anche art. 24 della proposta di regolamento n. 1466/97, cit.

⁵⁷ Si tratta di analisi prodotte nell'ambito della *DG for Economic and Financial Affairs* (ECFIN) della Commissione. L'ultimo rapporto, riferito al 2022, è stato pubblicato di recente: v. *Debt Sustainability Monitor 2022*, Institutional Paper 199, April 2023, www.economy-finance.ec.europa.eu/system/files/2023-04/ip199_en_1.pdf.

Sostanzialmente gli stessi requisiti appena visti deve avere il percorso obbligatorio di rientro imposto da una decisione *ex par. 9* dell'art. 126 TFUE e simili sono anche i margini di flessibilità per casi di grave recessione o circostanze eccezionali (par. 4 della proposta).

Il par. 5 chiarisce le condizioni per la chiusura della procedura per deficit eccessivi ai sensi dell'art. 126, par. 12, attualmente previsti solo in un separato codice di condotta.

Quanto alle sanzioni, il par. 10 della proposta elimina la misura minima, ma prevede che esse si accumulino ogni sei mesi finché non sia intrapresa un'azione efficace ("*effective action*") fino ad un massimo dello 0,5% del PIL. Le sanzioni non saranno più devolute alla *European Financial Stability Facility* (EFSF, antecedente del MES), ma al bilancio dell'UE (par. 12)⁵⁸.

4.3. La direttiva 2011/85 è stata introdotta con il *Six Pack* nel 2011 per stabilire i "requisiti per i quadri di bilancio" nazionali, al fine di rendere più chiari i dati e di conseguenza più agevole l'opera di coordinamento. Le modifiche proposte dalla Commissione il 26 aprile 2023 sono volte a introdurre requisiti più stringenti per il quadro di bilancio di medio termine ("*medium-term budgetary framework*"), al fine di indurre gli Stati ad una programmazione su un orizzonte temporale più ampio, con coordinamento delle dimensioni temporali annuale e di medio termine (v. in particolare articoli 4 e 10). È inoltre rafforzato il ruolo delle IFI: oltre al coordinamento della direttiva con riguardo ai compiti affidati a queste istituzioni dalle altre due proposte, vengono introdotte prescrizioni sulla loro indipendenza e *accountability*, in linea con gli *standard* internazionali, e viene ad esse riservata la preparazione e la valutazione di previsioni di bilancio, nonché l'impatto di misure da adottare. Infine, alcune disposizioni sono volte a migliorare la trasparenza dei bilanci pubblici, anche con riguardo ai costi legati all'ambiente.

5. La riforma del PSC era nell'aria da tempo e l'attivazione della clausola generale di salvaguardia – peraltro per un periodo andato ben oltre le iniziali intenzioni – ha costituito l'occasione ideale per una pausa di riflessione.

⁵⁸ La clausola di revisione viene poi modificata dal par. 13, mentre il par. 14 introduce alcune disposizioni transitorie. All'art. 2 si trovano poi le disposizioni sull'entrata in vigore.

Questa ha consentito di mettere a fuoco le possibili prospettive di evoluzione della disciplina. Sono in realtà state avanzate molte proposte, con filosofie e obiettivi anche assai diversi tra loro⁵⁹. La pesante scossa della pandemia ha, dal canto suo, offerto indirettamente – come si è brevemente ricordato in apertura del precedente paragrafo – un nuovo modello di interazione tra istituzioni dell’UE e Stati membri, che responsabilizza i secondi e solleva almeno in parte le prime dalle accuse di eccessiva intrusività e severità antidemocratica nel contesto in particolare della *governance* economica. Le brevi note ricognitive che precedono consentono di allargare un po’ lo sguardo e porsi una domanda di fondo, che può consentire di meglio valutare anche le proposte di riforma: *a che serve il PSC?*

Per provare a dare una risposta, occorre individuare il valore che il Patto si propone di preservare. Facendo un passo indietro, anche nel tempo e risalendo a quanto si è reso evidente nella prima crisi finanziaria, si è sostenuto che una chiave di lettura fondamentale per intendere le riforme dell’UEM adottate in quel periodo risiede principalmente nel concetto di “stabilità finanziaria dell’area euro nel suo insieme”. Il nuovo par. 3 aggiunto all’art. 136 TFUE la prevede come *bene ultimo* dell’intera costruzione: solo laddove essa fosse a rischio, gli Stati dell’Eurozona sarebbero legittimati, senza trasgredire al divieto di

⁵⁹ Senza entrare qui in una rassegna di queste proposte e oltre ai puntuali riferimenti offerti fin qui al dibattito che ha preceduto la presentazione delle proposte della Commissione, v., per una valutazione anche giuridica dei progetti che rappresentavano le maggiori (e divergenti) tendenze, comunque non implicanti modifiche ai Trattati istitutivi, S. DULLIEN, C. PAETZ, R. REPASI, A. WATT, S. WATZKA, *Between high ambition and pragmatism: Proposals for a reform of fiscal rules without treaty change – Study for the European Economic and Social Committee*, www.eesc.europa.eu/it/our-work/publications-other-work/publications/between-high-ambition-and-pragmatism-proposals-reform-fiscal-rules-without-treaty-change. Ci si limita a segnalare comunque che alcune autorevoli voci si sono domandate, da un punto di vista soprattutto tecnico, se fosse davvero opportuna una riforma, perché essa avrebbe toccato equilibri non facili da raggiungere sulla base di nuove regole: v. L. BINI SMAGHI, *The Reform of the Stability and Growth Pact: Is it really necessary?*, in *Policy Brief*, n. 9, 22, www.sep.luiss.it/wp-content/uploads/2022/06/PB9.22-The-Reform-of-the-Stability-and-Growth-Pact.pdf. In realtà sembra che questo tipo di avvertimenti abbia sortito un qualche effetto, essendo l’impatto delle proposte della Commissione relativamente limitato su una serie di aspetti tecnici ed essendo queste più orientate, come si è visto, a istituire un nuovo complessivo meccanismo di coordinamento e controllo.

cui all'art. 125 TFUE⁶⁰, ad intervenire a favore di uno di essi in difficoltà e comunque a fronte di una “rigorosa condizionalità”⁶¹.

Il concetto di stabilità finanziaria ha fatto oggetto di molte discussioni ed è stato accostato soprattutto alla severità con la quale agli Stati destinatari degli aiuti sono state imposte riforme consistenti soprattutto in pesanti tagli alla spesa sociale. Non si entra qui in questa discussione. Tuttavia, va ricordato che gli eventi legati alla prima crisi finanziaria, anche al di là della concreta possibilità che possano essere riproposte formule simili e che possano essere ripetuti gli stessi errori, continuano a costituire uno spettro per gli Stati che temono di potersi trovare in difficoltà finanziarie, specie se la loro situazione di bilancio non è particolarmente solida.

Tornando ai valori in gioco, se – pur con formule e metodi concreti che potrebbero essere rivisti – nella prima crisi è stato essenziale preservare la stabilità finanziaria, va riconosciuto che ad essa è indissolubilmente legata l'altra nozione, centrale nel contesto della riforma del Patto, di *credibilità*. Importata dalla scienza economica, in sintesi identifica, per quanto qui rileva, la considerazione che mercati ed altri attori hanno di uno Stato in relazione al rispetto degli impegni assunti. Altro concetto ancora collegato – ma diversamente definito nelle varie ricostruzioni offerte nella scienza economica – è quello di *reputazione*, che si misura come incremento in termini di benessere derivante dall'accettazione di norme di carattere sociale.

Senza indugiare oltre nelle distinzioni, è essenziale osservare che si connette a queste nozioni il *credito* che è riconosciuto ai soggetti che godono di buona credibilità e/reputazione. Se, una volta che tale credito sia messo a rischio è posta a repentaglio la stabilità finanziaria dell'intera Eurozona, affin-

⁶⁰ Si tratta della c.d. *no bail-out clause*, che fa parte di quelle disposizioni che intendono preservare la responsabilità per gli impegni finanziari degli Stati, in particolare dell'Eurozona, a livello nazionale, senza che siano coinvolti gli altri Stati membri o le istituzioni dell'UE. La questione dell'ammissibilità di interventi di soccorso, anche a fronte di concreto rischio per la stabilità finanziaria, è stata oggetto di vivaci dibattiti, v. *supra*, nota 3 e testo corrispondente, nonché i riferimenti alla letteratura anche alla nota 52.

⁶¹ Sia consentito rinviare a R. CISOTTA, *Disciplina fiscale, stabilità finanziaria e solidarietà nell'Unione europea ai tempi della crisi: alcuni spunti ricostruttivi*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 1, 2015, p. 53 ss.; v. altresì L. LIONELLO, *The Pursuit of Stability of the Euro Area as a Whole: The Reform of the European Economic Union and Perspectives of Fiscal Integration*, Cham, 2020.

ché esso sia preservato occorre che gli attori sui mercati nutrano fiducia nell'assetto e nelle misure adottate dalle istituzioni e dagli Stati che di quella fanno parte. Ciò è particolarmente vero nel caso del debito, poiché i sottoscrittori dei titoli necessariamente giudicano la *credibilità* (e presumibilmente la *reputazione*) di chi li emette, nonché dell'organizzazione e dell'assetto dell'Eurozona. Di conseguenza, il debito stesso rischia di non essere più sostenibile nel momento in cui la credibilità del soggetto emittente venisse minata. In senso più ampio, quindi, la sostenibilità del debito ricomprende anche un giudizio sulla credibilità.

Nel contesto di critiche anche radicali emerse nella letteratura economica, sono state poste in discussione le stesse fondamenta del Patto e il ruolo della credibilità e della reputazione è stato relativizzato. Secondo queste ricostruzioni, rispettando le severe regole del PSC, gli Stati non avrebbero ottenuto un particolare aumento della credibilità sui mercati e il rispetto del Patto si sarebbe risolto nella necessità di rispetto di una "norma sociale", mentre si paventavano rischi derivanti da una corsa alla disciplina di bilancio troppo rigida⁶².

Non è qui il caso di discutere tali ricostruzioni. Ai nostri più limitati fini, va però notato che le riferite critiche risalgono a qualche anno fa e che il concetto di credibilità torna utile a rileggere alcune misure della storia più recente. La rilevanza della credibilità si è infatti imposta in modo plastico nel contesto delle misure anti-COVID, nelle quali l'UE ha *prestato* agli Stati la propria credibilità, consentendo ad es. di collocare titoli a condizioni che non sarebbero state concesse a singoli Stati membri, o almeno ad alcuni di essi⁶³. Essi, quindi, hanno avuto la possibilità di indebitarsi a condizioni più

⁶² V. J.-P. FITOUSSI, F. SARACENO, *Fiscal Discipline as a Social Norm: The European Stability Pact*, in *Observatoire Français des Conjonctures Économiques – Document de travail*, n. 2, 20 July 2007, www.ofce.sciences-po.fr/pdf/dtravail/WP2007-22.pdf.

⁶³ Il primo esperimento è senz'altro stato quello relativo alle erogazioni ai fondi di sostegno contro la disoccupazione: si tratta del meccanismo noto come SURE (*Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency*), fondato sul regolamento (UE) 2020/672 del Consiglio, del 19 maggio 2020, che istituisce uno strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione nello stato di emergenza (SURE) a seguito dell'epidemia di Covid-19. Anche nel *Next Generation EU* è stato replicato un meccanismo simile: cfr. regolamento 2020/2094 del Consiglio, del 14 dicembre 2020, che istituisce uno strumento dell'Unione europea per la ripresa, a sostegno alla ripresa dell'economia dopo la crisi COVID-19. L'architettura del *Next Generation EU* è assai complessa, per più puntuali riferimenti e

favorevoli di quelle che avrebbero conseguito da soli. Senza pretendere di formulare qui una critica circostanziata – che andrebbe oltre gli strumenti e i limiti del presente studio –, sembra che le osservazioni di vari anni fa sul PSC della dottrina economica poc'anzi richiamata non siano replicabili rispetto a questi più recenti strumenti.

Il PSC, tuttavia, ha bisogno di essere ri-compreso e forse re-impostato sulla base di una più corretta ricostruzione, almeno dal punto di vista giuridico, delle sue reali finalità e dei valori che i Trattati dell'UE intendono custodire. In tale contesto, è possibile formulare un'ipotesi di lavoro, certo non conclusiva, riguardo la ricostruzione della nozione giuridica di credibilità.

In primo luogo, è certo che la credibilità che ciascuno degli Stati costruisce per sé, nell'ambito delle regole europee, contribuisce all'edificazione anche del *bene comune* della credibilità dell'intera Eurozona e della stessa Unione. Se quest'ultima è poi superiore a quella dei singoli Stati membri, è ben possibile che essa sia messa a servizio delle loro esigenze anche di finanziamento, come negli strumenti di reazione alla crisi economica innescata dal COVID e poco sopra ricordati. Un'altra assai interessante prospettiva in questo senso è quella della creazione di un'Agenzia europea del debito, che collocherebbe direttamente titoli al posto degli Stati a condizioni europee⁶⁴.

Già sulla base di queste prime osservazioni, si può provare a dare una risposta al quesito, con cui si è aperto il presente paragrafo, su quale sia l'utilità del PSC. L'utilità non può certo essere di mero carattere dogmatico, ma di carattere pratico, come strumento di controllo della sostenibilità e utile all'edificazione e al mantenimento della credibilità. Quest'ultima è in definitiva un'indispensabile carta d'identità nei confronti dei mercati, coi quali tanto gli Stati membri che l'UE sono costretti a confrontarsi e, pertanto, essenziale per mantenere il debito sostenibile.

ampie valutazioni, v. gli studi citati alla nota 20. Per alcune osservazioni sull'utilizzo delle basi giuridiche presenti nei Trattati per la costruzione di tale complessa architettura, sia consentito rinviare a R. CISOTTA, *Rigidità e flessibilità del sistema delle competenze dell'UE alla luce della prassi recente*, in *Diritto Pubblico*, n. 3, 2022, p. 703, spec. p. 722.

⁶⁴ Il progetto è assai suggestivo, ma non può essere qui analizzato in dettaglio. V. per una delle più interessanti proposte M. AMATO, E. BELLONI, P. FALBO, L. GOBBI, *Europe, public debts, and safe assets: the scope for a European Debt Agency*, in *Economia Politica: Journal of Analytical and Institutional Economics*, n. 3, 2021, p. 823.

In secondo luogo, non sono solo gli Stati a creare la credibilità propria e dell'Unione, ma anche le istituzioni di questa sono chiamate a dare un contributo. Una breve rilettura di vicende già ripercorse può essere utile. La sentenza del 2004 della Corte di giustizia⁶⁵ ad es. risulta essere un contributo alla credibilità. Nel chiarire che i passaggi per la procedura per deficit eccessivi non possono essere arbitrariamente ridisegnati e che non possono essere adottati in quel contesto atti innominati, quella pronuncia ha conferito alla procedura, centrale nel PSC, un carattere di certezza e prevedibilità che non può che giovare anche nei momenti delle scelte, tanto a livello nazionale, che delle istituzioni dell'UE coinvolte.

In terzo luogo, un chiaro intento di presentarsi ai mercati in modo da conferire affidabilità ai propri impegni si ritrova in episodi anche più vicini a noi. In particolare, è degna di nota la dichiarazione dei Ministri dell'Eurogruppo del 16 marzo 2020 che, nell'annunciare una serie di misure di risposta all'emergenza economica causata dal COVID e, tra l'altro, l'adesione all'iniziativa della Commissione di attivare la clausola generale di salvaguardia, ricorrevano alla celeberrima espressione, già usata da Mario Draghi come Presidente della BCE, "*whatever it takes*": era stata usata dal Presidente italiano dell'Istituto di emissione in relazione all'utilizzo di tutti i messi a disposizione dell'Istituto di emissione di Francoforte per salvare l'euro. Venne riferita, dai Ministri dell'Eurogruppo, alle nuove drammatiche condizioni determinate dalla pandemia ed essa chiaramente denotava l'intento di assumersi una responsabilità e di voler essere giudicati, da cittadini ed ambienti economici in senso ampio, per le successive conseguenti azioni che sarebbero state intraprese⁶⁶. Se questo giudizio dovesse essere stato negativo, l'intera architettura istituzionale dell'euro ne sarebbe stata danneggiata.

In quarto luogo, la già sottolineata complessità del quadro normativo dell'UEM potrebbe non giovare alla credibilità. Si è già detto che questo stato di cose potrebbe alimentare tendenze di vario tipo verso un'accresciuta frammentazione. L'ulteriore rischio è peraltro costituito dalla necessità, dettata talvolta dal sopravvenire di circostanze economiche e storiche nuove, ta-

⁶⁵ Sentenza *Commissione c. Consiglio*, cit.

⁶⁶ V. *supra*, nota 24.

l'altra da spinte reiterate e non sempre razionali verso l'irrigidimento della disciplina fiscale, di ribadire più volte e con strumenti anche troppo diversi lo stesso tipo di impegni, o anche lo stesso identico impegno. Gli intenti di mantenere i conti in ordine, se ripetuti troppo spesso, magari accompagnati da impegni di riordino troppo gravosi e poi seguiti da comportamenti conseguenti, possono avere come esito paradossale quello di minare la credibilità. Ciò peraltro, si badi bene, avviene non solo nei confronti dei mercati, ma degli stessi cittadini, che non possono che restare disorientati.

Infine, e oltre alle osservazioni già presentate nelle pagine che precedono, è opportuno domandarsi se le proposte presentate dalla Commissione il 26 aprile scorso costituiscano un passo nella direzione dell'accrescimento della credibilità. Il concetto in questione è chiaramente sotteso alla costruzione del pacchetto e fa capolino nelle motivazioni e nei considerando⁶⁷, nonché una sola volta nei testi normativi che si sottopongono ad approvazione, ossia nel nuovo art. 9, par. 1, della direttiva 2011/85 con riguardo alla necessità di una programmazione pluriennale⁶⁸. Essenzialmente esso è richiamato in relazione ai

⁶⁷ Cfr. la motivazione dei tre atti ove si analizza la coerenza col resto del quadro normativo vigente nella materia e ci si focalizza sulla responsabilità nazionale ("*national ownership*") come orientata a garantire una riduzione credibile e sostanziale del debito ("*credible and substantial reduction of high debt levels and at promoting sustainable and inclusive growth*"): cfr proposta di regolamento n. 1466/97, cit. (prima proposta), Explanatory Memorandum, § 1, pag. 2; proposta di regolamento del Consiglio che emenda il reg. 1467/97 per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi (seconda proposta), cit., Explanatory Memorandum, § 1, pag. 3; proposta di modifica della direttiva 2011/85/UE relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri (terza proposta), Explanatory Memorandum, § 1, pag. 3. Si fa poi riferimento alle IFI, che rafforzano la disciplina fiscale e la credibilità delle finanze pubbliche degli Stati (considerando n. 27 della prima proposta, n. 19 della seconda proposta e, in termini leggermente diversi, considerando n. 13 della terza proposta). Nella terza proposta, si afferma che per la chiusura della procedura per deficit eccessivi è necessario che il deficit rimanga al di sotto del 3% in modo credibile, in aggiunta alla dimostrazione che lo Stato stia seguendo il percorso di rientro per quanto riguarda il debito (considerando n. 20). Nella terza proposta, si afferma che una programmazione pluriennale rafforza la credibilità, tenendo allo stesso tempo conto della sostenibilità del debito (considerando n. 16).

⁶⁸ V. terza proposta, art. 1 (pag. 16). Il nuovo testo così suona: "*Member States shall establish a credible, effective medium-term budgetary framework providing for the adoption of a fiscal planning period of at least 4 years to ensure that national fiscal planning follows a multi-annual fiscal planning perspective*".

percorsi di rientro dal debito e alla relativa responsabilità nazionale, al ruolo delle IFI e, come appena ricordato, alla programmazione per almeno quattro anni che viene prescritta agli Stati membri. Il ruolo trasversale della credibilità risulta già evidente, anche se sarebbe auspicabile renderlo più esplicito in sede di approvazione dei testi. Ciò potrebbe ad esempio avvenire esigendo che le decisioni cruciali della procedura per deficit eccessivi siano motivate in relazione all'esistenza di un rischio potenziale o attuale per la credibilità. Un siffatto rischio non può essere dato per assodato al semplice sfioramento di uno dei parametri. La relativa valutazione è ad esempio implicitamente sottesa alla decisione di chiusura della procedura, in cui si richiede che sia rispettato il parametro del deficit, ma in relazione a quello del debito si deve accertare che sia in corso il rientro secondo il percorso di aggiustamento concordato. Allo stesso modo, nello sfruttare gli spazi di apprezzamento discrezionale che ancora residuano in capo al Consiglio, questo potrebbe essere tenuto a motivare anche la mancata adozione di atti – ad es. la constatazione dell'esistenza di un deficit eccessivo, o l'irrogazione di sanzioni – in quanto la situazione specifica non costituisce un rischio per la credibilità ed anche per la sostenibilità del debito.

Questo genere di motivazione costituirebbe, in modo analogo alla regola *comply or explain* contenuta nel nuovo regolamento riguardante il braccio preventivo del Patto, una modalità di esercizio della discrezionalità del Consiglio⁶⁹. Essa consentirebbe di moderarne anche l'ampiezza e potrebbe scongiurare il verificarsi di situazioni, come quella del 2004, in cui la mancata adozione di un atto successivo alla constatazione di un deficit eccessivo portò le Commissione e Consiglio in un vicolo cieco.

In una valutazione complessiva delle proposte nella loro formulazione, è opportuno infine mettere in luce due elementi. Il primo riguarda la segnala-

⁶⁹ Oltre alla maggioranza qualificata inversa laddove prevista, o eventualmente anche in sostituzione di tale sistema di approvazione, si potrebbe gravare l'istituzione di un onere di motivazione qualificato, ossia da assolvere proprio con una valutazione in relazione a credibilità e sostenibilità. È da riconoscere che non sarebbe facile fornire una motivazione del genere a fronte di una proposta della Commissione, corredata da evidenze empiriche. Tuttavia, potrebbe residuare uno spazio di valutazione per la decisione dell'organo propriamente politico che, nell'esercitarla, metterebbe evidentemente in gioco anche la *propria* credibilità e dell'intero sistema, giacché un ricorso troppo frequente a motivazioni del genere, magari formulate in modo evanescente minerebbe l'intero edificio del PSC.

zione di un'ambiguità, dalla quale occorrerebbe sgombrare il campo: nel tornare alla nascita del PSC, si è potuto osservare come l'irrigidimento della disciplina ed in particolare l'automatismo delle sanzioni non è di per sé direttamente discendente dal Trattato di Maastricht. I fautori delle sanzioni automatiche a volte si presentano come custodi dell'autentico spirito di quel Trattato, ma gli auspicati automatismi in realtà discendono da una possibile interpretazione di quello spirito, ma non certo l'unica possibile. Meglio si farebbe ad analizzare in che termini quegli automatismi, laddove introdotti, possano servire alla credibilità del sistema. Deve ricordarsi in realtà che, proprio nel Trattato di Maastricht, era chiaramente lasciato alle istituzioni ed in particolare al Consiglio uno spazio valutativo che non può essere imbrigliato completamente⁷⁰. A ben vedere, gli stessi mercati non necessariamente premiano i sistemi che, in omaggio alla rigidità, non consentano vie d'uscita nei momenti – non tutti prevedibili in anticipo – in cui queste si rivelino utili e razionali dal punto di vista economico, nonché opportune da quello politico⁷¹. Sembra in realtà che le proposte della Commissione si muovano in uno spazio piuttosto prossimo al limite della rigidità eccessiva, che, probabilmente, non sarebbe legittimo alla luce dello stesso diritto primario.

La seconda osservazione riguarda lo schema che si è cercato di innestare nel PSC sul modello degli strumenti del *Next Generation EU*. A tal proposito, va notato che la trattativa con la Commissione è in effetti un mezzo per conferire credibilità ed anche uno *schermo* agli Stati membri nei confronti degli altri attori che sugli impegni statali emettono giudizi. In certo senso, la nota positiva di questo sistema risiede nel fatto che il sentiero concordato dallo Stato, che dovrebbe tenere in conto anche le sue scelte di investimento, viene *nobilitato* dall'omologazione ricevuta dalla Commissione e dall'ingresso nel complessivo sistema di coordinamento. Al tempo stesso, nel ricevere il compito di giudicare questi piani e di controllarne l'attuazione, in un arco

⁷⁰ M. HERDEGEN, *op. cit.*, p. 25 ss.

⁷¹ In senso più radicale e più generale con riguardo all'intera costruzione dell'UEM, è stata invocata una de-costituzionalizzazione che ne elimini l'ispirazione di fondo, consentendo di volta in volta al gioco politico di ri-determinarne gli obiettivi e le strategie: v. M. DANI, *De-constitutionalising the Economic and Monetary Union*, in *Continuity and Change – How the Challenges of Today Prepare the Ground for Tomorrow*, ECB Legal Conference 2021, Frankfurt am Main, www.ecb.europa.eu. p. 282.

temporale anche prolungato rispetto al previgente sistema e con un apparato sanzionatorio pronto a scattare quasi meccanicamente in seguito a sue valutazioni negative, la Commissione con tutta evidenza rafforza grandemente il suo ruolo di controllore⁷².

⁷² Tale accrescimento può ovviamente essere oggetto di valutazioni diverse, tuttavia la flessibilità che esso offre sembra vantaggiosa almeno rispetto alle opzioni, reiterate ancora in risposta alla presentazione delle proposte della Commissione, di incentrare il funzionamento del PSC su parametri numerici rigidi.

Conclusioni

CONCLUSIONI GENERALI

Roberto Mastroianni*

1. Nel concludere i lavori di questo ricchissimo Convegno Annuale, lasciatemi innanzi tutto ringraziare l' AISDUE, ed in particolare il presidente Prof. Tizzano, il Segretario generale Prof.ssa De Pasquale e gli altri membri del Consiglio direttivo, per avermi concesso l'onore di rivolgervi alcune brevi considerazioni finali. Ma i miei più sentiti ringraziamenti, ed i complimenti, vanno anche ai colleghi dell'Università di Bari, a partire dalla Prof.ssa Damato, per l'organizzazione impeccabile di questo nostro quarto appuntamento e per aver scelto, insieme al Consiglio direttivo, di dedicare il convegno ad "Ambiente, digitale ed economia: l'Unione europea verso il 2030".

Si tratta di tre grandi temi (le azioni in materia ambientale, la trasformazione digitale, gli strumenti economici) che, come è evidente, rappresentano l'attualità del dibattito normativo, e giurisprudenziale e dottrinale per quanto concerne il versante del diritto "materiale" dell'Unione ed il suo rapporto con le regole di base, dalla tutela dei diritti fondamentali alla protezione dello Stato di diritto.

Sinceri complimenti, poi, a tutti i relatori per il livello altissimo dei contributi. A questo proposito, mi pare il caso di sottolineare che, se la ricchezza dei temi e la limitatezza del tempo a disposizione rende obiettivamente complesso il compito di chi deve concludere, mi sembra debba essere valorizzato al giusto che la scelta dei temi sia stata fortemente "identitaria": se è vero che di ambiente, di digitale, di strumenti economici si può discutere nei convegni delle associazioni di (più o meno) tutti i settori disciplinari, lasciatemi dire che nessuno può farlo come lo facciamo noi. Intendo dire che solo una formazione di base di diritto dell'Unione, istituzionale e materiale, consente di affrontare questi temi tenendo nella necessaria considerazione problemi per noi familiari. Mi riferisco, più in particolare, ai limiti delle competenze

* Professore di diritto dell'Unione europea nell'Università di Napoli "Federico II" e giudice del Tribunale dell'Unione europea. Le opinioni sono espresse a titolo personale e non impegnano l'Istituzione.

dell'Unione rispetto a quelle degli Stati membri; alla coerenza tra azione interna ed azione esterna dell'Unione; alla scelta della corretta base giuridica per un intervento del legislatore dell'Unione; e poi, una volta individuata la base giuridica nei Trattati, alla scelta del tipo di atto qualora detta base giuridica consenta l'adozione di diversi strumenti legislativi. Ancora, quanto al merito dello specifico intervento legislativo, mi riferisco alle delicate questioni relative alla gestione dei veri o presunti conflitti, *rectius* delle operazioni di bilanciamento che coinvolgono, in primo luogo, le esigenze di funzionamento del mercato interno, da un lato, ed i diritti fondamentali, dall'altro: questione di certo non nuova, ma che oggi si nutre di nuova linfa in ragione dell'evidente spostamento dell'asse dell'intervento dell'Unione verso tematiche di grande impatto sulle "nuove generazioni" dei diritti dell'uomo; in secondo luogo, le ulteriori necessità di armonizzazione delle diverse categorie di principi o diritti fondamentali incise dall'intervento dell'Unione nei settori in questione (per fare solo alcuni esempi, il diritto all'ambiente salubre e l'autonomia energetica come garanzia di sviluppo; la libertà di informazione e la tutela dei dati personali; il pluralismo dei media e la libertà di iniziativa economica). Infine, mi riferisco alle delicatissime questioni legate all'applicazione delle discipline in questione dinanzi ai giudici europei e nazionali, che si tratti di public o private enforcement. Non credo di sbagliare se affermo che soltanto in un convegno AISDUE questi temi possono essere affrontati ed analizzati con le competenze e le sensibilità necessarie.

2. Non voglio, ovviamente, ripercorrere tutte le sessioni del nostro convegno e non farò riferimento specifico a nessuna delle relazioni in particolare. Voglio solo tentare, nonostante l'eterogeneità degli argomenti, di individuare dei *file rouges* capaci di tenere insieme i discorsi che abbiamo sinora sentito ed apprezzato.

Il primo di essi è il ritorno prepotente della responsabilità del legislatore dell'Unione: avrete notato che abbiamo discusso in questi giorni soprattutto di testi normativi, in particolare di nuovi interventi legislativi dell'Unione e di altrettante nuove proposte avanzate dalla Commissione, molto meno di decisioni dei giudici. Non sta a me valutare se questi interventi siano tutti necessari anche dal punto di vista del rispetto del principio della sussidiarietà, ma di certo i temi affrontati dal legislatore, dalla disciplina delle piattaforme digitali alle questioni legate alla indipendenza energetica o alla gestio-

ne dei dati sanitari, difficilmente possono essere affrontate in maniera autonoma dai singoli Stati membri. Abbiamo notato che con il suo intervento il legislatore europeo si dimostra intenzionato ad incidere anche sull'annoso problema – notoriamente spesso all'attenzione della Corte di giustizia – della scelta (o delle modalità di convivenza) tra la regolazione e la concorrenza, e lo fa in maniera da dare una evidente preferenza alla regolazione, anche in settori che, come abbiamo visto per il Digital Markets Act (DMA), sono tradizionalmente tributari di letture ed interpretazioni giurisprudenziali.

Ovviamente questo fervore di produzione normativa, già segnalata dalla Prof.ssa Adinolfi, se porta con sé dei vantaggi dal punto di vista della certezza giuridica, pone anche una serie di interrogativi. Alcuni di essi sono da sempre oggetto di dibattito giuridico e politico ma di recente sembrano riemergere in ragione della evidente necessità di un ammodernamento delle regole di base: intendo riferirmi al problema del tasso di democraticità di un sistema di produzione legislativa che vede il Parlamento europeo escluso dalla fase di iniziativa legislativa; oppure quello della rapida obsolescenza delle soluzioni adottate, che in ragione dei tempi non brevi della procedura legislativa dell'Unione rischia di produrre, in settori che invece conoscono una rapida evoluzione tecnologica, un testo normativo non più attualissimo.

Il secondo *fil rouge* riguarda il tipo di atto: mi riferisco alla preferenza, in molti degli interventi legislativi di cui si è discusso, completati o *in fieri*, per il regolamento invece che per la direttiva, anche laddove l'intervento legislativo è inteso ad armonizzare le discipline nazionali e contempla attività successive che sono devolute agli Stati membri. Dal punto di vista formale, la scelta è senza dubbio corretta: la base giuridica delle proposte è, da solo o in combinato disposto con altre disposizioni del medesimo Trattato, l'articolo 114 del TFUE che prevede la possibilità di adottare *misure* (quindi anche regolamenti) per il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno. Tuttavia, per ragioni evidenti legate al rispetto del margine di intervento nazionale, l'armonizzazione delle legislazioni nazionali è un tipico campo di elezione delle direttive. Ad ogni modo, si tratta di un fenomeno che ha oramai preso piede da anni, e che comporta a volte addirittura la sostituzione di precedenti direttive con nuovi regolamenti per la disciplina della medesima materia (il caso del regolamento 2016/679 sulla protezione dei dati personali è probabilmente il più significa-

tivo) e che non ha provocato al momento reazioni significative, neanche dinanzi al giudice europeo. Quali i motivi di questa scelta? Di certo, vengono in rilievo le ragioni legate alla maggiore rapidità di entrata in vigore della nuova disciplina che l'intervento di un regolamento può garantire, ma non credo sia estranea anche con una certa sfiducia rispetto alla tempestività ed alla correttezza della trasposizione delle direttive da parte dei singoli Stati membri. Si tratta comunque di una scelta non anodina, e ciò da diversi punti di vista: in primo luogo, quanto al valore formale della fonte normativa, per la già ricordata applicabilità immediata dell'atto al momento della sua pubblicazione o al momento successivo indicato dal testo, mentre le direttive assegnano agli Stati membri un termine, solitamente di due anni, per il recepimento negli ordinamenti nazionali; in secondo luogo, per la capacità dei regolamenti di disciplinare immediatamente anche i rapporti inter-privatistici, anche in assenza di trasposizione nel diritto interno, mentre le direttive scontano ancora gli effetti "asimmetrici" della giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di (assenza di) effetti giuridici nei medesimi rapporti; peraltro, data per presupposta la necessità di un intervento "a valle" degli Stati membri per dare attuazione ai nuovi regolamenti proposti o già adottati dal legislatore dell'Unione, va segnalata anche la minore incisività della reazione "di sistema" agli inadempimenti statali, godendo la procedura di infrazione di un percorso più rapido ed efficace solo se riferita alla mancata adozione delle regole interne intese a recepire le direttive (art. 258, par. 3, TFUE).

Se poi si dà uno sguardo ravvicinato alle soluzioni normative inserite nei testi dei regolamenti e delle proposte di regolamento di cui si è discusso in questi giorni, è evidente che il confine tra i due tipi di atti è tutt'altro che definito, rinvenendosi nelle proposte di regolamenti delle disposizioni che inevitabilmente richiedono un intervento di attuazione da parte dei legislatori nazionali per poter produrre effetti giuridici. Basti leggere l'art. 4 della proposta del c.d. "Media Freedom Act", rubricato "Diritti dei fornitori di servizi di media" per convincersene. Se negli ultimi decenni del secolo scorso la dottrina (mi riferisco alla nota tesi del rimpianto Prof. Conforti) si interrogava sulla legittimità, rispetto alle definizioni dei trattati, delle direttive dettagliate, da intendere in realtà come regolamenti camuffati, oggi ci troviamo in sostanza nella situazione inversa, cioè di direttive camuffate da regolamenti!

Ad ogni modo, non è detto che tutte le nuove proposte andranno in porto, né che ciò avverrà secondo i desiderata della Commissione. In particolare,

la proposta di regolamento sulla libertà di media ha già ricevuto una serie di critiche rivolte sia ad aspetti formali che al contenuto, ritenuto da molti una risposta troppo timida rispetto ad un problema, quello della libertà dei media, che avrebbe richiesto misure molto più pregnanti. Peraltro, il nostro orizzonte temporale, come da titolo del convegno, è il 2030, per cui avremo tutto il tempo per valutarlo.

Vi ringrazio per l'attenzione.

Tavola rotonda
“La cooperazione giudiziaria e giuridica
in materia civile e penale”
4 novembre 2022

IL SECONDO PROTOCOLLO ADDIZIONALE
ALLA CONVENZIONE DI BUDAPEST E LE NUOVE FRONTIERE
DELLA COOPERAZIONE INTERNAZIONALE
IN AMBITO DIGITALE. QUALI RISCHI PER LA PROTEZIONE
DEI DATI PERSONALI NELL'UNIONE EUROPEA?

Marco Buccarella*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Cenni sulla Convenzione di Budapest sul *cybercrime*. – 3. Le condizioni di salvaguardia e la protezione dei dati personali nel Secondo Protocollo. – 4. Le indicazioni fornite dall'UE in sede di autorizzazione alla firma da parte dei Paesi membri. – 5. Dubbi sulla *data privacy (non)compliance*: quali rischi per il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali? – 6. Riflessioni conclusive.

1. Il quadro normativo cui ricondurre il tema della cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale è stato di recente interessato da un nuovo strumento pattizio approvato dal Consiglio d'Europa, ovvero il Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione di Budapest sulla criminalità informatica (d'ora in avanti il "Secondo Protocollo")¹. Tale trattato, aperto alla firma degli Stati il 12 maggio 2022, contempla disposizioni volte a rafforzare la cooperazione internazionale (e non solo) nel contrasto alla criminalità informatica e, in particolare, nell'ambito delle attività di ricerca, reperimento e divulgazione delle c.d. prove digitali o elettroniche². Giova fin da subito

* Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche presso l'Università di Foggia – Dipartimento di Giurisprudenza.

¹ Consiglio d'Europa, Secondo Protocollo aggiuntivo alla Convenzione sulla criminalità informatica sulla cooperazione rafforzata e la divulgazione delle prove elettroniche, STCE, n. 224.

² Sulla portata, sul significato e sul contenuto del nuovo accordo addizionale alla Convenzione di Budapest, si vedano i contributi che compongono lo Speciale dedicato al Secondo Protocollo, suddiviso in due parti e pubblicato in *Diritto Penale e Processo*, n. 8, 2022, pp. 1017-1060; n. 9, 2022, pp. 1137-1174. In merito alla relazione intercorrente, in generale, tra le misure previste dal Secondo Protocollo e la disciplina contenuta nel regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, che istituisce la Procura europea (EPPO), si

precisare che le materie oggetto del Secondo Protocollo, cioè la cooperazione giudiziaria in materia penale e la protezione dei dati personali, sono state oggetto di una pluralità di atti di diritto derivato UE³ e trovano la loro base giuridica, rispettivamente, nell'art. 16 TFUE e nell'art. 82, par. 1, TFUE. Gli Stati membri sono perciò stati autorizzati a firmare il nuovo accordo addizionale alla Convenzione di Budapest nell'interesse dell'Unione⁴, stante la riconducibilità del Secondo Protocollo all'art. 3, par. 2, TFUE e, quindi, all'ambito di competenza esclusiva dell'Unione a concludere accordi internazionali⁵. Del resto, l'autorizzazione in favore dei Paesi membri si è resa necessaria giacché "l'Unione non può firmare il protocollo, in quanto solo gli Stati possono esserne parti"⁶.

2. Prima di approfondire gli aspetti rilevanti del rapporto tra il Secondo Protocollo e la disciplina UE in materia dati personali, conviene soffermarsi brevemente sullo strumento giuridico cui accede l'accordo addizionale in commento, cioè la Convenzione del Consiglio d'Europa di Budapest del 2001⁷. Si tratta del primo strumento giuridico internazionale pattizio che, nell'introdurre nozioni di tipo tecnico in materia digitale⁸, ha predisposto un

veda A. PROCACCINO, *Il Secondo Protocollo e le indagini della Procura europea*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 9, 2022, p. 1168 ss.

³ Per un approfondimento sugli atti di diritto derivato in materia e, più in generale, sul Secondo Protocollo nel quadro del diritto internazionale e del diritto dell'Unione europea, cfr. G. M. RUOTOLO, *Il Secondo Protocollo alla Convenzione cybercrime sulle prove elettroniche tra diritto internazionale e relazioni esterne dell'Unione europea*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 8, 2022, p. 1022 ss.

⁴ Sulla base degli artt. 16, 82, par. 1, e 218, par. 6, TFUE. Cfr. decisione (UE) 2022/722 del Consiglio, del 4 aprile 2022, recante l'autorizzazione agli Stati membri a firmare, nell'interesse dell'Unione europea, il Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione sulla criminalità informatica riguardante la cooperazione rafforzata e la divulgazione di prove elettroniche.

⁵ S. LORENZMEIER, R. PETROV, C. VEDDER (eds.), *EU External Relations Law. Shared Competences and Shared Values in Agreements Between the EU and Its Eastern Neighbourhood*, Cham, 2021; L. AZOULAI (ed.), *The Question of Competence in the European Union*, Oxford, 2014.

⁶ Considerando n. 13 della decisione (UE) 2022/722, cit.

⁷ Consiglio d'Europa, Convenzione sulla criminalità informatica, STE, n. 185, aperta alla firma il 23 novembre 2001 ed entrata in vigore il 1° luglio 2004.

⁸ Tra cui, ad esempio, le definizioni di *computer data* o *service provider*.

sistema di cooperazione volto a contrastare gli illeciti commessi con e sulla rete, tendenzialmente caratterizzati da atemporalità e atterritorialità⁹. In questa categoria rientra un'ampia gamma di infrazioni, che vanno dalle violazioni di *copyright* ai reati in materia di pornografia minorile. Con la Convenzione di Budapest, si è dato avvio ad un nuovo corso di politica comune in materia di criminalità informatica, ispirato ai due obiettivi che guidano l'attività del Consiglio d'Europa: armonizzazione normativa e cooperazione internazionale¹⁰. Le iniziali incertezze che hanno accompagnato l'*iter* di approvazione della Convenzione hanno lasciato posto alla sempre più diffusa consapevolezza, da parte degli Stati, dell'effettiva utilità di uno strumento giuridico di portata internazionale volto a delineare un quadro giuridico condiviso, indispensabile per l'attività di contrasto alla criminalità informatica. Questa consapevolezza ha trovato una prima conferma nel 2006, quando il Consiglio d'Europa, dopo appena due anni dall'entrata in vigore della Convenzione di Budapest, ha approvato un primo Protocollo addizionale, relativo alla criminalizzazione di atti di natura razzista e xenofobica commessi a mezzo di sistemi informatici¹¹. Il 17 novembre 2021, a distanza di vent'anni dall'apertura alla firma della Convenzione sul *cybercrime*, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa è intervenuto nuovamente in materia, approvando il Protocollo di cui qui si discute. Come si è detto, il fine del recente accordo aggiuntivo è rafforzare, anche oltre i confini territoriali, i poteri spettanti agli organismi preposti all'applicazione della legge nell'ambito delle attività di reperimento, archiviazione e impiego delle prove digitali¹². Lo stes-

⁹ Per un approfondimento sulle disposizioni contemplate dalla Convenzione di Budapest, si vedano J. CLOUGH, *A World of Difference: The Budapest Convention on Cybercrime and the Challenges of Harmonization*, in *Monash University Law Review*, vol. 40, n. 3, 2014; M. KEYSER, *The Council of Europe Convention on Cybercrime*, in *Journal of Transnational Law & Policy*, vol. 12, n. 2, 2003.

¹⁰ Lo strumento principale d'azione del Consiglio d'Europa consiste nel predisporre e favorire la stipulazione di accordi o convenzioni internazionali tra gli Stati membri e, spesso, anche tra Paesi terzi, tali da costituire la base per l'armonizzazione delle legislazioni e la cooperazione internazionale.

¹¹ Consiglio d'Europa, Protocollo addizionale alla Convenzione sulla criminalità informatica, relativo all'incriminazione di atti di natura razzista e xenofobica commessi a mezzo di sistemi informatici, STE, n. 189.

¹² Cfr. D. CURTOTTI, *Speciale sul Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione di Budapest. Premessa*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 8, 2022, p. 1017 ss.

so Consiglio d'Europa, in un comunicato ufficiale risalente alla fine del 2021, ha definito il Secondo Protocollo come uno strumento finalizzato a potenziare "its legal arsenal"¹³, in materia di contrasto alla criminalità informatica.

Come dimostra la breve disamina condotta sin qui, l'accordo di recente sottoscritto si pone quindi nel solco tracciato dalla Convenzione di Budapest, fornendo la base giuridica per la cooperazione tra gli Stati nell'ambito delle indagini digitali e, in particolare, con riferimento alle attività di raccolta e utilizzo delle prove elettroniche. Nella prospettiva del Consiglio d'Europa, la proliferazione di crimini informatici può essere combattuta riducendo gli effetti negativi dovuti alla disconnessione tra la giurisdizione territoriale degli Stati e il modo in cui le informazioni si spostano e sono conservate nell'ambito dei confini nazionali. In tal senso il Secondo Protocollo contempla, oltre a previsioni di carattere più generale, specifiche disposizioni a carattere tecnico, volte ad agevolare, *rectius* accelerare, le procedure di comunicazione tra autorità statali e fornitori di servizi e, quindi, la divulgazione di dettagliate informazioni sugli abbonati, sui dati di traffico e sulla registrazione dei nomi di dominio. Ciò spiega il motivo per cui le nuove previsioni in materia di indagini digitali interessano non soltanto le competenti autorità dei Paesi, bensì anche prestatori di servizio privati, come i gestori dei *provider* o le società fornitrici dei servizi di telecomunicazione¹⁴. L'applicabilità di alcune previsioni del Secondo Protocollo anche nei confronti di tali soggetti si spiega in ragione della tipologia dei servizi erogati dai privati, consistenti per lo più in piattaforme digitali ove possono transitare (ed essere conservate) tracce o elementi determinanti ai fini della ricostruzione dei fatti di reato.

3. Dal momento che il Secondo Protocollo incentiva la cooperazione nell'ambiente digitale, uno dei temi che assume maggiore rilevanza è la protezione dei dati personali. Gli strumenti informatici, infatti, sono notoriamente contenitori di informazioni riguardanti la personalità dell'individuo e dei terzi che hanno rapporti con quest'ultimo¹⁵; ne consegue che un trattamento non corretto dei dati potrebbe tradursi in violazioni del diritto fon-

¹³ Consiglio d'Europa, comunicato del 17 novembre 2021, Ref. DC 207 (2021).

¹⁴ Cfr. P. PERRI, *Le condizioni di salvaguardia e la protezione dei dati personali*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 9, 2022, p. 1150 ss.

¹⁵ In proposito, cfr. sentenza della Corte EDU del 4 dicembre 2015, ric. n. 47143/06, *Roman Zakharov v. Russia*.

damentale alla riservatezza e, per altro verso, in lacune o errori investigativi¹⁶. In ambito UE il diritto alla protezione dei dati personali, quale corollario della privacy¹⁷, rappresenta un diritto fondamentale¹⁸, tutelato da norme di rango primario e peraltro oggetto di uniformazione¹⁹ e di armonizzazione²⁰.

Considerata la rilevanza attribuita dal legislatore dell'Unione al tema privacy²¹, è opportuno interrogarsi in questa sede sul rapporto che intercorre tra il quadro giuridico UE in materia di protezione dei dati personali e le nuove norme previste dal Secondo Protocollo. Nell'ambito di tale accordo, la "risposta" giuridica ai timori in materia di *data protection* si rinviene negli artt. 13 e 14, rispettivamente rubricati "Condizioni e garanzie" e "Protezione dei dati personali". Le due disposizioni sono tra loro strettamente connesse, nella misura in cui l'art. 13 ripropone il contenuto all'art. 15 della Convenzione di Budapest e quindi il rispetto, oltre che dei diritti umani e delle libertà fondamentali, anche del principio di proporzionalità²². Si tratta di un

¹⁶ P. PERRI, *op. cit.*, p. 1152 ss.

¹⁷ Sulla distinzione tra diritto alla privacy e diritto alla protezione dei dati personali nell'ambito delle attività di accertamento e perseguimento dei reati, si veda S. RICCI, *Il trattamento dei dati personali a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, p. 1130 ss.

¹⁸ Cfr. G. CAGGIANO, *La Corte di giustizia consolida il ruolo costituzionale nella materia dei dati personali*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 1, 2018, p. 9 ss.; F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, Torino, 2016.

¹⁹ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (c.d. GDPR).

²⁰ Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e la tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche; direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

²¹ Per una ricostruzione sistematica della normativa UE in materia cfr. L. CALIFANO, *Il Regolamento UE 2016/679 e la costruzione di un modello uniforme di diritto europeo alla riservatezza e alla protezione dei dati personali*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2017, p. 3 ss.

²² Si veda V. FIORILLO, *Il principio di proporzionalità da parametro di validità a fondamen-*

principio espressamente riconosciuto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE all'art. 52, par. 1, notoriamente adoperato dalla Corte di giustizia²³ e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo²⁴ come metro di giudizio, per valutare la compatibilità di misure statali (di sorveglianza o di sicurezza) con le norme fondanti la disciplina in materia di *data protection*²⁵. Il principio di proporzionalità, in quanto richiamato dall'art. 13, rappresenta dunque il parametro di riferimento per la disciplina contenuta nel successivo art. 14, che affronta nel dettaglio gli aspetti relativi alla protezione dei dati personali.

Da una prima lettura dell'art. 14 – che consta di ben quindici paragrafi – si può evincere una certa identità dei principi ivi espressi rispetto quelli contemplati dalla Convenzione 108+ del Consiglio d'Europa²⁶, ma anche e soprattutto dal regolamento (UE) 2016/679, noto come GDPR. Nel testo dell'art. 14 del Secondo Protocollo si rinvengono infatti riferimenti ai principi della finalità del trattamento (par. 2), al principio della qualità del dato (par. 3), alla natura “sensibile” dei dati (par. 4), ai periodi di conservazione (par. 5) e al divieto di assumere decisioni sulla base unicamente di un trattamento automatizzato (par. 6)²⁷. Quest'ultimo paragrafo integra una previsione di notevole rilievo, specie per quei Paesi che – per tradizione normativa – sono, da un alto, meno “sensibili” al tema della protezione dei dati personali

to del diritto alla protezione dei dati personali nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia, in *federalismi.it*, n. 15, 2017, p. 22 ss.

²³ Cfr. *ex multis* sentenza della Corte dell'8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources et al. and Kärntner Landesregierung et al.*

²⁴ Cfr. *ex multis* sentenza della Corte EDU del 12 gennaio 2016, ric. n. 37138/14, *Szabò e Vissy c. Ungheria*.

²⁵ Tra cui rientrano gli artt. 1 e 8 della CEDU.

²⁶ Si tratta del primo strumento giuridico internazionale vincolante in materia di protezione dei dati personali. Consiglio d'Europa, Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato dei dati a carattere personale (Convenzione n. 108) del 28 gennaio 1981; Consiglio d'Europa, Protocollo di emendamento alla Convenzione n. 108 del 10 ottobre 2018.

²⁷ Per un approfondimento sui principi contemplati dal GDPR, si vedano M. DELL'UTRI, *Principi generali e condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *op. cit.*, p. 179 ss.; L. BOLOGNINI, *Principi del trattamento*, in L. BOLOGNINI, E. PELINO, C. BISTOLFI (a cura di), *Il regolamento privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Milano, 2016, p. 94 ss.

e, dall'altro, risultano più inclini all'utilizzo di applicazioni di giustizia predittiva e di *analytics* nell'ambito delle indagini²⁸. Il principale elemento che dimostra l'influenza della normativa dell'Unione²⁹ sul nuovo accordo addizionale alla Convenzione di Budapest si rinviene nell'*accountability*, principio cardine del GDPR e simbolo dell'approccio seguito dal legislatore UE in materia³⁰. Evocando la funzione propria di tale principio, il paragrafo 8 dell'art. 14 del Secondo Protocollo impone agli Stati parti di tenere dei registri o di disporre di altri mezzi adeguati rendere conto di come e i dati personali sono consultati, utilizzati e divulgati. Il senso dell'*accountability*, infatti, risiede proprio nel termine "dimostrare", che fa sorgere in capo alle parti l'obbligo di strutturare delle procedure e dei modelli mediante i quali dare evidenza di come e per quale scopo sono stati trattati i dati di una persona fisica. Tale previsione, da un lato, consolida in capo agli Stati una certa libertà nell'individuazione degli strumenti e delle modalità di trattamento dei dati personali e, dall'altro, si traduce nell'obbligo di dare atto e dimostrare – in caso di verifica da parte della competente Autorità di vigilanza – la correttezza delle scelte compiute rispetto alle misure giuridiche, organizzative e tecniche concretamente adottate.

Un altro punto di contatto si può individuare nell'obbligo di comunicare eventuali incidenti di sicurezza alle competenti Autorità nazionali (eventual-

²⁸ Si pensi, ad esempio, alle tecniche di riconoscimento facciale impiegate per l'individuazione di persone ricercate. Simili sistemi si sono spesso rivelati inefficaci e pericolosi in molti casi in cui il ricercato apparteneva a un determinato gruppo etnico. In proposito, cfr. F. BACALU, *Biometric Facial Recognition Technology, Law Enforcement Algorithmic Automation, and Data-driven Predictive Policing Systems in Human Rights Protections and Abuses*, in *Review of Contemporary Philosophy*, vol. 21, 2022, p. 38 ss.

²⁹ In un'ottica più generale, la riconducibilità di alcune delle norme del Secondo Protocollo al GDPR confermerebbe la tesi per cui la regolamentazione UE in materia di tecnologia e *data protection* ha influenzato (e sta influenzando) il contenuto di accordi internazionali, con conseguenti implicazioni anche sulle normative di Paesi terzi. In proposito, cfr. E. FAHEY, *The EU as a Global Digital Actor Institutionalising Global Data Protection, Trade, and Cybersecurity*, London, 2022. In proposito si veda inoltre, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, G. M. RUOTOLO, *op. cit.*, pp. 1022 e 1023.

³⁰ G. FINOCCHIARO, *Introduzione al Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, in *Nuove Leggi civili commentate*, 2017, p. 2 ss. Per una definizione completa di *accountability*, v. anche la relazione illustrativa al decreto legislativo recante disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del GDPR.

mente indicate dai singoli Paesi) e agli interessati (par. 7). Si tratta di una procedura che ricalca in larga misura le metodologie del GDPR, fondate su approccio preventivo di analisi del rischio tale da consentire di individuare *ex ante* misure proporzionate alla probabilità e all'impatto di eventuali incidenti informatici³¹. Rispetto all'approccio utilizzato in ambito UE e suggerito in fase di consultazione dall'*European Data Protection Board* (EDPB)³², si può tuttavia riscontrare una differenza di non poco conto. L'accordo aggiuntivo alla Convenzione di Budapest, infatti, contempla un'eccezione alla regola di comunicare eventuali incidenti di sicurezza all'Autorità competente o agli interessati, prevedendo che tale notifica possa essere ritardata o persino omessa "qualora metta a repentaglio la sicurezza nazionale" o comunque ritardata nell'ipotesi in cui rischi di "compromettere misure di protezione della sicurezza pubblica". Si tratta di un'eccezione non disciplinata in ambito UE, che trascina con sé non pochi interrogativi dovuti alla nota difficoltà di definire, in materia di trattamento dei dati personali, il concetto di "sicurezza nazionale" o di "sicurezza pubblica"³³.

Il Secondo Protocollo ha poi anche recepito il principio della trasparenza³⁴, prevedendo l'obbligo di fornire informazioni al soggetto interessato in

³¹ Per un approfondimento in materia, si veda R. GELLERT, *The Risk-based Approach to Data Protection*, Oxford, 2020.

³² *Statement* dell'EDPB del 13 novembre 2019; *statement* dell'EDPB n. 2/201; *contribution* dell'EDPB del 4 maggio 2021.

³³ Sulla difficoltà di distinguere, ai fini della qualificazione del trattamento, la nozione di "sicurezza nazionale" dai concetti limitrofi di "pubblica sicurezza", "sicurezza dello Stato" e "difesa", si veda l'*Opinion* dell'*European Data Protection Supervisor* (EDPS), del 7 marzo 2012.

³⁴ La portata del principio della trasparenza è ben espressa, anche in relazione al tema della semplificazione espressiva, dal considerando n. 39 del GDPR, secondo cui "Qualsiasi trattamento di dati personali dovrebbe essere lecito e corretto. Dovrebbero essere trasparenti per le persone fisiche le modalità con cui sono raccolti, utilizzati, consultati o altrimenti trattati dati personali che li riguardano nonché la misura in cui i dati personali sono o saranno trattati. Il principio della trasparenza impone che le informazioni e le comunicazioni relative al trattamento di tali dati personali siano facilmente accessibili e comprensibili e che sia utilizzato un linguaggio semplice e chiaro. Tale principio riguarda, in particolare, l'informazione degli interessati sull'identità del titolare del trattamento e sulle finalità del trattamento e ulteriori informazioni per assicurare un trattamento corretto e trasparente con riguardo alle persone fisiche interessate e ai loro diritti di ottenere conferma e comunicazione di un trattamento di dati personali che li riguardano".

ordine alle finalità, alle modalità e al soggetto titolare del trattamento. Si tratta di una disposizione particolarmente importante nella prospettiva degli Stati UE, atteso che le informazioni sul trattamento assumono rilevanza anche rispetto ad un eventuale ricorso alle vie giudiziali ed extragiudiziali³⁵, spesso indispensabili per tutelare i cittadini a fronte di illegittimi trattamenti transfrontalieri dei dati. A completamento di questa sintetica disamina dell'art. 14, giova poi evidenziare come la violazione delle disposizioni in esso contenute abilita uno Stato parte a sospendere – previo ragionevole preavviso – il trasferimento dei dati personali verso un altro Stato parte. Siffatto principio, fissato dal paragrafo 15 dell'art. 14, dimostra come anche gli interessi sottesi alle nuove misure in materia digitale possono concretamente recedere, nella prospettiva del Consiglio d'Europa e degli Stati firmatari del Secondo Protocollo, a fronte di attività di indagine che non rispettino le norme in materia di *data protection*.

4. Per completare l'analisi sin qui condotta, occorre sinteticamente soffermarsi anche sulle indicazioni fornite dall'Unione agli Stati membri, con la decisione del 5 aprile 2022 che ha autorizzato la sottoscrizione del Secondo Protocollo³⁶, in tema di riserve, dichiarazioni, notifiche e comunicazioni³⁷. Per quanto qui interessa, il Consiglio dell'Unione ha in primo luogo invitato i Paesi membri ad astenersi dall'apporre riserve a carattere "generale" con riferimento all'applicazione dell'art. 7 e dell'art. 8 del Secondo Protocollo, rispettivamente disciplinanti l'ordine di esibizione delle informazioni e dei dati relativi agli abbonati (da parte dei fornitori di servizi) e la procedura accelerata per la divulgazione dei dati sul traffico³⁸. A fronte di siffatto invito, l'UE

³⁵ Per un approfondimento sui rimedi giudiziali a fronte di un trattamento illegittimo dei dati personali, anche alla luce dei principi fondamentali UE, si veda S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, London, 2022, p. 296 ss.

³⁶ Decisione (UE) 2022/722, cit., e il relativo Allegato.

³⁷ Per un approfondimento sul Secondo Protocollo nel contesto di quanto previsto, in generale, dal diritto internazionale dei trattati in materia di riserve, dichiarazioni, notifiche e comunicazioni, ci permettiamo di rinviare a M. BUCCARELLA, *Il Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione di Budapest alla luce del diritto internazionale dei trattati*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 9, 2022, p. 1160 ss.

³⁸ In merito al contenuto dell'art. 7 si veda l'approfondimento di C. PIROZZOLI, *Acquisizione dei subscriber data: dalla Convenzione di Budapest al Protocollo addizionale (art. 7)*, in *Di-*

ha poi accordato ai Paesi membri il permesso di apporre una riserva a carattere delimitato rispetto al già richiamato art. 7, consentendo quindi di negare la trasmissione di tutte quelle informazioni sugli accessi degli abbonati che non si rivelino strettamente necessarie a identificare l'utente³⁹.

Per quanto concerne eventuali dichiarazioni, il Consiglio ha previsto che ogni Paese membro comunichi al Segretario generale del Consiglio d'Europa le autorità cui dovranno essere notificati gli incidenti di sicurezza e quelle competenti a ricevere ordini di esibizione di dati *ex art. 7* del Secondo Protocollo, finanche indirizzati a fornitori di servizi ovvero a soggetti privati⁴⁰.

In merito al delicato tema del trasferimento transfrontaliero dei dati personali⁴¹, l'UE ha invitato gli Stati membri a fornire puntuali indicazioni ai Paesi terzi sulla necessità di informare l'interessato in ordine al trattamento dei suoi dati personali, conformemente a quanto previsto dal diritto dell'Unione⁴².

Dal momento che il Secondo Protocollo consente poi agli Stati di applicare un accordo bilaterale in luogo delle garanzie in materia di protezione dei dati personali⁴³, l'UE ha specificato che tale possibilità resta subordinata all'adozione di una specifica decisione di adeguatezza da parte della Commissione europea⁴⁴.

ritto Penale e Processo, n. 8, 2022, p. 1050 ss. Con riferimento all'art. 8, si veda invece W. NOCERINO, *La cooperazione internazionale rinforzata per lo scambio di dati degli abbonati e di traffico (art. 8)*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 8, 2022, p. 1050 ss.

³⁹ Par. 1 dell'Allegato alla decisione (UE) 2022/722, cit.

⁴⁰ Par. 3 dell'Allegato alla decisione (UE) 2022/722, cit.

⁴¹ In proposito si veda, in una prospettiva più generale, F. BORGIA, *Profili critici in materia di trasferimento dei dati personali verso Paesi extra-europei*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *op. cit.*, p. 129 ss.

⁴² Par. 4 dell'Allegato alla decisione (UE) 2022/722, cit.

⁴³ L'art. 14, par. 1, lett. c), del Secondo Protocollo stabilisce che "Se la Parte trasmittente e la Parte ricevente non sono vincolate reciprocamente da un accordo di cui al paragrafo 1, lettera b), esse possono stabilire di comune accordo che il trasferimento di dati personali a norma del presente protocollo può avvenire sulla base di altri accordi o intese tra le Parti interessate in luogo dei paragrafi da 2 a 15".

⁴⁴ Ultimo capoverso del par. 3 dell'Allegato alla decisione (UE) 2022/722, cit. Per un approfondimento sulla decisione di adeguatezza, cfr. V. BRECEVICH, *I trasferimenti di dati fuori dallo Spazio Economico Europeo*, in M. MARTONANA (a cura di), *La privacy al passo con il regolamento UE 2016/679*, Milano, 2021, p. 95 ss.

Da ultimo, con la decisione (UE) 2022/722 il Consiglio ha fornito agli Stati indicazioni sulle comunicazioni che dovranno rendere in merito ai trasferimenti transfrontalieri dei dati personali verso gli Stati Uniti⁴⁵. In proposito, l'UE ha, da un lato, riconosciuto l'applicabilità ai rapporti tra le autorità procedenti dell'*Umbrella Agreement*⁴⁶ in luogo dell'art. 14 del Secondo Protocollo e, dall'altro, ha evidenziato la non applicabilità dello stesso con riferimento ai rapporti con fornitori privati di servizi. Per questi ultimi, infatti, troveranno attuazione le norme del Secondo Protocollo, salvo che non intervenga un accordo integrativo *ad hoc* dell'*Umbrella Agreement*, volto a disciplinare le relazioni con i privati⁴⁷.

5. La riscontrata correlazione tra le norme del nuovo Protocollo e il quadro regolamentare dell'Unione in materia dimostra sicuramente un certo grado di *privacy compliance* del nuovo accordo aggiuntivo alla Convenzione di Budapest. Il Secondo Protocollo è stato anche definito come uno strumento giuridico che, oltre a promuovere il noto principio della *double criminality*⁴⁸, avrebbe posto l'accento anche sull'importanza della *double privacy*

⁴⁵ Per un inquadramento sul tema del trasferimento transfrontaliero dai dati personali con riferimento ai rapporti tra Unione europea e USA, si vedano F. ROSSI DAL POZZO, *La tutela dei dati personali tra esigenze di sicurezza nazionale, interessi economici e diritti fondamentali della persona. (Dal Safe Harbour al Privacy Shield)*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 3, 2016, p. 721 ss.; A. MANTELETO, *I flussi di dati transfrontalieri e le scelte delle imprese tra Safe Harbour e Privacy Shield*, in G. RESTA, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali. Dai "Safe Harbour Principles" al "Privacy Shield"*, Roma, 2016, p. 265 ss.; V. BRECEVICH, *op cit.*, pp. 107-112.

⁴⁶ Si tratta dell'Accordo quadro sulla protezione delle informazioni personali a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati, del 2 giugno 2016, stipulato tra UE e USA, doc. 22016A1210(01), consultabile sul sito ufficiale dell'Unione europea al link www.eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri.

⁴⁷ Capoversi terzultimo e penultimo del par. 3 dell'Allegato alla decisione (UE) 2022/722, cit.

⁴⁸ Per un approfondimento sul concetto di *double criminality* nella cooperazione internazionale in materia penale e anche in relazione al quadro normativo dell'Unione, si veda W. DE BONDT, *Double criminality in international cooperation in criminal matters*, in G. VERMEULEN, W. DE BONDT, C. RYCKMAN (eds.), *Rethinking International Cooperation in Criminal Matters in the EU : Moving beyond Actors, Bringing Logic Back, Footed in Reality*, Maklu, 2012, p. 10 ss.

nelle indagini digitali⁴⁹. L'esame dell'art. 14 induce infatti a ritenere che, nell'ambito delle nuove misure di cooperazione, il trattamento dei dati personali dovrà avvenire nel rispetto della normativa prevista in materia da ciascuno Stato coinvolto nell'attività di indagine, ovvero in ossequio alla disciplina sia della "Parte ricevente" sia della "Parte trasmittente"⁵⁰. In questa prospettiva, affinché la cooperazione possa avere luogo sarà necessario che i Paesi interessati assicurino un livello analogo di protezione dei dati personali, stante il potere, riconosciuto ad ogni Stato, di sospendere il trasferimento laddove si riscontrino carenze in termini di garanzie per le libertà individuali⁵¹.

Tuttavia, se, da una parte, va accolto con positività l'ennesimo riconoscimento in ambito internazionale dell'importanza del modello UE in materia, dall'altra la versione definitiva del Secondo Protocollo, in cui non sono stati recepiti tutti i suggerimenti dell'*European Data Protection Supervisor* (EDPS)⁵², porta con sé potenziali rischi per il diritto alla protezione dei dati personali e quindi per le libertà degli individui. Oltre alla discutibile eccezione all'obbligo di comunicare eventuali incidenti di sicurezza di cui si è detto innanzi, sussistono perplessità in ordine ad alcuni profili che si sintetizzano di seguito.

In primo luogo, una delle criticità riguarda gli effetti derivanti dalle richieste e/o dagli ordini di Paesi terzi rivolti direttamente ai fornitori di servizi operanti nell'Unione, ai sensi degli artt. 6 e 7 del Secondo Protocollo⁵³.

⁴⁹ P. PERRI, *op. cit.*, p. 1158 ss.

⁵⁰ "Parte trasmittente" e "Parte ricevente" sono le due espressioni impiegate dall'art. 14, rispettivamente, per individuare lo Stato che fornisce dati personali, in attuazione del Secondo Protocollo, e il Paese che li riceve. Il nuovo accordo aggiuntivo alla Convenzione di Budapest contempla solo la definizione della "Parte trasmittente", identificata dall'art. 3, lett. e), nello Stato "che trasmette i dati in risposta a una richiesta o in quanto parte di una squadra investigativa comune o, ai fini del capo II, sezione 2, una Parte nel cui territorio si trova un prestatore di servizi di trasmissione o un soggetto che fornisce servizi di registrazione di nomi di dominio".

⁵¹ Art. 14, par. 15, Secondo Protocollo.

⁵² Cfr. *Opinion* dell'EDPS, n. 3, del 2 aprile 2019.

⁵³ Sul contenuto e sulla portata dell'art. 6, si veda M. LUCCHETTI, *L'acquisizione di informazioni sulla registrazione di nomi di dominio nelle investigazioni in materia di cybercrime*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 8, 2022, p. 1041 ss. Con riferimento all'art. 7 si rinvia a C. PIROZZOLI, *op. cit.*

Sebbene l'Unione abbia invitato gli Stati membri a prescrivere la notifica di tali ordini e/o richieste anche agli enti di controllo in materia⁵⁴, la circostanza che tale notifica non sia idonea, *di per sé*, a sospendere l'efficacia delle misure di cui agli artt. 6 e 7 potrebbe avere ripercussioni sulle libertà e sui diritti degli interessati. In altri termini, nell'attesa che un'Autorità competente si pronunci, comunque la richiesta e/o l'ordine resterebbero efficaci, il che significa che in tale lasso temporale ogni valutazione e responsabilità in materia di trattamento dei dati sarà di fatto demandata ai prestatori di servizio privati. Si tratta di un aspetto non irrilevante, se consideriamo che i dati degli abbonati e dei traffici in questione, in quanto specificamente riguardanti persone sottoposte ad indagini o procedimenti penali, contengono informazioni tali da incidere seriamente sui diritti fondamentali e sulle altre garanzie previste dal diritto processuale penale degli Stati membri⁵⁵. Sempre sotto il profilo di potenziali ripercussioni sui diritti degli interessati, giova evidenziare che il Secondo Protocollo rimette alle discipline interne la regolamentazione dei casi di limitazione di tali diritti⁵⁶. Si tratta di un aspetto su cui si è soffermato in modo evidentemente critico anche l'EDPS con il parere 1/2022⁵⁷.

Un'altra questione che desta perplessità riguarda le richieste di informazioni sulla registrazione dei nomi di dominio *ex art.* 6 del Secondo Protocollo, sostanzialmente interessanti i fornitori privati di servizi informatici. Infatti, differentemente da quanto generalmente previsto per gli artt. 7 e 8, con riferimento a tali richieste non è stata contemplata la possibilità, per gli Stati

⁵⁴ A dette Autorità spetta, in sostanza, il compito di verificare l'incidenza della richiesta sui dati personali degli interessati ed eventualmente opporre un rifiuto.

⁵⁵ Si pensi, ad esempio, ai privilegi, alle immunità e alle tutele speciali concesse a determinate persone come avvocati, giornalisti e informatori.

⁵⁶ Per un inquadramento generale sulla limitazione dei diritti degli interessati nell'ambito delle attività di indagine e alla luce della normativa UE, si veda M. MARTORANA, *Il trattamento dei dati personali nell'attività investigativa*, p. 59 ss. Occorre precisare che nell'ambito dei diritti degli interessati rientra il diritto di accesso ai propri dati personali e il corrispondente diritto di disporre di mezzi giurisdizionali per contrastare una decisione di diniego di accesso. Con riferimento a quest'ultimo diritto, la Corte di giustizia ha espressamente riconosciuto l'illegittimità, per contrarietà a diritti fondamentali, di qualsivoglia normativa che non disciplini la possibilità per le persone fisiche di adire le vie legali al fine di avere accesso ai propri dati personali. Cfr. sentenza della Corte del 6 ottobre 2015, causa C-362/14, *Maximillian Schrems c. Data Protection Commissioner*, punto 95, (nota come *Schrems I*).

⁵⁷ *Opinion* dell'EDPS, n. 1, 2022, punto 107.

sottoscrittori, di rendere dichiarazioni, eventualmente volte a coinvolgere nella decisione autorità pubbliche interne⁵⁸.

Una delle maggiori criticità attiene poi alla compatibilità delle norme previste dal Secondo Protocollo, in materia di trasferimenti transfrontalieri, con quanto affermato in passato dalla Corte di giustizia UE⁵⁹. Alla luce di quanto si è osservato nel paragrafo precedente, il nuovo accordo addizionale alla Convenzione di Budapest costituisce, in sostanza, la base giuridica per il trattamento dei dati anche rispetto ai rapporti con Stati terzi. Infatti, ferma restando la possibilità di concludere un accordo bilaterale in materia con l'UE⁶⁰, nel caso dei trasferimenti transfrontalieri di dati effettuati sulla base del Secondo Protocollo troveranno applicazione le disposizioni di cui all'art. 14. Tuttavia, per quanto tali previsioni e l'*Explanatory Report* del Secondo Protocollo⁶¹ risultino in linea di principio compatibili con la normativa UE, sussiste comunque un certo grado di vaghezza che potrebbe essere ritenuto inidoneo alla luce degli insegnamenti della Corte di giustizia. È qui sufficiente richiamare il parere 1/15⁶², ove la Corte, con riferimento all'accordo tra Canada e UE sul trasferimento e sul trattamento dei dati del codice di prenotazione⁶³, aveva ritenuto che la formulazione delle ipotesi in cui il Canada

⁵⁸ Per un approfondimento sulle disposizioni del Secondo Protocollo in materia di riserve e dichiarazioni, cfr. M. BUCCARELLA, *op. cit.*, pp. 1163-1165.

⁵⁹ Cfr., in particolare, il parere della Corte del 26 luglio 2017, 1/15, relativo al Progetto di accordo tra il Canada e l'Unione europea – Trasferimento dei dati del codice di prenotazione dei passeggeri aerei dall'Unione al Canada; sentenza *Schrems I*, cit.; sentenza della Corte del 16 luglio 2020, causa C-311/18, *Data Protection Commissioner c. Facebook Ireland Limited e Maximilian Schrems* (nota come *Schrems II*). Per un approfondimento sul contenuto di tali pronunce, si veda C. GENTILE, *La saga Schrems e la tutela dei diritti fondamentali*, in *federalismi.it*, n. 1, 2021, p. 35 ss.

⁶⁰ Previa decisione di adeguatezza, come si evince dall'ultimo capoverso del par. 3 dell'Allegato alla decisione (UE) 2022/722, cit.

⁶¹ Comitato della convenzione sulla criminalità informatica (*Cybercrime Convention Committee* o T-CY), *Second Additional Protocol to the Convention on Cybercrime on enhanced co-operation and disclosure of electronic evidence – Explanatory Report*, 17 November 2021, adottato dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, doc. CM (2021) 57-addfinal.

⁶² Per un commento a tale parere, si veda C. GRAZIANI, *PNR EU-Canada, la Corte di Giustizia blocca l'accordo: tra difesa dei diritti umani e implicazioni istituzionali*, in *DPCE online*, n. 4, 2017, pp. 959-966.

⁶³ Proposta di accordo tra Canada e UE sul trasferimento e sul trattamento dei dati del codice di prenotazione (*Passenger Name Record* – PNR), presentata il 30 gennaio 2015 alla Corte di Giustizia dal Parlamento europeo ex art. 218, par. 11, TFUE.

avrebbe potuto trattare i dati PNR fosse “troppo vaga e generica per soddisfare i requisiti di chiarezza e di precisione imposti”⁶⁴. La Corte non si è soffermata soltanto sulla vaghezza di alcuni dei concetti contemplati dall’accordo PNR tra Canada e UE, ma ha altresì stigmatizzato l’inclusione dei dati cd. sensibili o particolari⁶⁵ nelle categorie di dati trasferibili, per i quali è invece richiesta una giustificazione rafforzata⁶⁶. Anche il Secondo Protocollo contiene disposizioni dal contenuto indeterminato, tra cui, ad esempio, l’art. 14, par. 2, lett. a), che vieta agli Stati di trattare i dati “per una finalità incompatibile”. Una definizione di tale concetto non si rinviene nemmeno nel già richiamato *Explanatory Report*⁶⁷, atteso che il par. 229, relativo all’art. 14, par. 2, si limita a fornire un elenco generico – ed evidentemente non esaustivo – delle sole finalità ritenute “compatibili”. Il nuovo accordo aggiuntivo alla Convenzione di Budapest ammette poi il trattamento dei “dati sensibili”, a condizione che siano previste “garanzie adeguate per evitare il rischio di conseguenze pregiudizievoli ingiustificate”. Anche in questo caso, tuttavia, né il Secondo Protocollo né l’*Explanatory Report* specificano quali siano gli standard minimi per definire l’adeguatezza delle garanzie. A quanto evidenziato sin qui si aggiungono le criticità connesse alla disciplina sulla conservazione dei dati (o *data retention*), dettata dal par. 5

⁶⁴ Parere della Corte 1/15, cit, punto 181. Sull’importanza di garantire norme chiare e precise che regolino il trattamento dei dati personali, anche nell’ambito dell’attività di indagine preventiva per l’accertamento e il perseguimento dei reati, cfr. sentenza della Corte del 5 aprile 2022, causa C-140/20, *G.D. c. The Commissioner of the Gardda Siochana e a.*; sentenza della Corte del 2 marzo 2021, causa C-746/18, *H.K.*

⁶⁵ L’art. 9 del GDPR impiega la nozione di “dati particolari” per indicare quei dati che “rivelino l’origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l’appartenenza sindacale” nonché i “dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all’orientamento sessuale della persona”. Cfr. anche art. 14, parr. 13-15, e i considerando nn. 51-56 del GDPR.

⁶⁶ Parere della Corte 1/15, cit, punti 164-167. Si veda anche l’art. 10 della direttiva (UE) 2016/680, cit., secondo cui il trattamento dei dati particolari è ammesso, finanche nel caso di trattamenti ai fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, per ragioni strettamente necessarie e “soltanto: a) se autorizzato dal diritto dell’Unione o dello Stato membro; b) per salvaguardare un interesse vitale dell’interessato o di un’altra persona fisica; o c) se il suddetto trattamento riguarda dati resi manifestamente pubblici dall’interessato”.

⁶⁷ *Explanatory Report*, CM (2021) 57-addfinal, cit.

dell'art. 14 del Secondo Protocollo. Tale norma non specifica precisi limiti di durata, limitandosi a prescrivere che la conservazione avvenga per “il periodo di tempo necessario e opportuno per le finalità del trattamento dei dati” ottenuti attraverso qualsivoglia tipo di indagine, a prescindere dalla natura e dalla gravità del crimine per cui si procede⁶⁸.

In questo quadro, la domanda sorge dunque spontanea: le previsioni del Secondo Protocollo sono sufficienti a fondare giuridicamente, *a priori*, il trattamento transfrontaliero di dati con Paesi terzi? Ciò vale anche con riferimento a Stati non membri del Consiglio d'Europa⁶⁹, eventualmente non parti della Convenzione 108+ e presumibilmente non dotati di una idonea normativa in materia di protezione dei dati personali? Ai posteri – e forse ai giudici UE e degli Stati membri – l'ardua sentenza.

Sempre in relazione al tema del trasferimento transfrontaliero dei dati personali, sussistono alcune perplessità in ordine all'accordo che l'UE ha ritenuto applicabile *ex art. 14, par. 1, lett. c)*, del Secondo Protocollo, cioè l'*Umbrella Agreement*. Come si è già avuto modo di osservare in precedenza, tale accordo troverà applicazione in luogo delle norme del Secondo Protocollo in materia di protezione dati personali. Tuttavia, stando a quanto pure affermato dall'EDPS nel già menzionato parere 1/2022⁷⁰, si tratta di un accordo che non può trovare applicazione, sia perché non costituisce una base giuridica per il trasferimento dei dati⁷¹, sia in considerazione di tutte le obiezioni già sollevate da EDPS ed EDPB in merito ad una normativa interna statunitense che incide negativamente sul contenuto dell'*Umbrella Agree-*

⁶⁸ Sotto quest'ultimo profilo, il Secondo Protocollo si pone in contrasto con quanto affermato dalla recente giurisprudenza UE, ancorché con riferimento alla direttiva 2002/58/CE cit., applicabile al trattamento dei dati personali connesso alla fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico su reti di comunicazione pubbliche (art. 3). Secondo la Corte di giustizia, infatti, “solo la lotta alle forme gravi di criminalità e la prevenzione di minacce gravi alla sicurezza pubblica sono idonee a giustificare ingerenze gravi nei diritti fondamentali sanciti agli articoli 7 e 8 della Carta, come quelle che comporta la conservazione dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione”. Cfr. sentenza *G.D.*, cit., punto 59, che richiama la sentenza della Corte del 6 ottobre 2020, cause riunite C-511/18, C-512/18 e C-520/18, *La Quadrature du Net*, punto 140 e la giurisprudenza ivi citata.

⁶⁹ Il Secondo Protocollo può essere sottoscritto anche da Paesi non membri del Consiglio d'Europa. In proposito si veda l'art. 2.

⁷⁰ *Opinion* dell'EDPS, n. 1, 2022, cit., punto 121.

⁷¹ Come precisato proprio dall'art. 1, par. 3, dell'*Umbrella Agreement*, cit., June 2016.

ment, cioè il *CLOUD Act*⁷². Per effetto di tale provvedimento, approvato nel 2018, le Autorità giudiziarie ed amministrative degli Stati Uniti hanno il potere di obbligare i fornitori di servizi *cloud* soggetti alla giurisdizione statunitense a produrre dati ed informazioni contenuti in documenti elettronici, finanche conservati in Paesi terzi – tra cui la stessa Unione europea⁷³. Già in occasione dell’approvazione del *CLOUD Act* da parte del Congresso, EDPS e EDPB avevano evidenziato l’incompatibilità di tale normativa con il quadro giuridico dell’Unione in materia di *data protection*, auspicando la stipula di un accordo che offrisse idonee garanzie agli interessati, nello specifico ambito dei trasferimenti transfrontalieri di dati e prove digitali per fini investigativi e giudiziari⁷⁴. Sebbene nel 2019 USA e UE si siano impegnati per negoziare siffatto tipo di accordo⁷⁵, ad oggi non si è ancora pervenuti ad una proposta risolutiva che riscontrasse l’invito *illo tempore* rivolto dalle due Autorità Garanti dell’Unione. Ciononostante, il Consiglio dell’Unione, nella decisione che autorizza la firma del Secondo Protocollo, ha ritenuto di riconoscere l’applicabilità dell’*Umbrella Agreement* nei rapporti USA-UE, in luogo delle garanzie fornite dal nuovo accordo aggiuntivo alla Convenzione di Budapest. L’espresso riferimento a tale accordo, cui il *CLOUD Act* è strettamente correlato, postula tuttavia non pochi dubbi in ordine alla compatibilità del Secondo Protocollo con la normativa UE in materia di dati personali.

6. All’esito di questa disamina è possibile trarre alcune conclusioni.

È indubbio che il Secondo Protocollo costituisce uno strumento giuridico utile, se non addirittura necessario, per adeguare, *rectius* rafforzare, la disciplina sulla cooperazione internazionale in materia penale, in considerazio-

⁷² *Clarifying Lawful Overseas Use of Data (CLOUD) Act Clarifying Lawful Overseas Use of Data*, 21 March 2018, adottato dal Congresso USA in parziale modifica dello *Stored Communications Act del 1986*. Il testo integrale di tale atto è consultabile sul sito istituzionale del Governo USA al link www.justice.gov/dag/page/file/1152896/download.

⁷³ Per un approfondimento sul contenuto dell’US Cloud Act nella prospettiva del diritto dell’Unione, si veda M. ROJSZCZAK, *CLOUD act agreements from an EU perspective*, in *Computer Law & Security Review*, vol. 38, 2020, p. 1 ss.

⁷⁴ EDPB-EDPS, *Joint Response to the LIBE Committee on the impact of the US Cloud Act on the European legal framework for personal data protection*, 12 July 2019.

⁷⁵ Cfr. *Joint US-EU Statement on Electronic Evidence Sharing Negotiations*, 26 September 2019, consultabile sul sito istituzionale del Governo USA al link www.justice.gov/opa/pr/joint-us-eu-statement-electronic-evidence-sharing.

ne delle innovazioni tecnologiche e nell'ottica di favorire anche le indagini transfrontaliere digitali. Il *favor* con cui è stato generalmente accolto il Secondo Protocollo potrebbe avere un impatto positivo sui negoziati attualmente in corso per l'elaborazione nuovo accordo transatlantico in materia di dati personali, di cui si sta discutendo negli ultimi mesi⁷⁶. L'auspicio è che l'Unione, alla luce dei rilievi dell'EDPB sull'applicabilità dell'*Umbrella Agreement*, richieda maggiori garanzie anche in merito all'attuazione delle nuove misure previste dal Secondo Protocollo, segnatamente sotto il profilo dei trasferimenti transfrontalieri dei dati personali.

D'altro canto, le perplessità di cui si è detto innanzi postulano interrogativi rilevanti rispetto alla conformità del Secondo Protocollo con la normativa UE, tali da poter incidere sul diritto fondamentale alla protezione dei dati personali. Lo stesso EDPS, pur riconoscendo che “is not possible to replicate entirely the terminology and definitions of EU law in a multilateral international agreement”, ha sottolineato che “appropriate safeguards for individuals must be ensured in order to fully comply with EU law”⁷⁷. Si tratta di un monito evidentemente volto a richiamare l'attenzione sull'importanza di prevedere, in ogni caso, idonee garanzie a presidio del fondamentale diritto alla protezione dei dati personali.

⁷⁶ Il 25 marzo 2022 la Presidente von der Leyen e il Presidente Biden hanno annunciato l'adozione di un futuro accordo volto a disciplinare il *Data Privacy Framework*, di cui i principi fondanti sono stati sintetizzati nel comunicato stampa dell'UE “European Commission and United States Joint Statement on Trans-Atlantic Data Privacy Framework”, 25 March 2022. A seguito di tale decisione, il 7 ottobre 2022 il Presidente Biden ha firmato un ordine esecutivo intitolato “Enhancing Safeguards for United States Signals Intelligence Activities”, su cui la Commissione dovrà esprimere un'eventuale decisione di adeguatezza, dopo aver ottenuto un parere consultivo dell'EDPB e il parere positivo di un Comitato rappresentativo degli Stati membri. Proprio di recente, il 13 dicembre 2022, la Commissione ha diffuso una bozza di tale decisione, che sarà prossimamente sottoposta alla valutazione dell'EDPB. La bozza del testo “on the adequate level of protection of personal data under the EU-US Data Privacy Framework” è consultabile sul sito istituzionale della Commissione UE, al link www.commission.europa.eu/system/files/202212/Draft%20adequacy%20decision%20on%20EU-US%20Data%20Privacy%20Framework_0.pdf. Per un approfondimento in proposito, si veda G. RUGANI, *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*, in *BlogDUE*, 19 gennaio 2023.

⁷⁷ *Opinion* dell'EDPS, n. 1, 2022, cit., punto 1.

A fronte di eventuali rischi per i diritti delle persone fisiche e nell'attesa che sopravvenga un'eventuale decisione che autorizzi gli Stati membri alla ratifica⁷⁸, i giudici nazionali e della Corte di Giustizia dell'Unione europea⁷⁹ rappresentano oggi un baluardo contro l'illecito trattamento dei dati personali da parte di Paesi terzi.

D'altro canto, il Parlamento o un altro dei soggetti di cui all'art. 218, par. 11, TFUE⁸⁰ potrebbero interpellare direttamente la Corte di giustizia circa la compatibilità del Secondo Protocollo con il diritto alla protezione dei dati personali, tutelato da norme di rango primario. Una valutazione *ex ante* da parte della Corte UE consentirebbe di sciogliere ogni dubbio sull'impatto delle nuove misure di cooperazione – in parte riferite anche a soggetti privati – sul diritto alla protezione dei dati personali, escludendo in radice un eventuale *coup de théâtre* nella fase di attuazione del nuovo accordo, come invece accaduto prima con il *Safe Harbor* e poi con il *Privacy Shield*⁸¹. Del resto, si potrebbe profilare un problema di ricevibilità della richiesta di un simile pa-

⁷⁸ Ad oggi, a fronte dell'avvenuta approvazione della decisione (UE) 2022/722, cit., che autorizza gli Stati a firmare il Secondo Protocollo, risulta adottata solo la "proposta" di decisione che ne autorizza anche la ratifica. Si veda la proposta di decisione del Consiglio, del 2 dicembre 2021, che autorizza gli Stati membri a ratificare, nell'interesse dell'Unione europea, il Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione sulla criminalità informatica riguardante la cooperazione rafforzata e la divulgazione di prove elettroniche, COM (2021) 719final.

⁷⁹ Per un approfondimento sul ruolo e sulla giurisprudenza della Corte di giustizia nella tutela dei dati personali, si veda F. ROSSI DAL POZZO, *La tutela dei dati personali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *rivista.eurojus.it*, 2018, pp. 1-24.

⁸⁰ Ai sensi dell'art. 218, par. 11, TFUE un eventuale parere negativo della Corte implica che "l'accordo previsto non può entrare in vigore, salvo modifiche dello stesso o revisione dei trattati".

⁸¹ Lo "Scudo USA-UE per la Privacy" è l'accordo che Stati Uniti e Unione europea hanno sottoscritto per introdurre un meccanismo di autocertificazione finalizzato al trasferimento dei dati tra i due Paesi. In merito a tale accordo, l'Unione si era espressa positivamente con decisione di esecuzione (UE) 2016/1250 della Commissione, del 12 luglio 2016, relativa all'adeguatezza della protezione offerta dal regime dello scudo UE-USA per la privacy. La Corte di giustizia UE, con la già richiamata sentenza *Schrems II* del 16 luglio 2020, ha tuttavia invalidato la decisione di adeguatezza relativa al *Privacy Shield*. Stessa sorte che ha interessato anche il precedente accordo USA-UE *Safe Harbor*, dichiarato invalido con la sentenza *Schrems I*, cit. Per un approfondimento in materia, anche in una prospettiva di comparazione USA e UE, cfr. A. S. OBENDIEK, *Data Governance: Value Orders and Jurisdictional Conflicts*, Oxford, 2022, pp. 77-103.

rere, atteso che l'Unione europea ha già autorizzato i Paesi membri alla firma. Dal momento, però, che il trattato non è ancora entrato in vigore e nessuno dei Paesi firmatari ha ad oggi provveduto a ratificarlo, potrebbe comunque valere la pena correre il rischio di una dichiarazione di irricevibilità da parte della Corte. Le vicende che, nella prospettiva dei trasferimenti transfrontalieri dei dati personali, hanno direttamente interessato l'Unione suggeriscono infatti cautela nel rapporto con tutti quei Paesi che sono tradizionalmente meno votati alla tutela della privacy e della protezione dei dati personali. In questo quadro, anche "tentare" di prevenire sarebbe meglio che curare.

L'INDIPENDENZA DELLA MAGISTRATURA REQUIRENTE,
DALLE PROCURE NAZIONALI A EPPO: QUALE MODELLO
EUROPEO DI PUBBLICO MINISTERO?

Agnese A. Ciprandi*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La funzione requirente negli ordinamenti degli Stati membri. – 3. L'indipendenza del pubblico ministero nella giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di mandato di arresto europeo. – 4. La sentenza *A. e a.* sull'indipendenza delle procure nell'emissione di un ordine europeo di indagine. – 5. La sentenza *HK* sull'acquisizione dei tabulati telefonici e telematici da parte del pubblico ministero. – 6. Un confronto con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 7. L'indipendenza e l'imparzialità come requisiti essenziali della nuova Procura europea. – 8. Considerazioni conclusive.

1. Il presente lavoro si propone di comprendere se esiste, o meno, un modello europeo di pubblico ministero¹. In particolare, si intende individuare, nel sistema del diritto dell'Unione europea, un eventuale modello che possa considerarsi condiviso con riferimento all'organo inquirente, con speciale riguardo ai principi di indipendenza e imparzialità che lo stesso deve possedere.

Necessaria premessa di tale indagine è che, in passato, la figura del pubblico ministero non è stata oggetto di particolare approfondimento, quantomeno in ottica sovranazionale; l'attenzione della dottrina, infatti, è sempre stata prevalentemente indirizzata allo studio dello statuto del giudice, considerata la centralità del ruolo che esso riveste nel processo e nella tutela dei diritti, oltre che per la pressoché unanime visione dello stesso come soggetto necessariamente indipendente, terzo e imparziale².

* Dottoranda di ricerca in Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Milano.

¹ La questione era già stata sollevata in passato in dottrina, I. J. PATRONE, *Il PM in Europa secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *europeanrights.eu*, 12 gennaio 2010, p. 3, ma verrà qui affrontata alla luce di nuovi interventi giurisprudenziali e normativi a livello sovranazionale.

² Sul punto, A. SIMONI, *Introduzione, Pubblico ministero e Stato di diritto in Europa*, in *Questione giustizia*, n. 2, 2021, p. 9.

Tuttavia, in tempi più recenti, si è registrata una importante inversione di tendenza. È infatti cresciuta notevolmente l'attenzione per il ruolo e le garanzie proprie del pubblico ministero, anche – e soprattutto – da parte degli studiosi del diritto dell'Unione europea.

Tale novità si comprende a partire da tre fattori che sono intervenuti a dare risalto a questa figura rimasta per molto “confinata nell'ombra”.

Innanzitutto, vengono in rilievo le note riforme di stampo illiberale introdotte in alcuni Stati dell'Unione³ che hanno di fatto minato le fondamenta del sistema giudiziario, senza risparmiare la magistratura requirente. Tra i numerosi interventi normativi, esemplare è il caso della Polonia, dove, nel 2016⁴, sono state previste nuove disposizioni sul pubblico ministero che hanno sostanzialmente portato a una piena subordinazione di tale figura al Ministro della Giustizia, con gravi e inevitabili ripercussioni in punto di indipendenza nell'esercizio della funzione requirente⁵.

³ Come noto, infatti, numerose problematiche, con riferimento ai processi di riforma della magistratura e, di conseguenza, alla compatibilità con il principio dello Stato di diritto come valore fondamentale dell'Unione europea ai sensi dell'art. 2 TUE, sono emerse non solo in Polonia, ma anche in Romania, Bulgaria e Malta. Ciò è posto chiaramente in evidenza nelle relazioni della Commissione europea sullo Stato di diritto, da ultimo: Comunicazione della commissione al parlamento europeo, al consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni, Relazione sullo Stato di diritto 2022, i capitoli dedicati ai singoli Stati membri. La tendenza generale di tali riforme è quella di intervenire, in modo particolare, a modificare le procedure previste per la nomina e la revoca dei pubblici ministeri, accrescendo in tal modo il potere del Ministro della giustizia. Sul contenuto e la portata delle riforme in parola cfr., *ex multis*, C. TANASIOU, *Romania in the European Union: Political Developments and the Rule of Law after Accession*, in A. VON BOGDANDY, P. SONNEVEND (eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, Oxford-Portland, 2015, p. 174 ss.; A. ANGELI, A. DI GREGORIO, J. SAWICKI, *La controversa approvazione del “pacchetto giustizia” nella Polonia di “Diritto e Giustizia” ulteriori considerazioni sulla crisi del costituzionalismo polacco alla luce del contesto europeo*, in *DPCE online*, 2017, p. 787 ss.; E. BAKSANOVA, *Lo Stato di diritto in Bulgaria: una “Fata Morgana”?*, in *Questione giustizia*, 13 marzo 2020; G. BATTAGLIA, *La nomina dei giudici maltesi e il principio di non regressione nella tutela dello Stato di diritto: l'“onda lunga” del caso Repubblica*, in *Giustizia insieme*, 5 novembre 2021.

⁴ Riforme realizzate mediante la legge 28 gennaio 2016 sul pubblico ministero e atto 28 gennaio 2016, recante disposizioni attuative della legge sul pubblico ministero. Per un approfondimento sui principali snodi della riforma, W. SADURSKI, *How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding*, in *Sydney Law School, Legal Studies Research Paper*, 5 January 2018.

⁵ Si consideri, peraltro, che in Polonia, prima della riforma citata, come evidenziato da J.

Si tratta, in estrema sintesi, di processi di riforma funzionali a sovvertire gli equilibri istituzionali a vantaggio del potere esecutivo, “utilizzando” il pubblico ministero come “pedina”⁶ capace di assicurare un vero e proprio controllo sul sistema giudiziario nel suo complesso e, di riflesso, anche sui singoli giudici.

Le riforme in esame hanno dunque posto l'accento sul ruolo essenziale che un pubblico ministero indipendente e imparziale può svolgere per la tutela e la tenuta dello Stato di diritto, valore fondamentale dell'Unione ai sensi dell'articolo 2 TUE, nonché sui legami che intercorrono tra tutela dei diritti fondamentali e statuto del pubblico ministero⁷.

Il secondo fattore che ha portato nuova linfa allo studio delle garanzie proprie della magistratura requirente è rappresentato dalla recente entrata in funzione della Procura europea (EPPO)⁸. Il nuovo Pubblico ministero europeo, infatti, quale soggetto istituzionale che necessariamente pone in relazione modelli diversi, ha sollecitato l'attenzione della dottrina, tra le altre que-

BILEWICZ, *Le nuove disposizioni sul sistema della pubblica accusa in Polonia e la loro applicazione pratica, Pubblico ministero e Stato di diritto in Europa*, in *Questione giustizia*, n. 2, 2021, p. 161 ss., vi era una netta separazione tra le cariche di Ministro della Giustizia e di procuratore generale, con la previsione di una serie di garanzie e presidi per assicurare l'indipendenza dei magistrati requirenti nei singoli procedimenti da possibili influenze da parte dell'esecutivo.

⁶ In questi termini M. GUGLIELMINI, *Un pubblico ministero “finalmente separato”? una scelta poco o per nulla consapevole della posta in gioco. E l'Europa ce lo dimostra*, in *Questione giustizia*, 19 settembre 2022, p. 6.

⁷ Sull'indipendenza della magistratura come valore fondamentale dell'Unione europea ai sensi dell'articolo 2 TUE, senza alcuna pretesa di esaustività, cfr. S. ADAM, P. VAN ELSUWEGE, *L'exigence d'indépendance du juge, paradigme de l'Union européenne comm union de droit*, in *Journal de droit européen*, 2018; G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, M. BASSINI, *Corti europee e democrazia. Rule of law, indipendenza e accountability*, Milano, 2019; F. GUELLA, *Indipendenza della magistratura polacca e stato di diritto in Europa: malgrado l'irricevibilità di questioni ipotetiche, la garanzia di una tutela giurisdizionale effettiva prescinde dalle attribuzioni dell'Unione*, in *DPCE online*, 7 luglio 2020. Sul punto, tra la giurisprudenza della Corte di giustizia, per tutte, sentenza della Corte del 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*.

⁸ Sulla entrata in funzione della Procura europea, cfr. G. BARONE, *L'entrata in funzione dell'EPPO tra nodi (ancora) da sciogliere e dubbi di effettività*, in *Cassazione penale*, n. 12, 2020; A. BERNARDI, *Note telegrafiche su genesi, evoluzione e prospettive future della Procura europea*, in *Sistema penale*, n. 11, 2021; L. TAVASSI, *Il primo anno di EPPO: appunti per una revisione critica*, in *Sistema penale*, n. 5, 2022.

stioni, anche sulla effettiva capacità dei sistemi nazionali di garantire gli standard di indipendenza imposti dal suo regolamento istitutivo⁹.

Da ultimo, un contributo significativo verso l'aumento di interesse per la figura del pubblico ministero è poi stato offerto anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che più volte si è spesa, negli ultimi anni, sul tema dell'indipendenza dei magistrati requirenti, non solo – come si avrà modo di evidenziare – nel contesto del funzionamento di strumenti di cooperazione penale, ma anche rispetto all'esercizio di singole attività di indagine.

Dunque, con l'intento di fornire una risposta all'interrogativo iniziale, dapprima verrà realizzata una breve panoramica dei modelli di pubblico ministero di Germania, Austria, Francia ed Estonia, oggetto di esame da parte della Corte di giustizia. In seguito, si analizzeranno alcune tra le più significative sentenze del giudice di Lussemburgo sul tema delle garanzie del pubblico ministero, per poi procedere a un confronto con quanto affermato sul punto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Una particolare attenzione verrà infine dedicata ai requisiti di indipendenza e imparzialità imposti dal regolamento istitutivo della nuova Procura europea, mettendo in evidenza eventuali profili di frizione tra le previsioni di quest'ultimo e gli esiti a cui la Corte di giustizia è pervenuta nelle proprie sentenze.

2. Punto di partenza della presente indagine è la consapevolezza di non poter individuare un modello di pubblico ministero che possa essere considerato in assoluto prevalente nell'ampio ed eterogeneo panorama dei sistemi propri dei singoli Stati membri dell'Unione, che è il frutto di culture storico-giuridiche talvolta profondamente diverse tra loro¹⁰.

Prendendo spunto dai dati raccolti dalla Commissione di Venezia¹¹, è

⁹ Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea ("EPPO").

¹⁰ Sui diversi modelli di pubblico ministero in Europa cfr. M. DAMASKA, *Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure*, in *The Yale Law Journal*, 1975, p. 480 ss.; A. PERRODET, *Étude pour un ministère public européen*, Paris, 2001; C. GUARNERI, P. PEDERZOLI, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, 2002.

¹¹ La Commissione europea per la Democrazia attraverso il Diritto, anche nota come "Commissione di Venezia", è un organo consultivo del Consiglio d'Europa che ha la funzione di contribuire alla diffusione del patrimonio costituzionale europeo e di garantire agli Stati un "sostegno costituzionale". I dati raccolti con riferimento ai diversi modelli di pubblico ministero sono stati esposti nel Rapporto sulle norme europee in materia di indipendenza del si-

agevole constatare tale varietà di modelli di pubblico ministero, che si caratterizzano per essere anche molto distanti tra loro. Ci sono sistemi, ad esempio, in cui le funzioni del pubblico ministero non vengono svolte da un magistrato – con tutte le conseguenze in termini di garanzie che ad esso vengono assicurate – ma da un pubblico funzionario o dai corpi di polizia¹².

Profonde differenze si evidenziano anche tra i sistemi in cui vige il principio della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale, che si sostanzia quindi in una valutazione sull'opportunità di procedere da parte del pubblico ministero, e altri nei quali, al contrario, è imposto il principio di obbligatorietà¹³.

Spesso in modo diverso si configurano anche i rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria. Vi sono infatti, da un lato, ordinamenti nei quali la polizia si trova in una posizione di piena subordinazione rispetto alle indicazioni del pubblico ministero nello svolgimento di attività investigativa; dall'altro lato, vi sono Stati nei quali la stessa è del tutto indipendente e autonoma nell'esercizio delle proprie funzioni¹⁴.

Particolarmente rilevante ai fini in esame è poi, indubbiamente, la diversa intensità e natura delle relazioni che intercorrono tra le procure e il potere esecutivo, con importanti conseguenze in punto di effettività dell'indipendenza riconosciuta e assicurata ai singoli procuratori.

stema giudiziario: parte II – il pubblico ministero, 85° sessione plenaria, Venezia, 17-18 dicembre 2010, elaborato tenendo conto dei pareri espressi dal Consiglio Europeo dei Procuratori, organo permanente, istituito nel 2005 dal Consiglio d'Europa.

¹² Ad esempio, come si avrà modo di approfondire nel prosieguo, nell'ordinamento tedesco le funzioni del pubblico ministero sono svolte da pubblici funzionari.

¹³ Sul tema della discrezionalità e obbligatorietà dell'azione penale in Europa, cfr. L. LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *Giurisprudenza italiana*, 2002, p. 1753 ss.; N. ROSSI, *Per una cultura della discrezionalità del pubblico ministero*, in *Questione giustizia*, n. 2, 2021, p. 16 ss. A titolo esemplificativo, tra gli Stati in cui vige il principio di discrezionalità dell'azione penale è possibile menzionare il caso francese o belga; diversamente, quello dell'obbligatorietà è un principio fatto proprio, tra gli altri, dall'ordinamento italiano e tedesco.

¹⁴ Sul punto, per un approfondimento, cfr. B. ELSNER, *Das Verhältnis zwischen Staatsanwaltschaft und Polizei im Wandel. Am Beispiel Deutschlands*, in *SIAK-Journal – Zeitschrift für Polizeiwissenschaft und polizeiliche Praxis*, 2008, p. 39 ss. Esempio di sistema nel quale vi è dipendenza (funzionale) della polizia giudiziaria al pubblico ministero è quello italiano; al contrario, in Svezia, tra gli altri Paesi, è riconosciuta piena indipendenza e autonomia alla polizia giudiziaria nello svolgimento delle proprie funzioni.

Posta tale premessa, si analizzeranno – per ragioni di sintesi – taluni dei citati modelli di pubblico ministero; tra tutti, si è ritenuto opportuno prestare particolare attenzione ai tratti salienti – con riferimento, soprattutto, ai profili di indipendenza – dei sistemi tedesco, austriaco, francese ed estone, in quanto rilevanti ai fini della successiva trattazione, con un cenno conclusivo anche al sistema italiano¹⁵.

Innanzitutto, nella Repubblica Federale di Germania, secondo le previsioni degli articoli 30, 92 e 96 della Legge fondamentale, l'amministrazione della giustizia è di competenza dei singoli *Länder*. La sola procura sottoposta alla competenza del governo generale è quella costituita dall'ufficio del Procuratore generale federale presso la Corte federale di giustizia.

La disciplina relativa allo *status* del pubblico ministero è contenuta nella Legge federale sull'ordinamento giudiziario, agli articoli 141-152, mentre quella relativa alle funzioni dei procuratori è stata inserita nel codice di procedura penale tedesco.

Lo *status* del pubblico ministero tedesco è piuttosto peculiare¹⁶. Esiste una netta separazione tra la figura del giudice e del pubblico ministero; quest'ultimo non viene inquadrato come magistrato ma come pubblico funzionario e, come tale, è soggetto alle medesime disposizioni che riguardano coloro che sono impiegati presso le pubbliche amministrazioni¹⁷. Tra tali di-

¹⁵ I sistemi citati sono stati selezionati in quanto emblematici dei principali modelli di pubblico ministero diffusi tra gli Stati membri dell'Unione. In questa sede, in particolare, l'analisi di tali sistemi è volta a consentire una completa comprensione della portata delle sentenze della Corte di giustizia oggetto di successivo approfondimento e, soprattutto, delle ragioni che giustificano profili di divergenza tra le stesse.

¹⁶ Per un approfondimento sul pubblico ministero tedesco, *ex multis*, J. HERRMANN, *The German Prosecutor*, in K. C. DAVIS (ed.), *Discretionary Justice in Europe and America*, Urbana, 1976; F. MOLINARI, *Pubblico ministero e azione penale nell'ordinamento della Repubblica federale di Germania*, in G. CONSO (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale: problemi e prospettive di riforma*, Bologna, 1979; L. VIOLINI, *Separazione delle carriere e indipendenza della magistratura: riflessioni di diritto comparato*, in *Diritto penale contemporaneo*, 22 dicembre 2011.

¹⁷ Per completezza, si ritiene opportuno dare conto dell'esistenza di un'opinione minoritaria in dottrina che sostiene che il pubblico ministero tedesco sarebbe comunque da inquadrare come organo dell'ordinamento giudiziario, con tutte le garanzie che da tale qualificazione discendono. Tuttavia, come evidenzia L. VIOLINI, *op. cit.*, p. 58, tale orientamento non ha mai avuto alcuna influenza sulla struttura della magistratura tedesca.

sposizioni, vi è il potere di direttiva e di indirizzo del Ministro della Giustizia. In particolare, secondo il sistema del riparto di competenze, siffatto potere spetta al Ministro federale della Giustizia rispetto alla Procura federale, negli altri casi spetta invece ai Ministri dei singoli *Länder*.

Come contrappeso alle prerogative del Ministro, al fine di impedire che i rapporti di stretta interconnessione delle procure con il potere esecutivo potessero sfociare in possibili abusi, è stato introdotto il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, che, tuttavia, incontra attualmente talune significative eccezioni¹⁸.

Oltre agli aspetti che attengono ai rapporti tra pubblico ministero e potere esecutivo, rilevante – in tema di indipendenza – è altresì la struttura interna delle procure tedesche.

La Legge sull'ordinamento giudiziario prevede che "I funzionari della Procura della Repubblica devono attenersi alle indicazioni di ufficio dei loro superiori", delineando così una procura fortemente gerarchizzata. Infatti, in caso di conflitto, il capo della singola procura può esercitare un potere di avocazione o di sostituzione del procuratore con un altro appartenente al medesimo ufficio.

Nel volgere invece l'attenzione all'ordinamento austriaco, si possono indubbiamente individuare numerosi punti di contatto con il modello di pubblico ministero tedesco, con riferimento ai profili di indipendenza interna ed esterna¹⁹.

Infatti, anche in Austria, secondo la Legge sulle procure, è istituita una Procura generale presso la sede di ciascun Tribunale del singolo *Land* e una Procura generale presso la Corte Suprema. Gli uffici di procura sono direttamente subordinati alle istruzioni delle procure generali, mentre queste ultime e la Procura generale presso la Corte Suprema sono direttamente subordinate e vincolate alle istruzioni del Ministro federale della giustizia²⁰.

Nel modello francese²¹, invece, non vi è una vera e propria separazione

¹⁸ In particolare, il principio di obbligatorietà è stato progressivamente limitato, per poi trovare applicazione, a partire da alcune riforme degli anni '70, solamente per i reati più gravi (ovvero i reati puniti con una pena superiore a un anno di reclusione), con la conseguenza, quindi, che per i reati di minor gravità è stato introdotto il principio di opportunità dell'azione penale.

¹⁹ Per una descrizione del pubblico ministero austriaco A. BRECCIA, *L'amministrazione della giustizia in Austria*, in *Rivista di Studi Politici Internazionali*, 1968, p. 94 ss.

²⁰ Articolo 2, par. 1, dello *Staatsanwaltschaftsgesetz* (legge relativa alle procure).

²¹ Sul modello di pubblico ministero francese, senza pretesa di esaustività, R. VOUIN, *The*

delle carriere tra giudici e pubblici ministeri, esistendo, di fatto, un unico ordine giudiziario²². L'articolo 64 della Costituzione francese garantisce infatti l'indipendenza dell'autorità giudiziaria, che è composta sia dai magistrati giudicanti che dai magistrati requirenti.

Tuttavia, pur nell'unicità dell'ordine, il pubblico ministero francese presenta uno statuto giuridico particolare – talvolta definito finanche “ibrido” o “ambiguo”²³ –, che si discosta profondamente da quello riconosciuto al giudice. Nonostante le numerose riforme che negli ultimi anni hanno riguardato il *parquet*²⁴ francese – tra le quali quella che introduce il divieto per il Ministro della Giustizia di inviare istruzioni individuali²⁵ – non sono state del tutto risolte le principali questioni problematiche che ruotano attorno al tema dell'indipendenza del pubblico ministero²⁶. Infatti, attualmente, i procuratori non godono della garanzia di inamovibilità che spetta ai giudici e sono inseriti in un rigido sistema gerarchico.

In particolare, vi sono i procuratori della Repubblica presso ciascun Tribunale distrettuale, sottoposti all'autorità dei Procuratori generali presso le Corti d'Appello. Inoltre, vi è il Procuratore generale presso la Corte di cassazione al vertice della Procura generale presso la Corte di cassazione. All'apice di tale struttura si colloca il Ministro della Giustizia, al quale rispondono il procuratore generale presso la Corte di cassazione e i procuratori generali

Role of the Prosecutors in French Criminal Trials, in *The American Journal of Comparative Law*, 1970, p. 483 ss.; F. MOLINARI, *op. cit.*, p. 159 ss.; C. LAZERGES (sous la direction de), *Figures du parquet*, Paris, 2006; L. VIOLINI, *op. cit.*, p. 54 ss.

²² È prevista, infatti, la medesima di reclutamento e di formazione per giudici e pubblici ministeri ed è ammesso il passaggio di funzioni nel corso della carriera.

²³ In questi termini, E. ALT, *Un pubblico ministero dallo status malato*, in *Questione giustizia*, 21 febbraio 2014; A. BARAGGIA, *Il pubblico ministero francese in cerca di identità tra riforme costituzionali e moniti sovranazionali*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2014, p. 2.; A. CHAUMET, *Lo status del pubblico ministero francese e i suoi rapporti con il potere esecutivo*, in *Questione giustizia*, n. 2, 2021, p. 151 ss.

²⁴ Il termine *parquet* deriva dal francese antico e significa letteralmente “piccolo parco o recinto”. Come evidenzia D. SALAS, *Les 100 mots de la justice*, Paris, 2011, p. 86, l'utilizzo di tale termine per riferirsi alle procure è da imputare al recinto assegnato agli uomini del re in tribunale (appunto “il piccolo parco”) dove i procuratori si trovavano con gli altri avvocati di fronte ai giudici.

²⁵ Legge n. 2013-669 del 25 luglio 2013.

²⁶ Gli altri interventi di riforma da sono stati infatti definiti “marginali” e “poco incisivi” da A. BARAGGIA, *op. cit.*, pp. 3-8.

presso le Corti d'Appello. In tale sistema è previsto che il Ministro della Giustizia non possa impartire – come anticipato – direttive ai procuratori delle corti distrettuali, che sono invece sottoposti alla direzione del solo procuratore generale presso la Corte d'Appello, ma solo istruzioni generali, espressione della politica penale stabilita dal Governo.

Simili forme di potere di direttiva e controllo risultano, nell'attuale assetto ordinamentale, astrattamente funzionali a garantire un certo grado di uniformità e a contenere l'esercizio della discrezionalità, caratteristica tipica del procedimento penale francese. Non manca, tuttavia, chi rinviene proprio in tale discrezionalità uno dei principali nodi problematici per l'indipendenza delle procure, perché permane – seppur solo astrattamente – la possibilità di dubitare che dietro la decisione di esercitare o meno l'azione penale vi possa essere l'influenza dell'esecutivo²⁷.

Diverso ancora è lo statuto del pubblico ministero estone. L'Ufficio del pubblico ministero è qualificato come ente governativo, facente capo al Ministero della Giustizia, sebbene svolga le proprie funzioni in modo indipendente.

Il principio di indipendenza è sancito a livello di legge ordinaria²⁸ e si prevede, in tale normativa, che il pubblico ministero è un'autorità soggetta alla sfera di competenza del Ministero della Giustizia ma che – allo stesso tempo – nell'esercizio delle funzioni assegnategli dalla legge è indipendente, è soggetto soltanto alla legge e agisce secondo il proprio convincimento.

Nonostante un simile rapporto tra le procure e il potere esecutivo, il Ministro della Giustizia non ha il potere di impartire istruzioni nei singoli procedimenti. Solo il procuratore generale, da un punto di vista interno, può ordinare ai procuratori della Repubblica, mediante richieste scritte, di avviare azioni penali o di adire il giudice competente.

Evidenziate le peculiarità di tali sistemi – al fine di offrire un ulteriore spunto di riflessione in chiave comparatistica – non può mancare un cenno al sistema italiano, che dal punto di vista delle garanzie che presidiano la figura del pubblico ministero rappresenta senza dubbio un modello particolarmente virtuoso²⁹.

²⁷ Sul punto, le riflessioni di A. CHAUMET, *op. cit.*, p. 153.

²⁸ Articolo 1 della *prokuratuuriseadus*, legge relativa al pubblico ministero.

²⁹ Sul modello di pubblico ministero italiano, per tutti, cfr. A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, 1982; N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2019.

Brevemente, nell'ordinamento italiano, le procure godono di importanti garanzie, riconosciute a livello costituzionale, tali da rendere il pubblico ministero – secondo autorevole dottrina – uno degli elementi qualificanti il modello italiano di ordinamento giudiziario³⁰.

Il pubblico ministero italiano è a tutti gli effetti un magistrato, che appartiene all'ordine giudiziario, e, come tale, è destinatario di tutte le disposizioni costituzionali ad esso dedicate, a partire dall'articolo 104 Cost., che configura il potere giudiziario come autonomo e indipendente da ogni altro potere dello Stato.

Fondamentale è il riferimento all'articolo 112 Cost., disposizione che sancisce il principio di obbligatorietà dell'azione penale, essenziale per assicurare l'indipendenza funzionale del pubblico ministero sia interna che esterna, impedendo che questo possa ricevere qualsivoglia forma di istruzione, direttiva o influenza³¹. Si afferma, infatti, che per gli uffici di procura l'articolo 112 Cost. corrisponda all'articolo 101, comma 2, Cost. per i magistrati giudicanti, che prevede la soggezione del giudice alla sola legge³².

Strettamente correlato alla previsione dell'obbligatorietà dell'azione penale è anche il principio – ulteriore corollario dell'indipendenza di tale figura – per cui il pubblico ministero dispone direttamente della polizia giudiziaria ai sensi dell'articolo 109 Cost. Come affermato dalla Corte costituzionale, infatti, una simile dipendenza funzionale è finalizzata ad escludere interferenze di altri poteri nello svolgimento delle indagini, in particolare dell'esecutivo³³.

Nella consapevolezza dell'eterogeneità del panorama di statuti del pub-

³⁰ Così A. PIZZORUSSO, *Les fondements constitutionnels de l'“autogouvernement” de la magistrature*, in T. S. RENOUX (sous la direction de), *Les Conseils supérieurs de la magistrature en Europe*, Paris, 2000, p. 235 ss.

³¹ In questo senso, tra le altre, sentenza della Corte costituzionale del 26 luglio 1979, n. 84. Sulla rilevanza del principio di obbligatorietà dell'azione penale in Italia, V. ZAGREBELSKY, *Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, in G. CONSO (a cura di), *op. cit.*

³² Occorre comunque precisare che una parte di dottrina ritiene applicabile anche al pubblico ministero l'articolo 101, comma 2, Cost., nonostante faccia espresso riferimento ai soli “giudici”. Così, tra gli altri, V. CAVALLARI, *Il pubblico ministero nelle prospettive di riforma del processo penale*, in AA.VV., *La riforma del pubblico ministero*, Milano, 1974, p. 148 ss.; G. NEPPI MODONA, *Art. 112 e 107, 4° comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1987.

³³ Sentenza della Corte costituzionale del 6 dicembre 2018, n. 229.

blico ministero così descritto, di seguito si analizzeranno alcune tra le più significative sentenze della Corte di giustizia sul tema.

3. L'analisi delle pronunce della Corte di giustizia sull'indipendenza del pubblico ministero si concentrerà sui diversi approdi a cui i giudici di Lussemburgo sono giunti in relazione a tre diversi filoni giurisprudenziali, ovvero quelli formati in tema di mandato di arresto europeo (MAE), ordine europeo di indagine (OEI) e acquisizione dei tabulati telefonici e telematici nel corso delle indagini³⁴.

Innanzitutto, la questione relativa all'indipendenza delle procure è stata affrontata dalla Corte di giustizia con riferimento al mandato di arresto europeo, poiché, nella procedura di emissione e di esecuzione, la garanzia di indipendenza in capo alle autorità giudiziarie coinvolte assume un particolare rilievo³⁵.

Segnatamente, a partire dal 2016, la Corte è stata in più occasioni chiamata a pronunciarsi sulla portata della nozione di "autorità giudiziaria" e "decisione giudiziaria" ai sensi degli articoli 6 e 8, della decisione quadro 2002/584 (decisione quadro MAE)³⁶, delineandone una nozione autonoma del diritto dell'Unione europea³⁷.

³⁴ Come evidenziato da A. ROSANÒ, *La chimera e il pubblico ministero: considerazioni relative alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di indipendenza del pm*, in *Questione giustizia*, n. 2, 2021, p. 77, questioni in tema indipendenza del pubblico ministero, ancor prima che in materia penale, sono emerse con riferimento alla possibilità delle procure di proporre rinvio pregiudiziale ex articolo 267 TFUE alla Corte di giustizia. Tra le ultime pronunce sul tema, sentenza della Corte del 2 settembre 2021, causa C-66/20, XK.

³⁵ Sulla rilevanza del principio dell'indipendenza della magistratura nel contesto mandato di arresto europeo, per tutte, sentenza della Corte del 25 luglio 2018, causa C-216/18 PPU, LM, dove viene stabilito che – visto l'alto grado di fiducia tra gli Stati sul quale si fonda il mandato di arresto e il legame tra fiducia reciproca e rispetto dei valori ex articolo 2 TUE – il rischio di una violazione del diritto fondamentale ad un giudice indipendente (e, pertanto, del contenuto essenziale del suo diritto fondamentale a un equo processo, garantito dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), può portare l'autorità giudiziaria dell'esecuzione ad astenersi, a titolo eccezionale, dal dare seguito al mandato d'arresto.

³⁶ Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra gli Stati membri, come modificato dalla decisione quadro 2009/299/GAI.

³⁷ Per una puntuale ricostruzione delle sentenze della Corte di giustizia sulla nozione di

Occorre innanzitutto menzionare le sentenze *Poltorak*³⁸, *Kovalkovas*³⁹ e *Özcelik*⁴⁰, nelle quali è stato affermato che per “autorità giudiziaria” si intendono le autorità che partecipano all’amministrazione della giustizia e che emettono i MAE all’esito di una procedura che possa dirsi adeguata a giustificare l’elevato livello di fiducia reciproca tra Stati membri.

Tra queste, ai fini in esame, particolarmente rilevante è la sentenza *Özcelik*. La questione sottoposta alla Corte prendeva le mosse da un mandato di arresto europeo spiccato dal Dipartimento di polizia di Ajka (Ungheria), successivamente convalidato dal pubblico ministero competente ed emesso, in via definitiva, dal Tribunale distrettuale di Veszprém. In tale contesto, il giudice del rinvio chiedeva alla Corte di giustizia se un mandato d’arresto nazionale, emesso da un servizio di polizia ma oggetto di convalida mediante una decisione del pubblico ministero, potesse essere qualificato come “decisione giudiziaria”, ai sensi dell’articolo 8, paragrafo 1, lettera c), della decisione quadro MAE.

I giudici di Lussemburgo, così interrogati, hanno affermato che il fondamento del MAE ungherese deve rinvenirsi nella convalida del pubblico ministero, il quale è il responsabile dell’emissione del mandato d’arresto nazionale. Ne consegue dunque, secondo la Corte, l’irrilevanza della circostanza che tale mandato d’arresto nazionale sia stato emesso da un servizio di polizia, in quanto la convalida del medesimo da parte del pubblico ministero consente di assimilare quest’ultimo all’autore dell’atto. Ciò posto, i giudici lussemburghesi hanno rilevato che il pubblico ministero costituisce un’autorità chiamata a partecipare all’amministrazione della giustizia penale di uno Stato membro e, in quanto tale, la decisione di una siffatta autorità deve essere considerata una “decisione giudiziaria”, ai sensi dell’articolo 8, paragrafo 1, lettera c), della decisione quadro MAE⁴¹.

Ciò che emerge da tale sentenza è l’assenza di qualsivoglia considerazione in merito ai profili legati all’indipendenza delle procure ungheresi. Certamente, nel caso di specie, risulta con chiarezza il fatto che ad emettere il

autorità giudiziaria A. ROSANÒ, *The road not taken? Recenti sviluppi sulla nozione di autorità giudiziaria emittente nell’ambito del MAE*, in *Legislazione penale*, 9 marzo 2021.

³⁸ Sentenza della Corte del 10 novembre 2016, causa C-452/16 PPU, *Poltorak*.

³⁹ Sentenza della Corte del 10 novembre 2016, causa C-477/16 PPU, *Kovalkovas*.

⁴⁰ Sentenza della Corte del 10 novembre 2016, causa C-453/16 PPU, *Özcelik*.

⁴¹ Sentenza *Özcelik*, cit., punti 29-35.

MAE sia stato un giudice, ma sembra che, in questa occasione, la Corte non abbia ritenuto necessario evidenziare eventuali profili problematici con riferimento alle garanzie di indipendenza del pubblico ministero. Al contrario, giudici di Lussemburgo non hanno esitato a considerarlo pacificamente come “autorità chiamata a partecipare all’amministrazione della giustizia penale di uno Stato membro”. Tale mancanza appare in modo evidente anche in considerazione del fatto che la Corte era stata sollecitata sul punto dal giudice del rinvio, il quale aveva sollevato alcune perplessità sul ruolo del pubblico ministero in Ungheria e, in particolare, sull’indipendenza del medesimo rispetto al potere esecutivo⁴².

Anzi, la stessa Corte – lungi da svolgere alcuna considerazione sulla natura e la qualificazione nell’ordinamento ungherese del pubblico ministero – ha affermato che proprio la convalida di quest’ultimo costituisce il requisito che garantisce all’autorità di esecuzione che il MAE sia effettivamente fondato su una decisione che abbia beneficiato di un controllo giudiziario⁴³.

In questo senso, potrebbe sembrare piuttosto singolare che, solo pochi anni dopo, nel 2019, il giudice di Lussemburgo sia tornato a pronunciarsi sulla figura del pubblico ministero, giungendo a conclusioni che non sembrano essere del tutto sovrapponibili a quelle della sentenza *Özcelik*, considerata la nuova, significativa, valorizzazione del requisito di indipendenza⁴⁴.

A inaugurare tale filone è la sentenza *OG e PI*, relativa alle procure tedesche⁴⁵. In questo contesto, interpretando la nozione di “autorità giudiziaria”, la Corte ha sostanzialmente confermato l’impostazione della propria precedente giurisprudenza, ribadendo che l’autorità emittente deve partecipare all’amministrazione della giustizia e che occorre sempre un controllo giudi-

⁴² *Ibidem*, punto 12.

⁴³ *Ibidem*, punto 36.

⁴⁴ Per completezza, occorre precisare che la Corte di giustizia si è pronunciata anche in relazione ad altri modelli di pubblico ministero, giungendo a soluzioni conformi alle pronunce analizzate nel presente lavoro. Sentenza della Corte del 27 maggio 2019, causa C-509/18, *PF*, relativa alle procure lituane che, ad avviso della Corte godono delle necessarie garanzie di indipendenza per l’emissione di un MAE; sentenza della Corte del 12 dicembre 2019, causa C-625/19 PPU, *XD*, e sentenza della Corte del 12 dicembre 2019, causa C-627/19 PPU, *ZB*, nelle quali i giudici di Lussemburgo affrontato il tema del controllo giudiziario che deve essere svolto al fine dell’emissione del MAE. Da ultimo, ancora, sentenza della Corte del 10 marzo 2021, causa C-648/20 PPU, *PI*.

⁴⁵ Sentenza della Corte del 27 maggio 2019, cause riunite C-508/18 e C-82/19 PPU, *OG e PI*.

ziario adeguato. Tuttavia, la conclusione cui si giunge nella sentenza è quella di escludere le procure tedesche dal novero delle autorità emittenti ai sensi dell'articolo 6 della decisione quadro MAE.

Secondo la Corte, l'autorità giudiziaria emittente deve assicurare il controllo del rispetto delle condizioni necessarie all'emissione e la proporzionalità di quest'ultima. Tale controllo, tuttavia, deve essere esercitato da un soggetto che sia in grado di effettuarlo in modo obiettivo, senza essere esposto al rischio di ricevere istruzioni o direttive esterne da parte – soprattutto – del potere esecutivo. Dunque, ad avviso dei giudici di Lussemburgo, le procure tedesche non sono in grado di soddisfare i necessari requisiti di indipendenza perché – per le ragioni anticipate nel precedente paragrafo – astrattamente il Ministro della giustizia del *Land* è in grado di esercitare forme di ingerenza in singoli procedimenti penali⁴⁶.

La Corte, nel negare che le procure tedesche possiedano l'indipendenza necessaria per essere qualificate come "autorità giudiziarie" ai fini dell'emissione di un MAE, ha evidenziato che ciò che rileva in tal senso è l'indipendenza "in astratto" piuttosto che "in concreto" del singolo pubblico ministero. Infatti, il giudice del Kirchberg, riconosce che "il diritto tedesco prevede garanzie che consentono di circoscrivere il potere di impartire istruzioni di cui dispone il Ministro della Giustizia nei confronti del pubblico ministero"⁴⁷ e che, pertanto, le ipotesi in cui tale influenza possa essere esercitata in concreto sono estremamente rare, ma ha ritenuto sufficiente il semplice rischio per escludere la sussistenza di indipendenza effettiva.

Più recente è poi la sentenza *NJ*, sulle procure austriache⁴⁸.

Come anticipato, il pubblico ministero in Austria gode di uno *status* molto simile a quello tedesco quanto ai rapporti di subordinazione al potere esecutivo e, per tale ragione, anch'esso non è stato, in definitiva, considerato indipendente dalla Corte di giustizia. Tuttavia, il sistema austriaco prevede che il MAE emesso dalle procure debba essere oggetto di una successiva convalida da parte di un tribunale, indipendente, terzo e imparziale⁴⁹. Pro-

⁴⁶ Sentenza *OG e PI*, cit., punti 72-77.

⁴⁷ *Ibidem*, punto 79.

⁴⁸ Sentenza della Corte del 9 ottobre 2019, causa C-489/19 PPU, *NJ*.

⁴⁹ L'articolo 29, comma 1, della legge austriaca sulla cooperazione giudiziaria in materia penale, prevede infatti che la decisione di emettere un MAE debba essere oggetto di convalida da parte di un tribunale prima della sua trasmissione allo Stato membro di esecuzione.

prio, dunque, la previsione di una simile forma di ulteriore controllo giurisdizionale ha consentito alla Corte di “salvare” il sistema austriaco di emissione del MAE.

Di poco successiva è la sentenza *JR* e *YC*⁵⁰ sulle procure francesi. Con tale pronuncia la Corte giunge a una conclusione sostanzialmente opposta rispetto alle precedenti, ritenendo il pubblico ministero francese in possesso delle necessarie garanzie di indipendenza per essere qualificato come “autorità giudiziaria emittente”.

In particolare, secondo i giudici lussemburghesi – anche in forza della citata riforma del 2013 – il pubblico ministero esercita le sue funzioni in modo obiettivo, al riparo da forme di istruzioni di carattere individuale, in quanto il Ministro della Giustizia può rivolgere ai procuratori esclusivamente istruzioni generali di politica penale, finalizzate ad assicurare coerenza in tutto il territorio dello Stato. Tale circostanza consente di ritenere che i procuratori francesi siano in grado di valutare in modo indipendente la necessità e la proporzionalità dell'emissione di un mandato d'arresto europeo e di esercitare tale potere in modo obiettivo, tenendo conto di tutti gli elementi a carico e a discarico.

Irrilevanti, secondo la Corte, sono i profili che attengono all'indipendenza interna. In particolare, non sono tali da escludere l'indipendenza delle procure francesi le disposizioni normative che consentono ai superiori gerarchici di impartire istruzioni ai procuratori giacché “il requisito di indipendenza, che esclude che il potere decisionale dei primi formi oggetto di istruzioni esterne al potere giudiziario, provenienti in particolare dal potere esecutivo, non vieta le istruzioni interne che possono essere impartite ai magistrati della procura dai loro superiori gerarchici, essi stessi magistrati della procura”⁵¹.

La ricognizione di tali pronunce consente di individuare tre scenari diversi con riferimento all'emissione di un MAE da parte di una procura nazionale.

Il primo, coincide con l'ipotesi in cui il pubblico ministero sia destinatario di tutte le garanzie di indipendenza esterna richieste dalla Corte (ad

⁵⁰ Sentenza della Corte del 12 dicembre 2019, cause riunite C-566/19 PPU e C-626/19 PPU, *JR* e *YC*.

⁵¹ Sentenza *JR* e *YC*, cit., punto 56.

esempio, il citato modello francese o il modello lituano). In questo caso, al singolo procuratore è consentito emettere in autonomia un MAE senza necessità di ulteriori forme di controllo giurisdizionale.

Il secondo, invece, riguarda il caso in cui il pubblico ministero risulti carente sotto il profilo dell'indipendenza, in considerazione del forte legame con il potere esecutivo; in tale ipotesi la Corte nega qualsivoglia forma di autonomia nell'emissione di un mandato di arresto (come avvenuto per le procure tedesche).

Da ultimo, un terzo modello si può riscontrare nella fattispecie in cui – con una sorta di “correttivo” del secondo – alla richiesta del pubblico ministero segua la convalida di un giudice indipendente (come nel caso austriaco)⁵².

Le citate sentenze della Corte non sono state comunque esenti da critiche⁵³.

Non pare, innanzitutto, particolarmente convincente la distinzione posta dalla Corte tra istruzioni di carattere generale e direttive individuali per distinguere tra procure dotate, o meno, di indipendenza.

In proposito, occorre rilevare come nel sistema francese sia piuttosto diffusa – anche in modo più frequente rispetto all'ordinamento tedesco – una prassi di attiva direzione da parte dell'esecutivo e non può dubitarsi che una forma di influenza diretta all'individuazione delle priorità di indagine per categorie di reato del tipo delineato nell'ordinamento francese possa risultare particolarmente incisiva e determinante, in concreto, nelle scelte effettuate dal singolo pubblico ministero.

Lo stesso Avvocato generale Sánchez-Bordona nelle proprie conclusioni non manca di sottolineare tale aspetto di criticità relativo alle procure france-

⁵² Occorre sottolineare che all'indomani della sentenza *OG e PI*, cit., nella Repubblica Federale di Germania, al fine di recepire il *dictum* della Corte, è stata introdotta una modifica della legge di attuazione della decisione quadro, prevedendo che l'emissione di un MAE possa avvenire solamente mediante la decisione di un tribunale. Nella stessa direzione, dopo la sentenza *ZB*, cit., si sono mossi i Paesi Bassi, dove è stato previsto che la competenza ad emettere MAE spetta solo al giudice.

⁵³ Tra gli altri, F. GUELLA, *Indipendenza “concreta ma in astratto” dell'ufficio di procura: la separazione tra politica e magistratura quale prerequisite di leale cooperazione nel mandato d'arresto europeo*, in *DPCE online*, 2019, p. 2245; L. SCOLLO, *La Corte di giustizia UE si pronuncia sulla legittimità del procedimento di emissione del M.A.E. da parte del P.M. francese*, in *Sistema penale*, 22 gennaio 2020.

si⁵⁴. In particolare, viene osservato che i pubblici ministeri francesi “difficilmente possono essere qualificati come indipendenti per agire quale autorità giudiziaria emittente di un MAE”⁵⁵, considerato che gli stessi devono attenersi alle istruzioni generali impartite dal Ministro della Giustizia e agli ordini dei loro superiori gerarchici.

Con riferimento a tale ultima considerazione, non appare totalmente convincente l'irrelevanza riconosciuta dalla Corte ai profili di indipendenza interna delle procure francesi. Infatti, in questo senso, occorre considerare il fatto che al vertice della struttura gerarchica sulla quale le procure sono costituite si ritrova pur sempre il Ministro della Giustizia, con ulteriori importanti – anche solo potenziali – poteri di influenza e interferenza.

Ancora, sulla stessa linea, altro motivo di critica risiede nel fatto che la riflessione della Corte rispetto all'indipendenza delle procure tedesche non si sia concentrata sulla circostanza che queste fossero effettivamente state destinatarie di istruzioni del potere esecutivo, ma solamente sul fatto che in astratto tale influenza potesse realizzarsi. Si è quindi dato rilievo a una carenza di indipendenza non concreta ma solo potenziale.

4. Del tutto diversi da quelli appena richiamati sono invece gli esiti cui giunge la Corte di giustizia nella sentenza resa l'8 dicembre 2020 in relazione alla nozione di “autorità di emissione” di un ordine europeo di indagine⁵⁶.

Anche in tal caso, i giudici di Lussemburgo sono stati chiamati, tramite un rinvio proposto da un tribunale austriaco, a pronunciarsi sulla possibilità che il pubblico ministero potesse rientrare tra le autorità legittimate ad emettere un ordine europeo di indagine ai sensi dell'articolo 2, lett. c) della direttiva 2014/41/UE⁵⁷.

La questione sottoposta alla Corte riguardava, ancora una volta, le procure tedesche ed era stata sollevata proprio in ragione delle conclusioni cui gli stessi giudici lussemburghesi erano giunti nella precedente sentenza *OG e PI*. Infatti, preso atto dell'esistenza di una subordinazione degli uffici di pro-

⁵⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale Sánchez-Bordona del 26 novembre 2019, cause riunite C-566/19 PPU JR e C-626/19 PPU YC.

⁵⁵ *Ibidem*, punto 44.

⁵⁶ Sentenza della Corte dell'8 dicembre 2020, causa C-584/19, *A. e a.*

⁵⁷ Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale.

cura tedeschi al potere esecutivo, il giudice del rinvio ha domandato alla Corte se la mancanza di indipendenza fosse tale da impedire ai procuratori non soltanto l'autonoma emissione di un MAE ma anche di un OEI.

La Corte, tuttavia, ha affermato che nella nozione di cui all'articolo 2 della direttiva 2014/41/UE rientra anche il pubblico ministero e ciò a prescindere da qualsivoglia valutazione circa la sussistenza, o meno, di un rapporto di subordinazione con il potere esecutivo.

In particolare, il percorso argomentativo seguito dai giudici di Lussemburgo si snoda lungo tre ordini di motivazioni di carattere "testuale, contestuale e teleologico", alla luce dei quali è possibile distinguere le garanzie richieste per il MAE da quelle necessarie per l'OEI⁵⁸.

Innanzitutto, la Corte si è soffermata sul dato letterale dell'articolo 2 della direttiva 2014/41/UE, osservando che, a differenza dell'articolo 6 della decisione quadro MAE, la norma in esame qualifica espressamente come "autorità di emissione" anche il pubblico ministero⁵⁹.

Inoltre, viene sottolineato che la procedura di emissione dell'OEI è soggetta a garanzie diverse da quelle che disciplinano l'emissione del MAE relative, in particolare, al rispetto dei diritti fondamentali e al diritto a una tutela giurisdizionale effettiva⁶⁰.

Da ultimo, i giudici della Corte si sono concentrati sulla natura dello strumento di cooperazione giudiziaria dell'OEI, tenendo in particolare considerazione l'obiettivo che nella predisposizione della direttiva il legislatore dell'Unione ha inteso perseguire: quello, cioè, di instaurare una forma di cooperazione semplificata, finalizzata all'acquisizione di prove nelle cause penali aventi dimensione transfrontaliera⁶¹. Dunque, sarebbe chiara la diversità di fine rispetto al MAE, che è invece volto all'arresto e alla consegna di una persona ricercata ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà. Proprio tale diversità di obiettivi perseguiti, secondo la Corte, giustificerebbe la possibilità di riempire il contenuto della nozione di "autorità emittente" in modo differente.

Infatti, hanno chiarito i giudici di Lussemburgo, se è pur vero che gli atti

⁵⁸ Sentenza *A. e a.*, cit., punto 74.

⁵⁹ *Ibidem*, punto 50.

⁶⁰ *Ibidem*, punto 56.

⁶¹ *Ibidem*, punto 70.

di indagine oggetto di un OEI possono risultare particolarmente intrusivi della sfera personale dei destinatari – potendo ledere, ad esempio, il diritto alla vita privata o il diritto di proprietà della persona – diversamente dallo strumento del MAE non sono comunque mai in grado di incidere sul fondamentale diritto alla libertà personale⁶².

Come è stato criticamente osservato, la Corte nella sentenza in esame non ha svolto particolari considerazioni in merito all'indipendenza del pubblico ministero, né in ordine alla rilevanza che tale requisito potrebbe rivestire nel contesto dell'emissione di un OEI, perdendo così l'occasione per aggiungere un ulteriore tassello sul tema in esame⁶³.

Tale mancanza può sorprendere, a maggior ragione, se si considera che la Corte ha espressamente riconosciuto che numerosi atti di indagine che possono essere oggetto di un OEI sono in grado di incidere sensibilmente su alcune libertà e diritti fondamentali. Si possono infatti annoverare un insieme di attività capaci di intaccare profondamente la sfera personale dei destinatari, a partire, ad esempio, dall'accesso alle informazioni su operazioni bancarie – come nel caso sottoposto all'attenzione della Corte – di perquisizione e sequestro o, ancora, di intercettazioni di comunicazioni. Sembra però che la Corte, soprattutto con l'ultimo argomento speso per sostenere le proprie conclusioni, abbia elaborato una sorta di “scala gerarchica” tra i diritti fondamentali riconosciuti all'individuo. Si tratterebbe, segnatamente, di una “scala” al vertice della quale rimane la libertà personale, che appare la sola meritevole di una tutela particolarmente stringente, al punto di prevedere unicamente per essa la necessità che un'eventuale limitazione avvenga, in via esclusiva, attraverso un atto emesso da una autorità del tutto indipendente. Per la tutela degli altri diritti, dunque, secondo la Corte, è sufficiente un mero controllo giurisdizionale effettuato *ex post*, ovvero solo dopo il compimento dell'atto investigativo, mediante una procedura di convalida o di impugnazione.

5. Proprio con riferimento al tema del diritto alla riservatezza merita attenzione un'ulteriore pronuncia in cui la Corte è tornata a esprimersi sull'indipendenza del pubblico ministero. Si tratta della sentenza *HK* del 2

⁶² *Ibidem*, punto 73.

⁶³ M. LANOTTE, *Il requisito dell'indipendenza del pubblico ministero nell'emissione di un ordine di indagine europeo*, in *Cassazione penale*, n. 3, 2021, p. 1074.

marzo 2021⁶⁴, nella quale il giudice del Kirchberg è stato chiamato a chiarire, tra le altre questioni, la possibilità di considerare, o meno, il pubblico ministero (nel caso di specie estone) quale autorità indipendente che, in quanto tale, potesse autorizzare l'accesso ai cd. dati esteriori delle comunicazioni conservati dai fornitori⁶⁵.

Ad avviso della Corte – nonostante la legge estone preveda che il pubblico ministero debba agire in modo indipendente, sia soggetto soltanto alla legge e debba ricercare sia elementi a carico che a discarico – il ruolo del pubblico ministero nel procedimento penale resta pur sempre quello, dapprima, di raccogliere prove e, successivamente, di sostenere l'accusa in giudizio. Proprio in ragione di tale funzione – che è connaturata al ruolo stesso del pubblico ministero – secondo i giudici lussemburghesi, occorre escludere che l'organo inquirente possa autonomamente acquisire i “dati esteriori”. Infatti, per assicurare il corretto bilanciamento degli interessi in gioco – ovvero esigenze securitarie, da un lato, e ragioni di tutela dei diritti fondamentali (ad esempio, nel caso di specie, la riservatezza), dall'altro lato – è sempre indispensabile l'intervento di un controllo da parte di un soggetto dotato di terzietà, che si collochi in posizione di neutralità rispetto alle parti del procedimento penale.

In tal modo, la Corte finisce per limitare fortemente l'esercizio di una attività di indagine – molto spesso fondamentale per l'accertamento dei fatti e l'individuazione del responsabile del reato – da parte del pubblico ministero, proprio in considerazione che quest'ultimo, per sua stessa natura, non potrebbe mai essere considerato indipendente. Ciò, occorre ribadire, a prescindere da qualsivoglia modalità di inquadramento delle procure all'interno dell'ordinamento statale, senza alcun riferimento nella sentenza né ai profili di indipendenza esterni né interni delle strutture requirenti, nonostante un sollecito in tal senso vi sia stato da parte del giudice del rinvio.

Invero, sembrerebbe che in tale contesto la Corte abbia preso in considerazione una nozione diversa di indipendenza rispetto a quella oggetto delle precedenti sentenze. Infatti, più che di indipendenza, sembrerebbe che i giudici si siano riferiti al diverso requisito di imparzialità. In questo senso si è

⁶⁴ Sentenza della Corte del 2 marzo 2021, causa C-746/18, *Prokuratuur* (Conditions d'accès aux données relatives aux communications électroniques).

⁶⁵ Per “dati esteriori” si intendono le informazioni relative al flusso di traffico telefonico – sia in entrata che in uscita (comprese le chiamate perse) – e telematico, ovvero i cc.dd. “*files di log*”, dai quali è possibile risalire al momento nel quale vi è stata una connessione internet.

espresso anche l'Avvocato generale Pitruzzella nelle sue conclusioni, evidenziando che la questione sottoposta ai giudici di Lussemburgo attiene all'imparzialità del pubblico ministero nel contesto del controllo sulla proporzionalità dell'accesso ai dati⁶⁶.

Anche le conclusioni cui giunge la Corte nella sentenza in esame non possono essere del tutto condivise⁶⁷. Infatti, innanzitutto, occorre ricordare che il pubblico ministero, nella maggior parte degli ordinamenti statali, viene considerato come soggetto che deve agire con obiettività, sul quale grava il dovere di cercare non solo elementi a carico ma anche a discarico dell'indagato, sia nella fase delle indagini sia in quella processuale in senso stretto. Ad avviso dei giudici, tuttavia, una simile previsione non è sufficiente per assicurare la necessaria imparzialità al pubblico ministero.

Eppure, proprio sul tema dell'imparzialità delle procure si era già soffermato l'Avvocato generale Sánchez-Bordona nelle conclusioni presentate nella causa relativa alle procure francesi⁶⁸. Ad avviso dell'Avvocato generale, in particolare, “la natura di parte nel procedimento penale, che riveste il pubblico ministero sotto il profilo formale, non è incompatibile con il riconoscimento allo stesso di uno *status* di imparzialità, come norma (non solo deontologica, ma anche giuridica) di comportamento nel processo”⁶⁹.

A sostegno della possibilità di considerare il pubblico ministero come “parte imparziale”, oltre alla codificazione di tale principio nella maggior parte degli ordinamenti statali⁷⁰, si aggiungono numerosi documenti elaborati a livello sovranazionale, dove viene sottolineato che l'obiettivo che le procure sono chiamate a perseguire nell'esercizio delle loro funzioni è quello di “stabilire la verità”⁷¹.

⁶⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale Pitruzzella del 21 gennaio 2020, causa C-746/18, HK, punto 115.

⁶⁷ In questo senso, per tutti, M. ARANCI, *L'acquisizione dei dati esteriori delle comunicazioni nel processo penale italiano dopo la sentenza H.K.: alcuni spunti di riflessione sulle prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Legislazione Penale*, 19 luglio 2021, p. 89.

⁶⁸ Conclusioni Sánchez-Bordona alla causa JR e YC., cit., punto 49 ss.

⁶⁹ Sull'imparzialità del pubblico ministero L. PONIZ, *Il pubblico ministero come parte imparziale: ossimoro o valore?*, in *Questione giustizia*, n. 4, 2014, p. 143 ss.

⁷⁰ A titolo di esempio, l'imparzialità del pubblico ministero è un principio sancito all'articolo 13 del codice di procedura penale francese e all'articolo 124, comma 2, della Costituzione spagnola.

⁷¹ Tra gli altri, raccomandazione 19/2000 del Consiglio d'Europa sul ruolo del p.m. nel

Non pare, dunque, condivisibile l'esclusione del pubblico ministero dal novero delle autorità in grado di effettuare l'imparziale controllo richiesto dalla Corte di giustizia per l'acquisizione dei tabulati telefonici e telematici.

Tale esclusione – seguendo gli argomenti avanzati dalla Corte – non sembra inoltre del tutto coerente con quanto affermato nella precedente sentenza del dicembre 2020 sull'OEI. Si ricorda, infatti, che, in quel caso, pur riconoscendo l'invasività delle attività di indagine che possono essere disposte con tale strumento, secondo la Corte, non è necessario alcun requisito di indipendenza in capo all'autorità di emissione. Dunque, astrattamente, da un lato non sarebbe ravvisabile alcuna criticità se un pubblico ministero – anche subordinato al potere esecutivo – emettesse un OEI avente ad oggetto la richiesta di eseguire intercettazioni di comunicazioni; ma, dall'altro lato, allo stesso soggetto, quando agisce a livello nazionale, viene negata la possibilità di acquisire autonomamente informazioni molto meno lesive del diritto alla riservatezza, come quelle relative ai dati esteriori delle comunicazioni. Sorprende, in questo senso, che la Corte nella sentenza in esame non abbia fatto alcun riferimento – anche solo per specificare i motivi che giustificano un approccio differente – alle sue precedenti sentenze già analizzate in questa sede.

6. Ai fini della presente indagine risulta poi particolarmente interessante anche un cenno alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU), che più volte si è espressa sul tema dell'indipendenza del pubblico ministero.

In tal senso, premessa necessaria è che la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) non impone agli Stati aderenti alcun obbligo circa il contenuto della disciplina dell'ordinamento giudiziario; gli Stati, infatti, anche in questo contesto, sono liberi di adottare le soluzioni normative ritenute più adeguate rispetto alle proprie tradizioni giuridiche, con il solo limite dettato dal rispetto dei diritti fondamentali della persona.

Una delle principali sentenze in cui la Corte si è occupata della figura

sistema della giustizia penale, dove viene stabilito che “nell'esercizio delle loro funzioni i pubblici ministeri devono agire in modo equo, imparziale”; dichiarazione di Bordeaux, adottata congiuntamente dal CCPE e dal CCJE a Brdo il 18 novembre 2009, *Giudici e magistrati del pubblico ministero in una società democratica*.

pubblico ministero è *Lesnik c. Repubblica Slovacca*⁷² dove, per la prima volta, il giudice di Strasburgo, si è spinto a fornirne una definizione del ruolo e delle funzioni⁷³. Viene qui stabilito, in particolare, che i procuratori sono funzionari pubblici che hanno il compito di contribuire alla corretta amministrazione della giustizia e fanno parte dell'apparato giudiziario nel senso più ampio del termine⁷⁴.

La Corte di Strasburgo, a seguito di tale pronuncia, si è poi nuovamente occupata della figura del pubblico ministero, con riferimento, segnatamente, agli articoli 5 e 6 della CEDU.

L'articolo 6 CEDU, sancendo il diritto a un giusto processo, prevede quale corollario dello stesso, il diritto di ogni persona a che la sua causa sia esaminata da un tribunale indipendente e imparziale⁷⁵. Nelle proprie sentenze, la Corte EDU è giunta a escludere che le garanzie in parola possano applicarsi anche al pubblico ministero: queste riguarderebbero esclusivamente gli organi chiamati a decidere una controversia, aventi quindi funzioni giurisdizionali in senso stretto⁷⁶.

Tuttavia, il requisito di indipendenza sembra tornare indispensabile anche per i procuratori quando viene in rilievo l'articolo 5, par. 3, CEDU che tutela il diritto alla libertà e alla sicurezza e impone, in particolare, di tradurre ogni persona arrestata o detenuta di fronte a un giudice o a un altro magistrato autorizzato dalla legge a esercitare funzioni giudiziarie.

Infatti, la Corte di Strasburgo, nel chiarire la portata dell'espressione

⁷² Sentenza della Corte EDU dell'11 marzo 2003, ric. n. 35640/97, *Lesnik c. Repubblica Slovacca*.

⁷³ Prima di allora, infatti, la Corte aveva sempre evitato di fornire definizioni e principi generali in materia, preferendo adottare un approccio *case by case*.

⁷⁴ Sentenza *Lesnik c. Repubblica Slovacca*, cit., punto 54.

⁷⁵ Sulle nozioni di indipendenza e imparzialità si è più volte pronunciata la Corte EDU, cfr., tra le altre, sentenza della Corte EDU del 6 ottobre 2011, ric. n. 23465/03, *Agrokompleks c. Ucraina*. In estrema sintesi, per indipendenza si intende la capacità di resistere a pressioni o influenze provenienti dagli altri poteri dello Stato. In tal senso, sono necessarie precise cautele con riferimento ai profili di inamovibilità e nomina dei giudici. Quanto all'imparzialità, invece, questa attiene all'equidistanza dalle parti della controversia e può riferirsi sia a profili soggettivi – che riguardano l'assenza di pregiudizi personali – che oggettivi, che invece ineriscono l'apparenza di terzietà dell'organo giudicante.

⁷⁶ Cfr., *ex multis*, sentenza della Corte EDU del 5 aprile 2001, ric. n. 48799/99, *Priebke c. Italia*; sentenza della Corte EDU dell'8 dicembre 2009, ric. n. 45291/06, *Previti c. Italia*.

“altro magistrato autorizzato dalla legge a esercitare funzioni giudiziarie” ha stabilito che in tale nozione possa rientrare solamente l’organo che gode di adeguate garanzie di indipendenza sia rispetto agli altri poteri dello Stato, sia alle parti della controversia. In questo senso, dunque, solo un pubblico ministero assistito da tutte le garanzie di indipendenza può svolgere la funzione prevista al citato articolo 5 CEDU⁷⁷.

Evidentemente, l’approccio della Corte EDU è piuttosto simile a quello adottato dalla Corte di giustizia: in entrambi i casi, infatti, non viene presa in considerazione la figura del procuratore in una complessiva visione di insieme ma – inevitabilmente, considerato che si tratta di giudici “del caso concreto”, privi di competenza sulla legge nazionale – viene analizzata solamente con riferimento a specifiche attività, per il cui compimento viene prevista la necessità, o meno, a seconda dei diritti e delle libertà sui quali esse incidono, della sussistenza di indipendenza effettiva.

Occorre tuttavia evidenziare che quanto affermato dalla Corte EDU, soprattutto nelle sentenze relative all’articolo 6 CEDU, non sembra essere del tutto in linea con le posizioni assunte dal Consiglio d’Europa sul tema.

Infatti, attualmente, sono numerosi e particolarmente rilevanti i documenti di *soft law* elaborati in seno al Consiglio d’Europa che hanno progressivamente individuato i principi fondamentali che dovrebbero informare lo statuto del pubblico ministero, rimarcando la necessità che questo sia assistito dalle garanzie di indipendenza e imparzialità nel suo complesso, non solo per specifiche attività.

È possibile citare, in tal senso, innanzitutto la raccomandazione del Consiglio d’Europa del 2000 sul ruolo del pubblico ministero nel sistema della giustizia penale, espressamente rivolta ad aprire la strada a una armonizzazione dei sistemi di magistratura requirente, soprattutto rispetto alle garanzie di indipendenza degli stessi rispetto al potere esecutivo⁷⁸.

Ancora, fondamentale, il Rapporto sulle norme europee in materia di indipendenza del sistema giudiziario: parte II – il pubblico ministero elaborato in seno alla Commissione di Venezia⁷⁹, che prevede che gli Stati debbo-

⁷⁷ *Ex multis*, sentenza della Corte EDU del 3 giugno 2003, ric. n. 33343/96, *Pantea c. Romania*; sentenza della Corte EDU del 23 novembre 2011, ric. n. 37104/06, *Moulin c. Francia*.

⁷⁸ Raccomandazione del Consiglio d’Europa Rec (2009)19 del Comitato dei ministri agli Stati membri sul ruolo del pubblico ministero nel sistema della giustizia penale.

⁷⁹ V. *supra* nota 11.

no assicurare l'indipendenza dei pubblici ministeri, i quali devono agire in modo equo e imparziale, come se fossero un'autorità giudiziaria⁸⁰.

Sarebbe auspicabile, dunque, che il giudice di Strasburgo possa implementare con le proprie sentenze quanto previsto nei citati atti che – pur non avendo valore vincolante – sono particolarmente significativi di una volontà comune di rafforzare le garanzie di indipendenza e imparzialità della magistratura requirente.

7. Uno studio che oggi abbia a oggetto un'indagine circa le caratteristiche di un modello di pubblico ministero europeo non può prescindere dall'analisi della nuova Procura europea, che, come anticipato, è da poco entrata in funzione.

La Procura europea, istituita mediante il regolamento (UE) 2017/1939⁸¹, è il frutto della cooperazione rafforzata di 22 Stati membri, i quali hanno aderito alla creazione di tale nuovo soggetto istituzionale – che opera in un ambito notoriamente sensibile per gli Stati – al fine di soddisfare un interesse comune, ovvero quello del perseguimento dei reati che danneggiano il bilancio dell'Unione.

Con riferimento al tema in esame occorre evidenziare che il citato regolamento rappresenta il primo atto normativo a livello sovranazionale con il quale viene solennemente proclamato il principio di indipendenza del pubblico ministero. Invero, l'unico precedente, su scala internazionale, si rinviene nello statuto del Procuratore della Corte penale internazionale⁸². Si tratta di un dato di particolare rilievo, segno del riconoscimento, da parte del legi-

⁸⁰ Diversi sono gli atti di *soft law* adottati dal Consiglio d'Europa sul tema. Oltre a quelli citati, possono annoverarsi: la risoluzione 1685 (2009) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa *Allegations of politically motivated abuses of the criminal justice system in Council of Europe member states*; la raccomandazione 1896 (2010) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa; le conclusioni delle conferenze dei Procuratori generali europei, principalmente le *Linee-guida di Budapest (European Guidelines on Ethic and Conduct for Public Prosecutors)*; la dichiarazione di Bordeaux, cit. Sul punto, M. VOLPI, *L'indipendenza della magistratura nei documenti del Consiglio d'Europa e della Rete europea dei Consigli di giustizia*, in *DPCE Online*, 2010; F. DONATI, *Indipendenza e responsabilità dei pubblici ministeri: principi europei e modello italiano*, in *Questione giustizia*, n. 2, 2020.

⁸¹ V. *supra* nota 9.

⁸² Articolo 42 della Convenzione di Roma, del 17 luglio 1998, sul Tribunale penale internazionale.

slatore dell'Unione, della necessità che l'organo che conduce le indagini e sostiene l'accusa in giudizio debba essere assistito da tutte le garanzie di indipendenza, interna ed esterna.

Tuttavia, il percorso che ha portato all'affermazione di tale principio non è stato privo di ostacoli. Infatti, anche il tema dell'indipendenza e l'imparzialità dei membri di EPPO sono stati al centro di complessi negoziati tra gli Stati membri, che hanno portato poi a una sostanziale modifica dell'originaria proposta della Commissione del 2013 con riferimento, in particolare, alla struttura centrale di EPPO⁸³.

Attualmente, il principio di indipendenza è consacrato all'articolo 6 del regolamento e riguarda non solo l'ufficio in quanto tale ma anche tutti i membri dello stesso. In particolare, dopo aver affermato che "l'EPPO è indipendente", la norma prevede che nell'esercizio delle loro funzioni i membri dell'EPPO, dal procuratore capo europeo a tutto il personale, devono agire nell'interesse esclusivo dell'Unione e non possono sollecitare né accettare istruzioni da persone esterne, Stati membri dell'Unione europea, istituzioni, organi, uffici o agenzie dell'Unione. Vi è, inoltre, anche una prescrizione rivolta agli Stati membri e alle istituzioni dell'Unione, che impone agli stessi di rispettare tale indipendenza e impedisce qualsivoglia forma di influenza nell'esercizio delle attività dell'EPPO⁸⁴.

Al successivo par. 2 dell'articolo 6 del regolamento, viene previsto che l'EPPO debba rispondere al Parlamento europeo, al Consiglio e alla Commissione europea delle sue attività generali e presentare relazioni annuali in conformità dell'articolo 7 del regolamento. Anche se in apparenza una previsione che impone la necessità di "rispondere" alle citate istituzioni può apparire in contrasto con l'affermazione di una assoluta indipendenza, occorre

⁸³ La Commissione nella proposta di regolamento aveva posto quale carattere fondamentale della nuova Procura quello dell'indipendenza (v. articolo 5.1 della proposta originaria) a ciò accompagnando, nel considerando n. 41 della proposta, l'espressa statuizione che le attività di indagine e quelle relative all'azione penale dell'EPPO dovessero essere informate al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale. Per una ricostruzione sul percorso che ha portato alla nascita della Procura europea, L. SALAZAR, *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura europea*, in *Archivio penale*, n. 3, 2017.

⁸⁴ Per un approfondimento sull'indipendenza della Procura europea, D. CAVALLINI, *Analisi della disciplina e prime riflessioni sui profili ordinamentali della procura europea, alla luce del d.lgs. n. 9 del 2021 di adeguamento della normativa nazionale al regolamento europeo*, in *dirittodidifesa.eu*, 14 maggio 2021.

precisare che, in realtà, la norma è pienamente coerente con l'impostazione del par. 1; infatti, l'EPPO non è chiamata a rispondere in relazione alle singole attività di indagine o all'esercizio dell'azione penale, ma esclusivamente della propria attività generale, come confermato anche dal successivo articolo 7 del regolamento.

Il principio di indipendenza, inoltre, trova una ulteriore codificazione, a riprova della centralità che assume rispetto all'intero funzionamento del nuovo pubblico ministero europeo, agli articoli 14, 16 e 17 del regolamento. Le norme si riferiscono, rispettivamente, alla nomina e alla rimozione del procuratore capo europeo, dei procuratori europei e dei procuratori europei delegati. In particolare, si prevede che per la nomina del procuratore capo europeo e dei procuratori europei, il candidato deve: essere membro attivo della procura e della magistratura dello Stato membro di appartenenza, avere determinate competenze tecniche e possedere tutte le garanzie di indipendenza, ricalcando così – sostanzialmente – i requisiti previsti per la nomina dei giudici della Corte di giustizia previsti all'articolo 253 TFUE. Allo stesso modo, con riferimento alla nomina dei procuratori europei delegati, viene previsto che questi debbano essere membri attivi delle procure o della magistratura dei rispettivi Stati membri e offrire tutte le garanzie di indipendenza, oltre che possedere una significativa esperienza pratica⁸⁵.

Insieme all'indipendenza, plurime volte richiamata, una particolare rilevanza all'interno del regolamento EPPO viene riconosciuta anche al principio di imparzialità. È infatti previsto, sia al considerando n. 65, che all'articolo 5, par. 4, che le indagini condotte dalla Procura europea debbano informarsi al principio di imparzialità, di proporzionalità ed equità; questo, implica, in particolare, che nello svolgimento dell'attività investigativa occor-

⁸⁵ Sul punto, L. DE MATTEIS, *Autonomia e indipendenza della Procura europea come garanzia dello Stato di diritto*, in *Questione giustizia*, n. 2, 2020, p. 114, evidenzia che il regolamento non specifica quale sia la procedura di selezione dei candidati che aspirano a rivestire la carica di procuratore europeo delegato, lasciando la relativa disciplina alle scelte dei singoli Stati membri. Ciò implica, secondo l'A., che in alcuni Stati i candidati verranno scelti dagli organi di autogoverno della magistratura, in altri dal potere politico. Tuttavia, tale circostanza non dovrebbe porre criticità con riferimento al rispetto della garanzia di indipendenza, in quanto i procuratori europei delegati devono comunque sottoporsi al vaglio del Collegio e saranno sottoposti – pur rimanendo incardinati nell'ordine di provenienza – allo statuto di EPPO.

re sempre raccogliere non solo le prove a carico dell'indagato ma anche quelle a discarico, sia di propria iniziativa che su iniziativa della difesa.

Le garanzie di indipendenza e imparzialità che formalmente il regolamento riconosce, anzi, impone – in modo particolare – ai procuratori europei delegati, consentono di affermare che il legislatore dell'Unione ha inteso individuare un chiaro modello di pubblico ministero. Più precisamente, sembra essere stato delineato un vero e proprio statuto del procuratore che si identifica non solo nel ruolo, tradizionale, di “pubblico accusatore” ma anche, e soprattutto, in un organo promotore di giustizia e di tutela dei diritti.

In molti, in questo senso, hanno sottolineato che il modello che emerge dal regolamento rispecchia, nelle sue linee essenziali, proprio quello del pubblico ministero italiano. Si è parlato, sul punto, di un “pubblico ministero ‘all’italiana’”⁸⁶, ma non solo per il fatto che, come anticipato, il regolamento EPPO delinea ineludibili requisiti di indipendenza e imparzialità comuni a quelli previsti nel nostro sistema. Altri punti di contatto sono stati individuati nel fatto che il regolamento prevede che sia direttamente la Procura europea a condurre le indagini – impostazione non comune a molti degli Stati che aderiscono alla cooperazione rafforzata – e che stabilisce, al considerando n. 66, che le attività di indagine e l'esercizio dell'azione penale debbano essere informate al principio di legalità dell'azione penale, che si traduce – come puntualmente rilevato – nell'adesione al principio di obbligatorietà⁸⁷.

Poste in questi termini le garanzie di indipendenza e imparzialità che informano l'attività della Procura europea, da una prima lettura delle norme del regolamento è possibile individuare taluni profili di discontinuità rispetto a quanto invece affermato dalla Corte di giustizia nelle sentenze citate, con particolare riferimento all'ampiezza dei poteri di indagine esercitabili, da un lato, dai PED e, dall'altro lato, dai procuratori nazionali.

Le norme rilevanti in tal senso sono contenute nella Sezione 2 del Capo V del regolamento, dedicata alle “misure investigative e ad altre misure”.

L'articolo 30, par. 1, lett. e) del regolamento, in particolare, prevede che i procuratori europei delegati siano autorizzati a “disporre o a chiedere”, tra

⁸⁶ Così L. SALAZAR, *La funzione requirente nel rapporto EJTN sullo Stato di diritto in Europa*, in *Questione giustizia*, n. 2, 2020, p. 88.

⁸⁷ In questo senso, cfr. A. MURA, *Pubblico ministero in Europa. Modelli, esperienze, prospettive*, in *Questione giustizia*, n. 2, 2020, p. 94; L. SALAZAR, *La funzione requirente nel rapporto EJTN*, cit., p. 88 ss.; M. GUGLIELMINI, *op. cit.*, p. 12.

le altre misure investigative, l'intercettazione delle comunicazioni elettroniche di cui l'indagato è destinatario o mittente, su ogni mezzo di comunicazione elettronica utilizzato dall'indagato o dall'imputato.

In questo senso, il regolamento, consentendo che anche il singolo PED possa "disporre" in autonomia le intercettazioni di comunicazioni – strumento molto più invasivo del diritto alla riservatezza rispetto a una mera acquisizione di "dati esteriori" – sembra porsi in contrasto con quanto affermato dalla Corte nella sentenza *HK*. La Corte, infatti, aveva – *a priori* – escluso, per la natura stessa delle funzioni del pubblico ministero, la possibilità di una acquisizione autonoma dei tabulati telefonici e telematici.

Un ulteriore profilo di discontinuità tra dato normativo e pronunce della Corte si rinviene all'articolo 33 del regolamento.

Anche in tal caso, la norma prevede che i procuratori europei delegati possano "disporre o chiedere" l'arresto o la detenzione preventiva dell'indagato o dell'imputato in conformità del diritto nazionale applicabile in casi nazionali analoghi. Inoltre, viene consentita al PED, nel caso risulti necessario, l'emissione diretta – o la richiesta di emissione all'autorità competente dello Stato membro – di un mandato d'arresto europeo, ai sensi della decisione quadro MAE. Diversamente, come si è avuto modo di chiarire, la Corte di giustizia ha negato che le procure non ritenute dotate di sufficienti garanzie di indipendenza possano emettere autonomamente un mandato di arresto europeo, in quanto strumento che incide sensibilmente sulla libertà personale del destinatario.

Tali profili di "frizione", suscettibili di assumere risvolti particolarmente rilevanti nel concreto svolgimento dell'attività investigativa, si possono spiegare a partire proprio dalla diversa considerazione del legislatore dell'Unione e dei giudici della Corte rispetto alle garanzie di indipendenza e imparzialità.

Se, infatti, da un lato, i giudici di Lussemburgo, riscontrando una carenza di indipendenza e imparzialità, negano che il pubblico ministero nazionale possa compiere determinate attività investigative; dall'alto lato, le medesime attività sono consentite dal legislatore dell'Unione anche al singolo PED, in ragione del fatto che questi – in forza delle disposizioni del regolamento – possiedono i necessari requisiti per compierle in piena autonomia.

In definitiva, deve constatarsi che, almeno apparentemente, il legislatore dell'Unione, a differenza dei giudici della Corte, – consentendo ai PED la realizzazione di attività di indagine ben più invasive della sfera personale ri-

spetto all'acquisizione di tabulati telefonici e telematici – quali arresti o intercettazioni, ritiene sufficientemente tutelati i diritti degli indagati nel caso in cui tali attività investigative siano svolte direttamente dall'organo inquirente, in assenza di un ulteriore vaglio giurisdizionale.

8. La conclusione che si può trarre dall'analisi fin qui compiuta comporta una risposta negativa al quesito di apertura: non esiste attualmente un modello di pubblico ministero che possa dirsi condiviso nel sistema del diritto dell'Unione europea.

Ma non solo; oltre alla pressoché totale assenza di un modello comune, è evidente anche la presenza di diverse incongruenze di sistema che, considerata la rilevanza del tema, meriterebbero senz'altro di trovare una adeguata soluzione.

Ancorché siano ineludibili le differenze esistenti a livello nazionale, sono rilevanti le contraddizioni sulla figura del pubblico ministero sia nella stessa giurisprudenza della Corte, sia tra la giurisprudenza della Corte e le previsioni dettate dal legislatore europeo.

Nel primo senso, richiamando quanto già evidenziato in precedenza, dal quadro della giurisprudenza della Corte non emerge con chiarezza quali siano i criteri da considerare al fine di stabilire se una procura sia, o meno, dotata di indipendenza, ma nemmeno, più in generale, come si declini in concreto il canone di indipendenza cui fa riferimento la stessa Corte.

Ciò è emerso in modo particolare rispetto a quanto affermato nelle sentenze relative alle procure tedesche e francesi. Non convince, ad esempio, la diversa qualificazione che viene data rispetto alle istruzioni, generali o particolari, provenienti dal potere esecutivo, in quanto non consente di delineare criteri certi. Né appare del tutto corretto estromettere dalla nozione di indipendenza la valutazione circa la sussistenza di indipendenza interna, come avvenuto nel caso francese, considerato che al vertice della struttura gerarchica delle procure francesi si ritrova sempre il Ministro della Giustizia.

Altro profilo di – almeno apparente – contraddizione si rinviene tra la sentenza del dicembre 2020 sull'OEI e la sentenza *HK*. Da un lato, infatti, nessun rilievo viene attribuito alla garanzia di indipendenza nell'emissione di un OEI, con il quale può essere – ad esempio – chiesta una attività di intercettazione mentre, dall'altro lato, per mancanza di quello stesso requisito di indipendenza viene vietato che l'attività di acquisizione dei tabulati telefonici

e telematici – meno lesiva del diritto alla riservatezza – venga svolta in autonomia dal pubblico ministero.

Le ragioni di queste frizioni possono rinvenirsi, secondo chi scrive, in una pluralità di fattori.

In primo luogo, occorre considerare che la Corte si è pronunciata solo occasionalmente e in via strumentale sulle garanzie di indipendenza e imparzialità del pubblico ministero, considerandole sempre con riferimento a singoli strumenti di cooperazione o, talvolta, a singoli atti di indagine e mai in modo unitario.

Vi è chi sostiene che il mancato tentativo di realizzare una forma di armonizzazione dello *status* del pubblico ministero sarebbe imputabile al principio di autonomia procedurale degli Stati membri, che rappresenterebbe un freno per il giudice dell'Unione, spinto così ad assumere un atteggiamento meno invasivo possibile sulle scelte relative all'ordinamento giudiziario di ciascuno Stato membro⁸⁸. Tuttavia, in tal senso, occorre evidenziare che la Corte nelle sentenze esaminate non ha mai invocato il principio di autonomia procedurale, nemmeno come argomento a sostegno delle proprie conclusioni e, in ogni caso, una pronuncia sulle tematiche in questione inevitabilmente esercita una rilevante influenza sulle norme di ordinamento giudiziario nazionali e, di riflesso, incide anche sul principio in parola.

Ancora, un'ulteriore valida giustificazione all'approccio seguito dalla Corte potrebbe essere rinvenuta nel sistema del riparto delle competenze tra Unione e Stati membri e, in particolare, nella previsione di cui all'art. 4 TUE, in forza del quale l'Unione deve rispettare l'identità nazionale degli Stati insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale. Proprio a partire dalla norma in parola potrebbe dunque trovare fondamento la deferenza della Corte verso l'organizzazione dei sistemi giudiziari nazionali e la conseguente scelta minimalista che caratterizza le sentenze citate. Tuttavia, anche tale disposizione non è mai stata richiamata dai giudici di Lussemburgo nelle proprie pronunce.

In secondo luogo, vi è motivo di ritenere che le citate criticità discendano da un mancato effettivo coordinamento tra le diverse sentenze e dall'assenza di una visione d'insieme della figura del pubblico ministero. Si consideri, ad esempio, che nella sentenza *HK*, in cui si verteva sul tema

⁸⁸ J. MAZZURI, *L'indipendenza del pubblico ministero nello spettro del mandato di arresto europeo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2020, p. 450.

dell'indipendenza del pubblico ministero, la Corte non ha ritenuto necessario tenere in considerazione la propria precedente giurisprudenza sul MAE e sull'OEI. Diversamente, invece, l'Avvocato generale Pitruzzella, nelle proprie conclusioni, ha fatto espresso riferimento a tali sentenze, considerandole come necessari punti di partenza per giungere alla conclusione di considerare il pubblico ministero in possesso, o meno, delle garanzie necessarie per essere considerato autorità indipendente per l'acquisizione dei tabulati⁸⁹.

Rispetto invece ai profili di "frizione" sulla figura del pubblico ministero tra dato normativo e interpretazioni giurisprudenziali, questi non si esauriscono nel solo contrasto tra gli articoli 30 e 33 del regolamento EPPO e le sentenze in materia di MAE e la sentenza *HK*.

Ci si deve interrogare infatti sulla compatibilità delle sentenze che escludono l'indipendenza delle procure nazionali anche con l'articolo 17 del regolamento EPPO, che disciplina la nomina e la revoca del PED. Non pare semplice, ad esempio, conciliare una sentenza come *OG* e *PI*, relativa al pubblico ministero tedesco, con l'indefettibile requisito di indipendenza necessario per la nomina dei PED, che per espressa previsione rimangono incardinati presso l'ordine giudiziario di appartenenza. L'unica soluzione possibile, in un caso simile, sarebbe escludere che nell'ordinamento tedesco possano essere nominati PED coloro che svolgono la funzione di pubblico ministero, residuando uno spazio per la nomina dei soli magistrati giudicanti, assistiti da garanzie di indipendenza e imparzialità.

In tal senso, si potrebbe affermare che il regolamento EPPO è cronologicamente antecedente alle sentenze della Corte di giustizia e, dunque, che la Corte abbia superato in qualche modo il dato normativo, rappresentandone una evoluzione. Si tratta tuttavia di un argomento non convincente, considerato che la Corte non ha mai motivato le sue sentenze prendendo in considerazione il contenuto del regolamento (ovvero l'unica fonte normativa a livello europeo sulla figura del pubblico ministero) e, che, in ogni caso, la Corte non è titolare di funzioni legislative, essendo invece chiamata ad interpretare fonti normative già esistenti.

In definitiva, sembrerebbe emergere una diversa percezione del ruolo e delle garanzie del pubblico ministero nell'immaginario del legislatore europeo e della Corte di giustizia.

⁸⁹ Conclusioni Pitruzzella alla causa *HK*, cit., punto 100 ss.

Il legislatore dell'Unione, infatti, sembrerebbe orientato non solo a riconoscere alla magistratura requirente importanti garanzie di indipendenza e imparzialità, ma anche ad ampliare le funzioni del pubblico ministero nel contesto del procedimento penale.

Si prenda in considerazione, ad esempio, la direttiva 2014/41/UE sull'OEI. Come evidenziato dalla Corte, è lo stesso legislatore a inserire espressamente tra le "autorità emittenti" anche il pubblico ministero; tale previsione viene utilizzata dai giudici lussemburghesi come argomento che – *a contrario*, considerato che la decisione quadro MAE non prevede una disposizione simile – conferma la necessità di valutare caso per caso la possibilità che le procure possano emettere un mandato di arresto. Tuttavia, indubbiamente, l'articolo 2 della direttiva 2014/41/UE avrebbe invece potuto essere valorizzato nel senso opposto, in conformità alle intenzioni del legislatore. In particolare, la Corte avrebbe potuto prendere spunto dal dato normativo per interpretare la nozione di autorità giudiziaria emittente di un MAE nel senso di ricompredervi anche il pubblico ministero, tenuto conto che la direttiva 2014/41/UE è successiva di quasi quindici anni rispetto alla decisione quadro MAE e come tale, si può legittimamente ritenere che sia manifestazione di una nuova percezione del legislatore rispetto alla figura del pubblico ministero, nonché espressione di una forma di cooperazione più avanzata, fondata su un più alto livello di fiducia reciproca tra Stati membri⁹⁰. In questo senso si è espresso anche l'Avvocato generale Sánchez-Bordona nelle conclusioni rassegnate nella causa C-453/16, *Özcelik*, il quale ha affermato che, pur non essendo del tutto assimilabile la funzione che il pubblico ministero è chiamato a svolgere nel contesto del MAE e dell'OEI, la direttiva 2014/41/UE "fornisce un solido sostegno alla tesi favorevole ad

⁹⁰ Si consideri peraltro, come evidenziato nelle conclusioni dell'Avvocato generale Sánchez-Bordona del 19 ottobre 2016, causa C-453/16, *Özcelik*, punto 39, che la proposta iniziale della decisione quadro MAE conteneva all'articolo 3 una definizione di autorità giudiziaria che includeva espressamente il pubblico ministero, in modo speculare a quanto previsto nella Convenzione europea sull'extradizione del 1957. Il testo definitivo, tuttavia, non ha mantenuto tale previsione e il riferimento al pubblico ministero è venuto meno. Proprio tale rimozione, sottolinea l'Avvocato Generale, è stata variamente interpretata: da un lato, si è ritenuto che il legislatore abbia deciso di escludere tale figura; dall'altro lato, invece, vi è chi ha affermato che anche in assenza di una specifica menzione, il pubblico ministero dovesse senza dubbio rientrare tra le autorità giudiziarie competenti all'emissione o esecuzione di un MAE.

un'interpretazione ampia della nozione di "autorità giudiziaria", che consenta di considerare come tale il pubblico ministero nel contesto delle modalità di cooperazione penale (compresa quella del MAE) cui fa riferimento l'articolo 82 TFUE"⁹¹.

All'esito di quanto ricostruito e considerata l'importanza che il tema attualmente riveste, emerge in modo chiaro la necessità che la Corte di giustizia – in via interpretativa, nell'esercizio della sua fondamentale attività nomofilattica – individui criteri autonomi del diritto dell'Unione per stabilire quando si possa affermare che un ufficio di procura sia effettivamente indipendente e imparziale, replicando così l'operazione già effettuata per i magistrati giudicanti⁹². Solo in questo modo, infatti, potrà essere pienamente sovrapponibile lo *status* dei pubblici ministeri nazionali e dei magistrati incardinati presso EPPO, che rimangono pur sempre, come chiarito, membri dell'ordine giudiziario nazionale.

È legittimo ritenere che la recente entrata in funzione di EPPO possa rappresentare l'occasione per gli Stati membri, sulla scorta anche – e soprattutto – di criteri certi delineati dalla Corte in occasione di nuove sentenze – per introdurre ulteriori presidi per garantire l'indipendenza e l'imparzialità del pubblico ministero, che consentano di riconoscere forme di tutela più elevate ai singoli, evitando così la necessità per gli Stati di prevedere nuove garanzie di carattere procedurale che rischiano di risolversi, in concreto, in mere "formalità".

Il riferimento è, ad esempio, a quanto accaduto in Italia a seguito della sentenza *HK*. Il legislatore italiano ha dato immediata esecuzione alla pronuncia, introducendo – con il d.l. n. 132 del 2021 (convertito con la l. n. 178 del 2021) – rilevanti modifiche all'articolo 132 del codice della privacy, il quale, nella sua precedente formulazione, consentiva al pubblico ministero, con decreto motivato, di acquisire direttamente i tabulati telefonici presso i fornitori di servizi di comunicazione. Nella attuale versione della norma, è stato invece previsto che l'organo competente all'acquisizione dei dati presso

⁹¹ Conclusioni Sánchez-Bordona alla causa *Özcelik*, cit., punto 51.

⁹² La portata del principio di indipendenza del giudice è stata chiarita dalla Corte di giustizia a partire dalle sentenze aventi ad oggetto l'interpretazione della nozione di "organo giurisdizionale", rilevante ai sensi dell'articolo 267 TFUE. Per tutte, sentenza della Corte del 19 settembre 2006, causa C-506/04, *Wilson* e la più recente sentenza della Corte del 16 febbraio 2017, causa C-503/15, *Margarit Panicello*.

il fornitore sia esclusivamente il giudice, terzo e imparziale, escludendo così qualsivoglia forma di autonomia in tal senso in capo al pubblico ministero.

Tale riforma, introdotta, come anticipato, per “recepire” le indicazioni del giudice dell’Unione, avrebbe dovuto essere, secondo le intenzioni della Corte di giustizia e del legislatore nazionale, rivolta ad aumentare le garanzie e le forme di tutela per le persone sottoposte alle indagini. Tuttavia, il rischio è che una previsione di questo tipo, a fronte di uffici giudicanti notoriamente oberati dalla mole dei procedimenti, si risolva in una forma di tutela meramente cartolare. Potrebbe infatti accadere, nella prassi, che l’autorizzazione del giudice finisca per sostanziarsi in una reiterazione dei motivi evidenziati dal pubblico ministero nella richiesta di acquisizione dei tabulati, venendo così di fatto a mancare quell’ulteriore controllo – terzo e imparziale – necessario, secondo la Corte, per un’adeguata tutela dei diritti⁹³.

In questo senso, senza dubbio più efficace sarebbe la previsione di un pubblico ministero che possieda tutte le garanzie necessarie per assicurare l’elevato standard di tutela dei diritti imposto dalla Corte. Riconoscere indipendenza e imparzialità al pubblico ministero significa infatti rafforzare la tutela dei diritti fondamentali per tutti i soggetti coinvolti nel procedimento penale e, quindi, un vero e proprio progresso sul piano della garanzia delle libertà fondamentali dei singoli.

Occorre comunque sottolineare, in chiusura, che l’entrata in funzione di EPPO ha già rappresentato l’occasione, per alcuni Stati membri, di ripensare al ruolo e alle garanzie del pubblico ministero nazionale.

In questo senso, in Francia, ad esempio, il dibattito è stato promosso dal Procuratore generale presso la Corte di cassazione francese, il quale ha affermato che l’imminente avvio della procura europea, dotata di uno statuto di indipendenza e integrata nell’ordinamento francese, nel prossimo futuro porrà in modo evidente la questione della necessaria indipendenza statutaria del pubblico ministero francese, imponendo in questo modo una riforma indispensabile sia per il buon funzionamento della giustizia che per l’uguaglianza dei cittadini⁹⁴.

⁹³ In questo senso, F. COZZI, *Aumenterà l’intasamento dei tribunali*, in *Il Fatto Quotidiano*, 30 settembre 2021; R. MARINO, *Il decreto sui tabulati? È poca roba se i GIP si accucciano davanti ai pm*, in *Il Riformista*, 1° ottobre 2021; G. PESTELLI, *D.L. 132/2021: un discutibile e inutile aggravio di procedura per tabulati telefonici e telematici*, in *altalex.com*, 4 ottobre 2021.

⁹⁴ V. M. GUGLIELMINI, *op. cit.*, p. 12.

Sulla stessa linea, il Procuratore generale spagnolo ha evidenziato la necessità di una riforma volta, da un lato, ad aumentare l'autonomia – in termini di organizzazione, bilancio, regolamentazione interna e formazione – delle procure, dall'altro lato, a ripensare anche alle relazioni tra il governo e il procuratore generale, nonché al metodo relativo alla nomina dello stesso⁹⁵.

Indubbiamente, dunque, si registra un primo importante moto di cambiamento tra gli Stati, ma – allo stato – il percorso verso la creazione di un modello di pubblico ministero “europeo” è ancora lungo. Sicuramente, in una eventuale stagione di riforme per gli Stati membri, uno spunto di riflessione può provenire proprio dal modello delle procure italiane, come già anticipato, molto simile, nei tratti fondamentali, al sistema delineato nel regolamento EPPO.

L'auspicio, in definitiva, è quello che possa individuarsi un modello di pubblico ministero all'altezza del ruolo di “promotore di giustizia” che contraddistingue la natura stessa delle sue funzioni.

⁹⁵ Cfr. comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Relazione sullo Stato di diritto 2021, Capitolo sulla situazione dello Stato di diritto in Spagna, p. 4.

LA CERTEZZA DEL DIRITTO CEDE IL PASSO ALL'EFFETTIVITÀ
DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE.
NOTE A MARGINE DELLA SENTENZA *LONDON STEAM-SHIP*

Andrea Circolo*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il rispetto dell'intangibilità del giudicato nel rapporto tra la cooperazione giudiziaria civile e l'autonomia processuale degli Stati membri. – 3. La vicenda *London Steam-Ship* – 4. L'esclusione arbitrale alla luce del regolamento 44/2001. – 4.1. *Segue*: la nozione di decisione *ex art. 32*. – 4.2. *Segue*: il regime di applicabilità dell'art. 34, par. 3. – 5. La soluzione della Corte: la prevalenza del primato sul giudicato arbitrale. – 6. Alcune considerazioni critiche. – 7. Conclusione: la tutela giurisdizionale effettiva oltre la cosa giudicata?

1. Nel corso del tempo, la Corte di giustizia ha affrontato in numerose occasioni il rapporto tra il giudicato interno e il primato del diritto dell'Unione. Nel bilanciamento tra le due componenti, il giudice dell'Unione ha costantemente affermato l'esigenza di tutelare la stabilità delle situazioni giuridiche finanche dinanzi alla violazione del diritto dell'Unione¹.

Nondimeno, non sono mancati casi - sia pure rari - in cui la Corte ha derogato ai principi da essa stessa stabiliti, sacrificando la prevalenza dell'intangibilità del giudicato in virtù dell'eccezionalità della fattispecie².

A questo riguardo, occorre rilevare che, nella giurisprudenza più recente, è possibile riscontrare nuove deviazioni altrettanto significative dal principio dell'autorità della cosa giudicata, le quali hanno risvegliato le preoccupazioni, mai del tutto sopite, in merito alla crescente ingerenza del giudice

* Ricercatore di diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Napoli Federico II - Investigador Visitante, Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR)/Universidad Complutense de Madrid.

¹ G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO, vol. I, III ed., Napoli, 2021, spec. p. 310 ss.

² A titolo esemplificativo, v. sentenza della Corte del 3 gennaio 2004, causa C-453/00, *Kubne & Heitz*; del 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Lucchini*; del 10 luglio 2014, causa C-213/13, *Pizzarotti*.

dell'Unione nel concreto funzionamento dei sistemi giurisdizionali nazionali³.

In particolare, nel recente caso *London Steam-Ship*⁴, in tema di libera circolazione delle decisioni giudiziarie in materia civile, la pronuncia della Corte ha sovvertito totalmente il rapporto di gerarchia prestabilito, imponendo la corretta applicazione del diritto dell'Unione in luogo di una sentenza interna divenuta definitiva, in nome dell'effettività della tutela giurisdizionale assicurata dalla normativa primaria.

Obiettivo del presente lavoro è verificare se l'esito controverso della pronuncia sia da ricondurre, anche in questa circostanza, alla peculiarità della fattispecie, dovuta all'incerto legame tra la materia arbitrale e la disciplina Bruxelles, oppure se esso si inserisca in una nuova tendenza giurisprudenziale della Corte, volta ad erodere settorialmente il carattere assoluto del giudicato nazionale, al fine di rafforzare le garanzie di tutela dei singoli previste dal Trattato.

2. Per circoscrivere sin da subito i profili problematici oggetto dell'indagine, occorre anzitutto soffermarsi, seppur in estrema sintesi, sulla rilevanza che il rispetto del giudicato interno riveste nel rapporto tra l'autonomia processuale degli Stati membri e la cooperazione giudiziaria civile.

A questo proposito, non va dimenticato che l'organizzazione della giustizia negli Stati membri rientra nella competenza esclusiva di questi ultimi⁵. La riserva di potere statale condiziona notevolmente l'azione dell'Unione in materia di giustizia civile, che si limita a favorire la cooperazione giudiziaria tra i diversi ordinamenti giuridici nazionali (art. 81 TFUE), al fine di evitare che la loro complessità costituisca un ostacolo all'esercizio dei diritti da parte dei cittadini.

³ V., ad es., F. LAJOLO DI COSSANO, *L'Europa abbatte un mito: il giudicato*, in *Diritto del commercio internazionale*, n. 3, 2007, p. 724 ss.

⁴ Sentenza della Corte del 20 giugno 2022, causa C-700/20, *London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Limited c. Spagna*.

⁵ Giova ricordare che l'organizzazione della giustizia negli Stati membri rientra nella competenza esclusiva di questi ultimi: a titolo esemplificativo, v. sentenza della Corte del 21 dicembre 2021, cause riunite C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 e C-840/19, *Eurobox Promotion*, punto 133.

Una siffatta limitazione implica, come detto, che il diritto dell'Unione non può pregiudicare l'efficacia di una sentenza nazionale passata in giudicato, la quale resta intangibile anche quando il suo contenuto appaia in contrasto con una norma dell'Unione, fatta salva l'ipotesi in cui l'ordinamento interno preveda, a tal fine, il rimedio straordinario della revocazione⁶.

Nell'ottica della cooperazione giudiziaria civile, tale assunto si traduce nella circostanza per cui la libera circolazione di cui beneficiano le sentenze emanate dalle autorità giurisdizionali nazionali non autorizza le stesse ad ignorare o a superare gli effetti prodotti da un altro giudicato interno, quale che ne siano l'origine, il contenuto e, dunque, anche i profili di incompatibilità con il diritto dell'Unione.

Invero, nel contesto dell'ordinamento dell'Unione, dove gli atti giurisdizionali acquisiscono forza sulla base di presupposti specifici previsti da ogni diritto nazionale, il regolamento Bruxelles concernente il riconoscimento e l'esecuzione transfrontaliera delle decisioni giudiziarie in materia civile e commerciale, che rappresenta il principale atto giuridico adottato per gli obiettivi di cui all'art. 81 TFUE, ha quale scopo quello di garantire l'armonia delle suddette decisioni, agevolandone la circolazione al di fuori delle giurisdizioni in cui vengono pronunciate; ma esso non può in alcun modo incidere sulla natura e sulla portata degli atti giurisdizionali e para-giurisdizionali emanati negli ordinamenti interni, né tantomeno imporne una verifica di validità del contenuto alla luce del diritto dell'Unione.

Tale dinamica, in linea con la ripartizione di competenze descritta nel Trattato e oramai consolidata nel tempo, sembrerebbe essere stata tuttavia messa in discussione dalla pronuncia in esame, dove la Corte ha ritenuto non opponibile ad una sentenza straniera, di cui si chiedeva il riconoscimento a norma del regolamento Bruxelles, una decisione di origine arbitrale emessa in violazione del diritto dell'Unione.

3. I punti più controversi della vicenda *London Steam-Ship* hanno natura

⁶ Sentenza della Corte del 3 gennaio 2004, causa C-453/00, *Kubne & Heitz*. Più di recente, sentenze del 16 ottobre 2019, causa C-189/19, *Glencore Agriculture Hungary*, punto 45; del 14 maggio 2020, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, punto 185 e seguenti. Si vedano anche le conclusioni dell'avv. gen. Tizzano, del 10 novembre 2005, alla causa *Kapferer*, C-234/04, punto 21 e seguenti.

strettamente processuale e, pertanto, una breve ricostruzione in fatto pare necessaria per una più chiara comprensione della *querelle* giudiziaria e della successiva pronuncia.

Invero, la sentenza della Corte, del 20 giugno 2022, giunge all'esito di una lunga lite che ha coinvolto la Spagna e l'assicuratore degli armatori della petroliera M/T Prestige a seguito del naufragio, avvenuto oramai vent'anni orsono, sulle coste della Galizia.

I gravi danni causati dall'incidente della nave all'ecosistema marino hanno, all'epoca, indotto lo Stato spagnolo a costituirsi parte civile nel procedimento penale aperto nei confronti del comandante e dei suoi ufficiali dinanzi all'Audiencia Provincial de A Coruña, foro competente per il reato. Nell'ambito del procedimento in oggetto, esso ha proposto un'azione risarcitoria nei confronti degli armatori e dell'assicuratore, la London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Limited (d'ora in poi, anche la "Compagnia"), secondo quanto previsto dall'art. 117 del codice penale spagnolo⁷.

Contestualmente alla proposizione di tale azione, la Compagnia ha intentato un procedimento arbitrale a Londra, *lex fori* del contratto assicurativo stipulato con l'armatore, diretto a far dichiarare che, in virtù della clausola *solve et repete* prevista nella polizza, la Compagnia non potesse essere condannata a risarcire direttamente la parte lesa, ma solo a corrispondere all'assicuratore l'importo risarcitorio già assicurato dallo stesso alla parte danneggiata e che, in ogni caso, ogni pretesa risarcitoria della Spagna andasse avanzata in suddetto procedimento.

Il collegio arbitrale ha accolto le richieste della Compagnia, che, in via successiva, ha adito la Suprema corte britannica (High Court of Justice, sezione commerciale) per l'ottenimento della dichiarazione di esecutività del lodo, nonché di una sentenza che riprendesse i termini dello stesso ("sentenza arbitrale"), a norma dell'articolo 66 della legge sull'arbitrato del 1996. Il giudice britannico ha autorizzato con ordinanza l'esecuzione del lodo e ha

⁷ "Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda".

emanato la sentenza in questione, entrambe in data 22 ottobre 2013. Ogni opposizione della Spagna avverso tali atti è stato respinto, da ultimo con sentenza del 1° aprile 2015.

Nel frattempo, il giudice spagnolo, in sede civile, ha condannato, tra gli altri, la Compagnia assicurativa (15 novembre 2017) e, con una successiva ordinanza esecutiva del 1° marzo 2019, ha fissato la somma dovuta dalla stessa entro il limite del massimale previsto nel contratto tra l'armatore e la Compagnia (855 milioni di euro rispetto ad un massimale di 900 milioni di euro, e a fronte di un risarcimento totale dovuto allo Stato spagnolo superiore ai 2 miliardi di euro).

A seguito della condanna, la Spagna ha chiesto e ottenuto dinanzi allo stesso giudice britannico, sebbene in composizione differente, il riconoscimento dell'ordinanza di esecuzione del giudice spagnolo. La Compagnia assicurativa ha proposto appello contro tale ordinanza, per far valere che l'ordinanza di esecuzione del giudice spagnolo del 1° marzo 2019 fosse contraria all'art. 34, n. 3, del reg. n. 44/2001, poiché in contrasto con l'ordinanza di esecuzione e con la sentenza arbitrale emesse dal giudice britannico il 22 ottobre 2013.

Trovatosi di fronte ad un possibile contrasto tra giudicati, il giudice del rinvio ha rimesso la questione alla Corte di giustizia, chiedendo in particolare: 1) se una sentenza che riprende i termini di un lodo arbitrale, ai sensi dell'art. 66, par. 2, della legge sull'arbitrato del 1996, sia esclusa dall'ambito di applicazione sostanziale del reg. n. 44/2001, ai sensi dell'eccezione relativa all'arbitrato di cui all'art. 1, par. 2, lett. d); 2) se, essa possa costituire una "decisione" ex art. 34, n. 3, dello stesso regolamento, capace di impedire l'applicazione di una decisione giurisdizionale resa in un altro Stato membro⁸.

⁸ Il giudice del rinvio ha proposto alla Corte anche un terzo quesito, ovvero se, anche in caso di inapplicabilità dell'art. 34, n. 3, del reg. n. 44/2001, una siffatta decisione arbitrale possa impedire il riconoscimento e l'esecuzione di una decisione di un altro Stato membro perché contrari all'ordine pubblico interno per la preesistenza di un precedente giudicato. L'analisi di quest'ultimo non rientra nell'oggetto del presente scritto, in quanto, come prospettato dall'avv. gen. e confermato dalla Corte, resta indiscusso che il ricorso alla nozione di "ordine pubblico" è escluso "allorché il problema che si pone sia quello della compatibilità di una decisione straniera con una decisione nazionale" (punto 78 della sentenza in commento; sentenza del 4 febbraio 1988, causa 145/86, *Hoffmann*, punto 21).

4. La Corte ha affrontato la questione sottoposta dal giudice del rinvio sulla base del principio *tempus regit actum* e, dunque, alla luce di quanto stabilito nel regolamento n. 44/2001 (Bruxelles I)⁹ e non nel regolamento n. 1215/2012, attualmente in vigore (Bruxelles I-bis)¹⁰. Nondimeno, poiché il regolamento Bruxelles I-bis, per quanto qui di interesse, ha confermato esattamente la stessa disciplina adottata pre-rifusione, la soluzione offerta dalla Corte rappresenta un importante precedente anche per la risoluzione di futuri casi simili¹¹. Pure, occorre sottolineare che, in virtù del regime transitorio accordato al momento della *Brexit*, la Corte ha affrontato la controversia considerando il Regno Unito al pari di uno Stato membro.

In relazione al primo quesito sottoposto dal giudice nazionale, la Corte ha confermato quanto da lungo tempo stabilito nella sua giurisprudenza, ovvero che l'estromissione della materia arbitrare dall'ambito di applicazione del regolamento 44/2001 (art. 1, par. 2, lett. d) va interpretata in senso am-

⁹ Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, su cui v., per tutti, F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001*, Padova, 2006.

¹⁰ Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, su cui si veda S. CARBONE, C. E. TUO, *Il nuovo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Il regolamento UE n. 1215/2012*, Torino, 2016; F. SALERNO, *Soppressione e rimodulazione delle sovranità processuale degli Stati membri dell'UE dopo il regolamento UE n. 1215/2012*, in B. CORTESE (a cura di), *Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, Torino, 2014, p. 237 ss.; P. A. NIELSEN, *The New Brussels I Regulation*, in *Common Market Law Review*, vol. 50, n. 2, 2013, p. 503 ss.; F. POCAR, I. VIARENGO, F. C. VILLATA (eds.), *Recasting Brussels I*, Padua, 2012; U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, *Brussels I Regulation*, II ed., Munich, 2012.

¹¹ Così R. MARUFFI, *Il regolamento (UE) n. 1215/2012 e l'arbitrato*, in *Rivista di diritto processuale*, n. 6, 2014, spec. p. 1425 ss., che rivela come lo *status quo ante* è rimasto sostanzialmente lo stesso, nonostante le numerose e autorevoli proposte di riforma: "Il nodo che rimane irrisolto, anche alla luce del Reg. (UE) n. 1215/2012 è quello dei *parallel proceedings*. Come risulta dal comma 2° e dal comma 3° del considerando 12, il legislatore europeo ha rinunciato a introdurre forme di coordinamento fra giustizia civile e giustizia arbitrale, preferendo un sistema a vie parallele che lascia margini d'incertezza e d'insoddisfazione" (p. 1428). V. anche A. LA MATTINA, C. CELLERINO, *L'arbitrato e il nuovo Regolamento (UE) 1215/2012: vecchie questioni e nuovi problemi aperti*, in *Diritto del commercio internazionale*, n. 3, 2014, p. 551 ss. Più ampiamente, *infra*, par. 5.

pio, comprendendo ogni decisione che risulta da un esercizio della funzione para-giurisdizionale¹². In effetti, come rilevato già in passato con riguardo all'inapplicabilità della Convenzione di Bruxelles¹³ – poi sostituita dal reg. 44/2001 – ad un caso analogo, la Corte ha ricordato che gli Stati membri hanno inteso escludere l'arbitrato dal meccanismo di cooperazione “in quanto materia nel suo complesso, comprese le azioni intentate dinanzi agli organi giurisdizionali [nazionali]”¹⁴. Il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali stranieri sono infatti già regolati dalla Convenzione di New York del 1958, nella quale è possibile individuare alcune norme che confermano un'interpretazione più estensiva della clausola di esclusione, quali, ad esempio, quelle riguardanti il rinvio delle parti in causa, da parte dei giudici nazionali, innanzi a una giurisdizione arbitrale.

Di conseguenza, se viene accertata l'esistenza di una clausola compromissoria o di un compromesso che rimanda la risoluzione della lite alla competenza della giustizia arbitrale, l'esclusione in questione attrae a sé ogni controversia tra le parti inerente al rapporto giuridico sottostante, a prescindere dal *petitum* della causa. Se così non fosse, alle parti interessate a sottrarsi agli obblighi oggetto della convenzione di New York, o, per meglio dire, a beneficiare della libera circolazione delle decisioni giudiziarie garantita dal diritto dell'Unione, basterebbe richiedere al giudice comune l'emanazione, solo quando d'interesse, di una sentenza che riprenda i termini di un lodo arbitrale, aggirando così i limiti di ambo le normative.

¹² Come ha evidenziato l'avv. gen. Kokott nelle conclusioni presentate alla causa *Allianz SpA (ex Riunione Adriatica di Sicurtà SpA) e a. c. West Tankers Inc.* (4 settembre 2008, C-185/07, punti 39-47), l'estensione dell'eccezione arbitrale è da sempre causa di disaccordo tra la dottrina anglosassone e quella continentale. Secondo la prima, il regolamento non troverebbe applicazione ogniqualvolta le parti abbiano definito che eventuali controversie sorte tra le stesse siano affidate alla competenza di un organo arbitrale, ivi comprese le controversie accessorie inerenti alla procedura arbitrale prevista; in senso opposto, la dottrina continentale.

¹³ Convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Sui rapporti tra quest'ultima e la materia arbitrale, v. R. MONACO, *Convenzione di Bruxelles e arbitrato*, in *Rivista dell'arbitrato*, n. 1, 1992, p. 116 ss. (dello stesso autore, si veda già *Compétence arbitrale et compétence de la Cour des Communautés européennes*, in AA. VV., *Arbitrage commercial. Essais in memoriam Eugenio Minoli*, Torino, 1974, p. 327 ss.).

¹⁴ Sentenza della Corte del 17 novembre 1998, causa C-391/95, *Van Uden*, punto 31.

4.1. Il riconoscimento dell'esclusione dell'arbitrato dai vantaggi assicurati dal regolamento 44/2001 non equivale tuttavia al disconoscimento degli effetti giuridici di una decisione arbitrale nell'ordinamento in cui essa viene resa.

Invero, come affermato dalla Corte, occorre distinguere tra l'incapacità di una decisione arbitrale di beneficiare del riconoscimento reciproco tra gli Stati membri e la circostanza che essa possa rientrare indirettamente nell'ambito di applicazione del regolamento 44/2001.

In particolare, il giudice dell'Unione ha precisato che una decisione giudiziaria, sebbene esclusa dalla possibilità di circolare nello spazio giudiziario dell'Unione conformemente alle disposizioni di tale regolamento, può comunque venire in rilievo ai sensi del suo art. 34, n. 3, il quale stabilisce che le decisioni non sono riconosciute "se sono in contrasto con una decisione emessa tra le medesime parti nello Stato membro richiesto". Difatti, la definizione di "decisione" contenuta nell'art. 32 del regolamento n. 44/2001, che si applica a tutte le disposizioni di tale regolamento in cui figura tale nozione, ivi compreso l'art. 34, si basa anch'essa su una nozione molto ampia, volta a includere "a prescindere dalla denominazione usata, qualsiasi decisione emessa da un giudice di uno Stato membro, quale ad esempio decreto, sentenza, ordinanza o mandato di esecuzione".

Poiché una sentenza che riprende i termini arbitrali, qual è la decisione di specie, rientra in tale categoria, il giudice dell'Unione ha affermato che essa è astrattamente idonea a impedire che, nello stesso Stato membro, il riconoscimento di una sentenza emessa da un'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro trovi efficacia quando le due decisioni siano in contrasto tra loro.

Con riferimento, anzitutto, alla nozione di decisione di cui al regolamento 44/2001, sebbene la Corte non si sia soffermata sulla natura della pronuncia in oggetto, la conclusione a cui essa perviene risulta convincente.

In effetti, la sentenza che riprende i termini arbitrali descritta nell'ordinanza di rinvio sembra soddisfare tutte le qualità proprie della nozione *ex* art. 32 del regolamento 44/2001. La pronuncia, emessa ai sensi dell'art. 66, par. 2, dell'*Arbitration Act* del 1996, non risulta essere una mera ricognizione di quanto già stabilito nel lodo arbitrale, quanto un'autonoma decisione di natura giurisdizionale, giacché il giudice adito può risolvere importanti questioni di merito controverse e, con essa, la parte richiedente può

ottenere vantaggi diversi e ulteriori rispetto a quanto deciso nel lodo arbitrale¹⁵. Come richiamato dall'avvocato generale nelle conclusioni accluse alla causa, sono numerose le circostanze che dimostrano che l'emanazione della decisione non è un'automatica conseguenza del lodo o dall'accordo delle parti di deferire la controversia in arbitrato, ma nasce da una specifica competenza conferita dalla legge al giudice britannico. Nel dettaglio, l'autorità giurisdizionale, non prima di aver attivato il contraddittorio tra le parti, decide su questioni quali, tra le altre, la competenza del collegio arbitrale, la valutazione d'utilità della decisione emananda, il rispetto dell'ordine pubblico, le ricadute sugli interessi dei terzi, *etc.*¹⁶.

Nel caso di specie, l'ottenimento della sentenza aveva il preciso scopo di rendere opponibile il contenuto del lodo arbitrale nell'ipotesi in cui – come si è poi verificato – fosse richiesta l'esecuzione di una sentenza emessa in un altro Stato membro. Per un verso, il conseguimento di un siffatto vantaggio può costituire certamente un elemento controverso alla luce del regolamento Bruxelles I, e nello specifico, non solo dell'esclusione arbitrale di cui all'art. 1, ma anche dell'art. 71, par. 1, dello stesso, a mente del quale il regolamento lascia impregiudicato “le convenzioni, di cui gli Stati membri siano parti contraenti, che disciplinano la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materie particolari” (leggasi, la convenzione di New York)¹⁷; per altro, tuttavia, esso rappresenta la conferma dell'autonomia funzionale attribuita nell'ordinamento britannico ad una siffatta sentenza, che rientra, senza alcun dubbio, nella nozione di decisione, ai sensi dell'art. 32 del regolamento 44/2001.

In aggiunta, una simile interpretazione trova conforto in diversi precedenti della Corte. Infatti, nella risalente sentenza *Solo Kleinmotoren*, essa ha stabilito che, per qualificare una pronuncia come “decisione”, ai sensi della

¹⁵ Sul punto, v. l'analisi di M. GRASSI, *Il giudicato arbitrale quale motivo ostativo alla circolazione delle sentenze nel sistema di Bruxelles I: note a margine della sentenza London Steam-Ship*, in *SIDIBlog*, 1° agosto 2022.

¹⁶ V. le conclusioni dell'avv. gen. Collins, del 5 maggio 2022, alla causa in oggetto, spec. punti 55-57.

¹⁷ Ad onor del vero, il dibattito sul punto è risalente nel tempo: cfr. J. FITCHEN, *The Recognition and Enforcement of Member State Judgements* (Articles 45-51), in A. DICKINSON, E. LEIN, *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, 2015, p. 432 ss., spec. p. 467. *Amplius*, v. *infra*, par. 7.

convenzione di Bruxelles, l'atto "deve provenire da un organo giurisdizionale che appartiene ad uno Stato contraente e che statuisce con poteri propri su questioni controverse tra le parti"¹⁸. Più di recente, inoltre, nel caso *Gothaer*, essa ha affermato che l'art. 32 comprende qualsiasi decisione emessa da un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro, senza alcuna distinzione in relazione al contenuto della decisione in questione, purché il procedimento che ha condotto alla sua emanazione preveda l'istruzione in contraddittorio¹⁹. Entrambi i requisiti sono interamente soddisfatti dalla sentenza emana- ta conformemente alla legge arbitrale britannica.

4.2. Anche per quanto concerne l'applicabilità dell'art. 34, par. 3, alla decisione di specie, la Corte ha ritenuto che l'esclusione dall'ambito applicativo *ratione materiae* del regolamento n. 44/2001 non osta a che una decisione relativa alla materia arbitrale possa rientrare nel cono d'ombra del regolamento per impedire il riconoscimento di una decisione con essa contrastante²⁰.

È vero, infatti, che tale esclusione comporta l'impossibilità di far circolare una sentenza ottenuta sulla base di un lodo arbitrale, chiedendone la relativa esecuzione in un altro Stato membro, ai sensi del capo III del regolamento. Come si è detto, la scelta di affidare la risoluzione della controversia alla giustizia privata ha quale conseguenza l'impossibilità che tale decisione possa viaggiare in altri Stati membri senza il previo ottenimento dell'*exaequatur* da parte dell'autorità giurisdizionale del luogo in cui si richiede l'esecuzione.

Tuttavia, nel procedimento che ha dato luogo al rinvio in oggetto, la fattispecie non riguardava il tentativo di far eseguire i termini arbitrali in uno Stato membro diverso da quello in cui la decisione è stata emanata; in tale ipotesi, la Corte avrebbe dovuto dichiarare irricevibile l'ordinanza pregiudiziale, venendo a mancare il collegamento tra il caso di specie e l'ambito di

¹⁸ Sentenza della Corte del 2 giugno 1994, causa C-414/92, punto 17.

¹⁹ Sentenza della Corte del 15 novembre 2012, causa C-456/11, punto 23; più di recente, a proposito dell'articolo 2, lettera a), del regolamento n. 1215/2012, disposizione equivalente all'art. 32 del regolamento 44/2001, v. la sentenza del 7 aprile 2022, causa C-568/20, *H Limited*, punti 24 e 26.

²⁰ Sul punto, si vedano anche le riflessioni di A. LEANDRO, *London Steam-Ship Owners: Looking Beyond the Case through the Lens of Res Judicata*, in *epil.org*, 29 June 2022.

applicazione del diritto dell'Unione²¹. Piuttosto, essa concerneva il riconoscimento di una sentenza in uno Stato membro diverso da quello dove la stessa è stata pronunciata e nel quale è stata emanata, contestualmente, una sentenza arbitrale, con l'evidente rischio che quest'ultima, già consolidatasi, entrasse in conflitto con quella straniera.

Per tale ragione, dal momento che una sentenza che riprende i termini di un lodo arbitrale produce, nell'ordinamento di specie, effetti giuridici vincolanti al pari di una sentenza emessa da un organo giurisdizionale, pare condivisibile sostenere, come stabilito dal giudice dell'Unione, che, in tali circostanze, il regolamento debba necessariamente espandersi e determinare l'applicazione della decisione anteriormente adottata, qualora le due pronunce, seppur di diversa natura, si pongano in conflitto l'una con l'altra, pena il rischio di un contrasto tra giudicati²².

Non a caso, la Corte ha avvalorato la sua interpretazione, rimarcando opportunamente la finalità perseguita dall'art. 34, n. 3, del regolamento 44/2001, ovvero tutelare "l'integrità dell'ordinamento giuridico interno di uno Stato membro" e garantire che "il suo ordine sociale non sia turbato dall'obbligo di riconoscere una sentenza emanante da un altro Stato membro che sia in contrasto con una decisione resa, tra le stesse parti, dai suoi stessi organi giurisdizionali"²³. Logica deduzione della diversità degli obiettivi e dei fini perseguiti dall'art. 1, par. 2, lett. d) e dall'art. 34, n. 3, del reg. n. 44/2001, è che l'art. 1, par. 2 non può essere determinante per stabilire se una decisione, ai sensi di quest'ultimo, rientri nell'ambito di applicazione di

²¹ Tra le tante, v. sentenza del 29 maggio 1997, causa C-299/95, *Kremzow*, punti 15 e 16; ordinanza del 3 luglio 2014, causa C-92/14, *Tudoran*.

²² Pur ritenendo possibile una siffatta interpretazione, è di altro avviso A. BRIGGS, *Humpty-Dumpty, Arbitration, and the Brussels Regulation: a View from Oxford*, in *eapil.org*, 23 June 2022: "One may accept that that was so, but still shrug: for this question, framed by Article 34(3) of Regulation 44/2001, would be void of content if the entire subject matter of the English court order lay outside the scope of the Regulation, *ratione materiae*, in the first place. The Court reasoned that the English order was a judgment within the meaning of Article 34(3), even though it was one on a matter to which the Regulation has no application in the first place. This is very odd [...] but in the court's defence one might claim that it provides a ramshackle means for dealing with a structural problem. The problem has been noticed before; indeed, the writer has written elsewhere that it offers a feasible, if untidy, solution. So be it, then".

²³ Punto 50 della sentenza. V. anche la già citata *Solo Kleinmotoren*, punto 21.

tale regolamento. Infatti, l'art. 34 non ha lo scopo di far rientrare dalla finestra i vantaggi in termini di circolazione giuridica negati dall'esclusione arbitrale, di cui all'art. 1, par. 2, quanto di rimediare al potenziale contrasto tra giudicati che può formarsi proprio in virtù di tale estromissione, vale a dire nell'ipotesi in cui vengano ad esistere due decisioni divergenti e non ugualmente coperte dall'ambito di applicazione *ratione materiae* del regolamento n. 44/2001²⁴.

Peraltro, occorre notare che, su queste basi, la Corte aveva già dichiarato in passato, nella nota pronuncia *Hoffmann*, che una sentenza coperta dalla Convenzione di Bruxelles e una decisione esclusa dall'applicazione della stessa fossero da considerarsi incompatibili sul presupposto che le due decisioni in parola producevano effetti giuridici che si escludevano reciprocamente²⁵.

Nel caso di specie, nessuna delle parti in causa ha contestato che le due decisioni presentassero effetti inconciliabili con riguardo alla posizione giuridica della Compagnia assicurativa: mentre la sentenza pronunciata dal giudice spagnolo ha condannato la Compagnia al risarcimento dei danni in via diretta, la pronuncia emessa dal giudice britannico ha concluso nel senso opposto, dichiarando la stessa non responsabile in prima persona in virtù della clausola *solve et repete* presente nel contratto di assicurazione.

²⁴ Come riporta l'avv. gen. Collins, l'esclusione di applicabilità dell'art. 34, par. 3, in relazione a casi come la fattispecie in esame genererebbe due ulteriori anomalie: "In primo luogo, da un lato, in forza dell'articolo 34, punto 4, del regolamento n. 44/2001, una decisione emessa precedentemente in uno Stato terzo, che per definizione non rientra nell'ambito di applicazione di tale regolamento, potrebbe ostare al riconoscimento di una decisione contrastante pronunciata successivamente in uno Stato membro diverso da quello in cui è richiesto il riconoscimento. Dall'altro lato, una decisione contrastante pronunciata nello Stato membro richiesto, il cui oggetto sarebbe ritenuto estraneo all'ambito di applicazione del regolamento n. 44/2001, non avrebbe tale effetto. [...] In secondo luogo, un lodo arbitrale non nazionale si troverebbe collocato, nell'ordinamento giuridico dello Stato membro richiesto, in una posizione superiore rispetto a un lodo arbitrale nazionale che fosse stato eseguito dagli organi giurisdizionali di quello Stato membro. Laddove uno Stato membro abbia riconosciuto un lodo arbitrale non nazionale ai sensi della convenzione di New York del 1958, esso non può successivamente invocare il regolamento n. 44/2001 per eseguire una sentenza di uno Stato membro in contrasto con tale lodo arbitrale non nazionale. Un lodo arbitrale nazionale eseguito mediante una sentenza nello Stato membro richiesto si troverebbe in una posizione inferiore, poiché non godrebbe né dello status di lodo ai sensi della convenzione di New York del 1958, né avrebbe diritto alla protezione conferita dall'articolo 34, punto 3, del regolamento n. 44/2001" (punti 67 e 68).

²⁵ Sentenza della Corte del 4 febbraio 1988, causa 145/86, *Hoffmann*, punto 22.

5. Una simile ricostruzione faceva presumere, a questo punto, che la Corte, sulla scorta dell'interpretazione fornita dell'art. 34, par. 3, del regolamento e nel rispetto della regola generale della prevenienza temporale, indirizzasse il giudice del rinvio verso la dichiarazione di inapplicabilità della sentenza spagnola nella misura in cui era già intervenuta, nell'ordinamento britannico, una decisione di senso contrario, seppur di origine arbitrale.

Al contrario, la Corte ha seguito un percorso interpretativo inedito.

In particolare, il giudice dell'Unione ha precisato che la fattispecie fosse sottoposta ad una disciplina differente, giacché il lodo arbitrale di cui la sentenza riprende i termini "è stato adottato in circostanze che non avrebbero consentito l'adozione, nel rispetto delle disposizioni e degli obiettivi fondamentali del menzionato regolamento, di una decisione giudiziaria rientrante nell'ambito di applicazione di quest'ultimo"²⁶. Così, nell'ottica di una più ampia interpretazione della lettera del regolamento, che tenga conto del contesto e degli scopi per cui esso è stato adottato, l'art. 34, par. 3 non potrebbe trovare applicazione in occasioni come la fattispecie, perché la sentenza in oggetto, anche se divenuta ormai definitiva, è stata emanata in violazioni di due norme fondamentali del regolamento stesso, concernenti, da un lato, l'effetto relativo di una clausola compromissoria inserita in un contratto di assicurazione e, dall'altro, la litispendenza, comportando con ciò un ostacolo al diritto a un ricorso effettivo, come garantito all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali²⁷.

Con riguardo alla prima delle violazioni dedotte, la Corte ha ricordato che una clausola attributiva di competenza stipulata tra assicuratore e assicurato non è opponibile alla parte lesa che, ove il diritto nazionale lo consenta, intenda agire direttamente per far valere la responsabilità del primo dinanzi al giudice del luogo in cui essa è domiciliata²⁸. Ne consegue che, salvo violare tale diritto, un giudice diverso da quello già interrogato con l'azione diretta non dovrebbe dichiararsi competente sulla base di siffatta clausola compromissoria, e ciò al fine di garantire l'obiettivo perseguito dal regolamento n. 44/2001, ossia tutelare le vittime di un danno nei confronti dell'assicuratore di cui trattasi²⁹.

²⁶ Punto 54 della sentenza *London Steam-Ship*.

²⁷ *Ivi*, punti 56-59.

²⁸ Sentenza della Corte del 13 luglio 2017, causa C-368/16, *Assens Havn*, punti 31-41.

²⁹ *Ivi*, punti 60 e 61.

Con riferimento al profilo della litispendenza, dopo aver messo in luce che i due procedimenti presentavano le stesse parti, il medesimo oggetto e il medesimo titolo³⁰, la Corte ha richiamato l'art. 27 del regolamento n. 44/2001, ai sensi del quale l'organo giurisdizionale successivamente adito deve sospendere d'ufficio il procedimento fino a quando non sia appurata la competenza dell'organo giurisdizionale preventivamente adito e, qualora tale competenza sia accertata, dichiarare la propria incompetenza a favore di detto organo giurisdizionale.

Siccome la verifica di entrambe le questioni spettava al giudice che ha emesso la sentenza arbitrale, interpellato in un momento successivo rispetto al giudice spagnolo, ma essa non ha avuto luogo, con l'effetto di aggirare le garanzie previste dal regolamento, la Corte ha concluso nel senso che la sentenza in questione non poteva essere opponibile alla pronuncia spagnola, in quanto emanata in violazione del reg. 44/2001.

6. Nell'affermare che una sentenza come quella emanata dal giudice britannico non possa essere efficace perché viziata, la Corte sembrerebbe aver sovvertito nel caso di specie l'ormai consolidato principio dell'intangibilità del giudicato interno, a regola del quale, si ricordi, una sentenza nazionale divenuta definitiva, anche se incompatibile con il diritto dell'Unione, non può essere messa in discussione in nessun caso, fatta eccezione per l'ipotesi in cui l'ordinamento interno preveda la possibilità di impugnarla in via straordinaria³¹. Analizzando la pronuncia da tale prospettiva si evince infatti che il giudice dell'Unione ha contestato l'efficacia di una sentenza nazionale definitiva alla luce del diritto dell'Unione e ne ha limitato i relativi effetti materiali, imponendo il riconoscimento della sentenza spagnola in luogo di quella britannica, ritenuta illegittima e perciò non più ad essa opponibile.

Non può nascondersi che, ad una prima lettura, la pronuncia lascia per lo meno sorpresi per l'esito a cui essa giunge, sia tenendo presenti le norme

³⁰ Per consolidata giurisprudenza della Corte, la litispendenza si verifica anche se "una domanda volta a far dichiarare che il convenuto è responsabile di un danno ha la stessa causa e lo stesso oggetto di un'azione di accertamento negativo proposta dal medesimo convenuto volta a far accertare che questi non è il responsabile del predetto danno" (sentenza del 20 dicembre 2017, causa C-467/16, *Schlömp*, punto 51; in precedenza, v. sentenza del 19 dicembre 2013, causa C-452/12, *NIPPONKOA Insurance*, punto 42).

³¹ V. G. TESAURO, *Manuale*, cit., pp. 311 e 312.

del regolamento, sia rivolgendo lo sguardo alla stessa giurisprudenza della Corte applicabile in materia.

A questo riguardo, occorre osservare che nessuna disposizione del regolamento stabilisce che, nella risoluzione del conflitto tra due decisioni ugualmente efficaci, ma di segno opposto, il giudice chiamato ad eseguirle debba tenere conto dell'*iter* processuale che ha condotto all'adozione delle stesse e, se del caso, escludere quella che violi le prescrizioni del diritto dell'Unione. Anzi, lo stesso regolamento 44/2001 è esplicitamente chiaro nello stabilire che "non si può procedere al controllo della competenza dei giudici dello Stato membro d'origine" (art. 35, par. 3), e che "in nessun caso la decisione straniera può formare oggetto di un riesame del merito" (art. 36)³². Il funzionamento del regolamento trova fondamento nella fiducia reciproca e nel mutuo riconoscimento, che il Trattato ha posto a fondamento della cooperazione giudiziaria civile (art. 81 TFUE) e i quali impongono agli Stati membri di riconoscere reciprocamente le relative sentenze senza poterne mettere in discussione il merito, pena la mortificazione della ragion d'essere della cooperazione³³.

³² In questa direzione, A. BRIGGS, *op. cit.*: "the English court, called upon to approve enforcement of the award, was required to go through the looking glass and play its part in the pantomime just described. The fact that it has not done so meant that it had committed a jurisdictional error. In consequence, its judgment – as the court said that it was – failed to qualify as a judgment, for those reasons of jurisdictional error, to count as a judgment for the purposes of Article 34(3). There is, of course, absolutely nothing in the jurisprudence to suggest that the home court's 'judgment' in Article 34(3) means 'judgment free of all taint of jurisdictional error', though there is the collateral instruction in Article 35 that the jurisdiction of the court that gave the foreign judgment shall not be reviewed".

³³ Cfr. O. PORCHIA, *L'effettività del diritto dell'Unione tra tutela del singolo e salvaguardia dell'ordinamento*, in AA. VV., *Scritti in onore di Giuseppe Tesauo*, vol. III, Napoli, 2014, spec. pp. 2331 e 2332. V. anche i considerando 16 e 17 del regolamento 44/2001, nonché le conclusioni dell'avv. gen. Bot, del 6 settembre 2012, alla causa *Gotbaer*, C-456/11, punti 72 e 81: "Il principio della fiducia reciproca tra gli organi giurisdizionali degli Stati membri, il quale giustifica, segnatamente, il carattere automatico del riconoscimento delle decisioni straniere, la tassatività dei motivi di rifiuto del riconoscimento, l'esclusione del controllo della competenza del giudice d'origine o l'assenza di un riesame del merito, implica, infatti, che ciascun giudice di uno Stato membro consideri le decisioni rese dai giudici degli altri Stati membri equivalenti alle proprie. Ne consegue che, qualora, fra tali giudici di pari valore, l'uno abbia dovuto, per verificare la propria competenza, pronunciarsi in via preliminare sulla validità e sulla portata di una clausola di proroga della competenza, il giudice di un altro Stato membro dinnanzi al quale viene invocato il riconoscimento di tale

In via ulteriore, tale conclusione trova conforto persino nei precedenti della stessa Corte.

Da una parte, nella citata sentenza *Hoffmann*, la Corte aveva stabilito che, al fine di determinare se esista un contrasto tra due sentenze, occorre verificare se esse producano effetti giuridici che si escludono reciprocamente *a prescindere* dal comportamento processuale delle parti o dai passaggi processuali che hanno condotto all'emanazione delle due sentenze³⁴.

Dall'altra, nel caso *Gotbaer*³⁵, pure menzionato, la Corte ha stabilito che una decisione passata in giudicato con la quale il giudice di uno Stato membro abbia declinato la propria competenza in considerazione di una clausola attributiva di competenza, in base al rilievo della validità di tale clausola, vincola i giudici degli altri Stati membri sia per quanto concerne la decisione di incompetenza di tale giudice, che per quanto concerne l'accertamento della validità della stessa clausola. Nel concludere in questi termini, la Corte ha richiamato, all'epoca, la relazione Jenard sulla Convenzione di Bruxelles, nella quale si notava che “[l]’assenza di riesame del merito implica totale fiducia nella giurisdizione dello Stato originario” e che “la fiducia nella fondatezza della sentenza deve normalmente estendersi all’applicazione che il giudice ha fatto delle norme di competenza [armonizzate]”³⁶.

Infine, proprio con riguardo all’inosservanza delle norme sulla litispendenza da parte dei giudici nazionali, la Corte, in un recente caso in tema di controversie familiari, aveva interpretato le stesse nel senso che “[qualora] l’autorità giurisdizionale successivamente adita abbia adottato, in violazione

decisione non dovrebbe procedere ad una nuova valutazione [...] Uno degli indizi più consistenti del favore del regolamento n. 44/2001 nei confronti della libera circolazione delle decisioni in seno all’Unione è il principio secondo il quale l’incompetenza del giudice dello Stato membro d’origine non costituisce un ostacolo al riconoscimento della decisione che esso ha pronunciato, fatti salvi i casi elencati in via tassativa agli articoli 34 e 35 di tale regolamento. Da tale principio consegue che una decisione di merito può essere riconosciuta anche qualora essa sia stata pronunciata in violazione delle norme comuni sulla competenza diretta enunciate al capo II di tale regolamento, e anche qualora non vi sia stato alcun contraddittorio fra le parti avente ad oggetto la competenza”.

³⁴ Su quest’ultimo punto, v. anche la sentenza della Corte del 6 giugno 2002, causa C-80/00, *Italian Leather*, punto 44.

³⁵ Sentenza del 15 novembre 2012, causa C-456/11, spec. punto 33 e seguenti.

³⁶ *Ivi*, punto 37. Relazione sulla convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, del 27 settembre 1968, elaborata dal sig. Jenard (GU 1979, C 59, p. 1).

di tali norme, una decisione poi divenuta definitiva, esse ostano a che le autorità giurisdizionali dello Stato membro cui appartiene l'autorità giurisdizionale preventivamente adita neghino, per questo solo motivo, il riconoscimento di tale decisione³⁷.

Una tale decisione prendeva le mosse dall'assunto per il quale "il giudice dello Stato richiesto non può, salvo mettere in discussione la finalità del regolament[o] [...] n. 44/2001, negare il riconoscimento di una decisione promanante da un altro Stato membro per il solo motivo che esso ritiene che, in tale decisione, il diritto nazionale o il diritto dell'Unione sia stato male applicato"³⁸. Affermazione che appare in netto contrasto con quanto stabilito nella decisione in esame, ai sensi della quale, al fine di "evitare un'elusione di tali disposizioni e obiettivi"³⁹, una sentenza nazionale che viola le norme sulla litispendenza, pur se definitiva, non può impedire il riconoscimento di una decisione emessa da un organo giurisdizionale di un altro Stato membro⁴⁰.

³⁷ Sentenza della Corte del 16 gennaio 2019, causa C-386/17, *Liberato*, punto 56. Come è stato osservato, le regole sulla litispendenza hanno lo scopo di evitare la duplicazione dei giudizi fintantoché questi siano entrambi pendenti e non di fungere, *a posteriori*, da parametro di legittimità delle due decisioni, poiché, una volta che uno dei due procedimenti si sia concluso, tali regole "escono di scena", lasciando il posto alla disciplina sul riconoscimento delle decisioni" (M. GRASSI, *op. cit.*).

³⁸ Sentenza *Liberato*, cit., punto 54. Sul punto, si vedano le considerazioni di C. HONORATI, S. BERNASCONI, *L'efficacia cross-border degli accordi stragiudiziali in materia familiare tra i regolamenti Bruxelles II-bis e Bruxelles II-ter*, in *fsjeurostudies.eu*, n. 2, 2020, p. 43: «Per quanto foriera di risultati particolarmente gravosi [...] nel bilanciamento tra opposti [la Corte] ritiene di dover fare prevalere il principio del riconoscimento automatico delle decisioni sul principio dell'imperatività e del rispetto delle norme sulla competenza diretta. Per tutelare il primo, infatti, ha rifiutato di sanzionare la violazione del secondo. Ciò non significa, però, che le norme sulla competenza diretta non siano imperative o, ancor meno, che il loro rispetto non sia necessario. [...] Più precisamente, in quel sistema la loro osservanza riposa solo sul principio della fiducia che gli Stati reciprocamente si dichiarano nel rispetto della norma europea»; S. MARINAI, *La litispendenza in materia di controversie matrimoniali nello spazio giudiziario europeo*, in AA. VV., *Annali AISDUE*, vol. I, Bari, 2020, spec. p. 268 ss. Sulla litispendenza, più in generale, v. F. MARONGIU BUONAIUTI, *Litispendenza e connessione internazionale. Strumenti di coordinamento tra giurisdizioni statali in materia civile*, Napoli, 2008, nonché le conclusioni dell'avv. gen. Tesauro, del 13 luglio 1994, alla causa C-406/92, *Tatry*.

³⁹ Sentenza *London Steam-Ship*, cit., punto 71.

⁴⁰ Cfr. G. CUNIBERTI, *London Steam-Ship Owners: Extending Lis Pendens to Arbitral Tribunals?*, in *epil.org*, 23 June 2022: "The proposition that the rule of lis pendens is so important that it should be applied by courts in exequatur proceedings of arbitral awards is very

Nell'intento di individuare le motivazioni che sostengono il superamento delle sue stesse statuizioni, pare corretto dedurre che l'approccio adottato dalla Corte sembra trovare giustificazione, nel contesto di specie, nelle ragioni di natura sostanziale sottese alla vicenda.

Resta fuori discussione, infatti, che il giudice britannico avesse del tutto ignorato la corretta introduzione dell'azione civile dinanzi al giudice spagnolo e, con ciò, che la litispendenza andasse risolta in favore di quest'ultimo. Sul punto, pare evidente che il tentativo, da parte della Compagnia assicurativa, di ottenere una sentenza che riprendeva i termini dell'arbitrato, poi avallato dal giudice britannico, fosse quello di "scappare" dal giudizio spagnolo e "rifugiarsi" nel primo, configurando a tutti gli effetti un episodio di "rush to court" o "forum shopping". In particolare, tali violazioni avevano indirizzato la controversia verso un esito maggiormente sfavorevole per la parte danneggiata, dal momento che il giudice spagnolo aveva riconosciuto, al contrario di quello britannico, una responsabilità diretta dell'assicuratore.

Su queste basi, la Corte non ha ritenuto sufficiente il solo intervento del giudice nazionale quale garanzia della formale regolarità della sentenza, in quanto l'affidamento nella fiducia reciproca, che viene di norma invocato per il riconoscimento della libera circolazione e/o del carattere dell'opponibilità delle decisioni a prescindere dal contenuto, era già venuta meno a causa delle gravi violazioni che tradivano i motivi e gli obiettivi per cui è stato adottato il regolamento⁴¹. D'altronde, la strumentalizzazione delle regole sulla litispen-

hard to reconcile with previous cases of the CJEU where the Court held that the doctrine of lis pendens is not important enough to become a ground for denying enforcement to judgments under the Brussels Regulations (I or II)".

⁴¹ Cfr. M. GÓMEZ JENE, *Prestige y Arbitraje europeo: a propósito de la sentencia London Steam-Ship del TJUE (asunto C-700/20)*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, n. 2, 2022, p. 1095: "Sin embargo, y precisamente por lo que esa sentencia dictada 'en términos' del laudo implica una resolución que, nada menos, 'convierte' en sentencia judicial un laudo que, de este modo, pasa a beneficiarse de todo lo que supone el principio de confianza mutua en la UE estimo que el control adicional que el TJUE impone a esa suerte de 'desdoblamiento' del título nace una resolución judicial sin que se extinga el laudo es tan proporcionado como necesario. De otro modo, se estaría dando carta de naturaleza a un título que, en puridad, se ha originado al margen de la estructura judicial que está en la esencia del espacio de cooperación judicial en materia civil y de cuyo seno nace ese principio de confianza mutua o recíproca. El hecho de que el legislador no haya impuesto requisito adicional alguno a este tipo de

denza costituisce, al pari del superamento dell'effetto preclusivo di un giudicato, un detrimento alla sicurezza della circolazione giuridica, in quanto anche la prevedibilità del foro competente per i suoi destinatari rappresenta un corollario della certezza del diritto⁴². E la tenuta dello Stato di diritto in un ordinamento giuridico dipende altrettanto dalla possibilità riconosciuta a un soggetto di diritto di ricorrere al sistema giurisdizionale per ottenere l'applicazione effettiva delle norme giuridiche in vigore⁴³.

Considerazioni di giustizia sostanziale sembrano, dunque, muovere la decisione della Corte, la quale non ha ritenuto di dover trattare con il "dovuto rispetto"⁴⁴ la sentenza britannica, pur definitiva, perché considerata alla stregua di un "giudicato apparente". Nell'ipotesi di specie, infatti, la fiducia reciproca alla base del regolamento è stata utilizzata come una "carte blanche"⁴⁵ volta ad aggirare le garanzie assicurate ai singoli dal diritto dell'Unione, e in particolare dalla stessa disciplina Bruxelles, ovvero un accesso rapido, agevole ed effettivo alla giustizia per la risoluzione delle controversie⁴⁶.

resolución solo evidencia que no tuvo en cuenta este tipo de supuestos a la hora de redactar la norma; pero nada más. De hecho, no puede obviarse que este tipo de resolución fundiendo el laudo es totalmente desconocida en la mayoría de los ordenamientos arbitrales o procesales de la Europa continental".

⁴² Sentenza *London Steam-Ship*, cit., punto 56. Sul punto, v. anche la sentenza della Corte del 4 maggio 2010, causa C-533/08, *TNT Express Nederland*, punto 49.

⁴³ "L'applicazione effettiva del diritto dell'Unione [...] è inerente al valore dello Stato di diritto sancito all'articolo 2 TUE e su cui l'Unione è fondata": ordinanza della Corte del 20 novembre 2017, causa C-441/17, *Commissione c. Polonia (Forêt de Białowieża)*.

⁴⁴ "La sentenza della Corte nella causa Hoffmann chiarisce inoltre che una decisione pronunciata da un organo giurisdizionale dello Stato in cui è richiesto il riconoscimento di una decisione straniera deve essere trattata con il dovuto rispetto, anche se l'oggetto di questa prima sentenza non rientra nell'ambito di applicazione del regolamento n. 44/2001" (punto 64 delle conclusioni).

⁴⁵ H. MUIR WATT, *Sanctionner ou circuler? Les conséquences sur le terrain des effets des jugements de la méconnaissance par le juge second saisi des règles relatives à la litispendance*, in *Revue critique de droit international privé*, n. 2, 2019, spec. p. 500.

⁴⁶ Sul tema del rapporto tra litispendenza e giudicato, si vedano anche le considerazioni di S. MARINAI, *La litispendenza in materia di controversie matrimoniali nello spazio giudiziario europeo*, in AA. VV., *Annali AISDUE*, vol. I, Bari, 2020, spec. p. 268 ss. Sulla litispendenza, più in generale, v. F. MARONGIU BUONAIUTI, *Litispendenza e connessione internazionale. Strumenti di coordinamento tra giurisdizioni statali in materia civile*, Napoli, 2008, nonché le conclusioni dell'avv. gen. Tesaurò, del 13 luglio 1994, alla causa C-406/92, *Tatry*.

Sicché, nell'occasione, la Corte sembra aver inteso ricordare che “fiducia reciproca” non equivale a “fiducia cieca”⁴⁷.

7. Se, da una parte, la sentenza *London Steam-Ship* si motiva alla luce dell'effettività della tutela giurisdizionale che la Corte ha inteso assicurare alla parte danneggiata; dall'altra, resta fermo, in via più generale, che episodi del genere rappresentino un colpo al principio dell'autorità della cosa giudicata⁴⁸.

Certamente, non può ignorarsi che la pronuncia si inserisce nel controverso rapporto tra la materia arbitrale e il regolamento Bruxelles, dove l'estromissione della prima dall'ambito di applicazione di quest'ultimo rende fisiologici gli sconfinamenti. Da tempo, infatti, la Corte ha rovesciato quanto inizialmente affermato dalla stessa nella sentenza *Marc Rich*, ai sensi della quale l'indifferenza della Convenzione di Bruxelles rispetto alla materia arbitrale doveva considerarsi assoluta e senza eccezioni, al fine di tutelare al meglio il principio della certezza del diritto⁴⁹. Delimitare i confini delle due discipline resta in ogni caso complicato, se si tiene a mente che tale esclusione non riguarda una materia in senso stretto, quanto una differente modalità di trattazione di controversie dello stesso genere⁵⁰ e che sono numerose le occa-

⁴⁷ Parafrasando K. LENAERTS, *La vie après l'avis: exploring the principle of mutual (yet not blind) trust*, in *Common Market Law Review*, vol. 54, n. 3, 2017, p. 805 ss.

⁴⁸ Sul tribolato rapporto tra giudicato e autonomia processuale interna, da una parte, e tutela giurisdizionale effettiva, dall'altra, v. A. M. ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Bari, 2015, spec. p. 114 ss.; con particolare riferimento alla cooperazione giudiziaria, O. PORCHIA, *op. cit.*, pp. 2336 e 2337: «talune difficoltà [si sono registrate] nei settori in cui appaiono più forti le resistenze statali, come nell'ambito dello Spazio libertà sicurezza e giustizia, dove il principio del mutuo riconoscimento pare entrare in conflitto con l'esigenza di assicurare una “maggiore” tutela dei diritti fondamentali»; E. CANNIZZARO, *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 3, 2013, spec. p. 674 ss.

⁴⁹ Sentenza della Corte del 25 luglio 1991, causa C-190/89, con nota di G. GAJA, *Arbitrato e procedimento giudiziario in Stati diversi dopo la sentenza della Corte di giustizia nella causa Marc Rich c. Italimpianti*, in *Rivista dell'arbitrato*, n. 3, 1992, p. 417 ss. V. spec. punto 27: “sarebbe contrario al principio della certezza del diritto, che costituisce uno degli obiettivi della convenzione il fatto che l'applicabilità dell'esclusione prevista dall'art. 1, secondo comma, n. 4, [potesse] variare a seconda dell'esistenza o meno di una questione preliminare, che può essere sollevata in qualsiasi momento dalle parti”.

⁵⁰ F. MAILHÉ, *London Steam-Ship, in the Eye of the Beholder*, in *eapil.org*, 25 August

sioni in cui il giudice comune può intervenire anche se il contenzioso è stato devoluto alla giustizia arbitrale.

Consapevole di ciò, nella proposta di rifusione del regolamento Bruxelles I, la Commissione aveva incluso i rapporti con le procedure arbitrali nella disciplina comune europea⁵¹, salvo scontrarsi con le resistenze del legislatore dell'Unione, che nel testo definitivo ha confermato la "coabitazione (dis)armonica"⁵² tra arbitrato e processo, con buona pace di chi aveva auspicato l'introduzione di uno strumento di coordinamento nello spazio giudiziale.

2022: "The problem of arbitration is that it is not a different matter, hence no different decisions, but a different procedure".

⁵¹ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 dicembre 2010, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (rifusione), COM(2010) 748, spec. par. 3.3: "[...] per quanto riguarda il rapporto con l'arbitrato, gli Stati membri da soli non possono garantire che i procedimenti arbitrali che si svolgono nel loro territorio siano adeguatamente coordinati con i procedimenti in corso in altri Stati membri perché l'efficacia della legislazione nazionale è limitata dal principio di territorialità. È pertanto necessaria un'azione a livello di Unione". La proposta trovava le sue radici nel c.d. Heidelberg Report (B. HESS, T. PFEIFFER, P. SCHLOSSER, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, München, 2008), e nel conseguente Libro verde sulla revisione del regolamento 44/2001, del 21 aprile 2009, COM(2009) 175. Sul punto, M. V. BENEDETTELLI, 'Communitarization' of International Arbitration: A New Spectre Haunting Europe?, in *Arbitration International*, vol. 27, n. 4, 2011, p. 583 ss.; R. CAFARI PANICO, *Jurisdiction and applicable law in case of so-called pathological arbitration clauses in view of the proposed reform of the Brussels I Regulation*, in F. FERRARI, S. KRÖLL (eds.), *Conflict of Laws in International Arbitration*, Munich, 2011, p. 81 ss.; C. CONSOLO, *Brussels I Regulation, arbitration and parallel proceedings: a discussion of Heidelberg propose in the light of West Tankers and Endesa*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 245 ss.; F. MARONGIU-BONAIUTI, *Emanazione di provvedimenti inibitori a sostegno della competenza arbitrale e reciproca fiducia tra i sistemi giurisdizionali degli Stati membri dell'Unione Europea*, in *Rivista dell'arbitrato*, n. 2, 2009, p. 245 ss.; L. RADICATI DI BROZOLO, *L'arbitrato e la proposta di revisione del Regolamento Bruxelles I*, in *Rivista dell'arbitrato*, n. 2, 2011, p. 187 ss. e la dottrina ivi citata.

⁵² A. LEANDRO, *Arbitrato e giurisdizione statale: coabitazione (dis)armonica nello spazio giudiziario europeo anche con l'avvento del regolamento UE n. 1215/2012*, in G. BIAGIONI (a cura di), *Il principio dell'armonia delle decisioni civili e commerciali nello spazio giudiziario europeo*, Torino, 2015, p. 123 ss.; in senso meno critico rispetto alla soluzione adottata nel regolamento di rifusione, v. F. SALERNO, *Il coordinamento tra arbitrato e giustizia civile nel regolamento (UE) n. 1215/2012*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 4, 2013, p. 1146 ss.

rio dell'Unione⁵³. Se il regolamento Bruxelles avesse disciplinato la relazione con la materia arbitrale, difficilmente una situazione come quella in questione si sarebbe potuta proporre. Secondo il diritto spagnolo, infatti, un giudice comune non è tenuto a sollevare d'ufficio un'eccezione di incompetenza basata sull'esistenza di una clausola compromissoria, ragion per cui il giudice del luogo in cui si è verificato l'evento dannoso, a norma dell'art. 5, punto 3), del regolamento 44/2001, resta in linea di principio competente a trattare l'azione di danni, se non viene sollevata nessuna eccezione arbitrale⁵⁴.

È altrettanto vero che la sentenza in questione non costituisce il primo caso controverso in materia arbitrale che ha attirato numerose critiche per l'eccessiva ingerenza della Corte nella definizione dei sistemi processuali interni. Già nel noto caso *West Tankers*, infatti, essa aveva stabilito che è incompatibile con il regolamento n. 44/2001 l'emissione, da parte di un giudice di uno Stato membro di un provvedimento inibitorio, diretto a vietare ad

⁵³ R. MARUFFI, *op. cit.*, p. 1435: "I rapporti fra arbitrato e giustizia civile, in caso di contemporanea instaurazione di procedimento ordinario e arbitrale in diversi Stati membri, sono regolati attraverso il principio c.d. delle vie parallele. Il punto critico interviene quando il procedere parallelo dei due giudizi porta al risultato dell'esistenza di decisioni contrastanti, rispetto a un'unica vicenda sostanziale. In proposito il legislatore non ha introdotto alcun meccanismo di coordinamento, deludendo le speranze di chi, invece, lo riteneva assolutamente necessario, alla luce delle disfunzioni della giustizia civile e arbitrale, evidenziate dall'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, che ha preceduto la riforma"; diversamente, U. DRAETTA, A. SANTINI, *Arbitration Exception and Brussels I Regulation: No Need for Change*, in *Diritto del commercio internazionale*, n. 3, 2009, p. 547 ss.

⁵⁴ Cfr. F. SALERNO, *Coordinamento e primato tra giurisdizioni civili nella prospettiva della revisione del Regolamento (CE) n. 44/2001*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n. 1, 2010, spec. p. 15 ss.: "[l'esclusione arbitrale] non preclude una decisione pronunciata in uno Stato membro in violazione di una clausola compromissoria: la mancata attuazione della Convenzione di New York (cui aderiscono tutti gli attuali Stati membri dell'Unione europea) può in tali circostanze giustificarsi ai sensi della stessa disciplina convenzionale se l'eccezione non è stata fatta valere nel procedimento di merito dinanzi al giudice che ha pronunciato la sentenza. Lo Stato richiesto per l'esecuzione della decisione non si renderebbe in tal modo complice della violazione della Convenzione di New York e sarebbe nel contempo obbligato ad applicare il regolamento n. 44, che così indirettamente estende la propria disciplina alla circolazione di decisioni su questioni inerenti all'oggetto del procedimento arbitrale o a questo connesse". Si noti, a questo proposito, che né la Spagna si è costituita nel giudizio arbitrale, né l'assicurazione ha preso parte a quello innanzi al giudice spagnolo, pur essendo state entrambe le parti invitate a partecipare nei rispettivi procedimenti.

una persona di avviare o proseguire un procedimento innanzi ai giudici di un altro Stato membro (cc.dd. *anti-suit injunctions*), per il motivo che tale procedimento violerebbe un accordo arbitrale⁵⁵.

Tuttavia, anche se tale pronuncia e la sentenza *London Steam-Ship* sollevano pari criticità, circa l'invasione del giudice dell'Unione nella disciplina delle regole processuali nazionali, le due situazioni restano concettualmente differenti, e denotano una più incisiva intrusione nel caso in esame.

Occorre sottolineare che, nel caso *West Tankers*, la Corte ha inficiato una decisione interna di natura cautelare, mentre, nella pronuncia *London Steam-Ship*, ha messo in discussione un giudicato nazionale sul merito. Non sembra necessario intrattenersi sulla maggiore preclusività di quest'ultimo rispetto al giudicato cautelare, in termini di efficacia definitiva rispetto alla situazione giuridica vantata in giudizio. Inoltre, nel caso riguardante l'*anti-suit injunction*, la Corte è stata chiamata a verificare la compatibilità della prassi processuale britannica che permetteva l'adozione di un siffatto provvedimento; invece, nella sentenza qui presa in considerazione, la Corte non ha contestato l'illegittimità delle regole nazionali che disciplinano l'emanazione della sentenza arbitrale alla luce del principio di effettività (nella specie, l'art. 66, par. 2, dell'*Arbitration Act*), quanto il modo in cui il giudice nazionale ha esercitato le proprie funzioni nella risoluzione della controversia interna⁵⁶.

La maggiore incidenza della pronuncia *London Steam-Ship* sui canoni

⁵⁵ Sentenza del 10 febbraio 2009, causa C-185/07, *Allianz* (anciennement Riunione Adriatica di Sicurtà). In dottrina, V. CARDUCCI, *Arbitration, anti-suit injunctions and lis pendens under the European jurisdiction regulation and the New York Convention – Notes on West Tankers, the Revision of the Regulation and Perhaps of the Convention*, in *Arbitration International*, 2011, p. 171 ss.; C. GAMBINO, *La legittimità delle azioni risarcitorie per violazione di clausole compromissorie dopo la giurisprudenza West Tankers*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 4, 2010, p. 949 ss.; M. A. LUPOI, *Arbitrato e Regolamento Bruxelles I: ultimi sviluppi*, in *Studi offerti a Giovanni Verde*, cit., p. 475 ss.; F. PERILLO, *Arbitrato comunitario e anti-suit injunctions nella sentenza West Tankers della Corte di Giustizia*, in *Diritto del commercio internazionale*, n. 2, 2009, p. 351 ss. Sul tema, più in generale, si veda C. HONORATI, *Provisional Measures and the Recast of Brussels I Regulation: A Missed Opportunity for a Better Ruling*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 3, 2012, p. 525 ss.

⁵⁶ Sul punto, v. A. IERMANO, *I principi di equivalenza ed effettività tra autonomia procedurale e "limiti" alla tutela nazionale*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 3, 2019, p. 526 ss.

del giudicato interno rendono il caso di specie non soltanto l'ennesimo episodio della saga dell'arbitrato, influenzato, secondo alcuni, dallo scenario politico post-*Brexit*⁵⁷, quanto piuttosto un nuovo tassello del recente *trend* giurisprudenziale che ha visto valorizzare, sotto mentite spoglie, la tutela giurisdizionale effettiva, anche a scapito dell'autorità della cosa giudicata.

In effetti, siffatta pronuncia non figura come l'unica ipotesi di attacco al giudicato nella prassi più recente della Corte. Tale tendenza trova conferma nella dibattuta pronuncia *SPV Project*, in tema di protezione del consumatore, che aveva già spinto alcuni commentatori a parlare di caduta del giudicato implicito⁵⁸.

Nello specifico, il giudice dell'Unione ha dichiarato incompatibile con la direttiva 93/13/CEE a tutela del consumatore una normativa nazionale che impedisce al singolo di far valere, in sede d'esecuzione, la violazione delle norme in tema di clausole contrattuali abusive⁵⁹, anche quando, nel giudizio di cognizione, la stessa parte non abbia fatto valere l'invalidità di tale negozio, facendo consolidare nel giudicato sia il dedotto che il deducibile.

Sul presupposto che il consumatore costituisca una parte debole, la Corte ha stabilito che l'assenza di un controllo efficace da parte del giudice di merito non può pregiudicare, in ogni caso, il suo diritto a non essere vincolato da una clausola reputata abusiva⁶⁰; di talché, l'esigenza di una tutela giurisdizionale effettiva, come assicurata anche dall'art. 47 della Carta, contrasta con una normativa per cui il giudice dell'esecuzione non può esercitare un controllo, d'ufficio o su domanda

⁵⁷ "The result is that European law requires the English court to construct a parallel reality to enable and require it to ignore its law on arbitration. But of course, it meant that the European Court was able to order the transfer of \$1 billion from London to Madrid" (A. BRIGGS, *op. cit.*).

⁵⁸ Sentenza della Corte del 17 maggio 2022, cause riunite cause riunite C-693/19 e C-831/19 (in pari data, v. anche causa C-600/19, *Ibercaja Banco*; causa C-725/19, *Impuls Leasing România*; causa C-869/19, *Unicaja Banco*). Per un'analisi della pronuncia, si rimanda a M. ARANCI, *Tutela del consumatore e giudicato implicito: una coesistenza (davvero) impossibile? Note a prima lettura di Corte di giustizia 17 maggio 2022, SPV Project*, in *rivista.eurojus.it*, n. 2, 2022, p. 29 ss.; S. GUZZI, *L'intangibilità del giudicato monitorio e i suoi limiti: tra esigenze di stabilità e tutela del consumatore*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 2, 2022, p. 1 ss.; F. DI STEFANO, *La Corte di Giustizia sceglie tra tutela del consumatore e certezza del diritto. Riflessione sulle sentenze del 17 maggio 2022 della Grande Camera della CGUE*, in *giustiziainsieme.it*, 27 settembre 2022.

⁵⁹ Spec. artt. 6 e 7.

⁶⁰ V. anche la sentenza del 4 giugno 2020, causa C-495/19, *Kancelaria Medius*, punto 35.

del consumatore, sul carattere abusivo delle clausole del contratto alla base del decreto ingiuntivo in questione, per via dell'autorità di cosa giudicata implicita acquisita da quest'ultimo all'esito del giudizio monitorio⁶¹.

Se l'obiettivo a cui tende la Corte, tanto in *London Steam-Ship* quanto in *SPV Project*, è indiscutibilmente apprezzabile, le conseguenze che scaturiscono da un tale approccio lo sono di meno. Non bisogna dimenticare che il complesso edificio dello Stato di diritto "sarebbe messo a repentaglio se le decisioni che ne scaturiscono potessero essere rimesse in causa dal riconoscimento o dall'esecuzione di decisioni contrarie"⁶². L'erosione in via giurisprudenziale del principio dell'intangibilità del giudicato, in assenza di specifiche previsioni normative, mette altrettanto a rischio il principio della certezza del diritto, che andrebbe osservato, di regola, anche quando questo si traduce nell'esecuzione di una sentenza in contrasto con il diritto dell'Unione, in luogo di una sentenza "corretta"⁶³.

In tale ottica, non sorprende che l'art. 47 della Carta, adoperato dalla Corte in entrambe le occasioni per giustificare la deroga al giudicato, sia stato in realtà utilizzato, in altre circostanze, per scopi del tutto opposti, ovvero per garantire il rispetto dell'intangibilità dello stesso e della certezza dei traffici giuridici. Nella menzionata causa *Gothaer*, l'avv. gen. Bot ha ritenuto che "negare l'effetto vincolante connesso alla decisione del giudice d'origine che, prima di verificare la propria competenza, ha risolto la questione della validità e della portata di una clausola di proroga della competenza contravverrebbe [all'effettività della tutela giurisdizionale], creando un rischio serio di un conflitto negativo di competenza che sfocia in un'assenza totale di [quest'ultima]"; ed ha concluso affermando che l'art. 47 della Carta sarebbe violato se il giudice richiesto potesse ridiscutere la decisione sulla competenza emessa da un altro giudice oltre i motivi tassativamente indicati nel regolamento 44/2001⁶⁴.

⁶¹ In precedenza, cfr. le sentenze del 21 dicembre 2016, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, *Gutiérrez Naranjo e a.*, punto 71; del 26 gennaio 2017, causa C-421/14, *Banco Primus*, punto 51.

⁶² Conclusioni dell'avv. gen. Leger alla causa *Italian Leather*, cit., punto 56.

⁶³ Sulla messa in discussione del giudicato a seguito della violazione delle norme sulla litispendenza, v., in senso contrario, le conclusioni dell'avv. gen. Bot, del 6 settembre 2018, alla citata causa *Liberato*, punto 86.

⁶⁴ "In sintesi, ritengo che gli obiettivi del regolamento n. 44/2001 e l'economia generale

A questo proposito, potrebbe rivelarsi una soluzione più opportuna e rispettosa dell'autonomia processuale nazionale, la revisione, in senso meno restrittivo, delle condizioni della responsabilità extracontrattuale degli Stati membri, sul presupposto di una completa ed effettiva attuazione dello stesso art. 47 della Carta.

È noto che, quando un'impugnazione straordinaria della sentenza "illegitima" non sia possibile, lasciando irrimediabilmente compromessa la tutela reale del singolo, il diritto dell'Unione prevede comunque la possibilità di attivare rimedi giurisdizionali di carattere alternativo. Tralasciando l'ipotesi che la violazione comporti l'apertura di una procedura d'infrazione ai danni dello Stato membro in cui opera la giurisdizione in questione⁶⁵, la parte lesa può adire il giudice nazionale richiedendo il risarcimento dei danni per la violazione di una norma dell'Unione commessa da un organo giurisdizionale⁶⁶. E, l'art. 47 della Carta, richiamato dalla Corte a sostegno della necessità

delle disposizioni processuali in esso contenute, nonché il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, implicino la concentrazione presso un unico giudice dell'Unione della valutazione relativa alla validità e alla portata della clausola di proroga della competenza, mentre il giudice dello Stato membro richiesto conserva un diritto di esame solo nei casi, elencati tassativamente, nei quali egli è autorizzato a controllare la competenza del giudice dello Stato membro d'origine. Ne consegue che il giudice dello Stato membro richiesto deve essere vincolato dall'accertamento del giudice dello Stato membro d'origine, anche laddove esso figuri fra i motivi della decisione, a prescindere dall'autorità di cosa giudicata connessa dai diritti nazionali a tali motivi" (punti 88 e 89 delle conclusioni Bot alla causa *Gothaer*, cit.).

⁶⁵ La procedura di infrazione rappresenta infatti un rimedio di natura pedagogica, volto a restaurare nell'ordinamento di specie la situazione giuridica precedente alla violazione e ad evitare che tali comportamenti possano ripetersi nel futuro; questa non è tuttavia direttamente attivabile dalla parte lesa, né è volta a tutelarla espressamente. Un singolo può comunque beneficiare indirettamente di una sentenza dichiarativa di inadempimento allegandola nel relativo procedimento per l'ottenimento del risarcimento danni. Per inciso, si ricordi pure che la procedura per inadempimento è condotta in ogni caso nei confronti dello Stato membro, giacché è allo Stato unitariamente considerato che la violazione viene attribuita, a prescindere dal potere costituzionale al quale essa è espressamente attribuibile. Per un esempio, v. la sentenza della Corte del 4 ottobre 2018, causa C-416/17, *Commissione c. Francia* (Anticipo d'imposta).

⁶⁶ Peraltro, nella nota pronuncia *Kobler*, che ha elevato la responsabilità dello Stato per la decisione di un organo giurisdizionale a principio generale dell'ordinamento comunitario, la Corte precisava che tale riconoscimento non ha di per sé come conseguenza "la revisione della decisione giurisdizionale che ha causato il danno" (sentenza della Corte del 30 settembre 2003, causa C-224/01, punto 39; v. anche punto 104 e seguenti). Sul tema della responsabilità aquiliana degli Stati,

di considerare inefficace la sentenza britannica, poteva piuttosto costituire un parametro di legittimità della condotta del giudice nell'ambito di un'azione di danni. Infatti, la stessa Corte considera l'art. 47 una norma preordinata a conferire diritti a singoli⁶⁷, in linea con quanto richiesto dalla giurisprudenza *Francovich*⁶⁸.

Nondimeno, come messo in luce di recente dall'avv. gen. Hogan, tale giurisprudenza, con riguardo alla violazione del diritto dell'Unione da parte degli organi giurisdizionali, appare ad oggi “un'illusione piuttosto che una realtà”, paragonabile ad un cane che non abbaia⁶⁹. Lo scarso numero di ricorsi accolti dimostra la propensione a giustificare le violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione da parte dei giudici nazionali, con ciò negando l'effettiva portata del diritto a un ricorso effettivo, tramutato in una “promessa vuota”⁷⁰.

Ad ogni modo, non sembra che il giudice dell'Unione intenda spingere la valorizzazione della tutela giurisdizionale effettiva sino ad abbattere in via generale le barriere del giudicato nazionale, essendo consapevole delle istanze di certezza proprie di ogni ordinamento giuridico⁷¹. Neppure, sembra che essa voglia ripercorrere la strada che, di recente, le ha permesso di affrontare

F. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati per violazione del diritto dell'Unione*, II ed., Milano, 2012; P. MENGOZZI, *La responsabilità dello Stato per atti del potere giudiziario: dalla sentenza Köbler alla sentenza Ferreira da Silva e Brito*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 2, 2016, p. 401 ss.; V. DI COMITE, *El principio de responsabilidad del Estado por violación del Derecho de la UE debida a resoluciones judiciales y su difícil aplicación en el derecho italiano*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 47, 2014, p. 49 ss.

⁶⁷ “[...] l'articolo 47 [della Carta], relativo al diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, è sufficiente di per sé e non deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale”: sentenze della Corte del 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Egenberger*, punto 78 e del 29 luglio 2019, causa C-556/17, *Torubarov*, punto 56.

⁶⁸ Sentenza del 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90.

⁶⁹ Conclusioni del 9 settembre 2021, causa C-497/20, *Randstad*, punto 79 e seguenti, spec. punto 82.

⁷⁰ *Ivi*, punti 80 e 81. In dottrina, F. FERRARO, *Un piccolo passo in avanti sull'obbligo di rinvio pregiudiziale per chiarire i dubbi sollevati dal Consiglio di Stato*, in *BlogDUE*, 15 ottobre 2022, spec. p. 9.

⁷¹ In questo senso, v. G. M. RUOTOLO, *L'impatto del diritto “europeo” sul giudicato interno: una lettura EU-oriented di autonomia procedurale e ordine pubblico processuale*, in *SIDIBlog*, 10 ottobre 2022.

gli attacchi all'indipendenza della magistratura, come noto, interpretando "estensivamente" l'art. 19 TUE. Infatti, per non ingenerare alcuna confusione sul punto, la Corte non ha portato nessuna delle due ultime pronunce sui binari dell'art. 19 TUE, ma si è limitata al richiamo all'art. 47 della Carta, pur avendone più volte ribadito l'identità di contenuto⁷². D'altra parte, in diverse occasioni altrettanto recenti – una tra tutte, il caso *Randstad*⁷³ – la Corte ha dato ampia dimostrazione di come essa non intenda affatto ridisegnare i confini tra il diritto dell'Unione e l'autonomia processuale degli Stati membri.

A ben vedere, la Corte sembra aver voluto approfittare della peculiarità dei casi di specie per ricordare, per il momento sibillinamente, come tra le garanzie proprie dell'art. 47 non ci sia soltanto l'accesso al giudice in quanto tale, ma anche e soprattutto la necessità che il carattere processuale della cosa giudicata rivesta una funzione servente rispetto alla sostanza dei diritti individuali⁷⁴, poiché il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva mira anzitutto, come suggerisce la nomenclatura, all'effettivo riconoscimento del bene della vita vantato dal singolo⁷⁵.

⁷² Tra le tante, sentenza del 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia* (Indépendance de la Cour suprême), punto 49.

⁷³ Sentenza della Corte del 21 dicembre 2021, causa C-497/20.

⁷⁴ Su un simile approccio della Corte, cfr. G. VITALE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *federalismi.it*, n. 5, 2018, spec. p. 19 ss.

⁷⁵ In questo senso, cfr. G. TESAURO, *The Effectiveness of Judicial Protection and Cooperation Between the Court of Justice and National Courts*, in *Yearbook of European Union Law*, vol. XII, 1993, p. 1 ss.; S. M. CARBONE, *Principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli, 2009, *passim*; più nello specifico, P. BIAVATI, *Le categorie del processo civile alla luce del diritto europeo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 4, 2018, spec. pp. 1326 e 1339: "Dietro all'idea di giudicato, si legge un'aspirazione alla stabilità dei rapporti e alla pace sociale: un'aspirazione così forte, che sacrifica alla certezza derivante dal *dictum* giudiziale non più controvertibile ogni profilo difforme di verità, che non sia emerso tempestivamente. Il diritto europeo, però, ragiona in modo diverso e colloca in primo piano l'applicazione della norma, o forse meglio la realizzazione degli obiettivi dell'Unione. Le disposizioni nazionali sul giudicato non reggono di fronte ad una palese violazione di aspetti decisivi del diritto europeo [...] Ogni studioso sa che lo scopo del processo (e quindi, dei propri studi) è la giustizia sostanziale. Il processo è uno strumento per l'affermazione della giustizia e quando ne troveremo uno migliore smetteremo di occuparcene. La giustizia rimane, le forme cambiano. Dobbiamo capire come continuare a promuovere la giustizia nelle nuove condizioni che il tempo di oggi ci offre. Eravamo abituati ad una giustizia che ci portava ad un accertamento stabile e oggi dobbiamo convivere con decisioni liquide, revocabili, modificabili, ma che possono e devono es-

Insomma, due indizi fanno ancora una coincidenza, e non già una prova. Nondimeno, la portata degli episodi in questione impone di non trascurare tali segnali, che sembrano indicare la ricerca da parte della Corte di un nuovo “point d'équilibre réaliste”, per citare autorevole dottrina, tra la necessità di garantire, da un lato, la corretta applicazione del diritto dell'Unione e la tutela dei diritti che esso conferisce ai singoli e, dall'altra, il rispetto dell'autonomia processuale degli Stati e della sicurezza della circolazione giuridica⁷⁶. Per questa ragione, non si stenta a credere che, se si ripresenterà l'occasione, i colpi al giudicato in nome dell'effettività continueranno, sebbene velatamente e al di fuori di un disegno organico di tutela.

sere giuste”; A. RUGGERI, *Stato di diritto sovranazionale e Stato di diritto interno: simul stabunt vel simul cadent*, in *fsjeurostudies.eu*, n. 3, 2020, p. 47: «La certezza del diritto – è persino banale dover qui rammentare – è un bene prezioso per la vita di relazione e vitale per la sopravvivenza dello Stato di diritto, per quanto giovi guardarsi dal rischio della sua mitizzazione, al quale non di rado si è andati incontro, nella consapevolezza che la stessa può soggiacere ad operazioni di bilanciamento con altri valori parimenti fondamentali. Una certezza del diritto che però dovesse innaturalmente rivoltarsi contro la certezza (e cioè la effettività) dei diritti – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – sarebbe la negazione di se stessa».

⁷⁶ “Au-delà des inévitables nuances et distinctions résultant d'une démarche qui, par définition, s'opère au cas par cas, certaines lignes de force paraissent se dégager de l'ensemble des arrêts [de la Cour]. [...] Les contraintes du droit de l'Union ne se font alors sentir que lorsque la règle interne s'oppose au retrait ou à la révision d'un acte définitif en méconnaissance des principes, établis de longue date, d'équivalence ou d'effectivité”: A. TIZZANO, B. GENCARELLI, *Droit de l'Union et décisions nationales définitives dans la jurisprudence récent de la Cour de Justice*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 4, 2010, pp. 802 e 803.

DA UNA FIDUCIA RECIPROCA ESSENZIALE
AL RICONOSCIMENTO *À LA CARTE*: NUOVE PROSPETTIVE
NELL'AMBITO DEL MANDATO D'ARRESTO UE-REGNO UNITO

Lorenzo Grossio*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il meccanismo di consegna nell'ambito del negoziato sulle relazioni tra l'Unione europea e il Regno Unito post-*Brexit*. – 3. Le caratteristiche distintive del mandato d'arresto UE-Regno Unito. – 4. Una concettualizzazione del mandato d'arresto UE-Regno Unito quale meccanismo di riconoscimento *à la carte*. – 5. Una nuova relazione di fiducia tra gli Stati membri UE e il Regno Unito: la fiducia reciproca essenziale. – 6. Il rafforzamento della fiducia reciproca essenziale attraverso lo scrutinio della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 7. Considerazioni conclusive.

1. Il recesso del Regno Unito dall'Unione europea ha costituito un momento di fondamentale importanza per lo sviluppo del processo di integrazione europea. È infatti difficile – se non impossibile – individuare un settore materiale del diritto dell'Unione in cui tale avvenimento non abbia determinato l'emersione di interrogativi giuridici inediti. A tal riguardo, la cooperazione giudiziaria in materia penale non costituisce certamente un'eccezione. In particolare, a seguito dell'entrata in vigore dell'Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione (ASCC)¹, la disciplina del mandato di arresto

* Dottorando di ricerca in *Public, European and International Law*, Università degli Studi di Milano-Bicocca e Université Côte d'Azur. Lo scritto riprende e sviluppa le considerazioni recentemente proposte in L. GROSSIO, *Still Trust? Some Reflections Over the New EU-UK Arrest Warrant*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2022, p. 19 ss. L'Autore desidera ringraziare la Prof.ssa Ornella Porchia (Tribunale dell'Unione europea – Università degli Studi di Torino) e il Prof. Stefano Montaldo (Università degli Studi di Torino) per i commenti e gli spunti di riflessione ricevuti, nonché il Prof. Francesco Costamagna (Università degli Studi di Torino) per aver condiviso le proprie impressioni riguardo ad una bozza preliminare del presente scritto. Ogni eventuale errore od omissione è imputabile all'Autore solo.

¹ Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l'Unione europea e la Comunità europea dell'energia atomica, da una parte, e il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del

europeo (MAE) prevista dalla decisione quadro 2002/584/GAI² ha cessato di applicarsi nei confronti del Regno Unito³. Allo stesso tempo, quest'ultima circostanza non ha dato luogo ad un vuoto normativo (colmato, in tale ipotesi, dalla Convenzione europea di estradizione del 1957⁴). Infatti, l'ASCC ha istituito un nuovo meccanismo di consegna "in forza di un mandato d'arresto"⁵, ispirato all'accordo di consegna tra Unione europea, Norvegia e Islanda⁶, la cui disciplina appare caratterizzata da profonde analogie con il sistema MAE.

Tuttavia, è da sottolineare che il principio di fiducia reciproca che informa il mutuo riconoscimento delle decisioni giurisdizionali straniere nell'ambito del sistema MAE non può trovare applicazione nei confronti di uno Stato terzo⁷, quale il Regno Unito. Di conseguenza, il sistema in esame

Nord, dall'altra. Per un'analisi dell'Accordo, si veda: G. ADINOLFI, A. MALATESTA, M. VELLANO (a cura di), *L'accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l'Unione Europea e il Regno Unito*, Torino, 2022.

² Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri.

³ L'art. 62, paragrafo 1, lett. b), del precedente accordo di recesso (Accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica) ha esteso l'applicazione della disciplina del mandato d'arresto europeo nei confronti del Regno Unito per l'intera durata del periodo transitorio preliminare al completamento del recesso dall'Unione. Più nello specifico, la decisione quadro 2002/584/GAI trova applicazione nei confronti della consegna di soggetti arrestati ai fini dell'esecuzione del mandato prima del termine del periodo transitorio. Precedentemente all'adozione dell'accordo di recesso, l'applicabilità del sistema MAE alle richieste di consegna tra Stati membri UE e Regno Unito in pendenza della notifica da parte di quest'ultimo della propria intenzione di recedere dall'Unione è stata oggetto di conferma da parte della Corte di giustizia nella sentenza *R O* (sentenza della Corte del 19 settembre 2018, causa C-327/18 PPU, *R O*).

⁴ Convenzione europea di estradizione (Parigi, 13 dicembre 1957), STE n. 24.

⁵ Art. 596 ASCC.

⁶ Accordo tra l'Unione europea e la Repubblica d'Islanda e il Regno di Norvegia relativo alla procedura di consegna tra gli Stati membri dell'Unione europea e l'Islanda e la Norvegia.

⁷ A tal riguardo, si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar nella causa *République de Moldavie*, le quali sottolineano che "mentre gli Stati membri sono tenuti al rispetto del principio di fiducia reciproca, tale principio non si applica affatto nei rapporti tra l'Unione e gli Stati terzi" (3 marzo 2021, causa C-741/19, *République de Moldavie*, punto 87). Nella medesima prospettiva, l'Avvocato generale Bot ha sottolineato come la non applicabilità della fiducia reciproca alle relazioni con gli Stati terzi costituisca una delle ragioni per le quali

appare di difficile riconduzione nell'alveo della tradizionale dicotomia tra meccanismi di consegna fondanti sul mutuo riconoscimento e meccanismi di estradizione.

A fronte di tale interrogativo, il presente contributo intende individuare e analizzare i presupposti teorici del mandato d'arresto UE-Regno Unito, valutando se quest'ultimo possa essere qualificato come un meccanismo di riconoscimento fondato su una relazione di fiducia tra Stati.

2. A tal fine, appare opportuno prendere le mosse da una sommaria ricostruzione del contesto politico che ha caratterizzato la genesi del mandato d'arresto UE-Regno Unito. Infatti, lo sviluppo di un meccanismo di consegna ispirato al MAE costituisce un esito per nulla scontato delle negoziazioni sulla disciplina delle relazioni tra l'Unione europea e il Regno Unito post-*Brexit*.

La dottrina ha costantemente messo in luce come il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giurisdizionali, "pietra angolare" del sistema UE di cooperazione giudiziaria⁸, trovi la propria giustificazione nella necessità di compensare i rischi derivanti dalla libertà di circolazione di cui godono i cittadini dell'Unione europea⁹. Infatti, l'esercizio di tale libertà, grazie all'abolizione dei controlli alle frontiere interne in base all'*acquis* di Schengen, costituisce un potenziale vantaggio per gli autori di reato nel tentativo di sfuggire alla cattura da parte delle autorità di singoli Stati membri. Pertanto, la necessità di ovviare al conseguente rischio di impunità¹⁰ ha richiesto l'elaborazione di procedure di cooperazione giudiziaria rapide ed efficaci tra

gli accordi con questi ultimi istituiscono dei meccanismi di soluzione delle controversie su base arbitrale (29 gennaio 2019, parere 1/17, *Accord ECG UE-Canada*, punto 84).

⁸ *Ex multis*, si veda: sentenza della Corte del 25 gennaio 2017, causa C-640/15, *Vilkas*, punto 68; del 16 luglio 2015, causa C-237/15 PPU, *Lanigan*, punto 36; del 30 maggio 2013, causa C-168/13 PPU, *F.*, punto 36; del 28 giugno 2012, causa C-192/12 PPU, *West*, punto 55; del 1° dicembre 2008, causa C-388/08 PPU, *Leymann e Pustovarov*, punto 49.

⁹ *Ex multis*, si veda: K. LENAERTS, *The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2015, p. 526; V. MITSILEGAS, *The Limits of Mutual Trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice: From Automatic Inter-State Cooperation to the Slow Emergence of the Individual*, in *Yearbook of European Law*, 2012, p. 321.

¹⁰ Per un'analisi delle diverse dimensioni in cui si articola il paradigma della lotta contro l'impunità nel diritto dell'Unione europea, si vedano i vari contributi pubblicati in L. MARIN, S. MONTALDO (eds.), *The Fight Against Impunity in EU Law*, Oxford – New York, 2020.

gli Stati membri¹¹. Queste ultime si sono concretizzate in un'estensione del principio del mutuo riconoscimento, elaborato dalla Corte di giustizia con riferimento alla disciplina del mercato unico¹², all'ambito della cooperazione giudiziaria, dando così luogo al reciproco riconoscimento delle decisioni giurisdizionali nazionali¹³.

Alla luce di tale logica di compensazione, con l'uscita del Regno Unito dal mercato unico il principio del mutuo riconoscimento sembrerebbe dunque aver perso la propria ragion d'essere nella cooperazione giudiziaria tra quest'ultimo Stato e gli Stati membri UE. Ciò nonostante, il governo e il parlamento britannici hanno costantemente dimostrato un profondo interesse verso il mantenimento di un meccanismo di cooperazione giudiziaria più approfondito rispetto ai tradizionali sistemi di estradizione. Già nel Libro bianco del 2017 sulle future relazioni tra il Regno Unito e l'Unione europea il governo britannico aveva indicato la necessità di preservare una stretta e robusta cooperazione con l'Unione, superando gli ostacoli di ordine pratico e operativo¹⁴. Nella medesima prospettiva, il Comitato ristretto per gli affari interni della Camera dei comuni (*House of Commons Home Affairs Select Committee*) aveva messo in guardia il governo d'Oltremania dai rischi derivanti da un potenziale regresso del regime di estradizione con gli Stati membri UE alla Convenzione europea del 1957, eventualità definita addirittura quale "catastrofica"¹⁵.

¹¹ C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea*, Milano, 2006, pp. 53-56.

¹² Si veda, in particolare, la ben nota sentenza della Corte del 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, punto 14.

¹³ Si vedano, a tal riguardo, le conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 1999, il cui punto 33 recita: "Il rafforzamento del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e delle sentenze e il necessario ravvicinamento delle legislazioni faciliterebbero la cooperazione fra le autorità, come pure la tutela giudiziaria dei diritti dei singoli. Il Consiglio europeo approva pertanto il principio del reciproco riconoscimento che, a suo parere, dovrebbe diventare il fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione tanto in materia civile quanto in materia penale. Il principio dovrebbe applicarsi sia alle sentenze sia alle altre decisioni delle autorità giudiziarie".

¹⁴ *White Paper: The United Kingdom's exit from and new partnership with the European Union*, UK Government, Cm 9417, February 2017, punto 11.7.

¹⁵ *UK-EU security cooperation after Brexit*, Home Affairs Select Committee, House of Commons, 21 March 2018, punto 69, www.publications.parliament.uk/pa/cm201719

Le aspirazioni britanniche hanno trovato riscontro nella Dichiarazione politica del 2019, la quale ha tracciato le linee direttrici delle relazioni tra Unione europea e Regno Unito successive al recesso di quest'ultimo. Infatti, tale documento indica l'esigenza di addivenire ad "intese efficaci basate su procedure razionalizzate e termini che consentano al Regno Unito e agli Stati membri di consegnare persone sospettate e condannate in modo pronto ed efficiente"¹⁶. Muovendosi in un'ottica di preservazione delle potenzialità del mutuo riconoscimento nel quadro di un nuovo strumento pattizio, la posizione britannica sembrava così sottendere la necessità di superare la dicotomia tra mutuo riconoscimento e tradizionali sistemi di estradizione, attraverso un'adeguata "creatività ed ambizione"¹⁷.

3. Rappresentando il risultato di tale sforzo in "creatività e ambizione", il mandato d'arresto UE-Regno Unito, così come disciplinato dal Titolo VII della Parte Terza dell'ASCC, coniuga elementi di continuità e di discontinuità con il MAE. Infatti, come anticipato in introduzione, la nuova disciplina presenta importanti similitudini con la decisione quadro 2002/584/GAI.

Prendendo le mosse dalle disposizioni generali dell'ASCC in materia di cooperazione giudiziaria, va innanzitutto rilevato come l'art. 524, paragrafo 2, dell'ASCC, in analogia con l'art. 1, paragrafo 3, della decisione quadro MAE, affermi che "nulla della presente parte modifica l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici quali sanciti in particolare nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, per l'Unione e i suoi Stati membri, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea". Tale disposizione va letta alla luce del primo paragrafo del medesimo articolo, il quale chiarisce che l'intero meccanismo di cooperazione giudiziaria istituito dall'ASCC "si basa sul rispetto che le parti e gli Stati membri nutrono da lunga data per la democrazia, lo Stato di diritto e la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, come enunciati anche nella Dichiarazione universale

/cmselect/cmhaff/635/63507.htm#_idTextAnchor034>. In dottrina, si veda: S. SWEENEY, N. WINN, *Do or Die? The UK, the EU, and Internal/External Security Cooperation after Brexit*, in *European Political Science*, 2021, p. 10.

¹⁶ Dichiarazione politica 2019/C 384 I/02 che definisce il quadro delle future relazioni tra l'Unione europea e il Regno Unito, punto 87.

¹⁷ T. MAY, *PM Speech at Munich Security Conference*, 17 February 2018, www.gov.uk/government/speeches/pm-speech-at-munich-security-conference-17-february-2018.

dei diritti dell'uomo e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e sull'importanza che attribuiscono all'attuazione sul piano interno dei diritti e delle libertà previste da detta convenzione"¹⁸. Tali ultime disposizioni definiscono il fondamento sostanziale del meccanismo di consegna "in forza di un mandato d'arresto"¹⁹ di cui al Titolo VII, il quale disciplina la procedura di estradizione volta all'esecuzione sia di pene già irrogate, sia di misure cautelari custodiali²⁰.

Anche la procedura di consegna appare profondamente ispirata alla disciplina della decisione quadro MAE. In primo luogo, tale procedura coinvolge esclusivamente le giurisdizioni nazionali²¹, con conseguente esclusione di ogni competenza da parte degli esecutivi nazionali circa la decisione sull'esecuzione delle richieste di consegna. In analogia con l'art. 15 della decisione quadro 2002/584/GAI, l'ASCC prevede la possibilità per l'autorità giudiziaria competente per l'esecuzione del mandato di interrogare il giudice emittente, al fine di colmare eventuali lacune informative in vista della decisione sulla consegna²².

In secondo luogo, ogni richiesta di consegna nel quadro del mandato d'arresto UE-Regno Unito è trasmessa a mezzo di un modulo standard, allegato all'ASCC, in larga parte analogo a quello previsto dalla decisione quadro 2002/584/GAI per il MAE²³. Di conseguenza, il patrimonio informativo di cui dispone il giudice dell'esecuzione per decidere sulla richiesta di consegna appare particolarmente limitato, caratteristica che riduce l'ampiezza dello scrutinio giurisdizionale.

In terzo luogo, lo scrutinio del giudice dell'esecuzione risulta ulteriormente ridotto dalla disciplina relativa ai motivi ostativi alla consegna, i quali sono elencati esaustivamente dall'accordo²⁴. Anche con riferimento a tale profilo, la disciplina dell'ASCC appare particolarmente aderente a quella del sistema MAE. Infatti, i tre motivi obbligatori di rifiuto della consegna previsti dall'art. 600 dell'ASCC coincidono con quelli elencati nell'art. 3 della de-

¹⁸ Art. 524, paragrafo 1, ASCC.

¹⁹ Art. 596 ASCC.

²⁰ Art. 598, lett. a), ASCC.

²¹ Artt. 608, paragrafo 4, e 613, paragrafo 2, ASCC.

²² *Ibidem*.

²³ Allegato n. 43 all'ASCC.

²⁴ Artt. 600 e 601 ASCC.

cisione quadro 2002/584/GAI. La medesima coincidenza si riscontra tra i motivi facoltativi di rifiuto della consegna di cui all'art. 4 della decisione quadro MAE e all'art. 601 dell'ASCC, fatti salvi i motivi di cui alle lettere h) e i) di tale disposizione. Questi ultimi, tuttavia, non sono affatto innovativi rispetto alla disciplina del MAE: essi, infatti, riproducono nella sostanza il contenuto, rispettivamente, del considerando n. 12²⁵ e dell'art. 4-*bis*²⁶ della decisione quadro 2002/584/GAI.

È opportuno sottolineare come, in perfetta analogia con il sistema del MAE, la disciplina dei motivi ostativi alla consegna del mandato d'arresto UE-Regno Unito non includa uno specifico motivo di rifiuto fondato sul rischio di violazioni dei diritti fondamentali del consegnando da parte dello Stato richiedente. Riguardo a tale aspetto, l'art. 604, lettera c), dell'ASCC si limita a prevedere che “se sussistono fondati motivi per ritenere che vi sia un rischio effettivo per la protezione dei diritti fondamentali della persona ricercata, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione può richiedere, se del caso, garanzie supplementari quanto al trattamento della persona ricercata dopo la sua consegna prima di decidere se eseguire il mandato d'arresto”. Si tratta di una disposizione ispirata alla recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo in

²⁵ Il considerando n. 12 della decisione quadro 2002/584/GAI recita “nessun elemento della [...] decisione quadro può essere interpretato nel senso che non sia consentito rifiutare di procedere alla consegna di una persona che forma oggetto di un mandato d'arresto europeo qualora sussistano elementi oggettivi per ritenere che il mandato d'arresto europeo sia stato emesso al fine di perseguire penalmente o punire una persona a causa del suo sesso, della sua razza, religione, origine etnica, nazionalità, lingua, opinione politica o delle sue tendenze sessuali oppure che la posizione di tale persona possa risultare pregiudicata per uno di tali motivi”.

²⁶ La disposizione citata – introdotta dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, che modifica le decisioni quadro (È), rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo – definisce le circostanze che abilitano il giudice a rifiutare l'esecuzione del MAE nei casi in cui la pena irrogata sia stata pronunciata nell'ambito di un procedimento penale svoltosi in assenza del consegnando. Più diffusamente sul tema, si veda: C. MORINI, *L'azione dell'Unione europea in materia di diritti procedurali di indagati e imputati in procedimenti penali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 631 ss.; F. SIRACUSANO, *Reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, procedure di consegna e processo in absentia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2010, p. 115 ss.; G. DE AMICIS, *Mandato d'arresto europeo e sentenze contumaciali: le modifiche introdotte dalla Decisione quadro n. 2009/299/GAI*, in *Cassazione penale*, 2009, p. 3613 ss.

materia di mandato d'arresto europeo²⁷, la quale consiste, a sua volta, in una rielaborazione del test definito dalla Corte di giustizia nella ben nota sentenza *Aranyosi e Căldăraru*²⁸.

Infine, giova sottolineare che il disposto dell'ASCC prevede espressamente – in piena analogia con il sistema MAE – che ogni richiesta di consegna tra Stati membri UE e Regno Unito deve essere trattata ed eseguita “con la massima urgenza”²⁹, e comunque entro termini perentori³⁰.

Al contempo, la disciplina del mandato d'arresto UE-Regno Unito si discosta dal MAE relativamente ad altri profili. In particolare, l'ASCC prevede il superamento della condizione di doppia incriminazione relativamente a determinate fattispecie criminose³¹ quale opzione unicamente facoltativa e a condizione di reciprocità tra i singoli Stati membri UE e il Regno Unito. Tale opzione può essere esercitata dal Regno Unito e dall'Unione europea – quest'ultima in nome e per conto di uno o più singoli Stati membri – attraverso reciproche notifiche diplomatiche indirizzate al Comitato specializzato per la cooperazione delle autorità di contrasto e giudiziarie (Comitato specializzato)³².

²⁷ Si veda, in particolare, la recente sentenza *Bivolaru e Moldovan c. Francia* (sentenza della Corte EDU del 25 marzo 2021, ric. nn. 40324/16 e 12623/17, *Bivolaru e Moldovan c. Francia*), il cui punto 114 afferma che, in caso di dubbi circa la compatibilità delle condizioni detentive nello Stato richiedente la consegna, le autorità di esecuzione sono tenute a verificare “s'il existe un risque réel et individualisable, apprécié de manière concrète, que cette personne soit, en raison des mêmes circonstances, soumise à un traitement contraire à l'article 3”.

²⁸ Sentenza della Corte del 5 aprile 2016, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, *Aranyosi e Căldăraru*. Per un'analisi di tale filone giurisprudenziale della Corte di giustizia e dei suoi sviluppi successivi, si veda: G. COLAVECCHIO, *Il rispetto dei diritti fondamentali nell'esecuzione del mandato d'arresto europeo: l'evoluzione del two-step test e il ruolo degli organismi di prevenzione della tortura*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2021, p. 1302 ss.; A. MARTUFI, *Prison Conditions and Judicial Cooperation in the EU – What Future for the European Arrest Warrant?*, in *European Criminal Law Review*, 2021, p. 188 ss.; A. ROSANÒ, “Du côté de chez Aranyosi”, ovvero ancora su come la Corte di giustizia ha chiarito alcuni aspetti applicativi del test “Aranyosi e Caldăraru”, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2019, p. 427 ss.

²⁹ Art. 615, paragrafo 1, ASCC.

³⁰ Artt. 615 e 621 ASCC.

³¹ L'elencazione di tali fattispecie, contenuta nell'art. 599, paragrafo 5, dell'ASCC, appare in larga parte analoga alla corrispondente disposizione della decisione quadro MAE.

³² Art. 8, paragrafo 1, lett. r), e paragrafo 4, lett. a). Il Comitato specializzato consiste in

Inoltre, i singoli Stati membri dell'Unione ed il Regno Unito possono avvalersi del medesimo mezzo diplomatico per reintrodurre, su base di reciprocità, le tradizionali eccezioni relative alla consegna dei propri cittadini, nonché alla natura politica del reato contestato³³. Riguardo a tali possibilità, l'Accordo prevede, tuttavia, alcune limitazioni. Infatti, per quanto concerne l'eccezione relativa ai reati politici, l'art. 602, paragrafo 2, dell'ASCC dispone che quest'ultima non possa comunque essere invocata dall'autorità dell'esecuzione per rifiutare la consegna di individui ricercati per condotte terroristiche³⁴. Con riguardo all'eccezione di nazionalità, l'art. 603, paragrafo 2, dell'ASCC limita la sua potenziale reintroduzione ai soli casi in cui tale eccezione sia necessaria in ragione di "motivi connessi ai principi fondamentali o alle prassi dell'ordinamento giuridico interno del Regno Unito o dello Stato [membro] a nome del quale è stata effettuata la notifica".

Pur in assenza di una formale reintroduzione dell'eccezione di nazionalità, le autorità di esecuzione sono comunque abilitate ad avvalersi del motivo di rifiuto facoltativo della consegna di cui all'art. 601, lettera f), dell'ASCC. Tale disposizione, in analogia con la decisione quadro MAE³⁵, abilita il giudice a rifiutare la consegna di un soggetto cittadino o residente nello Stato di esecuzione allorché le autorità di quest'ultimo Stato si facciano carico dell'esecuzione della pena irrogata. Inoltre, qualora il mandato abbia ad oggetto la consegna di un cittadino o residente allo scopo di esercitare l'azione penale, l'art. 604, lettera b), dell'ASCC permette al giudice di subordinare la consegna alla garanzia che il soggetto sia rinviato nello Stato di esecuzione dopo essere stato ascoltato, al fine di scontare la pena eventualmente irrogata³⁶.

Appare evidente da una lettura delle norme dell'ASCC in materia di

un organo intergovernativo istituito dall'ASCC allo scopo di monitorare l'attuazione della Parte Terza dell'Accordo e di garantirne il corretto funzionamento. Per una disamina delle attribuzioni e funzioni del Comitato specializzato, si veda: S. SCHOMBURG, *General Provisions under the EU-UK Trade and Cooperation Agreement*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2021, p. 202 ss.

³³ Art. 602, paragrafo 2, e art. 603, paragrafo 2, ASCC.

³⁴ Il concetto di "terrorismo" gode di un'autonoma ed articolata definizione nell'ambito dell'ASCC, prevista nell'allegato 45.

³⁵ Si veda l'art. 4, paragrafo 6, della decisione quadro 2002/584/GAI.

³⁶ Anche tale ultima possibilità appare ispirata dalla disciplina del MAE, con particolare riferimento all'art. 5, paragrafo 3, della decisione quadro 2002/584/GAI.

doppia incriminazione, eccezione di nazionalità ed eccezione relativa ai reati politici che, nonostante l'esclusione di ogni competenza decisionale per i governi nella procedura di consegna, l'ASCC permetta comunque a questi ultimi di condizionare per vie diplomatiche alcuni profili della disciplina del mandato d'arresto UE-Regno Unito.

Infine, l'art. 597 dell'ASCC subordina l'esecuzione di ogni mandato d'arresto ad una verifica, da parte del giudice dell'esecuzione, del rispetto del principio di proporzionalità³⁷. Tale valutazione, a norma della medesima disposizione, deve tener conto "dei diritti della persona ricercata e degli interessi della vittima, e [considerare] la gravità del fatto, la pena che sarebbe probabilmente inflitta e la possibilità che uno Stato adotti misure meno coercitive della consegna del ricercato, in particolare al fine di evitare periodi inutilmente lunghi di custodia cautelare".

4. Alla luce delle peculiari caratteristiche del mandato d'arresto UE-Regno Unito qui sommariamente delineate, appare chiaro come tale strumento di cooperazione giudiziaria non sia inquadrabile nell'alveo dei tradizionali meccanismi di estradizione. Tuttavia, tale ultima constatazione non appare sufficiente per giustificare un'inclusione del sistema in esame nel novero dei meccanismi di consegna fondati sul riconoscimento delle pronunce giurisdizionali.

Infatti, per comprendere se il mandato d'arresto UE-Regno Unito possa essere definito quale meccanismo fondato sul riconoscimento delle decisioni giurisdizionali straniere, è necessario prendere in esame i caratteri distintivi del mutuo riconoscimento, principio che informa la disciplina dello Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia. Tale principio implica l'obbligatoria esecuzione delle decisioni giurisdizionali straniere nell'ordinamento interno con gli stessi effetti (almeno in via tendenziale) che queste ultime comportano nello Stato membro in cui sono state adottate³⁸. Così definito, l'obiettivo

³⁷ Artt. 597 e 613, paragrafo 1, ASCC.

³⁸ A. MANGIARACINA, *Principi generali del mutuo riconoscimento*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, Milano, 2018, pp. 13 e 14; J. W. OUWERKERK, *Quid Pro Quo? A comparative law perspective on the mutual recognition of judicial decisions in criminal matters*, Cambridge – Antwerp – Portland, 2011, p. 68. Per un'analisi più approfondita della logica di equivalenza posta alla base del principio del mutuo riconoscimento, si veda: C. JANSSENS, *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford, 2013, pp. 175-183. In termini più generali, va altresì rammentato come alla dimensione positiva del mutuo ricono-

del mutuo riconoscimento si esplica attraverso la cd. *golden rule* “to recognise and execute”, la quale si compone, a sua volta, di tre distinti elementi costitutivi. In primo luogo, la regola in esame implica l’esecuzione tendenzialmente automatica delle pronunce straniere, attraverso una procedura caratterizzata da un minimo grado di formalità³⁹. In secondo luogo, la trattazione delle richieste di riconoscimento ed esecuzione deve avvenire con la massima urgenza⁴⁰. Infine, ogni procedura fondata sul principio del mutuo riconoscimento si caratterizza per il carattere esclusivamente giurisdizionale⁴¹, tale da escludere alla radice qualsiasi discrezionalità politica in relazione all’esecuzione di singole decisioni giudiziarie.

Guardando al meccanismo di consegna istituito dall’ASCC, appare evidente come la disciplina di quest’ultimo sia in linea con gli ultimi due requisiti poc’anzi citati. Infatti, come sottolineato nel precedente paragrafo, il mandato d’arresto UE-Regno Unito prevede espressamente che le richieste di consegna siano trattate con la massima urgenza⁴² attraverso un procedimento che vede coinvolte le sole autorità giurisdizionali nazionali. Di converso, la previsione di talune eccezioni alla consegna – quali il requisito di doppia incriminazione e le eccezioni circa la nazionalità del consegnando e la natura politica del reato contestato – pone alcuni interrogativi circa la sussistenza di un tendenziale automatismo nell’esecuzione, i quali meritano di essere affrontati in questa sede.

Come sottolineato in dottrina, il tendenziale automatismo che caratterizza il mutuo riconoscimento si esplica attraverso tre requisiti cumulativi⁴³. La

scimonto qui analizzata, consistente nell’esecuzione della decisione penale straniera in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata pronunciata, si affianchi anche una dimensione negativa del medesimo principio, che implica l’attribuzione della qualità di giudicato alla sentenza straniera, determinando l’applicabilità delle garanzie derivanti dal *ne bis in idem*. Su quest’ultimo profilo, si veda C. AMALFITANO, *op. cit.*, pp. 336-338.

³⁹ V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law after Lisbon: Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford, 2016, p. 127.

⁴⁰ S. MONTALDO, *On a Collision Course! Mutual Recognition, Mutual Trust and the Protection of Fundamental Rights in the Recent Case-Law of the Court of Justice*, in *europeanpapers.eu*, 2016, p. 968.

⁴¹ C. JANSSENS, *op. cit.*, p. 188.

⁴² Art. 615, paragrafo 1, ASCC.

⁴³ V. MITSILEGAS, *The Limits of Mutual Trust in Europe’s Area of Freedom, Security and Justice*, cit., p. 321.

disciplina in esame deve, innanzitutto, prevedere termini ridotti e perentori per il riconoscimento e l'esecuzione della pronuncia straniera, così come un modello standard per la redazione e la trasmissione della relativa richiesta. Tale primo requisito appare soddisfatto dall'ASCC: l'art. 615 prevede dettagliati limiti temporali per la decisione sulla consegna e la sua esecuzione, mentre l'art. 606, paragrafo 1, dispone che ogni richiesta venga redatta conformemente al modello di cui all'Allegato 43 all'ASCC. In secondo luogo, il carattere tendenzialmente automatico del mutuo riconoscimento deriva dalla previsione di un limitato novero di motivi di rifiuto dell'esecuzione, definiti in modo tassativo⁴⁴. Per quanto l'ASCC definisca in maniera esaustiva i motivi di rifiuto dell'esecuzione⁴⁵, va rilevato come l'art. 597 del medesimo accordo subordini la consegna ad una valutazione circa il rispetto del principio di proporzionalità, ampliando conseguentemente l'oggetto dello scrutinio effettuato da parte del giudice dell'esecuzione. In terzo e ultimo luogo, la necessità di garantire un'esecuzione quanto più possibile automatica della richiesta di cooperazione richiede il superamento del requisito di doppia incriminazione, tradizionalmente ostativo alla consegna nell'ambito dei tradizionali meccanismi di estradizione⁴⁶. Come si è visto in precedenza, l'ASCC prevede un superamento solamente facoltativo di tale requisito. Inoltre, gli Stati partecipanti al mandato d'arresto UE-Regno Unito possono disporre la reintroduzione delle tradizionali eccezioni relative alla nazionalità del consegnando e alla natura politica del reato contestato, le quali costituiscono condizioni ulteriori per l'esecuzione della richiesta di consegna.

Sulla base di tali considerazioni, sembrerebbe possibile rilevare che il modello di cooperazione giudiziaria delineato dall'ASCC non si fondi sull'automatismo nella consegna tipico del mutuo riconoscimento⁴⁷. Infatti, diversamente dagli strumenti fondati su quest'ultimo principio, l'esecuzione delle decisioni custodiali straniere è subordinato ad alcune

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Artt. 600-601 ASCC.

⁴⁶ V. MITSILEGAS, *The Limits of Mutual Trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice*, cit., p. 321.

⁴⁷ Ferma restando la possibilità, per gli Stati partecipanti, di optare per il superamento del requisito di doppia incriminazione, nonché per la non reintroduzione dell'eccezioni di nazionalità e dell'eccezione relativa ai reati politici, delineando, in tal modo, un regime di consegna dal carattere quasi del tutto analogo al sistema MAE.

tradizionali eccezioni, nonché a uno scrutinio di proporzionalità sulla richiesta di consegna.

Al contempo, l'impatto concreto di queste ultime condizioni sulla prassi finora sviluppata in materia di consegna tra gli Stati membri UE ed il Regno Unito non andrebbe sopravvalutato. Infatti, le notifiche diplomatiche presentate al Comitato specializzato denotano come la maggior parte degli Stati membri UE abbia al momento optato per il superamento del requisito di doppia incriminazione nell'ambito del mandato d'arresto UE-Regno Unito⁴⁸. La medesima considerazione può essere estesa alle eccezioni relative alla nazionalità del reo e alla natura politica dell'addebito, in quanto solo una minoranza di Stati membri hanno notificato l'intenzione di ricorrere a tale possibilità. A tal riguardo, va altresì sottolineato come la reintroduzione dell'eccezione di nazionalità non costituisca un'opzione lasciata alla totale discrezione degli Stati. Infatti, l'art. 603, paragrafo 2, dell'ASCC limita quest'ultima possibilità ai soli casi in cui tale condizione si renda necessaria in ragione di "motivi connessi ai principi fondamentali o alle prassi dell'ordinamento giuridico interno del Regno Unito o dello Stato a nome del quale è stata effettuata la notifica". Infine, per quanto concerne il requisito di proporzionalità, è opportuno sottolineare come già nel 2014 il legislatore britannico avesse modificato la legislazione interna di trasposizione della decisione quadro MAE, introducendo una verifica di proporzionalità della richiesta di consegna straniera da parte della giurisdizione dell'esecuzione⁴⁹. Appare dunque chiaro come la disciplina dell'ASCC recepisca, di fatto, la precedente disciplina britannica di attuazione del sistema MAE⁵⁰. Di conse-

⁴⁸ In particolare, un totale di 15 Stati membri su 27 ha notificato l'intenzione di superare il requisito di doppia incriminazione nell'ambito del mandato d'arresto UE-Regno Unito relativamente ai titoli di reato elencati nell'art. 599, paragrafo 5, dell'ASCC. Di converso, solamente 10 Stati membri hanno espresso l'intenzione di disporre un totale divieto di consegna dei propri cittadini, mentre 12 sono gli Stati membri che hanno notificato la reintroduzione dell'eccezione relativa ai reati politici (notifica dell'Unione europea conformemente all'accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l'Unione europea e la Comunità europea dell'energia atomica, da una parte, e il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, dall'altra).

⁴⁹ Sezione 21A(1)(b) dell'*Extradition Act* del 2003, così come novellata dalla Sezione 157 dell'*Anti-Social Behaviour, Crime and Policing Act* del 2014. Sul punto, si veda: A. WILLEMS, *The Principle of Mutual Trust in EU Criminal Law*, Oxford, 2021, p. 68.

⁵⁰ E. GRANGE, B. KEITH, S. KERRIDGE, *Extradition under the EU-UK Trade and Coopera-*

guenza, per quanto tale soluzione non sia totalmente in linea con i requisiti del mutuo riconoscimento⁵¹, l'introduzione di uno scrutinio di proporzionalità sulla base dell'art. 597 dell'ASCC non sembrerebbe comportare alcun mutamento nella prassi finora formatasi nei rapporti tra gli Stati membri UE e il Regno Unito.

L'analisi condotta in questa sede dimostra come l'intenzione delle Parti contraenti dell'ASCC di sviluppare un meccanismo di stretta cooperazione giudiziaria abbia portato alla definizione di un sistema di consegna che riproduce gran parte degli elementi distintivi del mutuo riconoscimento. In tale prospettiva, il mandato d'arresto UE-Regno Unito può dunque essere concettualizzato quale sistema di riconoscimento, ancorché meno approfondito rispetto al mutuo riconoscimento caratterizzante lo Spazio europeo di

tion Agreement, in *New Journal of European Criminal Law*, 2021, p. 219. Gli AA. sostengono altresì che il principio di proporzionalità si sia sostituito al mutuo riconoscimento in qualità di principio cardine del meccanismo di consegna. Tale considerazione non può, tuttavia, essere accolta. Nonostante il ruolo fondamentale rivestito dal principio di proporzionalità nell'ambito del mandato d'arresto UE-Regno Unito, esso non si declina in un principio operativo capace di caratterizzare autonomamente il meccanismo di consegna in esame.

⁵¹ Come sottolineato, tra gli altri, in un rapporto del Parlamento europeo: European Parliamentary Research Service, *Revising the European Arrest Warrant: European Added Value Assessment accompanying the European Parliament's Legislative own-Initiative Report (Rapporteur: Baroness Ludford MEP)*, (2013) PE 510.979, p. 9. Per la verità, la mancata previsione di una clausola di proporzionalità nella decisione quadro 2002/584/GAI è stata oggetto di critiche in dottrina. Infatti, nella prassi applicativa del sistema del MAE, non sono mancati casi in cui talune autorità giurisdizionali hanno emesso richieste di consegna con riferimento a fattispecie bagatellari. In tale ambito, emblematico è il noto caso relativo al MAE spiccato in relazione al furto di alcuni suini (M. FICHERA, *The Implementation of the European Arrest Warrant in the European Union: Law, Policy and Practice*, Cambridge, 2011, p. 152). In tale prospettiva, taluna dottrina ritiene che il ricorso al sistema del MAE in relazione a fattispecie penali di minima gravità possa arrecare pregiudizio alla reciproca fiducia tra gli Stati membri dell'Unione nell'ambito della cooperazione giudiziaria (*ex multis*: E. XANTHOPOULOU, *The Quest for Proportionality for the European Arrest Warrant: Fundamental Rights Protection in a Mutual Recognition Environment*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, p. 32 ss.; T. OSTROPOLSKI, *The Principle of Proportionality under the European Arrest Warrant – With an Excursus on Poland*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2014, p. 167 ss.). A fronte di tali criticità, la Commissione ha rimarcato la necessità che il ricorso al MAE sia sempre proporzionato rispetto allo scopo perseguito, prevedendo, tuttavia, un simile scrutinio solamente in sede di emissione del mandato (Comunicazione della Commissione — Manuale sull'emissione e l'esecuzione del mandato d'arresto europeo, p. 14).

libertà, sicurezza e giustizia. Infatti, la disciplina dell'ASCC prevede la possibilità per gli Stati partecipanti di includere nel regime di consegna alcune salvaguardie aggiuntive rispetto al sistema MAE, le quali ampliano lo scrutinio riservato al giudice dell'esecuzione e condizionano, conseguentemente, l'operatività di quel tendenziale automatismo che informa il sistema.

Tale ultima circostanza dimostra come, nell'economia del sistema in esame, il livello di approfondimento della cooperazione istituita dall'ASCC dipenda in larga parte dalla volontà dei singoli Stati. Per tal motivo, il mandato d'arresto UE-Regno Unito può essere concettualizzato quale forma di riconoscimento *à la carte*. Infatti, la possibilità per gli Stati partecipanti al sistema di modificare il regime di consegna attraverso reciproche notifiche diplomatiche conferisce particolare flessibilità al meccanismo in esame, dando luogo a differenti regimi di consegna tra singoli Stati membri UE e il Regno Unito. In tale prospettiva, a questi ultimi è riconosciuta la possibilità di introdurre singolari forme di automatismo differenziato nell'esecuzione della richiesta di consegna, optando *à la carte* tra il superamento o l'operatività di tradizionali eccezioni alla consegna.

5. La definizione di un meccanismo di riconoscimento richiede a sua volta l'individuazione di un presupposto teorico tale da giustificare una forma di cooperazione giudiziaria più approfondita rispetto ai tradizionali sistemi di estradizione. Come anticipato, tale fondamento non può essere rintracciato nella fiducia reciproca. Infatti, quest'ultima presuppone che lo Stato in questione rispetti "il diritto dell'Unione e, più in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo"⁵². In quanto Stato terzo, il Regno Unito non è più vincolato al rispetto del diritto dell'Unione, circostanza che esclude una potenziale estensione della fiducia reciproca a quest'ultimo Stato.

⁵² Parere della Corte del 18 dicembre 2014, 2/13, punto 191. È, infatti, il rispetto del diritto dell'Unione a garantire la possibilità (nonché l'obbligo) per le autorità nazionali di presumere la sussistenza dei presupposti di tale relazione di fiducia, anche quando le circostanze del caso sembrerebbero dimostrarne l'assenza sul piano concreto (A. WILLEMS, *The Principle of Mutual Trust in EU Criminal Law*, cit., p. 46). Del resto, con riferimento al sistema MAE, la dottrina ha da tempo messo in evidenza come dalla prassi siano costantemente emersi alcuni indizi di sfiducia tra gli Stati membri; sul punto, si veda A. EFRAT, *Assessing Mutual Trust among EU Members: Evidence from the European Arrest Warrant*, in *Journal of European Public Policy*, 2019, p. 656 ss.

Tale conclusione non esclude, tuttavia, la possibilità di individuare una diversa forma di fiducia tra Stati quale fondamento della cooperazione giudiziaria in materia penale nell'ambito dell'ASCC. A tal riguardo, l'art. 524, paragrafo 1, dell'ASCC costituisce l'elemento chiave. Come ricordato in precedenza, tale disposizione richiama il rispetto di taluni valori fondamentali, quali la democrazia e lo stato di diritto, nonché dei diritti e delle libertà fondamentali di cui alla Convenzione EDU, a fondamento del nuovo sistema di cooperazione giudiziaria tra Unione europea e Regno Unito. Così formulata, tale disposizione assume un doppio valore: da un lato, essa assume il rispetto dei valori e dei diritti fondamentali della Convenzione quale necessaria precondizione per una cooperazione giudiziaria così approfondita⁵³; dall'altro lato, la disposizione sembra esprimere una reciproca fiducia tra le parti dell'Accordo circa il rispetto di tali valori e diritti.

Una simile espressione di fiducia tra l'Unione (a nome dei suoi Stati membri) e il Regno Unito non appare affatto stupefacente. Infatti, la più recente giurisprudenza della Corte di giustizia sembrerebbe ammettere la possibilità di concepire forme di fiducia anche con Stati terzi. A titolo esemplificativo, basti richiamare in questa sede la sentenza *X (Mandat d'arrêt européen - Ne bis in idem)*, nella quale la Corte ha affermato che una relazione di fiducia sussiste anche nei confronti di quegli Stati terzi che intrattengono "rapporti privilegiati" con l'Unione⁵⁴. Un ulteriore esempio, a tal riguardo, può

⁵³ Nella medesima prospettiva, la recente giurisprudenza italiana di legittimità ha rilevato che, nell'imporre al Regno Unito "di continuare a rispettare la democrazia e lo Stato di diritto, nonché a proteggere i diritti fondamentali tutelati ai sensi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo", l'ASCC ha previsto "un livello di cooperazione mai prima sperimentato con un Paese terzo" (sentenza della Corte Suprema di Cassazione sez. feriale penale del 16 settembre 2021, n. 34466, punto 2.3 del *considerato in diritto*)

⁵⁴ Sentenza della Corte del 29 aprile 2021, causa C-665/20 PPU, *X (Mandat d'arrêt européen - Ne bis in idem)*, punti 54 e 55. Nell'alveo degli Stati terzi che godono di una "relazione speciale" con l'Unione rientrano in primo luogo le Parti contraenti della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni), come confermato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (sentenza della Corte del 28 ottobre 2022, causa C-435/22 PPU, *Generalstaatsanwaltschaft*, punto 93; sentenza della Corte del 12 maggio 2021, causa C-505/19, *Bundesrepublik Deutschland (Avviso rosso dell'Interpol)*, punto 80).

essere rinvenuto nell'ambito dell'Accordo di consegna tra l'Unione, l'Islanda e la Norvegia. Infatti, la circostanza per la quale le Parti contraenti avrebbero espresso "reciproca fiducia nella struttura e nel funzionamento dei loro sistemi giuridici e nella capacità [...] di garantire un processo equo" è risultata determinante, nell'ambito del ragionamento della Corte di giustizia nella sentenza *Ruska Federacija*⁵⁵, per l'estensione della giurisprudenza *Petrubhin*⁵⁶ anche a tale ultimo sistema di consegna⁵⁷.

Sembrerebbe, dunque, che nell'ambito della cooperazione giudiziaria possano essere identificati diversi livelli di intensità della relazione di fiducia tra Stati. In tale prospettiva, la fiducia reciproca che informa lo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia non costituirebbe l'unico esempio a tal riguardo, bensì solamente la forma di fiducia più intensa finora emersa nella prassi⁵⁸.

Allo scopo di definire la relazione di fiducia sottesa al mandato d'arresto UE-Regno Unito, appare opportuno concentrare l'analisi sulla definizione dell'oggetto di quest'ultima. Infatti, come la più recente dottrina ha messo in evidenza, ogni forma di fiducia nell'ambito della cooperazione tra Stati è di natura contestuale, tale da rendere imprescindibile l'identificazione (e l'esplicitazione) del fondamento sostanziale che la giustifica⁵⁹. Muovendosi in tale prospettiva, una simile relazione di fiducia può essere definita attraverso un modello triangolare⁶⁰. Alla luce del disposto dell'articolo 524 dell'ASCC,

⁵⁵ Sentenza della Corte del 2 aprile 2020, causa C-897/19 PPU, *Ruska Federacija*, punti 73 e 74.

⁵⁶ Sentenza della Corte del 6 settembre 2016, causa C-182/15, *Petrubhin*.

⁵⁷ La medesima interpretazione del considerando citato trova ulteriore conferma nella sentenza della Corte del 17 marzo 2021, causa C-488/19, *Minister for Justice and Equality (Mandat d'arrêt – Condamnation dans un État tiers, membre de l'EEE)*, punto 60.

⁵⁸ Nella medesima prospettiva, è stato recentemente sottolineato in dottrina che il concetto di fiducia non può essere inteso in modo binario, ovvero quale sussistente oppure totalmente assente. Al contrario, la fiducia si declina usualmente in differenti livelli di intensità, venendo tipicamente qualificata con aggettivi quali, a titolo esemplificativo, "genuina", "completa", "assente" oppure "minima". (A. WILLEMS, *The Principle of Mutual Trust in EU Criminal Law*, cit., p. 172). Sul punto, si veda altresì P. CRAMER, *Reflections on the Roles of Mutual Trust in EU Law*, in M. DOUGAN, S. CURRIE (eds.), *50 Years of the European Treaties: Looking Back and Thinking Forward*, Oxford – Portland, 2009, p. 61.

⁵⁹ A. WILLEMS, *The Principle of Mutual Trust in EU Criminal Law*, cit., p. 23.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 22; M. SCHWARZ, *Let's Talk about Trust, Baby! Theorizing Trust and Mutual*

tale modello si traduce, nell'ambito del mandato d'arresto UE-Regno Unito, nel seguente assunto: gli Stati membri dell'Unione europea (A) si fidano del Regno Unito (B) (e viceversa) in virtù dell'impegno a rispettare i valori fondamentali della democrazia e dello Stato di diritto, nonché i diritti e le libertà fondamentali di cui alla Convenzione EDU (C).

Dalla definizione del suo oggetto (C), emerge chiaramente il carattere meno approfondito dell'istituto qui concettualizzato rispetto alla fiducia reciproca che informa il sistema MAE. In un'ottica di sistematizzazione, potremmo dunque definire la relazione di fiducia sottesa al mandato d'arresto UE-Regno Unito quale "essenziale". Infatti, il suo fondamento sostanziale è ridotto al minimo necessario per poter garantire l'operatività di un meccanismo di consegna più approfondito rispetto all'extradizione classica, in quanto fondato su una forma di riconoscimento *à la carte*.

Dinnanzi a tale considerazione, due precisazioni appaiono necessarie. In primo luogo, va rilevato come la sussistenza di una simile fiducia reciproca "essenziale" sia subordinata alla continua partecipazione del Regno Unito alla Convenzione EDU⁶¹. Infatti, come rilevato in precedenza, l'articolo 524, paragrafo 1, dell'ASCC pone il rispetto dei diritti ivi garantiti quale condizione necessaria per l'operatività del meccanismo istituito dall'Accordo. Tale constatazione trova ulteriore conferma nell'art. 692, paragrafo 2,

Recognition in the EU's Area of Freedom, Security and Justice, in *European Law Journal*, 2018, p. 133.

⁶¹ Proprio la continua partecipazione del Regno Unito alla Convenzione EDU ha permesso alla Cassazione italiana – nel respingere il ricorso di un consegnando alle autorità britanniche durante il periodo transitorio preliminare al completamento del recesso dall'Unione – di affermare che "anche a seguito della cd. "Brexit", non sussiste il concreto rischio che la persona di cui si chiede la consegna venga privata dei suoi diritti fondamentali" (sentenza della Corte Suprema di Cassazione sez. VI penale del 9 ottobre 2020, n. 28228, punto 1 del *considerato in diritto*; si veda altresì: sentenza della Corte Suprema di Cassazione sez. VI penale del 26 ottobre 2020, n. 30006, punto 1 del *considerato in diritto*; sentenza della Corte Suprema di Cassazione sez. VI penale del 22 gennaio 2019, n. 3640, punto 1 del *considerato in diritto*). Tale considerazione appare cruciale in ragione delle attuali condizioni politiche britanniche, in cui alcune forze politiche (tra cui l'attuale partito di maggioranza) hanno più volte paventato la possibilità di un futuro recesso dalla detta Convenzione (sul tema, si veda: E. BAKER, *Criminal Justice and the "New, Deep and Special Partnership" between the EU and the UK: A Critical Test for the Area of Freedom, Security and Justice?*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2018, p. 1 ss.).

dell'ASCC, il quale prevede la possibilità di porre termine all'applicazione delle disposizioni in materia di cooperazione giudiziaria dell'Accordo qualora il Regno Unito denunci la Convenzione EDU⁶².

Va tuttavia rilevato come l'ASCC non preveda alcuno strumento specifico in grado di rispondere all'eventuale circostanza in cui il Regno Unito, pur senza mettere formalmente termine alla propria partecipazione alla Convenzione EDU, diminuisca sensibilmente la portata di quest'ultima e delle pronunce della Corte di Strasburgo nel proprio ordinamento interno. Simili

⁶² La disposizione citata prevede, per evidenti ragioni di reciprocità tra le Parti contraenti, la possibilità di sospendere la Parte Terza dell'Accordo anche qualora uno Stato membro dell'Unione denunci la Convenzione. Tuttavia, tale eventualità appare particolarmente remota, tanto da non poter essere oggetto di paritaria considerazione rispetto ad un eventuale recesso britannico dalla Convenzione. Infatti, la denuncia di quest'ultima da parte di uno Stato membro dell'Unione darebbe luogo a pregiudizi sistemici, tali da porre in dubbio la persistente adesione di tale Stato ai valori fondanti l'Unione stessa. L'art. 2 TUE include, tra questi ultimi, il rispetto dei diritti umani, valore che la comune appartenenza degli Stati membri alla Convenzione EDU concorre a promuovere. Non va del resto dimenticato il ruolo essenziale rivestito dalla Convenzione e dalle pronunce della Corte di Strasburgo nella tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione a partire dalla ben nota sentenza *Nold* (sentenza della Corte del 14 maggio 1974, causa 4/73, *Nold KG / Commissione*, punto 12). Nella medesima prospettiva, l'art. 52, paragrafo 3, della Carta istituisce un meccanismo di raccordo tra la protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento UE e la Convenzione EDU, chiarendo che, qualora un diritto della Carta corrisponda ad uno garantito dalla Convenzione, "il significato e la portata [dello stesso] sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione". Alla luce del legame sussistente tra l'adesione alla Convenzione EDU e ai valori fondamentali dell'Unione di cui all'art. 2 TUE, appare evidente come un'eventuale denuncia della Convenzione da parte di uno Stato membro potrebbe dar luogo all'applicazione nei confronti di quest'ultimo del meccanismo previsto dall'art. 7 TUE. Venendo alle conseguenze derivanti dall'applicazione dell'art. 692, paragrafo 2, dell'ASCC, è stato sostenuto in dottrina che tale disposizione implichi un vero e proprio obbligo di porre termine ad ogni cooperazione giudiziaria in caso di recesso dalla Convenzione EDU (W. SCHOMBURG, A. OEHMICHEN, K. KAYS, *Human Rights and the Rule of Law in Judicial Cooperation in Criminal Matters under the EU-UK Trade and Cooperation Agreement*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2021, p. 246 ss.). Un simile automatismo era stato effettivamente proposto dalla Commissione europea in sede di negoziazione dell'ASCC. Per quanto il testo finale della disposizione in esame appaia più blando riguardo a tale aspetto, A. ŁAZOWSKI rileva come tale circostanza non infici il raggiungimento dell'obiettivo perseguito dalla Commissione (*Mind the Fog, Stand Clear of the Cliff! From the Political Declaration to the Post-Brexit EU-UK Legal Framework – Part I*, in *europeanpapers.eu*, 2020, p. 1134).

preoccupazioni sono sorte in relazione alla recente proposta di riforma dello *Human Rights Act 1998*, atto legislativo che traspone la Convenzione EDU nell'ordinamento britannico⁶³. In simili circostanze, il dialogo tra le Parti contraenti nell'ambito del Comitato specializzato appare centrale al fine di preservare un adeguato livello di fiducia tra gli Stati membri UE e il Regno Unito⁶⁴. Inoltre, qualora talune iniziative assunte in ambito nazionale abbiano una portata tale da recare pregiudizi sistemici per la protezione dei diritti fondamentali, residuerebbe la possibilità per le Parti di invocare la sospensione della Parte Terza dell'Accordo sulla base dell'art. 693, paragrafo 1, dell'ASCC.

In secondo luogo, va precisato come il legame inscindibile tra la partecipazione alla Convenzione EDU e la sussistenza della fiducia reciproca "essenziale" non possa dar luogo ad una potenziale estensione della medesima relazione anche ad altri Stati terzi membri del Consiglio d'Europa. Infatti, se la partecipazione alla Convenzione EDU è certamente condizione necessaria per l'instaurazione e il mantenimento di tale forma di fiducia, essa non può, al contempo, dirsi condizione sufficiente al medesimo scopo. Tale affermazione discende dalla considerazione, ben radicata in dottrina, per la quale una relazione di fiducia interstatale implichi l'esistenza di un elevato livello di integrazione, caratterizzato da una cultura giuridica condivisa⁶⁵. In tale pro-

⁶³ Si tratta della proposta denominata *Bill of Rights Bill*, iniziativa legislativa presentata al Parlamento il 27 giugno 2022 e, al momento in cui si scrive, in esame da parte della Camera dei comuni. L'articolato, se approvato nella versione presentata dal governo, comporterà una notevole diminuzione della portata delle sentenze della Corte di Strasburgo nel Regno Unito. Infatti, come esplicitato nella stessa introduzione della proposta, quest'ultima intende affermare "(a) that it is the Supreme Court (and not the European Court of Human Rights) that determines the meaning and effect of Convention rights for the purposes of domestic law [...]; (b) that courts are no longer required to read and give effect to legislation, so far as possible, in a way which is compatible with the Convention rights [...]; (c) that courts must give the greatest possible weight to the principle that, in a Parliamentary democracy, decisions about the balance between different policy aims, different Convention rights and Convention rights of different persons are properly made by Parliament" (*Ibidem*, sezione 1(2)(a)-(c)).

⁶⁴ Sulle potenzialità del dialogo tra le Parti nell'ambito del Comitato specializzato ai fini di un rafforzamento del rapporto di fiducia sul piano sostanziale, si veda *infra*, § 6.

⁶⁵ La dottrina ha messo in rilievo tale aspetto relativamente alla fiducia reciproca; a tal riguardo, si veda: R. SICURELLA, *Fostering a European Criminal Law Culture: In Trust We Trust*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2018, p. 308 ss.; A. WILLEMS, *Mutual Trust as a*

spettiva, la posizione del Regno Unito non è certamente comparabile a quella di altri Stati terzi contraenti la Convenzione EDU. Infatti, nonostante il recente recesso dall'Unione, il Regno Unito gode ancora di un elevato livello di integrazione con l'ordinamento degli Stati membri UE, il quale deriva dal suo *status* di *ex*-membro dell'Unione. Quest'ultima circostanza trova conferma non solo nel disposto dell'articolo 524 dell'ASCC, che riconosce espressamente le comuni basi su cui si fonda il mandato d'arresto UE-Regno Unito, ma anche nei lavori preparatori predisposti dal Governo britannico. Infatti, il *White Paper* del 2017 sulle future relazioni UE-Regno Unito afferma che l'applicazione del futuro meccanismo di consegna potrà godere della “mutual trust generated by the long history and experience of operating the EAW between the UK and the EU”⁶⁶.

Le considerazioni finora svolte non sono, tuttavia, sufficienti per esaurire la concettualizzazione della fiducia reciproca essenziale. Infatti, essendo il mandato d'arresto UE-Regno Unito incardinato in un trattato internazionale, un vero e proprio obbligo di presumere il rispetto dei valori e diritti fondamentali precedentemente richiamati può essere dedotto solamente facendo riferimento alle categorie del diritto internazionale pubblico⁶⁷. In tale ottica, il principio di buona fede potrebbe fornire un solido fondamento giuridico a quest'ultimo obbligo. Tale principio è infatti riconosciuto in diritto internazionale quale fonte di protezione delle aspettative legittime degli Stati derivanti non solo da comportamenti unilaterali, ma anche affermazioni espresse⁶⁸. In tale prospettiva, l'art. 524, paragrafo 1, dell'ASCC torna nuovamente in rilievo. Come anticipato, infatti, tale disposizione comporta l'espressione di reciproca fiducia tra le Parti circa il rispetto dei valori e diritti fondamentali dell'individuo ivi richiamati. Una simile affermazione comporta logica-

Term of Art in EU Criminal Law: Revealing Its Hybrid Character, in *European Journal of Legal Studies*, 2016, p. 211 ss.

⁶⁶ *White Paper*, cit., punto 46.

⁶⁷ Una lettura dell'ASCC alla luce del diritto internazionale pubblico ha ricevuto sostegno in dottrina. A tal riguardo, si veda: O. GARNER, *Part Three of the EU-UK TCA – From a “Disrupted” Area of Freedom, Security and Justice to “New Old” Intergovernmentalism in Justice and Home Affairs?*, in *Brexit Institute Working Paper Series*, 2021, p. 1 ss.

⁶⁸ *Ex multis*: A. ODDENINO, *Pacta sunt servanda e buona fede nell'applicazione dei trattati internazionali. Spunti ricostruttivi*, Torino, 2003, p. 92; R. KOLB, *La bonne foi en droit international public: contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Parigi, 2000; *Id.*, *La bonne foi en droit international public*, in *Revue belge de droit international*, 1998, p. 685.

mente l'insorgere di aspettative legittime. Infatti, le autorità degli Stati membri UE e del Regno Unito si aspetteranno dalle rispettive controparti un atteggiamento coerente con tale espressione di fiducia, consistente nel presumere in sede di applicazione del meccanismo di consegna l'effettivo rispetto dei valori e diritti precedentemente richiamati.

La dottrina internazionalistica ha altresì messo in luce come il principio di buona fede nell'esecuzione di un trattato internazionale si espliciti nel doveroso ed esatto adempimento agli obblighi positivi ivi contenuti⁶⁹. Tale considerazione costituisce ulteriore conferma della sussistenza di uno specifico obbligo, fondato sul principio di buona fede e inerente all'Accordo stesso, di presumere il rispetto dei valori e diritti fondamentali tutelati dalla Convenzione EDU in sede di applicazione del mandato d'arresto UE-Regno Unito. Infatti, è già stato messo in luce come l'ASCC preveda un limitato novero di motivi di rifiuto della consegna definito in maniera esaustiva, il quale non include una verifica del rispetto dei diritti fondamentali nel caso concreto⁷⁰. Pertanto, la corretta esecuzione dell'accordo, così come richiesto dal principio di buona fede, implica di per sé l'obbligo per l'autorità di esecuzione di presumere il rispetto dei valori e diritti fondamentali nello Stato richiedente la consegna. Di conseguenza, il principio di buona fede fonda e giustifica l'obbligo di presumere il rispetto dei valori della democrazia e dello Stato di diritto, nonché dei diritti fondamentali di cui alla Convenzione EDU, il quale costituisce il necessario complemento della fiducia reciproca essenziale che informa il mandato d'arresto UE-Regno Unito.

6. A fronte di quest'ultima conclusione, permane un ultimo interrogativo. L'attuale quadro normativo offre strumenti atti a rafforzare l'istituto della fiducia reciproca essenziale, promuovendo e accrescendo la relazione di fiducia tra gli Stati membri dell'Unione e il Regno Unito sul piano sostanziale?

L'ASCC prevede alcuni istituti potenzialmente rispondenti a tale scopo. In primo luogo, il dialogo tra giurisdizioni nazionali nell'ambito della proce-

⁶⁹ A. ODDENINO, *op. cit.*, p. 95.

⁷⁰ Come anticipato, l'ASCC si limita a prevedere a tal riguardo che "se sussistono fondati motivi per ritenere che vi sia un rischio effettivo per la protezione dei diritti fondamentali della persona ricercata, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione può richiedere, se del caso, garanzie supplementari quanto al trattamento della persona ricercata dopo la sua consegna prima di decidere se eseguire il mandato d'arresto" (art. 604, paragrafo 1, lett. c), ASCC).

dura di consegna – non diversamente dal sistema MAE – costituisce uno strumento capace di sviluppare una sostanziale fiducia tra queste ultime⁷¹. In secondo luogo, e come già anticipato, anche il dialogo tra esecutivi nazionali nell'ambito del Comitato specializzato appare suscettibile di favorire una maggiore comprensione dei rispettivi ordinamenti nazionali, funzionale ad un rafforzamento della reciproca fiducia in questi ultimi.

A quest'ultimo riguardo, va osservato come le potenzialità del costante dialogo tra le Parti emergano anche nell'ambito del meccanismo di soluzione delle controversie previsto dall'Accordo. Infatti, le disposizioni in materia di cooperazione giudiziaria e di polizia dell'ASCC ricadono nell'ambito di applicazione del meccanismo di soluzione delle controversie previsto dal Titolo XIII della Parte terza dell'ASCC, il cui funzionamento si fonda sul principio di esclusività⁷². Limitando l'analisi ad alcuni cenni, va rilevato come la disciplina in esame preveda, qualora una delle Parti contraenti lamenti la violazione di uno o più obblighi derivanti dall'ASCC, l'avvio di "consultazioni in buona fede per pervenire a una soluzione concordata"⁷³. All'esito delle consultazioni, la controversia può essere oggetto di soluzione attraverso una decisione del Comitato specializzato o del Consiglio di partenariato, alla quale l'ASCC attribuisce i medesimi effetti di una soluzione concordata tra le Parti⁷⁴. Qualora la decisione abbia ad oggetto un accordo circa l'interpretazione

⁷¹ Le potenzialità del dialogo "operativo" tra le autorità nazionali in vista di un rafforzamento della relazione di fiducia tra queste ultime sono state riconosciute in dottrina anche con riferimento ad altri strumenti UE di cooperazione giudiziaria. A tal riguardo, si veda: S. MONTALDO, A. ROSANÒ, *Building Mutual Trust through Operational Cooperation in the Context of Transfers of Prisoners under the Framework Decision 2008/909/JHA: EU Patterns and Domestic Strategies Beyond Formal Implementation*, in C. BILLET, A. TURMO (sous la direction de), *Coopération opérationnelle en droit pénal de l'Union européenne*, Bruxelles, 2020, p. 49 ss.

⁷² Art. 697 dell'ASCC. Per una panoramica dei vari meccanismi di risoluzione delle controversie previsti dall'ASCC, si veda S. PEERS, *So Close, Yet So Far: The EU/UK Trade and Cooperation Agreement*, in *Common Market Law Review*, 2022, p. 49 ss; M. VELLANO, *Il sistema di risoluzione delle controversie*, in G. ADINOLFI, A. MALATESTA, M. VELLANO (a cura di), *op. cit.*, p. 47 ss.

⁷³ Art. 698, paragrafo 1, dell'ASCC. A norma del paragrafo 5 della disposizione citata, tali consultazioni possono avere luogo, a scelta della parte attrice, nell'ambito del Comitato specializzato oppure del Consiglio di partenariato. Inoltre, il paragrafo 4 prevede un termine temporale piuttosto stringente per la conclusione delle consultazioni, quantificato in tre mesi.

⁷⁴ Art. 698, paragrafo 5, dell'ASCC.

di talune disposizioni dell'ASCC, quest'ultima è adottata dal Consiglio di partenariato⁷⁵. Appare chiaro come la risoluzione delle controversie tra le Parti relative all'applicazione del mandato d'arresto UE-Regno Unito riposi su un meccanismo puramente intergovernativo. Non è dunque da escludere che proprio tale interazione intergovernativa possa risultare funzionale ad un rafforzamento della relazione di fiducia tra le Parti, attraverso un processo di reciproca comprensione non diverso da quello già messo in luce con riferimento al dialogo nell'ambito del Comitato specializzato.

Al contempo, la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo in sede di attuazione del medesimo meccanismo è potenzialmente soggetta a scrutinio giurisdizionale da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU). Infatti, fermo restando il ruolo rivestito dalle corti nazionali in base al principio di sussidiarietà, la Corte EDU costituisce l'unica giurisdizione comune agli Stati membri UE e al Regno Unito competente a conoscere del rispetto dei diritti garantiti dalla Convenzione nell'ambito dell'applicazione del meccanismo di consegna. In tale veste, la Corte di Strasburgo è così chiamata a definire gli standard minimi di protezione dei diritti fondamentali nel quadro del mandato d'arresto UE-Regno Unito.

Il legame inscindibile tra il rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione EDU e l'istituto della fiducia reciproca essenziale fa comprendere come lo scrutinio operato dalla Corte di Strasburgo costituisca uno dei principali strumenti – se non il più rilevante – funzionali a un sostanziale rafforzamento della relazione di fiducia tra gli Stati membri dell'Unione e il Regno Unito. Pertanto, immaginare in una prospettiva *de iure condendo* il potenziale approccio della Corte EDU appare particolarmente pregnante.

⁷⁵ Art. 699, paragrafo 2, dell'ASCC. Non è difficile immaginare ipotesi in cui l'interpretazione di singole disposizioni della Parte Terza dell'ASCC definita dal Consiglio di partenariato in sede di soluzione delle controversie si ponga in contrasto con l'interpretazione delle medesime disposizioni eventualmente fornita dalla Corte di giustizia in sede pregiudiziale. Infatti, in quanto trattato internazionale concluso dall'Unione, l'ASCC rimane soggetto alla cognizione della Corte di giustizia circa la sua interpretazione. Tuttavia, ogni pronuncia del giudice del Lussemburgo vertente sull'ASCC spiega i propri effetti esclusivamente all'interno dell'Unione, vincolando le sue istituzioni e gli Stati membri. Al contrario, il Regno Unito è assoggettato, per quanto concerne i meccanismi di cooperazione giudiziaria con l'Unione, solamente alle decisioni e alle soluzioni concordate adottate nell'ambito del meccanismo di soluzione delle controversie analizzato in questa sede (sul punto si veda S. PEERS, *op. cit.*, p. 61, nota n. 80).

Essendo il mandato d'arresto UE-Regno Unito fondato su un meccanismo di riconoscimento, la giurisprudenza classica della Corte di Strasburgo in materia di estradizione potrebbe risultare insufficiente a fornire adeguata risposta agli interrogativi posti dal sistema in esame. Di converso, una rielaborazione nell'ambito della futura giurisprudenza CEDU sul mandato d'arresto UE-Regno Unito degli standard definiti dalla Corte di giustizia con riferimento al MAE potrebbe costituire una valida soluzione. Un simile approccio non sarebbe, del resto, del tutto innovativo. Infatti, i giudici di Strasburgo hanno talvolta fatto ricorso alla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di mutuo riconoscimento e fiducia reciproca nell'esaminare ricorsi aventi ad oggetto l'applicazione del MAE. A tal riguardo, un chiaro esempio è fornito dalla già citata sentenza *Bivolaru e Moldovan c. Francia*, in cui i giudici di Strasburgo hanno operato una rielaborazione del test definito dalla Corte di giustizia nella sentenza *Aranyosi e Căldăraru*⁷⁶ al fine di valutare l'aderenza della condotta delle autorità francesi alla Convenzione EDU nell'ambito dell'esecuzione di due MAE⁷⁷.

Dunque, alla luce delle similitudini tra il sistema di consegna previsto dall'ASCC e il MAE qui poste in evidenza, nulla osterebbe ad una rielaborazione da parte della Corte EDU dei medesimi standard anche nell'ambito della sua giurisprudenza in tema di mandato d'arresto UE-Regno Unito. Infatti, un simile approccio permetterebbe alla Corte di Strasburgo di elaborare la propria futura giurisprudenza sul nuovo meccanismo di consegna sulla scorta di una solida tradizione giurisprudenziale, valorizzando, al contempo, le peculiarità della relazione di fiducia che informa il mandato d'arresto UE-Regno Unito. Tale approccio non consisterebbe in una passiva incorporazione della giurisprudenza della Corte di giustizia nell'ambito dello scrutinio operato dalla CEDU. Al contrario, quest'ultima svolgerebbe un ruolo attivo nel rielaborare tali standard giurisprudenziali, adattandoli alle peculiarità del mandato d'arresto UE-Regno Unito affinché possano validamente integrare il parametro di scrutinio fornito dalla Convenzione.

La valorizzazione della giurisprudenza della Corte di giustizia proposta in questa sede porterebbe con sé importanti benefici per un rafforzamento

⁷⁶ Sentenza della Corte del 5 aprile 2016, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, *Aranyosi e Căldăraru*.

⁷⁷ Sentenza *Bivolaru e Moldovan c. Francia*, cit., punto 114.

della fiducia reciproca essenziale. Infatti, confermando l'adeguatezza di un limitato novero di salvaguardie – peraltro definite dall'ASCC proprio su ispirazione del sistema MAE – a garantire un adeguato livello di protezione dei diritti fondamentali, la Corte di Strasburgo contribuirebbe a rafforzare la fiducia degli Stati membri UE e del Regno Unito nella struttura del meccanismo, rinsaldando, a sua volta, la fiducia reciproca essenziale qui concettualizzata.

7. Alla luce delle considerazioni svolte in questa sede, è possibile ritenere che il mandato d'arresto UE-Regno Unito postuli una forma di riconoscimento delle decisioni giurisdizionali che irrogano pene o misure privative della libertà meno approfondita rispetto a quella vigente nell'ordinamento dell'Unione, trattandosi di un "riconoscimento *à la carte*".

Quest'ultimo meccanismo trova il proprio fondamento teorico in una nuova relazione di fiducia che informa la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri dell'Unione e il Regno Unito, definibile quale fiducia reciproca essenziale. Il fondamento sostanziale di quest'ultima, infatti, appare più circoscritto rispetto alla fiducia reciproca, consistendo nell'adesione ai valori della democrazia e dello stato di diritto, nonché nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali previsti dalla Convenzione EDU.

La fiducia reciproca essenziale trova la propria concretizzazione sul piano formale in un obbligo, derivante dal principio di buona fede, di presumere il rispetto dei valori e dei diritti poc'anzi richiamati. Sul piano sostanziale, quest'ultima relazione potrebbe godere di un rimarchevole rafforzamento ad opera dello scrutinio della Corte EDU circa il rispetto dei diritti della Convenzione nell'applicazione del mandato d'arresto UE-Regno Unito. A tal riguardo, lo scritto ha mostrato come, nell'ambito della propria cognizione, la Corte di Strasburgo potrebbe trarre ispirazione dagli standard giurisprudenziali elaborati dalla Corte di giustizia con riferimento al sistema MAE.

Le riflessioni qui proposte rappresentano un primo tentativo di sistematizzazione del meccanismo di consegna post-recesso. Solo la futura prassi e analisi dottrinale potranno mostrare se le conclusioni formulate in questa sede possano ritenersi anche solo parzialmente corrette. Al contempo, il presente lavoro mira ad apportare un piccolo contributo alla più ampia riflessione circa le nuove prospettive della cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione europea. In quest'ultimo ambito, le relazioni tra gli Stati

membri UE e il Regno Unito si contraddistinguono quale terreno particolarmente fertile per l'insorgere di nuovi interrogativi, i quali necessiteranno di sempre più costante attenzione nel prossimo futuro.

LA PROPORZIONALITÀ DELLA SANZIONE:
UN PRINCIPIO RITROVATO?
NOTE A MARGINE DELLA SENTENZA NE

Miriana Lanotte*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il contesto giuridico nel quale il caso *NE* si inserisce, le conclusioni dell'AG e la soluzione della Corte di giustizia. – 3. L'effetto diretto del principio di proporzionalità della sanzione nella sentenza *NE*: Taricco *in bonam partem*? – 4. La disapplicazione delle disposizioni sanzionatorie nazionali: *vulnus* al principio di legalità e di separazione dei poteri? – 5. Conclusione.

1. Il principio di proporzionalità, definito dalla Corte di giustizia “principio generale dell'ordinamento comunitario”¹, “costituzionalizzato” con il

* Dottoranda di ricerca in Diritto europeo presso l'Università di Bologna.

¹ Il principio di proporzionalità, dopo essere stato implicitamente evocato in alcune sentenze (29 novembre 1956, causa 8/55, *Fédération Charbonnière de Belgique*; 14 dicembre 1962, cause riunite 5-11 e 13-15/62, *Società acciaierie San Michele*; 19 marzo 1964, causa 18/63, *Schmitz*), è stato tematizzato compiutamente nella pronuncia del 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*. Il quesito posto alla Corte, che ha trovato risposta positiva, era se la proporzionalità costituisse anche nell'ordinamento comunitario un limite generale della legislazione limitativa dei diritti fondamentali. Sul ruolo della Corte di giustizia nell'elaborazione dei principi generali, si veda, A. ADINOLFI, *I principi generali della giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 2, 1994, p. 521 ss.; G. TESAURO, *Il ruolo della Corte di giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*, in *La Costituzione europea. Annuario 1999, Atti del XIV convegno annuale*, Perugia, 7-8-9 ottobre 1999, Padova, 1999, p. 297 ss.; A. TIZZANO, *Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 1, 2009, p. 141 ss.; M. CONDINANZI, *Diritti, principi e principi generali nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea*, in L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAITTA (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino, 2016, p. 82 ss.; C. AMALFITANO, *General Principles of EU Law and the Protection of Fundamental Rights*, Cheltenham, 2018, pp. 110-146. Con particolare riferimento al principio di proporzionalità si veda, M. C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto*

Trattato di Maastricht², trova, oggi, il suo fondamento normativo in una serie di disposizioni che testimoniano la poliedricità di tale principio: nell'art. 5, par. 4, TUE³, e negli artt. 52, par.1, e 49, par. 3, CDFUE.

Ai sensi dell'art. 5, par. 4, TUE, il principio di proporzionalità coadiuva – insieme a quello di sussidiarietà – il sistema delle competenze, indicando la portata e l'intensità dell'azione dell'Unione, ovvero sia richiedendo che tutti gli atti delle istituzioni dell'UE siano idonei a raggiungere gli obiettivi perseguiti e, a tal fine, non vadano al di là di quanto necessario⁴. Rispetto all'esercizio della funzione legislativa, il principio di proporzionalità funge da criterio per la scelta del tipo di atto e del contenuto della misura da adottare⁵. In particolare, in materia penale⁶, esso include al suo interno – prima ancora del giudizio di *i)* idoneità, *ii)* necessità e *iii)* proporzionalità in senso

comunitario, Napoli, 1999, p. 157 ss.; G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo. L'esercizio delle competenze*, Milano, 2006, p. 235; D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 6, 2019, p. 903 ss.

² L. S. ROSSI, *La Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell'ordinamento comunitario*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2002, p. 565 ss.; K. LENAERTS, *Proportionality as a matrix principle promoting the effectiveness of EU law and the legitimacy of EU action*, in occasione dell'ECB Legal Conference 2021, *Continuity and change – how the challenges of today prepare the ground for tomorrow*, 25 November 2021, p. 1 ss.

³ Al quale si aggiunge il protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità. Sul principio si veda, P. DE PASQUALE, *Commento art. 5 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *I Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 44 ss.

⁴ Sentenza della Corte del 16 giugno 2015, causa C-62/14, *Gauweiler e a.*, punto 67; sentenza dell'11 dicembre 2018, causa C- 493/17, *Weiss e a.*, punto 72.

⁵ R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2020, pp. 447 e 448. Si sottolinea la diversa lettura di tale principio rispetto ai Trattati fatta dalla Corte costituzionale tedesca nella sentenza del 5 maggio 2020 (BVerfG, 2 BvR 859/15), per la quale si rinvia, *ex multis*, R. ADAM, *Il controlimite dell'“ultra vires” e la sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 1, 2020, pp. 9-27; G. TE-SAURO, P. DE PASQUALE, *La BCE e la Corte di giustizia sul banco degli accusati del Tribunale costituzionale tedesco*, in *Il diritto dell'Unione europea, Osservatorio europeo*, maggio 2020; T. MARZAL, *Is the BVerfG PSPP decision “simply not comprehensible”? A critique of the judgment's reasoning on proportionality*, in *verfassungsblog.de*, May 2020.

⁶ S. MONTALDO, *I limiti della cooperazione in materia penale nell'Unione europea*, Napoli, 2015, pp. 26-136; V. MANES, M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, Napoli, 2020, spec. pp. 31-40; V. MITSILEGAS, *Eu Criminal Law*, Oxford, 2022, spec. pp. 89-146.

stretto della misura⁷ – il corollario del diritto penale come *extrema ratio*⁸. Da ciò ne deriva che, in virtù di tale principio, il legislatore europeo deve prioritariamente valutare se l'intervento penale – in quanto mezzo di intervento più lesivo – sia l'unica soluzione, quella più giusta, o se siano disponibili altri strumenti⁹. In tal modo il principio di cui all'art. 5, par. 4, TUE, viene inteso come uso ragionevole del diritto penale (e, dunque, della pena) e diviene funzionale a limitare le scelte di criminalizzazione europee¹⁰.

La proporzionalità funge, inoltre, in virtù dell'art. 52, par. 1, CDFUE¹¹,

⁷ Per approfondire le tre fasi del *test* di proporzionalità si veda G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 225 ss. Questo schema ricalca quello messo a punto dal *Bundesverfassungsgericht*, come viene minuziosamente illustrato in dottrina da N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenze nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, p. 98.

⁸ Si legga *A Manifesto on European Criminal Policy*, 2009, p. 707; e, anche, comunicazione della Commissione europea, del 20 settembre 2011, *Verso una politica criminale europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione europea attraverso il diritto penale*, COM (2011) 573, punto 2.2.1., p. 12.

⁹ Con specifico riferimento ai rapporti tra diritto penale e principio di proporzionalità si veda S. MONTALDO, *EU Sanctioning Power and the Principle of Proportionality*, in S. MONTALDO, F. COSTAMAGNA, A. MIGLIO (eds.), *European Union Law Enforcement: The Evolution of Sanctioning Powers*, Torino, 2020, p. 115 ss.

¹⁰ W. DE BONDT, S. MIETTINEN, *Minimum Criminal Penalties in the European Union. In Search of Credible Justification*, in *European Law Journal*, n. 6, 2015, p. 724. Sul punto si veda sentenza della Corte del 20 marzo 2018, causa C-537/16, *Garlsson Real Estate*, punto. 48. Sembra essere in linea con il principio di *extrema ratio*, l'art. 83, par. 1, TFUE, che prevede una serie di elementi che consentono di intravedere la logica dell'*extrema ratio*: *i*) l'armonizzazione è possibile soltanto qualora si tratti di sfere di criminalità particolarmente gravi e che abbiano un carattere transnazionale (comma 1); *ii*) l'elenco delle sfere di criminalità vengono quantificate in dieci specifici settori (comma 2) che possono essere aumentati solo mediante una decisione unanime da parte del Consiglio, previa approvazione da parte del Parlamento europeo (comma 3). Sembra, altresì, essere rispondente al principio di *extrema ratio* l'art. 83, par. 2, TFUE, il quale determina che la competenza penale accessoria può essere validamente esercitata solo dopo aver esperito un giudizio di "indispensabilità". Sulla competenza penale accessoria si veda C. AMALFITANO, *Commento art. 83 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *I Trattati dell'Unione europea*, cit., p. 905 ss.; A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 1, 2012, p. 43 ss.

¹¹ F. FERRARO, N. LAZZERINI, *Commento all'art. 52*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 1061 ss.

da criterio di bilanciamento in caso di conflitto tra diritti fondamentali sanciti dalla Carta¹². La *ratio* della disposizione, che riprende pedissequamente il ragionamento della Corte di giustizia nel caso *Hubert Wachauf c. Repubblica Federale di Germania*, è la seguente: i diritti fondamentali, non essendo prerogative assolute¹³, possono essere soggetti a restrizioni purché queste ultime *i)* rispondano effettivamente a finalità d'interesse generale e *ii)* non si risolvano, tenendo conto dello scopo perseguito, in un intervento sproporzionato ed inammissibile che pregiudichi la stessa sostanza di tali diritti¹⁴. Ne consegue che la proporzionalità diviene – assieme al criterio prioritario del rispetto del contenuto essenziale dei diritti¹⁵ – canone che giustifica (o meno) potenziali limitazioni di diritti fondamentali¹⁶. In materia penale, una concreta applicazione dell'art. 52, par. 1, CDFUE la si riscontra con riferimento al diritto

¹² P. MANZINI, *La portata dei diritti garantiti dalla Carta dell'Unione europea: problemi interpretativi posti dall'art. 52*, in L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell'Unione Europea*, Milano, 2002, p. 127 ss.

¹³ Sono invece considerati diritti assoluti, la cui compressione non è in nessun caso consentita, il diritto alla vita e il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti. Con riferimento al divieto assoluto di trattamenti inumani e degradanti derivanti da carenze sistemiche dello Stato membro di ingresso o di esecuzione del MAE, si veda sentenza della Corte del 5 aprile 2016, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, *Aranyosi e Căldăraru*, punti 85-87; del 19 marzo 2019, causa C-163/17, *Jawo*, punto 78; del 15 ottobre 2019, causa C-128/18, *Dorobantu*, punto 62. Con riferimento al divieto di cui all'art. 4 CDFUE derivante dalla condizione individuale del richiedente asilo, suscettibile di essere "esacerbata da un trattamento risultante da condizioni di detenzione", si veda sentenza della Corte del 16 febbraio 2017, causa C-578/16 PPU, *C.K.*, punto 93.

¹⁴ Sentenza della Corte del 13 luglio 1989, causa 5/88, *Hubert Wachauf c. Repubblica Federale di Germania*, punto 18. Nello stesso senso sentenza della Corte del 13 aprile 2000, causa C-292/97, *Karlsson e a.*, punto 45.

¹⁵ K. LENAERTS, *Limits on Limitations: The essence of Fundamental Rights in the EU*, in *German Law Journal*, n. 19, 2020, pp. 779-793, spec. p. 781, in cui l'autore specifica che il concetto di essenza di un diritto fondamentale implica che ogni diritto ha un "nucleo duro" che garantisce a ogni individuo una sfera di libertà che deve sempre rimanere libera da interferenze. Tale nucleo è assoluto nella misura in cui non può essere soggetto a limitazioni.

¹⁶ 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, p. 19 ss. Il test di proporzionalità sarà, dunque, necessario allorquando la misura adottata (europea o nazionale) non comprime l'essenza del diritto fondamentale, v. K. LENAERTS, *Limits on Limitations*, cit., p. 781.

to, di cui all'art. 50 CDUE¹⁷, a non essere giudicato o punito due volte per lo stesso fatto nei casi in cui la normativa nazionale preveda un doppio binario sanzionatorio¹⁸.

¹⁷ C. AMALFITANO, R. D'AMBROSIO, *Commento all'art. 50*, in R. MASTROIANNI, O. POLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *op. cit.*, p. 1015 ss.

¹⁸ Si veda per tutti, P. DE PASQUALE, *Tutela dei diritti fondamentali: antinomie giurisprudenziali in materia di divieto di ne bis in idem*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con U. Villani*, Bari, 2017, p. 289 ss.; A. BERNARDI, *Il costo "di sistema" delle opzioni europee sulle sanzioni punitive*, in M. DONINI, L. FOFFANI, (a cura di), *La materia penale tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, p. 77 ss.; T. LOCK, *Fishing Rights Protection: the Court of Justice on the Application of the Charter in the Member States and the Reach of the ne bis in idem*, in V. MITSILEGAS, A. DI MARTINO, L. MANCANO (eds.), *The Court of Justice and European Criminal Law*, Oxford, 2019, pp. 245-258; B. NASCIMBENE, *Il divieto di bis in idem nella elaborazione della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Sistema Penale*, n. 4, 2020, p. 95 ss.; L. BIN, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, n. 3, 2020, p. 98 ss.; M. SCOLETTA, *Il principio europeo di ne bis in idem e i modelli punitivi "a doppio binario"*, in C. AMALFITANO - M. D'AMICO - S. LEONE (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europa nel sistema integrato di tutela*, Torino, 2022, p. 315 ss.). Il divieto del doppio giudizio, che inizialmente nella sua valenza processuale era finalizzato a vietare la duplicazione dei procedimenti, acquisisce, con le sentenze delle Corti sovranazionali, un significato sostanziale in virtù del quale è ammissibile un cumulo di procedimenti e di sanzioni con natura penale per lo stesso fatto se tale cumulo risulta dotato dei requisiti previsti dell'art. 52, par. 1, CDFUE. In particolare, i giudici di Lussemburgo (sentenza della Corte del 20 marzo 2018, causa C-524/15, *Menci*; sentenza *Garlsson Real Estate*, cit.; del 20 marzo 2018, cause riunite C-596/16 e 597/16, *Di Puma e Zecca*). Per un commento si v. N. RECCHIA, *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea in tema di ne bis in idem*, in *rivista.eurojus.it*, 22 marzo 2018. Prima di queste ultime sentenze, si legga anche sentenza della Corte del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*, punti 25-37 e del 5 giugno 2012, causa C-489/10, *Bonda*) prescrivono, in primo luogo, che la limitazione all'art. 50 CDFUE deve essere finalizzata ad un *obiettivo di interesse generale*, nel caso di specie, ad esempio, rappresentato dalla tutela effettiva degli interessi finanziari dell'Unione. In *secundis*, la restrizione al divieto del doppio giudizio per non costituire un intervento *inanmissibile* che pregiudichi la stessa sostanza dell'art. 50 CDFUE deve essere prevista da regole chiare e precise (al fine di garantire la prevedibilità del precetto penale per il soggetto imputato) e sostanziarsi in procedimenti coordinati tra loro (di modo da non aggravare l'onere probatorio dell'interessato, e, da ultimo). Da ultimo, la Corte stabilisce che il doppio binario, per non essere considerato *sproporzionato*, deve comportare un trattamento sanzionatorio complessivo limitato a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità dell'illecito in questione. Se ne deduce che, in questo caso, il *test* di proporzionalità della san-

Mentre gli artt. 5, par. 4, TUE e 52, par. 1, CDFUE, costituiscono una declinazione del principio di proporzionalità che si applica in via generale a tutti i settori dell'ordinamento, l'art. 49, par. 3, CDFUE, fa specifico riferimento alla materia penale e in particolare al divieto di adottare sanzioni sproporzionate.

Siffatto divieto rappresenta un principio che, prima di essere codificato nella Carta, è stato enunciato, solo in termini di adeguatezza della pena, nel caso *Sagulo*¹⁹, e, poi anche in termini di proporzionalità con riferimento a qualsiasi tipo di sanzione nazionale, nella sentenza relativa al *mais greco*²⁰. La *ratio* delle sentenze enunciate è la seguente: gli Stati membri devono prevedere nei confronti degli autori delle condotte lesive di beni/interessi comunitari una risposta sanzionatoria effettiva, proporzionata e dissuasiva²¹. Il tritti-

zione rappresenta uno dei criteri funzionali a giustificare la compressione – che, però, non deve tangere il contenuto essenziale – del diritto di cui all'art. 50 CDFUE.

¹⁹ Sentenza della Corte del 14 luglio 1977, causa 8/77, *Sagulo*, punto 12, in cui la Corte afferma: “Non si può escludere che le pene previste da una legislazione generale in materia di polizia degli stranieri, tenuto conto delle finalità di una siffatta legislazione, siano inadeguate alle esigenze risultanti dal diritto comunitario, fondato sulla libera circolazione delle persone e sull'applicazione generalizzata, salvo deroghe specifiche, del principio del trattamento nazionale; qualora uno Stato membro non abbia adattato la propria legislazione alle esigenze derivanti in materia dal diritto comunitario, il giudice nazionale dovrà far uso della libertà di valutazione riservatagli, al fine di pervenire all'applicazione di una *pena adeguata* alla natura ed allo scopo delle norme comunitarie di cui si vuole reprimere l'infrazione”.

²⁰ Sentenza della Corte del 21 settembre 1989, causa 68/88, *Commissione c. Grecia*, punto 24. Sentenza nota per aver formulato il principio di assimilazione (codificato, oggi, all'art. 325 TFUE) e per aver enunciato l'obbligo degli Stati membri di adottare tutte le misure, atte a garantire, se necessario anche penalmente, la portata e l'efficacia del diritto comunitario (punto 23), la si deve menzionare anche per aver richiamato l'attenzione sulla proporzionalità della sanzione. La Corte, al punto 24, afferma che: gli Stati membri “pur conservando la scelta delle sanzioni, devono segnatamente vegliare a che le violazioni del diritto comunitario siano sanzionate (...) e che, in ogni caso, conferiscano alla *sanzione* stessa carattere di effettività, di *proporzionalità* e di capacità dissuasiva”. A tale pronuncia è seguita anche la sentenza della Corte del 13 luglio 1990, C-2/88, *Zwartweld*, nella quale i giudici di Lussemburgo hanno ulteriormente specificato che in relazione alle violazioni più gravi solo sanzioni a carattere formalmente penale dovevano ritenersi in possesso dei requisiti di effettività, proporzionalità e dissuasività.

²¹ F. GIUFFRIDA, *Effectiveness, Dissuasiveness, Proportionality of Sanctions and Assimilation Principle: The Long-Lasting Legacy of the Greek Maize Case*, in V. MITSILEGAS, A. DI MARTINO, L. MANCANO (eds.), *op. cit.*, pp. 107-121.

co enunciato, elemento centrale per lo sviluppo e la costruzione del diritto penale europeo, esprime il rapporto tra due necessità: quella di garantire la previsione e l'irrogazione di sanzioni effettive e deterrenti e quella che queste sanzioni siano rispettose del principio di proporzionalità.

Nonostante la Corte avesse espressamente menzionato la garanzia della proporzionalità della sanzione, il dato più significativo che si ricavava dalla sentenza del mais greco era la previsione, pur in assenza di una base giuridica che lo consentisse, di obblighi penali nazionali derivanti dall'ordinamento comunitario²². Che il principio di proporzionalità della sanzione restasse sullo sfondo lo dimostra anche il fatto che pure dopo la sua codificazione nell'art. 49, par. 3, CDFUE, questa disposizione non ha ricevuto particolare attenzione da parte della giurisprudenza della Corte, se non nei casi aventi ad oggetto il potere sanzionatorio comunitario (e dunque della Commissione)²³.

L'articolo intende analizzare la sentenza *NE*²⁴, nella quale la Corte ha recentemente valorizzato il principio di proporzionalità della pena, e il contesto giuridico in cui essa si colloca (vedi *infra* par. 2). Posto che la pronuncia sviluppa un ragionamento suscettibile di generalizzata applicazione al campo sanzionatorio penale²⁵, l'obiettivo del presente contributo è quello di concentrarsi essenzialmente su due punti, ovvero: *i*) l'affermazione secondo cui il principio di proporzionalità della sanzione previsto dall'art. 20 della direttiva 2014/67/UE (e di conseguenza anche l'art. 49, par. 3, CDFUE) ha carattere imperativo ed è dotato di effetto diretto²⁶ (vedi *infra* par. 3) e *ii*) la circostanza che il giudice nazionale di fronte ad una sanzione sproporzionata debba disapplicare la parte della normativa da cui deriva la sproporzione²⁷ (vedi *infra* par. 4).

²² R. SICURELLA, *The Greek Maize Case. From sincere cooperation to Criminal Law Integration in EU*, in V. MITSILEGAS, A. DI MARTINO, L. MANCANO (eds.), *op. cit.*, pp. 122-135.

²³ In questo senso, si veda, tra le altre, sentenza della Corte del 7 giugno 1983, cause riunite da 100 a 103/80, *Musique Diffusion Française c. Commissione*, punti 23-25; del 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, *Aalborg Portland e a. c. Commissione*, punti 364-374.

²⁴ Sentenza della Corte dell'8 marzo 2022, causa C- 205/20, *NE*.

²⁵ F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce della recentissima sentenza della corte di giustizia*, in *Sistema penale*, 26 aprile 2022, spec. p. 15.

²⁶ Sentenza *NE*, cit., punti 23 e 31.

²⁷ *Ibidem*, punti 39 e 57.

2. Come anticipato, in ambito europeo il principio di proporzionalità della sanzione ha iniziato ad avere una certa rilevanza solo negli ultimi anni. Più specificatamente, come anche accaduto nel caso che qui si commenta, le questioni sollevate dai giudici nazionali avevano ad oggetto la compatibilità di disposizioni sanzionatorie nazionali con il diritto europeo, e in particolare, con il principio di proporzionalità sancito in disposizioni di diritto derivato (contenenti la formula *greek maize*).

Nella sentenza *Link Logistik N&N*²⁸ la Corte di giustizia si è occupata dell'interpretazione dell'art. 9 *bis* della direttiva 1999/62/CE che obbliga il legislatore nazionale a predisporre un sistema sanzionatorio effettivo, deterrente e proporzionato in casi di violazione degli obblighi in materia di tassazione a carico di autoveicoli pesanti adibiti al trasporto di merci²⁹. In questa circostanza la Corte ha affermato, diversamente dalle conclusioni dell'Avvocato generale Bobek (d'ora in poi AG)³⁰, che la citata norma non potesse avere effetto diretto. L'art. 9 *bis* della direttiva 1999/62/CE, secondo i giudici di Lussemburgo, risultava carente dei requisiti di precisione e incondizionatezza in quanto non stabiliva alcun criterio esplicito né in ordine alla fissazione delle sanzioni nazionali né in ordine alla valutazione della proporzionalità delle sanzioni³¹. Inoltre, la disposizione controversa stabiliva un obbligo che per sua natura richiedeva l'intervento di una misura da parte del legislatore nazionale.

Vieppiù, secondo i giudici europei l'effetto diretto del requisito della proporzionalità della sanzione avrebbe condotto all'eliminazione del potere discrezionale del legislatore nazionale e alla sostituzione di quest'ultimo da

²⁸ Sentenza della Corte del 4 ottobre 2018, causa C-384/17, *Link Logistik N&N*.

²⁹ I quesiti pregiudiziali posti dal giudice ungherese, che dubitava della proporzionalità della sanzione (commisurata in modo fisso dal legislatore nazionale) irrogata a carico del conducente di un camion per l'omesso pagamento di un pedaggio autostradale, erano: *a*) se il requisito di cui all'art. 9 *bis* direttiva 1999/62 costituisce una disposizione direttamente applicabile; *b*) se l'interpretazione del diritto interno in conformità al diritto dell'Unione consente e richiede che il giudice e l'amministrazione nazionali integrino – in mancanza di intervento legislativo a livello nazionale – la normativa ungherese rilevante nella specie con i criteri sostanziali del requisito di proporzionalità.

³⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale Bobek, del 26 giugno 2018, causa C-384/17, *Link Logistik*.

³¹ Sentenza *Link Logistik*, cit., punto 52.

parte dei giudici nazionali³². Tuttavia, la Corte concludeva – e qui è importante ricordare che la pronuncia è antecedente alla sentenza *Poplawski II*³³ – che sebbene il requisito della proporzionalità delle sanzioni non avesse effetto diretto, il giudice nazionale avrebbe dovuto tutelare pienamente i diritti concessi dal diritto dell'Unione agli individui, disapplicando se necessario la normativa nazionale contraria al diritto europeo³⁴.

Sembra allora che il caso *NE*, in cui la conclusione appena riportata viene in parte ribaltata (posto che si afferma che il principio di proporzionalità ha effetto diretto) e in parte confermata (in relazione al fatto che il giudice

³² *Ibidem*, punti 54 e 55.

³³ Sentenza della Corte del 24 giugno 2019, causa C-573/17, *Poplawski II*. Si veda D. GALLO, *La disapplicazione è sempre figlia dell'effetto diretto, non del (solo) primato: Poplawski*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital Revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna, 2020, p. 81 ss.; K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, T. CORTHAUT, *EU Constitutional Law*, Oxford, 2021, p. 636 ss.; L. S. ROSSI, *Effetti diretti delle norme dell'Unione europea e invocabilità di esclusione: i problemi aperti della seconda sentenza Poplawski*, in *Giustizia Insieme*, 3 febbraio 2021, p. 1 ss.; B. DE WITTE, *Direct Effect, Primacy, and the Nature of the Legal Order*, in P. CRAIG, G. DE BÚRCA (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2021, pp. 187 ss.; D. MIASIK, M. SZWARC, *Primacy and direct effect - still together: "Poplawski II"*, in *Common Market Law Review*, n. 2, 2021, p. 571 ss.; D. GALLO, *Rethinking direct effect and its evolution: a proposal*, in *European Law Open*, n. 1, 2022, p. 576 ss. Nella sentenza *Poplawski II* la Corte compie una ricostruzione importante dei rapporti tra effetto diretto e disapplicazione. La questione che rimaneva ancora ambigua dopo decenni dall'affermazione di questi principi cardine (sentenza della Corte del 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmmenthal*, punto 17; del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend & Loos*, p. 11-13) era se la disapplicazione fosse condizionata all'effetto diretto della disposizione di diritto UE. Si leggano i contributi contenuti in *50th Anniversary of the Judgment in Van Gend en Loos 1963-2013: conference proceedings*, (a cura di) A. TIZZANO, J. KOKOTT, S. PRECHAL, Lussemburgo, 13 maggio 2013. Prima della sentenza *Poplawski II* la Corte aveva ammesso la disapplicazione nonostante la disposizione non avesse effetto diretto (sentenza *Link Logistik*, cit.), senza accertare prima l'effetto della disposizione di diritto UE (sentenza della Corte del 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Lucchini*), o anche senza compiere nel suo ragionamento alcun rinvio all'effetto diretto (sentenza della Corte del 30 aprile 1996, causa C-194/94, *Cia Security International* e del 26 settembre 2000, causa C-443/98, *Unilever*). Con *Poplawski II* i giudici di Lussemburgo prendono una posizione netta sui rapporti tra effetto diretto e disapplicazione affermando, con un ragionamento ben approfondito ma ricche di insidie, che la disapplicazione è sempre subordinata all'effetto diretto non solo per quanto riguarda le decisioni quadro ma anche per tutti gli altri atti di diritto dell'Unione (punti 58-70).

³⁴ Sentenza *Link Logistik*, cit., punti 60 e 62.

deve disapplicare la disposizione nazionale), si iscriva in un *trend* giurisprudenziale volto ad analizzare ancora la formula *greek maise* e a valorizzare la proporzionalità della pena, quale limite all'obbligo sanzionatorio imposto agli Stati.

La controversia che ha dato origine alla sentenza *NE* riguarda l'inosservanza da parte di un'azienda degli obblighi in materia di diritto del lavoro relativi ai lavoratori distaccati. Nello specifico, la società slovacca CONVOL s.r.o. è stata multata per aver distaccato i propri dipendenti presso una società austriaca senza rispettare gli obblighi di legge nazionali relativi alla disponibilità dei dati salariali e previdenziali.

Siffatta vicenda è stata oggetto di un primo rinvio pregiudiziale concernente la conformità delle sanzioni austriache all'art. 56 TFUE, nella misura in cui la normativa nazionale si qualifica come una restrizione alla libera prestazione di servizi, e all'art. 20 della direttiva 2014/67/UE in quanto le sanzioni non rispetterebbero la prescrizione per cui le sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive. Posto che la questione era identica a quella risolta nella sentenza *Maksimovic e.a.*³⁵ (anche se in questo caso la Corte aveva valutato la questione solo prendendo come riferimento l'art. 56 TFUE), i giudici hanno statuito con ordinanza – *ex art. 99* dello Statuto della Corte – che le norme nazionali controverse non erano in linea con il requisito di proporzionalità previsto dall'articolo 20 della direttiva 2014/67/UE³⁶. Più nel dettaglio, secondo la Corte, quest'ultima disposizione deve essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale che prevede (per l'inosservanza degli obblighi lavoristici surrichiamati) l'irrogazione di ammende che: *i*) non possono essere inferiori a un importo minimo predefinito; *ii*) che si applicano cumulativamente per ciascun lavoratore interessato e senza un limite massimo; e *iii*) alle quali si aggiunge un contributo alle spese processuali pari al 20% dell'importo delle ammende in caso di rigetto del ricorso contro la decisione che irroga tali ammende³⁷.

Nonostante tale conclusione il legislatore austriaco non ha modificato la normativa e, parallelamente, i tribunali superiori nazionali hanno emesso una

³⁵ Sentenza della Corte del 12 settembre 2019, cause riunite C-64/18, C-140/18, C-146/18 e C-148/18, *Maksimovic e. a.*

³⁶ Una conclusione analoga è stata raggiunta dalla Corte di giustizia, nell'ordinanza del 19 dicembre 2019, cause riunite C-140/19, C-141/19 e da C-492/19 a C-494/19, *EX e altri*.

³⁷ Ordinanza della Corte del 19 dicembre 2019, causa C-645/18, *NE*, punto 43.

giurisprudenza divergente³⁸ in materia che ha portato a tentare la strada di un secondo rinvio pregiudiziale.

Questa volta il giudice austriaco chiedeva ai giudici di Lussemburgo: *a)* se l'art. 20 della direttiva, secondo il quale le sanzioni devono essere proporzionate, abbia effetto diretto; *b)* in caso negativo, se il giudice nazionale, nell'impossibilità di procedere a interpretazione conforme della normativa interna rispetto al requisito di proporzionalità delle sanzioni, sia tenuto a disapplicare tale normativa nella sua interezza ovvero se possa integrarla in modo da imporre sanzioni proporzionate.

L'AG, con argomentazioni più analitiche rispetto alla Corte di giustizia, ha proposto una risposta positiva alla prima domanda sostenendo che l'art. 20 della direttiva 2014/67/UE, seppure a prima vista vago, risulti chiaro e preciso³⁹. In particolare, può dirsi chiaro: *a)* che le pene inflitte non devono andare al di là di quanto è strettamente necessario; *b)* che la proporzionalità delle sanzioni va commisurata rispetto alla gravità dell'infrazione commessa; *c)* che nel determinare la pena si deve tenere conto delle specifiche circostanze del caso di specie⁴⁰. Inoltre, la norma, secondo l'AG, risponde anche al requisito dell'incondizionalità nella misura in cui sebbene lasci agli Stati

³⁸ Come illustrato nelle conclusioni dell'AG Bobek nella causa *NE* (punti 75-85), da una parte vi è stato l'approccio adottato nella sentenza del Verwaltungsgerichtshof (Corte suprema amministrativa) che ha dichiarato che per conformarsi al diritto dell'Unione, non si doveva tener conto dell'espressione "per ciascun lavoratore interessato". Disapplicare tale espressione equivale non solo a ridurre considerevolmente l'importo potenziale delle sanzioni pecuniarie, e introdurre una cornice editale chiara degli importi ammissibili, ma anche ad introdurre un massimo editale complessivo. Inoltre, la Corte suprema amministrativa ha dichiarato che anche le sanzioni pecuniarie minime previste dalla legge non dovevano più essere applicate. Dall'altra parte, il Verfassungsgerichtshof (Corte costituzionale) ha adottato una posizione diversa. Pronunciandosi su un ricorso costituzionale diretto contro una decisione di un giudice amministrativo di grado inferiore che irrogava sanzioni, la Corte costituzionale ha tenuto conto delle conclusioni della Corte nella sentenza *Maksimovic*, per dichiarare la violazione del diritto di proprietà. Dopo aver ricordato la giurisprudenza della Corte secondo la quale i giudici nazionali devono applicare integralmente il diritto dell'Unione, disapplicando, se necessario, qualsiasi disposizione contraria del diritto nazionale, la Corte costituzionale ha annullato le sanzioni inflitte. Nel giungere a tale conclusione, la Corte costituzionale ha dichiarato che l'applicazione di sanzioni nazionali incompatibili con norme dell'Unione dotate di effetto diretto equivale a imporre sanzioni senza un adeguato fondamento giuridico.

³⁹ Conclusioni dell'Avvocato generale Bobek alla causa *NE*, cit., punto 36.

⁴⁰ *Ibidem*, punto 37.

membri un margine discrezionale, essa impone loro un limite sufficientemente chiaro⁴¹. Siffatta tesi viene, altresì, ulteriormente arricchita da considerazioni di natura sistematica. In primo luogo, l'AG sostiene che negare l'effetto diretto dell'art. 20 della direttiva significherebbe negare l'effetto diretto all'art. 49, par. 3, CDFUE, non considerando che, sebbene la Corte non si sia ancora occupata di questa specifica previsione, essa ha statuito l'effetto diretto di altre disposizioni della Carta⁴², altrettanto vaghe⁴³. In secondo luogo, l'AG ha ricordato che nella sentenza *Maksimovic* la Corte ha dichiarato le disposizioni nazionali oggetto della causa *NE* contrarie all'articolo 56 TFUE in quanto sproporzionate. Egli, dunque, sostiene che sarebbe paradossale ritenere le previsioni sanzionatorie nazionali disapplicabili in quanto contrarie al divieto generale di introdurre ostacoli sproporzionati alla libera circolazione, e non perché contrarie alla più specifica disposizione riguardante la proporzionalità delle sanzioni prevista dalla direttiva⁴⁴. Da ultimo, l'AG sostiene che se la Corte, nel caso *Taricco*⁴⁵, ha ritenuto che l'obbligo in capo agli Stati di adottare sanzioni efficaci al fine di tutelare gli interessi finanziari, ex art. 325 TFUE, ha effetto diretto, sarebbe difficilmente giustificabile che,

⁴¹ *Ibidem*, punti 40-42.

⁴² Sul tema dell'effetto diretto della Carta, per tutti, si veda L. S. ROSSI, "Stesso valore giuridico dei trattati"? *Rango, primato ed effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 2, 2016, p. 336 ss.; K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, T. CORTHAUT, *op. cit.*, p. 636 ss.; F. COSTAMAGNA, *Diritti fondamentali e i rapporti tra privati nell'ordinamento dell'Unione europea*, Torino, 2022, spec. pp. 79-137.

⁴³ L'AG (punti 47-48) fa espresso riferimento al diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva (sentenze della Corte del 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Egenberger*, punto 78; del 29 luglio 2019, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. e a. - Indipendenza della Sezione disciplinare della Corte suprema*, punto 162), al principio di non discriminazione fondata sulla religione o sulle convinzioni personali (sentenza della Corte dell'11 settembre 2018, causa C-68/17, *IR*, punto 69 e del 22 gennaio 2019, causa C-193/17, *Cresco Investigation*, punto 76); il principio di *ne bis in idem* (sentenza *Garlsson Real Estate*, cit., punto 66) o il diritto a ferie retribuite (sentenza del 6 novembre 2018, cause riunite C-569/16 e C-570/16, *Bauer e Willmeroth*, punto 85).

⁴⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale *Bobek* alla causa *NE*, cit., punti 49-52.

⁴⁵ Sentenza della Corte dell'8 settembre 2015, causa C-105/2014, *Taricco*. Nell'impossibilità di raccogliere in una sola nota la riflessione della dottrina sulla vicenda, si rinvia a tre volumi completi: A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti: primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017; A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017; C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea*, Milano, 2018.

invece, l'obbligo per gli Stati di prevedere che le stesse sanzioni siano proporzionate non lo avesse⁴⁶.

Accogliendo la tesi dell'AG, la Corte di giustizia, con una sentenza concisa e laconica, ha compiuto un *overruling*⁴⁷ della sua precedente giurisprudenza (pronuncia *Link Logistic*). I giudici del Lussemburgo, riducendo l'argomentazione "allo stretto necessario", hanno affermato che l'articolo 20 della direttiva 2014/67/UE, laddove esige che le sanzioni siano proporzionate, è dotato di effetto diretto e può essere invocato dai singoli dinanzi ai giudici nazionali nei confronti di uno Stato membro che l'abbia recepito in modo non corretto. Inoltre, e questo coerentemente con quanto affermato in tema di rapporti tra effetto diretto e disapplicazione nella sentenza *Poplawski II*⁴⁸, la Corte impone alle autorità nazionali l'obbligo di disapplicare una normativa nazionale, parte della quale è contraria all'articolo 20 della direttiva 2014/67, nei soli limiti necessari per consentire l'irrogazione di sanzioni proporzionate⁴⁹.

3. Ci si deve chiedere, allora, sulla base di quali argomentazioni giuridiche – e se esse risultino convincenti – la Corte di giustizia ha giustificato il cambio di passo nella sentenza *NE*.

I giudici di Lussemburgo, invero, non hanno offerto un ragionamento chiaro e puntuale.

La Corte per spiegare l'effetto diretto dell'art. 20 della direttiva 2014/67/UE (e dell'art. 49, par. 3, CDFUE)⁵⁰ ha fatto riferimento, come

⁴⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale *Bobek* alla causa *NE*, cit., punti 53-54.

⁴⁷ La sentenza, come sottolineato da X. GROUSSOT, A. LOXA, *Of the Practicability of Direct Effect and the "Doctrine of Change"*, in *EU Law Live*, 29 March 2022, pp. 2-3, rientra in una categoria esclusiva di sentenze in cui la Corte ha proceduto a un *overruling* aperto ed esplicito. Questo risultato, a parere di chi scrive, potrebbe derivare da almeno tre circostanze: a) la riproposizione delle conclusioni dell'AG *Bobek*; b) la diversa composizione del collegio giudicante rispetto alla sentenza *Link Logistik*; c) la pronuncia della Corte nel caso *Poplawski II*.

⁴⁸ Vedi nota sopra n. 33.

⁴⁹ Sentenza *NE*, cit., punto 58.

⁵⁰ Sul tema dell'effetto diretto la dottrina è amplissima, *ex multis*, J. A. WINTER, *Direct applicability and direct effect – Two distinct and different concepts in Community Law*, in *Common Market Law Review*, 1972, p. 425 ss.; P. PESCATORE, *The Doctrine of "Direct Effect": An Infant Disease of Community Law*, in *European Law Review*, 1983, p. 155 ss.; P. CRAIG, *Once upon a Time in the West: Direct Effect and the Federalization of EEC Law*, in *Oxford*

spesso accade⁵¹, al solo requisito dell'incondizionatezza⁵². Tale carattere incondizionato deriverebbe, da una parte, dal fatto che la suddetta disposizione si esprime "in termini assoluti"⁵³, ovvero si afferma in maniera perentoria che le pene inflitte non devono andare al di là di quanto è strettamente necessario per raggiungere l'obiettivo legittimamente perseguito⁵⁴. Dall'altra parte, il carattere incondizionato della norma deriverebbe dalla circostanza che il divieto di non adottare sanzioni sproporzionate "non richiede l'emanazione di alcun atto delle istituzioni europee (...) e non attribuisce affatto agli Stati membri la facoltà di condizionare o di restringere la portata di tale divieto". Gli Stati, dunque, sono chiamati a rispettare sempre tale principio e qualora uno Stato membro oltrepassi il suo potere discrezionale, adottando una normativa nazionale che prevede sanzioni sproporzionate, l'interessato deve poter invocare direttamente il requisito di proporzionalità delle sanzioni⁵⁵.

Journal of Legal Studies, 1992, p. 453 ss.; L. DANIELE, *Tendenze attuali della giurisprudenza comunitaria in merito alla nozione di norma direttamente efficace*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1995, p. 219 ss.; P. CRAIG, *Directives: Direct Effect, Indirect Effect and the Construction of National Legislation*, in *European Law Review*, 1997, p. 519 ss.; G. CONTALDI, *Effetto diretto e primato*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 2124; K. LENAERTS, T. CORTHAUT, *Of Birds and Hedges: The Role of Primacy in Invoking Norms of EU Law*, in *European Law Review*, 2006, p. 287 ss.; S. PRECHAL, *Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union*, in C. BARNARD (eds.), *The Fundamentals of EU Law Revisited. Assessing the Impact of the Constitutional Debate*, Oxford, 2007, pp. 35 ss.; M. DOUGAN, *When Worlds Collide! Competing Visions of the Relationship Between Direct Effect and Supremacy*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 931 ss.; E. CANNIZZARO, *La dottrina degli effetti diretti in taluni dei suoi sviluppi più recenti*, in M. DISTEFANO (a cura di), *L'effetto diretto delle fonti dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea*, Napoli, 2017, pp. 9-20; D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018; M. DOUGAN, *Primacy and the Remedy of Disapplication*, in *Common Market Law Review*, 2019, p. 1459 ss.; B. DE WITTE, *op. cit.*, p. 187 ss.

⁵¹ Sentenza della Corte del 5 aprile 1979, causa 148/78, *Ratti*, punto 23; del 1° luglio 2010, causa C-194/08, *Gassmayr*, punto 45.

⁵² In senso critico si veda, D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, cit., pp. 163-202; ID., *Rethinking direct effect and its evolution*, cit., p. 592.

⁵³ Sentenza *NE*, cit., punto 23.

⁵⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale Bobek alla causa *NE*, cit., punto 37.

⁵⁵ Sentenza *NE*, cit., punto 30.

L'argomentazione dei giudici di Lussemburgo non convince e sembra sovrapporre piani e requisiti diversi. Se, da un lato, l'art. 20 della direttiva – e di conseguenza l'art. 49, par. 3, CDFUE⁵⁶ – può definirsi non incondizionato ma chiaro rispetto al risultato finale che gli Stati membri devono raggiungere (ovverosia la predisposizione di un sistema sanzionatorio che sia proporzionato all'offesa/al reato), tutt'altro che chiari e definiti appaiono, invece, i criteri che guidano la valutazione – che deve fare il legislatore, in astratto, quando stabilisce il *quantum* sanzionatorio e il giudice, in concreto, quando irroga la sanzione – della proporzionalità. La vicenda rievoca – e lo stesso AG l'ha citata nelle sue conclusioni⁵⁷ – la tanto tormentata “saga” Taricco⁵⁸, con la sola – non trascurabile – differenza che in quest'ultimo caso gli effetti per il singolo erano *in malam partem*. Anche in quella occasione, il “peccato originale”⁵⁹ della Corte consisteva nell'aver dichiarato l'efficacia diretta dell'art. 325 TFUE⁶⁰ che se nell'obiettivo – l'effettività della tutela da apprestare agli interessi finanziari europei – può dirsi chiaro, nel contenuto degli obblighi per gli Stati membri, invero, non lo è⁶¹. E così, confermando la teoria dei corsi e ricorsi storici, la storia si ripete anche per il principio di proporzionalità.

⁵⁶ *Ibidem*, punto 31. Si veda sul punto, D. GALLO, *Rethinking direct effect and its evolution*, cit. p. 592.

⁵⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale Bobek alla causa *NE*, cit., punti 53 e 54.

⁵⁸ Sentenza *Taricco*, cit. Si veda sopra nota n. 45.

⁵⁹ G. DI FEDERICO, *La “saga Taricco”: il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e vice-versa)*, in *federalismi.it*, 23 maggio 2018, n. 11, 2018, spec. pp. 3-7.

⁶⁰ Base giuridica su cui si è discusso molto sia perché era stata la prima base giuridica scelta della Commissione per la proposta della direttiva PIF (v. L. PICOTTI, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della Procura europea*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 novembre 2013, pp. 1-31; A. DAMATO, *La tutela degli interessi finanziari tra competenze dell'Unione e obblighi degli Stati membri*, Bari, 2018), sia, come ricordato nel testo, per il ruolo svolto nella vicenda *Taricco*, v. C. AMALFITANO, *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione da parte della Corte di giustizia?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 9, 2016; D. GALLO, *La Corte costituzionale chiude la “saga Taricco”: tra riserve di legge, opposizione de facto del controlimite e implicita negazione dell'effetto diretto*, in *Europeanpapers.eu*, n. 2, 2018, p. 885 ss.

⁶¹ In senso critico rispetto alla diretta efficacia dell'art. 325 TFUE, E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in A. BERNARDI (a cura di), *op. cit.*, p. 45 ss.

Si deve notare che la proporzionalità, intesa in senso giuridico, sebbene cerchi di ricalcare il concetto matematico in virtù del quale due grandezze variabili sono in rapporto costante e proporzionato tra di loro, non è calcolabile attraverso una operazione matematica, come sembra dal ragionamento della Corte; qui le grandezze (reato e sanzioni) sono messe in relazione tra di loro ma necessitano di essere meglio indagate e individuate. Mancano, o meglio andrebbero elaborate, traendo dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, le coordinate essenziali della proporzionalità della sanzione, altrimenti il rischio è quello di essere in presenza di una norma che è un contenitore vuoto.

Se è evidente dall'art. 49, par. 3, CDFUE (e dalle disposizioni contenute nelle direttive che riprendono la formula *mais greco*) che il rapporto di proporzionalità si instaura tra sanzione e reato⁶², e quindi, sembra chiaro che l'ordinamento europeo accoglie un modello di proporzionalità rispetto al fatto commesso⁶³ (in particolare rispetto alla sua gravità)⁶⁴ e non rispetto ai fini della pena⁶⁵, si deve, d'altro canto, ricordare che la valutazione della proporzionalità presuppone necessariamente l'articolazione di una scala di valori e interessi da tutelare⁶⁶. Infatti, il punto di partenza del giudizio di proporzionalità è l'identificazione dell'interesse/bene giuridico fondamentale che giu-

⁶² In senso critico, M. GAMBARDELLA, *Il principio di proporzionalità della pena e la Carta dei diritti fondamentali*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, n. 11, 2020, p. 113. L'autore sottolinea che se si legge la versione inglese e quella francese dell'art. 49, par. 3, della Carta si osserva come soltanto la versione italiana sembra richiedere un accertamento "in concreto" della proporzionalità della pena (le "pene inflitte"); mentre nelle altre due si fa riferimento alla gravità, alla severità, all'intensità della pena senza ancorare esplicitamente il concetto alla fase di irrogazione giudiziale della sanzione criminale (*the "severity of penalties" must not be disproportionate to the criminal offence; "l'intensité des peines" ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'infraction*).

⁶³ Ciò emerge dalla sentenza *Garlsson Real Estate*, cit., punto 56.

⁶⁴ Sentenza della Corte del 12 luglio 2018, causa C-451/14, *Fujikura*; sentenza del 21 maggio 2014, causa 519/09, *Toshiba Carp*; sentenza del 12 dicembre 2012, causa C-588/08, *Eni*.

⁶⁵ F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, Torino, 2021, p. 112 ss.; R. A. DUFF, *Proportionality and Criminal Law: Proportionality of What to What?*, in E. BILLIS, N. KNUST, J. P. RUI (eds.), *Proportionality in Crime control and Criminal Justice*, 2021, p. 29 ss.

⁶⁶ M. BÖSE, *The Principle of Proportionality and the Protection of Legal Interests*, in *European Criminal Law Review*, n. 1, 2011, p. 37 ss.

stifica la scelta di criminalizzare una condotta⁶⁷. Tale concetto non è da confondersi con quello dello “scopo legittimo” della norma penale. La differenza sembra di poco momento, invero, rappresenta un punto centrale: lo scopo della previsione penale è quello di prevenire la commissione del reato e punire coloro i quali si rendono autori di condotte che mettono a rischio o ledono un bene/interesse fondamentale, che costituisce, invece, l’oggetto giuridico della tutela che può essere individuale, collettivo, pubblico/istituzionale. Se si desse prioritaria importanza allo scopo piuttosto che all’interesse da tutelare, avremmo un diritto penale di “lotta”⁶⁸ – come se il diritto penale costituisse un’arma – e non un diritto penale come forma di giustizia garantista. Il fatto che l’Unione europea disponga di una competenza penale indiretta (art. 83, parr. 1 e 2, TFUE) – esercitata, per il momento, in chiave di “lotta” alla criminalità⁶⁹ – e non disponga, invece, di un sistema di misure sanzionatorie armonizzato non consente ancora di intravedere un vero e proprio sistema europeo di interessi e beni giuridici da tutelare mediante il diritto penale. La predisposizione di tale assetto permetterebbe di valutare la proporzionalità delle sanzioni non solo in relazione alla gravità del reato, ma anche in relazione alle diverse sanzioni previste dall’ordinamento tutto. Stabilire un sistema di beni giuridici da preservare consente, infatti, al legislatore di clas-

⁶⁷ Sul concetto di bene giuridico, F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, p. 350 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, p. 5; D. PULITANÒ, *Voce offensività del reato (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, 2015 p. 665 ss.; V. MANES, *Proporzionalità senza geometrie*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2016, p. 2105 ss. Qui l’autore chiarisce che il rango del bene tutelato, la gerarchizzazione costituzionale, l’offesa e gradazione, la sanzione minacciata in astratto e in concreto rappresentano il “necessario puntello di ogni giudizio di (s)proporzionalità in ordine al *quantum* sanzionatorio”.

⁶⁸ M. DONINI, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi ad esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale*, n. 2, 2007, p. 58.

⁶⁹ Sul punto si pensi alla direttiva (UE) 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*; alla direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2017, *sulla lotta contro il terrorismo* e che sostituisce la decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio e che modifica la decisione 2005/671/GAI del Consiglio; alla direttiva (UE) 2018/1673 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2018, *sulla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale*.

sificare i reati in base alla loro gravità e di associare le diverse categorie di reati a determinate pene (proporzionalità ordinale) e al giudice di determinare le pene proporzionate per ogni rango di reati (proporzionalità cardinale)⁷⁰. Ciò che si intende sottolineare è che la proporzionalità della pena va considerata alla luce dell'intero sistema sanzionatorio – per ora solo – nazionale (a volte non solo penale) e che la quantità e qualità della sanzione diventano “specchio del differente valore attribuito all'ordinamento – *sempre per ora nazionale* – ai beni giuridici offesi” (corsivo aggiunto)⁷¹.

Si deve fare i conti, inoltre, con il fatto che il principio di proporzionalità negli ordinamenti nazionali europei (con le dovute differenze) è legato a doppio filo ad altri principi costituzionali – funzionali, a loro volta, a stabilire i parametri deputati a concretizzare il vaglio di proporzionalità –, quali il principio di uguaglianza, di colpevolezza, di offensività⁷² e – con particolare riguardo all'ordinamento italiano – della funzione rieducativa della pena⁷³. Si pensi al principio di colpevolezza, il cui ruolo cambia in sede di commisurazione della sanzione a seconda dalla funzione che quest'ultima assume nell'ordinamento (retributiva, preventiva, risocializzante). In ottica retributi-

⁷⁰ N. AUDENAERT, *Mind the Proportionality Gap! Scrutinizing the Theoretical Framework for Offenders who have Committed Multiple Offences in EU*, in *European Criminal Law Review*, n. 12, 2022, p. 155.

⁷¹ C. F. GROSSO, P. PISA, M. PELISSERO, D. PETRINI, *Manuale di diritto penale*, Torino, 2023, p. 663.

⁷² V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 5; ID., *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”*, in *Diritto penale contemporaneo*, 17 gennaio 2018, p. 1 ss.

⁷³ Si veda, per quanto riguarda il sistema italiano, la sentenza della Corte costituzionale n. 264/1974 in cui la Corte afferma la polifunzionalità della sanzione. Sulla base di tale concezione, la Corte stabilisce che tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena, da un lato, quella di prevenzione generale e difesa sociale, dall'altro quelle di prevenzione speciale e di rieducazione, non può stabilirsi a priori una gerarchia statica assoluta che valga una volta per tutte e non in ogni condizione (sentenza della Corte costituzionale del 7 agosto 1993, n. 306; sentenza del 4 luglio 2006, n. 257). Vi è tuttavia la necessità che la finalità rieducativa non venga elusa o obliterata, in quanto qualità essenziale e generale che caratterizza la pena nel suo contenuto e l'accompagna da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue (sentenza n. 313/1990). Infatti, proprio in nome della funzione rieducativa la Corte ha svolto un sindacato intenso su alcune presunzioni di pericolosità, ovvero su automatismi sanzionatori, in contrasto con il principio della funzione rieducativa. Si vedano sul punto le sentenze nn. 322/2007, 129/2008, 149/2018.

va la pena è intesa come corrispettivo della colpevolezza; diversamente, quando la sanzione svolge la funzione di prevenire la commissione (o la ricommissione da parte di un soggetto che si è già reso autore del fatto criminoso) di reati, la colpevolezza funge da limite alla irrogazione della pena; e ancora, nella prospettiva risocializzante la colpevolezza rappresenta elemento fondamentale per assolvere alla stessa funzione rieducativa⁷⁴. Tra l'altro, i principi citati condizionano anche la scelta degli elementi tanto oggettivi, quanto soggettivi, che vanno presi in considerazione, prima dal legislatore, per costruire la fattispecie di reato e, poi, dal giudice, al fine di valutare la gravità (che serve a graduare la sanzione⁷⁵ non solo nella fase di commisurazione della pena ma anche nella fase esecutiva⁷⁶) del fatto commesso.

Da ultimo, ci si deve interrogare anche su quale tipo di giudizio è quello di proporzionalità, ovverosia se si tratti di un sindacato della pena condotto mediante la comparazione con le sanzioni previste per altre fattispecie criminali ritenute assimilabili o un sindacato condotto direttamente, in termini assoluti, sull'entità della pena o, ancora, di entrambi, a seconda dei casi. La mancanza di un sistema di sanzioni armonizzato e la stessa pronuncia *NE* sembrano suggerire un giudizio di proporzionalità che non necessiti di un *tertium comparationis*, un giudizio volto, quindi, a rinvenire un'intrinseca irragionevolezza e sproporzione della sanzione. Sennonché, non tutte le sproporzioni sanzionatorie si possono rintracciare attraverso questo giudizio in-

⁷⁴ Sentenze della Corte costituzionale del 1988, n. 364 e n. 1085 in cui si afferma il collegamento tra il principio di colpevolezza e la funzione rieducativa della pena. La Consulta stabilisce che il principio di colpevolezza richiede che gli "elementi più significativi" della fattispecie devono essere sorretti da un coefficiente di rimproverabilità soggettiva, tale da rendere l'agente rimproverabile per averli realizzati.

⁷⁵ M. DELMAS – MARTY, *Harmonisation des sanctions et valeurs communes: la recherche d'indicateurs de gravité et d'efficacité*, in M. DELMAS – MARTY, G. GIUDICELLI - DELAGE E. LAMBERT ABDELGAWAD (sous la direction de), *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Paris, 2003, p. 583 ss. Si pensi all'ordinamento italiano che ha come riferimento normativo per il giudice l'art. 133 c.p.

⁷⁶ Anche questo elemento andrebbe ulteriormente indagato. La domanda è se bisogna considerare nel giudizio di proporzionalità anche il fatto che la pena in senso "statico" stabilita con sentenza possa subire una variazione nel *quantum* di afflizione durante la sua esecuzione (per così dire, nel suo momento "dinamico") in virtù, per esempio, della applicazione di misure alternative alla detenzione. Si legga, G. NICOLÒ, *Riflessioni sul principio di proporzionalità nella vita della sanzione penale*, in *Consultaonline*, 2 settembre 2022, p. 1025 ss.

trinseco. Ad esempio, tale modello risulterà adeguato quando si tratta di pene “fisse”, indiziate di irragionevolezza perché non graduabili⁷⁷, o quando la sproporzione sia talmente evidente, quasi da essere definita “abnorme” – anche se persino su questa categoria servirebbe chiarezza –, ma non lo sarà quando vengono in considerazione altre sproporzioni sanzionatorie che si rintracciano solo operando un confronto con altre figure delittuose di disvalore comparabile.

Allora si comprende che se davvero si vuole costruire un giudizio di proporzionalità europeo nella materia penale è necessario che queste coordinate vengano chiarite a livello sovranazionale. In altri termini, è vero che la valutazione di proporzionalità si compone sicuramente di elementi noti – idoneità, necessità, proporzionalità in senso stretto – ma alla base presuppone concetti che, come dimostrato finora, non sono stati ancora elaborati e definiti – o anche solo mutuati dalle tradizioni costituzionali⁷⁸ – a livello europeo⁷⁹.

⁷⁷ In questa categoria può certamente rientrare la sanzione di cui si discute nel caso *NE*. Si veda sul punto la Corte costituzionale nella sentenza n. 222 del 2018 (e anche sentenza 50/1980) che con riferimento alle sanzioni penali accessorie, ritiene che, in linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appai[a]no in linea con il “volto costituzionale” del sistema penale e siano anzi “indiziate” di illegittimità costituzionale, potendo il relativo dubbio essere superato, caso per caso, solo a condizione che, per la natura dell’illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, quest’ultima appaia ragionevolmente “proporzionata” rispetto all’intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato. Sono compatibili con il combinato disposto degli artt. 3 e 27 Cost. quelle pene fisse che sono comminate per sanzionare fattispecie di reato non graduabili, reati cioè che per la loro peculiare struttura sono da considerarsi sempre espressivi del medesimo livello di gravità così che la sanzione fissa appaia, in concreto, sempre proporzionata (si veda per l’estensione di tale principio anche alle sanzioni amministrative a carattere punitivo, la sentenza n. 185 del 2021).

⁷⁸ J. ZILLER, *Common Constitutional Traditions*, in L. F. M. BESSELLINK, N. LUPO, M. WENDEL (eds.), *Research Handbook of European Constitutional Law*, 22 March 2023.

⁷⁹ Tale argomento non può essere superato, come tenta di fare l’AG, utilizzando l’affermazione secondo la quale la giurisprudenza della Corte conferma che il carattere chiaro e preciso di una disposizione è un concetto alquanto elastico e dunque, una disposizione può soddisfare tali requisiti pur contenendo concetti indefiniti o addirittura vaghi o nozioni giuridiche indeterminate (conclusioni dell’Avvocato generale Bobek alla causa *NE*, cit., punto 36). Nel caso di specie i concetti indefiniti sono proprio gli elementi strumentali a fondare il giudizio di proporzionalità e se non chiariti il rischio è quello di ammettere la disapplicazione di disposizioni sanzionatorie nazionali in virtù di ventisette giudizi di proporzionalità differenti.

Del resto, la complessità di siffatta valutazione è testimoniata dalla circostanza che le stesse Corti costituzionali degli Stati membri cercano di affinare gli strumenti e i criteri per espletare tale giudizio, sperimentando tecniche decisorie nuove⁸⁰, ma premurandosi di preservare le prerogative del legislatore nazionale ed evitare una sovrapposizione tra i diversi poteri in gioco⁸¹.

⁸⁰ A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Rivista italiana diritto e procedura penale*, n. 2, 2019, p. 786 ss.; R. BARTOLI, *Dalle rime obbligate alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, p. 2573 ss. Sul percorso evolutivo fatto dalla Corte Cost. in tema di giudizio di proporzionalità, si veda F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., pp. 224-325. Qui, basti ricordare che la Corte costituzionale che inizialmente utilizzava con parsimonia e timidezza l'art. 3 Cost. (inteso nel senso della ragionevolezza) per verificare la costituzionalità della pena, ha iniziato a combinare sinergicamente il principio di ragionevolezza e proporzionalità a quelli di rieducazione e offensività, determinando così un nuovo modello di sindacato delle scelte legislative. Infatti, cambia anche il tipo di decisione adottato dalla Corte costituzionale: dalle sentenze di manifesta inammissibilità (in ragione della necessità di preservare prioritariamente la valutazione discrezionale del legislatore) a sentenze che sindacavano la proporzionalità della sanzione secondo il c.d. modello delle "rime obbligate". In virtù di tale sindacato la Corte poteva compiere il suo sindacato solo se nell'ordinamento fosse stato individuato un *tertium comparationis*, ovvero una norma che punisse in maniera meno afflittiva una condotta dalle modalità analoghe e lesiva del medesimo bene giuridico. Negli ultimi anni, in realtà, la Corte ha fatto un ulteriore passo avanti, ammettendo che al modello "a rime obbligate" possa anche affiancarsi il modello delle "rime sciolte", ovvero la possibilità di dichiarare una sanzione per sé in contrasto con il principio di proporzionalità a prescindere dall'identificazione di una terza disposizione.

⁸¹ V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodi, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, pp. 344-372. Si vedano le sentenze della Corte costituzionale (sentenze n. 222 del 2018, n. 236 del 2016; nello stesso senso, sentenza n. 40 del 2019 e recentemente anche n. 40 del 2023) nelle quali si afferma che laddove il trattamento sanzionatorio previsto dal legislatore «si riveli manifestamente irragionevole a causa della sua evidente sproporzione rispetto alla gravità del fatto», dunque, «un intervento correttivo del giudice delle leggi è possibile a condizione che il trattamento sanzionatorio medesimo possa essere sostituito sulla base di "precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo", intesi quali "soluzioni già esistenti, idonee a eliminare o ridurre la manifesta irragionevolezza lamentata"». Non mancano, nel panorama interno, voci critiche su tale soluzione, si veda, per tutti M. RUOTOLO, *Oltre le rime obbligate? in federalismi.it*, 27 gennaio 2021, p. 54 ss.; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, giugno 2019, p. 251 ss.

4. Le considerazioni che precedono permettono di focalizzarsi sul secondo punto del ragionamento, ovvero sia sugli effetti dell'efficacia diretta del principio di proporzionalità, sui i quali la Corte, invero, si era già soffermata nella sentenza *Link Logistic N&N*, evidenziando come la disapplicazione (in tutto o in parte) della disposizione nazionale avrebbe comportato, di fatto, una ingerenza da parte del potere giudiziario nel potere legislativo.

Senonché, nella sentenza *NE*, i giudici di Lussemburgo (ed anche lo stesso AG nelle sue conclusioni)⁸², non hanno menzionato l'argomento, dimostrandosi meno sensibili a questo tipo di obiezione e hanno affermato che per eliminare l'incompatibilità della legge nazionale con il diritto europeo è sufficiente una disapplicazione parziale della norma sanzionatoria nazionale⁸³.

La Corte argomenta che la soluzione prospettata non contrasta *i*) né con il principio di certezza del diritto in quanto esso esige che la normativa sia chiara e precisa affinché i singoli possano conoscere senza ambiguità i propri diritti ed obblighi e regolarsi di conseguenza⁸⁴; *ii*) né con il principio di legalità dei reati e delle pene posto che la sanzione, per effetto della disapplicazione, sarà meno elevata e quindi il risultato finale sarà favorevole all'imputato⁸⁵; e *iii*) nemmeno con il principio di parità di trattamento in quanto il requisito di proporzionalità implica una limitazione delle sanzioni che deve essere rispettata da tutte le autorità nazionali⁸⁶.

In realtà, si deve sottolineare che il fatto che il giudice nazionale possa decidere in quali casi e quale parte della norma disapplicare per rendere la sanzione rispettosa del principio di proporzionalità crea di per sé una disparità di trattamento per i soggetti sottoposti alla sanzione. Infatti, alcuni giudici potrebbero, sulla base della formulazione della disposizione, operare una disapplicazione parziale di essa escludendo, in taluni casi, alcuni elementi e, in altri, segmenti differenti della previsione normativa; vi potrebbero, altresì, essere situazioni in cui l'autorità giudicante sceglie di disapplicare completamente la norma, creando così un vuoto di tutela per il bene/interesse giuridico che la disposizione penale intende tutelare e un *vulnus* all'esigenza di effettività e deterrenza della sanzione.

⁸² Conclusioni dell'Avvocato generale Bobek alla causa *NE*, cit., punti 96-98, 102 e 136.

⁸³ Sentenza *NE*, cit., punti 43-44.

⁸⁴ *Ibidem*, punto 46.

⁸⁵ *Ibidem*, punti 47-51.

⁸⁶ *Ibidem*, punti 54 e 55.

In secondo luogo, al momento della commissione della condotta l'imputato potrebbe aver fatto affidamento su orientamenti giurisprudenziali nazionali non univoci – visto che la disapplicazione avviene “al bisogno” a seconda del caso di specie e delle circostanze di questo ultimo – in virtù dei quali la disposizione sanzionatoria è stata disapplicata. Ciò alimenterebbe il convincimento che, a certe condizioni, il reato non sia punito con la sanzione stabilita dalla legge, ma con una sanzione di minore entità, scelta dal giudice. Questo potrebbe, quindi, avere due effetti: quello di minare la certezza del diritto e la prevedibilità della risposta sanzionatoria, che è tra l'altro un corollario del principio di legalità.

Inoltre, sebbene l'effetto della disapplicazione comporti un esito *in bonam partem* per l'imputato non si può non ricordare che il principio di legalità – tralasciando, ma non dimenticando, l'interpretazione rigida a questo data dalla Corte costituzionale italiana⁸⁷ – prevede che tutti gli Corte costituzionaleateo, compresa la sanzione, siano definiti dalla legge (facendovi rientrare all'interno di tale ultimo concetto anche la giurisprudenza). Ebbene, la soluzione della disapplicazione parziale o “disapplicazione quanto basta” non sarebbe comunque rispettosa del principio di legalità posto che non servirebbe a determinare né l'*an* e né il *quantum* della pena in termini generali.

Senonché, il profilo su cui, invece, la Corte avrebbe potuto, *rectius* dovuto, soffermarsi è il potenziale conflitto di tale soluzione con i principi di separazione dei poteri e di legalità, corollari del valore dello Stato di diritto. In particolare, il principio di separazione dei poteri, comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, viene dalla recente dottrina adattato all'ordinamento europeo in quanto principio fondamentale per l'architettura

⁸⁷ Sentenza della Corte costituzionale n. 115 del 2018. Si veda, *ex multis*, M. DONINI, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018*, in *Diritto penale contemporaneo*, 11 luglio 2018, p. 1 ss.; C. CUPELLI, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo certo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4 giugno 2018, p. 227 ss.; C. AMALFITANO, O. POLLICINO, *Jusqu'ici tout va bien... ma non sino alla fine della storia. Luci, ombre ed atterraggio della sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale che chiude (?) la saga Taricco*, in *Diritti Comparati*, 5 giugno 2018; P. FARAGUNA, *Roma locuta, Taricco finita*, in *Diritti comparati*, 5 giugno 2018; F. FERRARO, *Il conflitto reale e il dialogo apparente della Corte di giustizia e della Corte costituzionale in merito al principio di legalità e alla riserva di legge in materia penale*, in *federalismi.it*, n. 18, 2018, p. 1 ss.; A. RUGGERI, *Dopo Taricco: identità costituzionale e primato della Costituzione o della Corte costituzionale?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3, 2018, p. 1 ss.

costituzionale europea che può contribuire al carattere democratico dell'ordinamento giuridico e politico dell'Unione europea⁸⁸. Il principio di separazione dei poteri va letto insieme al principio di legalità che richiede che ogni potere agisca nei limiti fissati dalla legge⁸⁹ e che qualsiasi controversia sia risolta in conformità – e solo in conformità – con le norme applicabili previste dalla legge⁹⁰. Testimonianza dell'importanza di siffatti principi è la violazione sistemica⁹¹ della garanzia dell'indipendenza del giudice – qualificata dalla Corte come una concretizzazione dello Stato di diritto⁹² – posta

⁸⁸ Sulla applicazione di tale principio all'ordinamento dell'Unione europea si veda, K. LENAERTS, *Some Reflections on the Separation of Powers in the European Community*, in *Common Market Law Review*, 1991, pp. 53-76; J. ZILLER, *Separation of powers in the European Union's intertwined system of government a Treaty based analysis for the use of political scientists and constitutional lawyers*, in *Il Politico*, n. 3, 2008, p. 133 ss.; F. FABBRINI, *La separazione dei poteri nell'Unione europea*, in *Rivista Trimestrale di Diritto pubblico*, n. 1, 2023 p. 13 ss.; C. FASONE, N. LUPO, *La separazione tra poteri nei raccordi tra Unione europea e Italia*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 1, 2023, p. 45 ss. In senso più critico si v. E. CORELAN, D. CURTIN, *In search of a new model of checks and balances for the EU: Beyond Separation of Powers*, in J. MENDES, I. VENZKE (eds.), *Allocating Authority. Who Should Do What in European and International Law?*, Oxford, 2018, p. 53 ss.; P. PONZANO, *Les institutions de l'Union*, in G. AMATO, H. BRIBOSIA, B. DE WITTE (sous la direction de), *Genèse et destinée de la Constitution européenne*, Bruxelles, 2007, p. 439 ss.

⁸⁹ Comunicazione della Commissione del 30 settembre 2020, *Relazione sullo Stato di diritto 2020. La situazione dello Stato di diritto nell'Unione europea*, COM (2020) 580final; comunicazione della Commissione dell'11 marzo 2014, *Un nuovo quadro per rafforzare lo Stato di diritto*, COM (2015) 158final.

⁹⁰ K. LENAERTS, *Upholding the Rule of Law within the EU*, in *2nd RECONNECT conference*, 5 July 2019, p. 20.

⁹¹ L. PECH, J. JARACZEWSKI, *Systemic Threat to the Rule of Law in Poland: Updated and New Article 7 (1) TUE Recommendations*, in *CEU DI Working Papers*, n. 2, 2023, p. 1 ss.; si consenta, inoltre, di rinviare a M. LANOTTE, *I criteri funzionali al riconoscimento di una "carezza sistemica e generalizzata" dei valori fondanti dell'Unione europea*, in *Quaderno AISDUE - Serie Speciale*, n. 2, 2022, p. 131 ss.

⁹² Sentenza della Corte del 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *ASJP*. Per un commento si veda, L. PECH, S. PLATON, *Judicial independence under threat: The Court of Justice to the rescue in the ASJP case*, in *Common Market Law Review*, n. 6, 2018, p. 1827 ss.; A. MIGLIO, *Indipendenza del giudice, crisi dello Stato di diritto e tutela giurisdizionale effettiva negli Stati membri dell'Unione europea*, in *Diritti Umani e Diritti fondamentali*, n. 2, 2018, p. 421 ss.; M. BONELLI, M. CLAES, *Judicial serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary*, in *European Constitutional Law Review*, n. 3, 2018, pp. 622-643; M. PARODI, *Il controllo*

in essere da parte di alcuni degli Stati membri, in particolare quello polacco⁹³.

Sebbene le contingenze attuali abbiano “monopolizzato” il dibattito e la riflessione della dottrina e delle istituzioni nazionali e sovranazionali sui rapporti tra potere giudiziario e potere esecutivo, ciò non significa che non si debbano attenzionare anche altri tipi di tensioni, sicuramente caratterizzati da una minore intensità conflittuale, quale ad esempio quella tra potere legislativo e giudiziario.

In base al valore dello Stato di diritto ciascun potere dello Stato trova nelle norme il suo modo di essere, di esistere, di estrinsecarsi, compresi i limiti formali e sostanziali⁹⁴. È proprio la *Rule of Law* che disciplina i delicati rapporti tra diritto e politica. Se da un lato, la politica si nutre di una legittimazione popolare ed esprime la volontà del corpo elettorale attraverso la produzione del diritto, dall'altro lato, spetta agli organi giurisdizionali, anch'essi soggetti alla legge ma slegati dal popolo, il compito di applicare tale diritto e di controllare il prodotto dell'attività politica, o meglio, di verificare la compatibilità della produzione⁹⁵. Controllare tale prodotto, però, non vuol dire né sostituirsi al legislatore adoperando soluzioni non previste dalla legge e nemmeno sostituirsi alla Corte costituzionale che nel caso italiano – come nella maggior parte degli Stati membri – opera un sindacato accentrato di

della Corte di giustizia sul rispetto del principio dello Stato di diritto da parte degli Stati membri: alcune riflessioni in margine alla sentenza Associação Sindical dos Juizes Portugueses, in *europeanpapers.eu*, n. 2, 2018, p. 985 ss. Si veda anche una sentenza che riassume efficacemente il ruolo del principio dell'indipendenza nell'ordinamento europeo, sentenza della Corte del 9 luglio 2020, causa C-272/19, *Land Hessen*, punto 45.

⁹³ La dottrina recente sulla situazione in Polonia, L. PECH, D. KOCHENOV, *Respect for the Rule of Law in the Case Law of the European Court of Justice: A Casebook Overview of Key Judgments since the Portuguese Judges Case*, Stockholm, 2021; L. PECH, *Protecting Polish Judges from Political Control: A brief analysis of the ECJ's infringement ruling in Case C-791/19 (disciplinary regime for judges) and order in Case C-204/21 R (muzzle law)*, in *verfassungsblog.de*, 20 July 2021; ID., *7 Years Later: Poland as a Legal Black Hole*, in *verfassungsblog.de*, 17 January 2023.

⁹⁴ P. COSTA, *Come limitare i poteri del sovrano? Cenni sulla storia dello Stato di diritto in Europa*, in *Questione giustizia*, n. 3, 2010, p. 9 ss.

⁹⁵ G. PITRUZZELLA, O. POLLICINI, M. BASSINI, *Corti europee e democrazia. Rule of Law, indipendenza e accountability*, Milano, 2019, p. 15.

costituzionalità⁹⁶. È quello che accadrebbe dando seguito alla soluzione prospettata dalla Corte di giustizia nel caso *NE*.

Imporre al giudice di disapplicare la normativa sanzionatoria, comporta, di fatto, l'ingerenza di quest'ultimo nel potere legislativo e, in particolare, in un segmento della materia penale, lo *ius puniendi*, custodito nel "giardino segreto" nazionale⁹⁷. Il giudice, che solitamente è chiamato ad irrogare una sanzione compresa tra un minimo e un massimo edittale, potrà, disapplicare una parte della normativa nazionale, scegliendo, di fatto, arbitrariamente la sanzione. La disapplicazione potrebbe riguardare il carattere fisso della sanzione, il minimo o il massimo edittale, un moltiplicatore del *quantum* della pena. Ebbene, in ognuno di questi casi il giudice comune non sceglie la pena discrezionalmente, ovverosia esercitando la libertà di apprezzamento entro i limiti stabiliti dall'ordinamento giuridico, ma lo fa arbitrariamente posto che quando disapplica non dispone più di quei limiti che erano stati previsti dalla legge per stabilire la sanzione.

Vieppiù è opportuno sottolineare che laddove la disapplicazione parziale non sia operabile perché il giudice non è in grado di individuare un'altra soluzione – si pensi al caso in cui la pena è fissa e non vi è un moltiplicatore di pena da poter disapplicare per ridurre la pena – la disapplicazione totale non sarebbe comunque una soluzione in linea con il diritto europeo. Infatti, come già ricordato, la formula *greek mais* prescrive la necessità che l'assetto sanzionatorio nazionale sia, da un lato, proporzionato, ma dall'altro, sempre effettivo e deterrente.

Onde evitare fraintendimenti, è bene chiarire che il punto del ragionamento non è mettere in discussione il principio del primato, dell'efficacia diretta e il meccanismo della disapplicazione, ma evidenziare come sia necessario utilizzare lo strumento più "invasivo" dell'effetto diretto (e disapplicazione)⁹⁸ laddove la disposizione sia davvero sufficientemente precisa e incondi-

⁹⁶ G. SCIACCA, *Sindacato accentrato di costituzionalità vs diretta applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 3, 2021, p. 235 ss.; R. ROMBOLI, *Dalla "diffusione" all'"accentramento": una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro italiano*, n. 1, 2018, p. 2227 ss.

⁹⁷ Espressione utilizzata da S. MONTALDO, *I limiti della cooperazione in materia penale*, cit., p. 26.

⁹⁸ Così definito dall'Avvocato generale A. Tizzano nelle conclusioni, del 30 giugno 2005, causa C-144/04, *Mangold*, punto 117.

zionata di modo da non creare tensioni nei rapporti tra i poteri (legislativo e giudiziario nel caso di specie), soprattutto quando la materia interessata da tale operazione è quella penale. In altri termini, come autorevole dottrina osserva l'effetto diretto attribuisce al giudice nazionale, eventualmente attraverso la cooperazione anche del giudice comunitario, il compito – sostitutivo di quello del legislatore – di realizzare comunque lo scopo del diritto europeo in funzione della tutela delle posizioni giuridiche/diritti in ipotesi⁹⁹, ma è opportuno anche sottolineare che tale compito non deve legittimare l'applicazione di soluzioni arbitrarie, ma di soluzioni, nella materia penale, dai contorni definiti.

5. Se la valorizzazione del principio di proporzionalità della sanzione può sicuramente registrarsi in senso positivo, dall'altro lato, l'effetto diretto della disposizione della direttiva e anche dell'art. 49, par. 3, CDFUE e la conseguente disapplicazione, anche solo parziale, della norma interna sono foriere, come si è cercato di dimostrare, di criticità non di poco momento, a maggior ragione nell'ordinamento italiano in cui vige una nozione “forte” di legalità della pena¹⁰⁰. Nei rapporti con l'ordinamento italiano il rischio potrebbe essere – provando ad ipotizzare lo scenario peggiore e non sperato – quello di suscitare da parte della Consulta una risposta simile a quella data nel caso *M.A.S., M.B.*¹⁰¹, in cui velatamente (ma forse neanche troppo)¹⁰² la Corte ha minacciato i controlimiti, sostanzialmente statuendo che la regola Taricco non avrebbe trovato cittadinanza nell'ordinamento italiano.

Diversamente, si auspica che alla dichiarazione dell'effetto diretto del principio di proporzionalità della pena segua un dialogo fruttuoso tra la Corte di giustizia, la Corte costituzionale e i giudici comuni al fine di costruire una lettura condivisa – in questo momento ancora mancante nel panorama europeo – di tale principio. La costruzione di uno statuto condiviso della proporzionalità della pena potrebbe avvenire magari secondo il “modello

⁹⁹ G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, p. 174.

¹⁰⁰ F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea*, cit., p.17.

¹⁰¹ Si veda nota 87.

¹⁰² F. BAILO, *Il principio di legalità in materia penale quale controlimite all'ordinamento europolitano: una decisione interlocutoria (ma non troppo!) della Corte costituzionale dopo il caso Taricco*, in *Consulta online*, 2017, p. 1 ss.

temperato 269”¹⁰³ se la questione relativa a tale principio fosse prima portata

¹⁰³ Secondo la lettura offerta da C. AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza “comunitaria” e costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2020, p. 296 ss. Sull’*obiter dictum* pronunciato dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 269/17 (che ha avuto poi ulteriori precisazioni nelle sentenze 20/2019, 63/2029, 112/2019, 117/2019, 182/2020, 254/2020, 67/2022) si veda, per tutti, C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il “cammino comunitario”: invito alla discussione sulla sentenza n. 269 del 2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18 dicembre 2017, p. 1 ss.; A. GUAZZAROTTI, *Un “atto interruttivo dell’usucapione” delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2017, p. 1 ss.; L. S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter “creativi” (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell’Unione europea*, in *federalismi.it* n. 3, 2018, p. 2 ss.; R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bologna passando per la Ceramica Sant’Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, p. 1 ss.; D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018, p. 1 ss.; A. TIZZANO, *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 2019, p. 9 ss.; D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2019, p. 159 ss.; C. SCHEPISI, *I futuri rapporti tra le Corti dopo la sentenza n. 269/2017 e il controllo erga omnes alla luce delle reazioni dei giudici comuni*, in *federalismi.it*, n. 22, 2018, p. 2 ss.; G. MARTINICO, G. REPETTO, *Fundamental Rights and Constitutional Duels in Europe: An Italian Perspective on Case 269/2017 of the Italian Constitutional Court and Its Aftermath*, in *The European Constitutional Law Review*, 2019, p. 731 ss.; F. SPITALERI, *Doppia pregiudizialità e concorso di rimedi per la tutela dei diritti fondamentali*, in *Il diritto dell’Unione europea*, n. 4, 2019; P. MORI, *La Corte costituzionale e la Carta dei diritti fondamentali dell’UE: dalla sentenza 269/2017 all’ordinanza 117/2019. Un rapporto in mutazione?*, in *I Post di AISDUE*, 3 settembre 2019, p. 55 ss.; A. RUGGERI, *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del “dialogo” con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)*, in *Consulta Online*, n. 2, 2019, p. 242 ss.; ID., *Forme e limiti del primato del diritto eurounitario, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale: profili teorico-ricostruttivi e implicazioni istituzionali*, in *I Post di AISDUE*, 31 ottobre 2019; G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3, 2019, p. 166 ss.; F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2019, p. 481 ss.; G. TE-SAURO, P. DE PASQUALE, *La doppia pregiudizialità*, in F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il Rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020; N. LAZZERINI, *Dual Preliminarity Within the Scope of the EU Charter of Fundamental Rights in the Light of Order 182/2020 of the Italian Constitutional Court*, in *europeanpapers.it*, n. 3, 2020, p. 1463 ss.; R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e*

all'attenzione della Corte costituzionale o direttamente attraverso l'attivazione dello strumento del rinvio pregiudiziale se il giudice comune si dovesse rivolgere immediatamente alla Corte di giustizia o ancora attraverso l'esperimento di entrambi i mezzi congiuntamente.

Infatti, un elemento che merita di essere debitamente preso in considerazione nella vicenda relativa al caso *NE* è il coinvolgimento della Corte costituzionale austriaca la quale, però, non ha saputo sfruttare al meglio l'opportunità. Quest'ultima, di fronte ad un inadempimento del legislatore austriaco, il quale non ha modificato il quadro sanzionatorio nonostante la sentenza *Maksimovic*, si è limitata a ricordare la giurisprudenza della Corte di giustizia e ad annullare le sanzioni inflitte.

Invero, la Corte costituzionale austriaca avrebbe potuto aprire il dialogo con la Corte di giustizia, consentendo a questa di elaborare alcune delle caratteristiche del *test* di proporzionalità della sanzione, e piuttosto che annullare le sanzioni inflitte – tra l'altro, soluzione evidentemente non adeguata perché si finisce per garantire l'impunità, senza eliminare il problema di un regime sanzionatorio sproporzionato – sarebbe potuta intervenire al fine di eliminare definitivamente la parte della disposizione incompatibile con l'ordinamento europeo.

Sembra allora che la Corte di giustizia, di fronte ad un legislatore inadempiente (per il quale, magari, sarebbe stato opportuno aprire una procedura di infrazione), ad una Corte costituzionale che non riesce a garantire una soluzione idonea, e ad una sua stessa giurisprudenza particolarmente stringente come *Poplawski II* (in cui la disapplicazione è possibile solo se la norma ha effetto diretto) sia stata quasi “costretta” a cambiare il suo orientamento e dichiarare l'effetto diretto del principio di proporzionalità della sanzione, non tenendo, però, in debita considerazione le reali ripercussioni negli ordinamenti nazionali di tale scelta.

Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali, in *europeanpapers.eu*, n. 1, 2020, p. 493 ss.; F. DONATI, *La questione prioritaria di costituzionalità: presupposti e limiti*, in *federalismi.it*, n. 3, 2021, p. 1 ss.; S. BARBIERI, *Quel che rimane della sentenza 269 del 2017: il finale (non previsto?) di un tentativo di ri-accentramento*, in *rivista.eurojus.it*, n. 2, 2021, p. 91 ss.; S. SCIARRA, *Lenti bifocali e parole comuni: antidoti all'accentramento nel giudizio di costituzionalità*, in *federalismi.it*, n. 3, 2021, p. 37 ss.; B. NASCIMBENE, *Carta dei diritti fondamentali e rapporti fra giudici. La necessità di una tutela integrata*, in *europeanpapers.eu*, n. 1, 2021, p. 81 ss.

È chiaro, sin dalle sentenze *Van Gend & Loos*¹⁰⁴ e *Costa Enel*,¹⁰⁵ che il riconoscimento del singolo come soggetto titolare di diritti direttamente conferiti dalle disposizioni europee rappresenta uno dei principali elementi di originalità dell'ordinamento europeo. Questa "soggettività europea dell'individuo"¹⁰⁶ deriva anche dalla diretta efficacia del diritto dell'Unione, che si sostanzia, in questo senso, nella creazione di un diritto in capo al singolo. Se l'efficacia diretta è funzionale alla salvaguardia di prerogative individuali, si deve, però, considerare che tale strumento, nell'ambito penale, dovrebbe essere utilizzato tenendo presente la necessità che l'effetto sostitutivo, derivante dalla disapplicazione, debba condurre l'interprete alla applicazione di regole certe e definite e non create arbitrariamente dal giudice, di modo da evitare qualsiasi *vulnus* al principio di legalità e di separazione dei poteri.

¹⁰⁴ Sentenza *Van Gend & Loos*, cit.

¹⁰⁵ Sentenza della Corte del 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. ENEL*.

¹⁰⁶ R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 39.

LA PROPOSTA DI DIRETTIVA UE SULLE SLAPPS E LE CRITICITÀ RELATIVE ALLA BASE GIURIDICA: POSSIBILI SVILUPPI PER LA TUTELA DI GIORNALISTI E ATTIVISTI A LIVELLO EUROPEO

Francesca Maoli*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La base giuridica individuata dalla proposta e la nozione di questione transfrontaliera. – 3. L'idoneità della base giuridica rispetto al contenuto della proposta. Le disposizioni relative ai procedimenti avviati negli Stati terzi. – 4. La proposta di direttiva alla luce dei principi di proporzionalità e sussidiarietà. – 5. Conclusioni.

1. In linea con il Piano d'azione per la democrazia europea del 2020¹, il 27 aprile 2022 la Commissione europea ha presentato una proposta di direttiva per contrastare il fenomeno delle azioni legali strategiche contro i giornalisti e le persone fisiche o giuridiche impegnate nella difesa dei diritti umani (SLAPPs)². Denominate anche “azioni bavaglio”, le SLAPPs sono azioni civili volte ad avviare procedimenti giurisdizionali manifestamente infondati o abusivi, che mirano ad ostacolare l'operato dei convenuti, a minarne la credibilità o a censurare le loro comunicazioni al pubblico, in ragione delle loro attività e/o della particolare posizione che questi rivestono nella società civi-

* Ricercatrice a tempo determinato in Diritto internazionale presso l'Università di Genova.

¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni sul piano d'azione per la democrazia europea, COM(2020) 790 fin., del 3 dicembre 2020, pp. 16-17. Si veda anche la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Strategia per rafforzare l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, COM(2020) 711 fin., del 2 dicembre 2020.

² Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla protezione delle persone attive nella partecipazione pubblica da procedimenti giudiziari manifestamente infondati o abusivi (“azioni legali strategiche tese a bloccare la partecipazione pubblica”), COM(2022) 177 fin., del 27 aprile 2022. La proposta è complementare alla raccomandazione (UE) n. 2022/758 della Commissione, del 27 aprile 2022, sulla protezione dei giornalisti e dei difensori dei diritti umani attivi nella partecipazione pubblica da procedimenti giudiziari manifestamente infondati o abusivi.

le³. Sulla base di questi presupposti, è evidente l'intento dissuasivo che gli attori intendono esercitare attraverso l'imposizione di oneri (anche) economici, ad esempio relativi alle spese legali⁴.

Le SLAPPs sono considerate un ostacolo al corretto funzionamento della giustizia civile, in quanto il loro obiettivo non è ottenere l'accesso alla giustizia, ma produrre i sopracitati effetti intimidatori e dissuasivi, oltre a causare ostacoli di natura pratica che possono interferire con le attività dei convenuti. Ciò giustifica, nell'ottica della Commissione europea, non solo l'opportunità di un intervento sul tema, ma anche la pertinenza della proposta rispetto alla base giuridica individuata dalla Commissione e segnatamente l'art. 81(2)(f) TFUE⁵. Si tratta di una scelta che presta il fianco ad alcune perplessità, che riguardano non solo l'affinità della misura con le competenze dell'Unione nel settore della cooperazione giudiziaria civile, ma anche l'idoneità della stessa a perseguire gli obiettivi prefissati. A ciò si accompagnano alcune riflessioni sulle occasioni mancate, nel momento in cui l'iniziativa non intende intervenire sulle già esistente disciplina europea di diritto internazionale privato uniforme.

2. La scelta di fondare la proposta sulla base giuridica dell'art. 81(2)(f) TFUE è facilmente collegabile ad una concezione contemporanea del diritto internazionale privato, le cui norme non sono "neutre", bensì portatrici di valori e capaci di inserirsi in modo attivo nella regolazione dei fenomeni economici e sociali di un determinato contesto giuridico⁶. È noto, infatti, come i

³ Il termine "SLAPP" ricorre per la prima volta in G.W. PRING, P. CANAN, *SLAPPs: Getting Sued for Speaking Out*, Temple University Press, 1996.

⁴ Per un commento sul contesto in cui si inserisce l'iniziativa, si veda J. BORG-BARTHET, "Daphne's Law": *The European Commission Introduces an Anti-SLAPP Initiative*, in *eulawanalysis.blogspot.com*, 29 April 2022.

⁵ L'art. 81(2)(f) TFUE, come noto, consente all'Unione europea di adottare misure volte a garantire "l'eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili, se necessario promuovendo la compatibilità delle norme di procedura civile applicabili negli Stati membri".

⁶ Sul tema A. MILLS, *The Confluence of Public and Private International Law, Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*, Cambridge, 2009; H. VAN LOON, *The Present and Prospective Contribution of Global Private International Law Unification to Global Legal Ordering*, in F. FERRARI, D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (eds.), *Private International Law: Contemporary Challenges and Continuing Relevance*, Cheltenham,

rapporti transnazionali sono influenzati dalla struttura e dai principi di fondo del diritto internazionale privato, che assume un ruolo nelle scelte politiche dei legislatori. Ciò è vero anche nel contesto dell'Unione europea, dove la materia ha trovato un'estensione concettuale, ancora prima che materiale⁷. Gli strumenti adottati nel settore della cooperazione giudiziaria civile hanno progressivamente allargato il proprio campo di azione oltre alle classiche questioni del diritto internazionale privato: senza pretesa di esaustività, vi sono regolamenti che si occupano di aspetti di diritto processuale civile internazionale differenti rispetto alla distribuzione della competenza giurisdizionale, che supportano una più efficace cooperazione tra le autorità giurisdizionali ed amministrative per facilitare lo svolgimento dei procedimenti transfrontalieri e che promuovono il rispetto di alcuni diritti fondamentali⁸. Tra gli esempi, è possibile citare le nuove regole sulla cooperazione tra giudici ed autorità centrali contenute nel regolamento (UE) n. 2019/1111 in materia di scioglimento del vincolo coniugale e di responsabilità genitoriale⁹, oltre che le disposizioni – contenute nello stesso regolamento – ispirate alla tutela del superiore interesse del minore, nonché i regolamenti in tema di notifiche transfrontaliere¹⁰ e di acquisizione delle prove all'estero¹¹.

2019, p. 214 ss.; H. MUIR WATT, *The Relevance of Private International Law to the Global Governance Debate*, in H. MUIR WATT, D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (eds.), *Private International Law and Global Governance*, New York, 2014, p. 2 ss.; P. FRANZINA, *Introduzione al diritto internazionale privato*, Torino, 2021, p. 13 ss.

⁷ Interessanti, in questo vastissimo ambito, le riflessioni di A. FILLERS, *Implications of Article 81(1) TFEU's Recognition Clause for EU Conflict of Laws Rules*, in *Journal of Private International Law*, 2018, p. 476 ss.

⁸ Si veda L. CADIET, *The Emergence of a Model of Cooperative Justice in Europe: Horizontal Dimensions*, European University Institute – Centre for Judicial Cooperation, Distinguished Lecture, n. 4, 2014, p. 1 ss.

⁹ Regolamento (UE) n. 2019/1111 del Consiglio, del 25 giugno 2019, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori (Bruxelles II-ter). Sulle novità in tema di cooperazione tra autorità centrali, si veda il contributo di M. ŽUPAN, C. HOEHN, U. KLUTH, *Central Authority Cooperation Under the Brussels II ter Regulation*, in *Yearbook of Private International Law*, 2020/2021, p. 183 ss.

¹⁰ Regolamento (UE) n. 2020/1784 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2020, relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale (notificazione o comunicazione degli atti).

L'iniziativa è di notevole ambizione politica. Inquadrata nella materia del diritto internazionale privato, ha le potenzialità di evidenziare il ruolo di tale disciplina nella tutela di interessi collettivi, anche se da una prospettiva peculiare. Normalmente, l'influenza delle norme di diritto internazionale privato si apprezza quando un gruppo di individui – eventualmente rappresentato a livello associativo – promuove una o più azioni a tutela di un interesse comune, talvolta con lo scopo di promuovere un cambiamento politico¹². Nell'ipotesi in esame, la proposta di direttiva ha l'obiettivo di scoraggiare una pratica che ha la potenzialità di ledere un interesse collettivo. Si tratta di introdurre una disciplina protettiva di un interesse, attraverso il contrasto ad un determinato fenomeno, piuttosto che facilitare l'esercizio della tutela stessa da parte dei singoli o delle associazioni rappresentative.

Al contempo, l'*iter* di approvazione della proposta legislativa potrebbe incontrare alcuni ostacoli, non solo dalla prospettiva dei contenuti, ma anche con riguardo alla scelta della base giuridica. Non a caso, è proprio alla luce delle difficoltà riscontrate nell'individuare il fondamento delle competenze dell'Unione in materia che la Commissione europea si era rivelata, almeno inizialmente, restia a lavorare su un'iniziativa in materia¹³. Come si è osservato¹⁴, l'inquadramento della proposta nel settore della cooperazione giudiziaria civile e nell'ambito dell'art. 81 TFUE sarà probabilmente oggetto di discussione in Consiglio.

Nel rispetto del limite posto dall'art. 81 TFUE, lo strumento intende applicarsi alle questioni che presentano implicazioni transfrontaliere¹⁵. Come affermato dalla Commissione europea nella *roadmap* che ha preceduto la

¹¹ Regolamento (UE) n. 2020/1873 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2020, relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale (assunzione delle prove).

¹² Sul fenomeno della *strategic litigation*, si veda di recente B. HESS, *Strategic Litigation: A New Phenomenon in Dispute Resolution*, in *MPILux Research Paper Series*, n. 3, 2022, p. 1 ss.

¹³ Si veda la lettera di Frans Timmermans, vice-presidente della Commissione europea, del 12 giugno 2018, reperibile online all'indirizzo www.anagomes.eu/PublicDocs/974f0440-6c8c-48e3-bee4-80e6ced9735e.pdf.

¹⁴ M. REQUEJO ISIDRO, *Proposal for a Directive on Protecting Persons Who Engage in Public Participation from SLAPPs*, in *eapil.org*, 9 May 2022.

¹⁵ R. CLERICI, *Commento all'articolo 81 TFUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, p. 502.

proposta di direttiva, le azioni legali strategiche possono essere presentate in un contesto nazionale, ma potrebbero anche avere implicazioni che coinvolgono più Stati: in quest'ultimo caso, esse presentano complicazioni aggiuntive e costi ancora più elevati per i sistemi giudiziari e per i soggetti convenuti¹⁶.

Al contempo, il testo si preoccupa di definire espressamente i casi in cui deve ritenersi sussistente un'implicazione transfrontaliera, adottando una nozione innovativa ed estremamente ampia. Come regola generale, il requisito è da ritenersi soddisfatto "a meno che" entrambe le parti del procedimento non risultino domiciliate nello stesso Stato membro in cui ha sede il giudice adito¹⁷. Si tratta di una formulazione che sembra suggerire una sorta di presunzione circa il carattere transfrontaliero della causa, che verrebbe a mancare solo in presenza della circostanza appena illustrata. Se così fosse, il futuro regolamento sarebbe applicabile in tutti i casi di non superamento di tale presunzione, qualora il procedimento giudiziario risultasse "abusivo" e "teso a bloccare la partecipazione pubblica", nei termini di cui all'attuale art. 3 della proposta.

Non solo. Anche nell'ipotesi in cui le parti non condividano il domicilio, il carattere transfrontaliero sussiste se *i*) l'atto di partecipazione pubblica contro cui è avviato il procedimento giurisdizionale è rilevante per più di uno Stato membro, oppure se *ii*) l'attore o entità ad esso associate hanno avviato procedimenti giurisdizionali paralleli in più Stati membri¹⁸. Con riferimento all'ipotesi sub. *i*), il considerando n. 22 specifica che la rilevanza per più di uno Stato membro può ritenersi sussistente anche quando l'atto riguarda "dichiarazioni o attività su questioni specificamente rilevanti per più di uno Stato membro, come l'inquinamento transfrontaliero o le accuse di riciclaggio di denaro con possibile coinvolgimento a livello transfrontaliero". A fronte delle implicazioni che le SLAPPs potrebbero avere sul corretto funzionamento del mercato interno o per la società europea nel suo complesso, è senz'altro opportuno considerare che le implicazioni transfrontaliere potreb-

¹⁶ La *roadmap* è disponibile online sul sito della Commissione europea, all'indirizzo ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13192-Azione-dellUE-contro-labuso-del-contenzioso-nei-confronti-di-giornalisti-e-difensori-dei-diritti-umani-SLAPP_it.

¹⁷ Art. 4(1) della proposta di direttiva.

¹⁸ Art. 4(2) della proposta di direttiva.

bero derivare non solo dalle circostanze che riguardano le parti, ma anche dalla transnazionalità dell'interesse pubblico sottostante alla controversia¹⁹. D'altro canto, si tratta di una formulazione che, a causa della sua indeterminata natura, potrebbe costituire oggetto di controversia nell'ambito dei procedimenti civili e condurre ad interpretazioni contrastanti.

3. A prescindere dall'ampiezza della nozione, l'applicazione della direttiva alle sole fattispecie con implicazioni transfrontaliere è, al contempo, elemento di sostegno della base giuridica e circostanza che potrebbe indebolire le argomentazioni che giustificano la rilevanza dell'iniziativa. Nella proposta, sono delineate le caratteristiche del fenomeno e le sue implicazioni negative sul rispetto dei diritti fondamentali e sulla corretta amministrazione della giustizia civile²⁰, sottolineando come "le eventuali implicazioni transfrontaliere aggiungono un ulteriore livello di complessità e costi, con conseguenze ancora più negative per i convenuti"²¹. Invero, le considerazioni sin qui svolte non escludono la rilevanza che può assumere un elemento di internazionalità nel contesto delle SLAPPs, soprattutto dal punto di vista delle conseguenze che tali azioni sono suscettibili di produrre nei confronti dei soggetti che ne costituiscono il "bersaglio"²². Le differenze tra gli ordinamenti nazionali, i cui sistemi processuali potrebbero non essere adeguatamente equipaggiati nel filtrare iniziative di questo tipo o potrebbero risultare maggiormente favorevoli alla parte attrice, ben potrebbero costituire un contesto ideale per la proliferazione di pratiche di *forum shopping* o *libel tourism*.

Tuttavia, molte delle conseguenze pregiudizievoli che derivano dalle

¹⁹ J. BORG-BARTHET, "Daphne's Law": *The European Commission introduces an anti-SLAPP initiative*, cit.

²⁰ Su questi aspetti, è utile dare atto dei lavori del Comitato di esperti del Consiglio d'Europa sulle azioni legali strategiche contro la partecipazione pubblica (MSI-SLP), il quale si è riunito per la prima volta nell'aprile 2022 e che sta attualmente lavorando ad una bozza di raccomandazione del Comitato dei ministri sul tema. È possibile seguire le attività del Comitato di esperti sul sito ufficiale del Consiglio d'Europa, www.coe.int/en/web/freedom-expression/msi-slp.

²¹ Proposta di direttiva, cit., p. 5.

²² Analizza questo aspetto P. FRANZINA, *Sinergie tra cooperazione giudiziaria e armonizzazione materiale e processuale in Europa: il caso delle azioni bavaglio*, in A. ANNONI, S. FORLATI, P. FRANZINA (a cura di), *Il diritto internazionale come sistema di valori - Scritti in onore di Francesco Salerno*, Napoli, 2021, p. 809 ss.

SLAPPs sono comuni ai procedimenti nazionali e transfrontalieri. Di conseguenza, la scelta di restringere il campo di applicazione della direttiva ai soli procedimenti transfrontalieri può rappresentare, allo stesso tempo, un valido argomento per utilizzare l'art. 81 TFUE ed una criticità nel momento in cui si lascerebbe sguarnita di tutela una consistente percentuale di casi. Indicativo in questo senso è il contenuto della proposta, che consiste in larga parte di disposizioni volte ad armonizzare le norme di diritto processuale civile nazionale, come quelle relative all'archiviazione anticipata del procedimento manifestamente infondato²³.

Dato che la maggior parte delle disposizioni attiene ad aspetti processuali, potrebbe essere complesso per gli Stati membri introdurre misure di questo tipo, limitandone contemporaneamente l'efficacia ai soli procedimenti transfrontalieri, anche alla luce della più volte sottolineata ampiezza della nozione fornita dalla proposta di direttiva. Inoltre, alcune criticità potrebbero derivare dalla potenziale intrusione nell'autonomia procedurale degli Stati membri, seppure nella consapevolezza del margine di manovra lasciato alla legislazione nazionale in fase di recepimento di una direttiva. L'art. 81(2) TFUE, alla lettera (f), non conferisce all'Unione un potere indiscriminato di armonizzazione del diritto processuale civile, ma prevede l'adozione di misure per facilitare l'esperimento dei procedimenti transfrontalieri²⁴. Vero è che

²³ Le misure di armonizzazione processuale sono contenute nei Capi II, III and IV della proposta. Si chiede, in particolare, agli Stati membri di introdurre misure volte a garantire: *i*) la possibilità per il giudice di accertare il carattere abusivo del procedimento anche in caso di modifica successiva delle domande o degli atti processuali da parte degli attori; *ii*) l'intervento di organizzazioni non governative nel procedimento; *iii*) la possibilità per il convenuto di chiedere una cauzione a copertura delle spese processuali e/o il risarcimento dei danni; *iv*) il potere del giudice di adottare una decisione di rigetto anticipato della domanda per manifesta infondatezza; *v*) l'inversione dell'onere della prova, affinché – in caso di richiesta di rigetto anticipato da parte del convenuto – sia l'attore a dover dimostrare che la domanda non è manifestamente infondata; *vi*) la possibilità di impugnare la decisione con cui viene accolta o respinta la richiesta di rigetto anticipato; *vii*) la possibilità per il giudice di condannare l'attore al pagamento delle spese processuali, comprese quelle di rappresentanza legale (qualora non siano eccessive); *viii*) la possibilità per il giudice di infliggere sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive.

²⁴ E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Article 81 [Judicial Cooperation in Civil Matters]*, in H.-J. BLANKE, S. MANGIAMELI (eds.), *Treaty on the Functioning of the European Union – A Commentary*, vol. I, Cham, 2021, p. 1551.

la cooperazione giudiziaria in materia civile “può includere l’adozione di misure intese a ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri”, ma tali misure – secondo quanto emerge dalla formulazione dell’art. 81 TFUE – dovrebbero essere accessorie rispetto a quelle di diritto internazionale privato.

Così non è nella proposta in esame, che sembra quindi voler ribaltare la logica seguita dalla disposizione del Trattato che ne costituisce la base giuridica. Infatti, le uniche due disposizioni relative ad aspetti di diritto internazionale privato – segnatamente, gli articoli 17 e 18 della proposta – sono espressamente qualificate come “accessorie rispetto all’obiettivo principale dell’iniziativa”²⁵. Peraltro, esse riguardano esclusivamente i procedimenti instaurati dinanzi alle autorità giurisdizionali degli Stati terzi.

In particolare, l’art. 17 si rivolge alle decisioni provenienti da paesi terzi, pronunciate in esito ad un procedimento che, qualora avviato in uno Stato membro, sarebbe stato ritenuto manifestamente infondato o abusivo nei termini di cui alla disciplina in esame. La disposizione intima agli Stati membri di provvedere affinché il riconoscimento o l’esecuzione di tali decisioni “siano rifiutati in quanto manifestamente contrari all’ordine pubblico”. D’altra parte, la proposta non affronta gli aspetti relativi alla circolazione delle decisioni adottate negli Stati membri.

Il successivo art. 18 introduce un criterio speciale di giurisdizione in favore dei giudici europei, ai quali le vittime di un’azione bavaglio intentata in uno Stato terzo potranno rivolgersi per chiedere il risarcimento dei danni subiti²⁶. Il danneggiato, infatti, potrà avviare procedimento dinanzi al giudice dello Stato membro in cui è domiciliato per chiedere il risarcimento dei danni e il rimborso delle spese sostenute in relazione al procedimento, a prescindere dal domicilio del soggetto che ha intentato l’azione bavaglio. Lo scopo è quello di garantire un rimedio efficace nell’Unione europea, in favo-

²⁵ Proposta di direttiva, cit., p. 7.

²⁶ Art. 18 della proposta di direttiva: “Gli Stati membri provvedono affinché, qualora nei confronti di una persona fisica o giuridica domiciliata in uno Stato membro sia stato avviato dinanzi a un organo giurisdizionale di un paese terzo un procedimento giudiziario abusivo in ragione della partecipazione pubblica, tale persona possa chiedere all’organo giurisdizionale del luogo del proprio domicilio il risarcimento dei danni e il pagamento delle spese sostenute in relazione al procedimento svoltosi dinanzi all’organo giurisdizionale del paese terzo, indipendentemente dal luogo in cui è domiciliato l’attore del procedimento nel paese terzo”.

re delle persone fisiche o giuridiche domiciliate al suo interno. La giurisdizione dei giudici europei, fondata esclusivamente sul domicilio dell'attore, interesserà anche i danneggianti che siano a loro volta localizzati negli Stati membri in base al medesimo criterio, con l'intento di dissuadere eventuali tentativi di elusione della disciplina europea.

La collocazione sistematica degli art. 17 e 18, che compongono il Capo V della proposta e che precedono soltanto le disposizioni finali, è indicativo dell'intento dei redattori di attribuire alle norme di diritto processuale civile internazionale un ruolo accessorio. Si conferma, pertanto, che l'oggetto principale della proposta è costituito dall'intento di armonizzazione della disciplina attraverso l'introduzione di alcune garanzie procedurali.

L'oggetto principale della proposta avrebbe potuto ispirare il legislatore europeo a prendere in considerazione una diversa base giuridica, come ad esempio l'art. 114 TFUE o l'art. 352 TFUE. Invero, il ricorso alla clausola di flessibilità avrebbe presentato non pochi problemi, prima fra tutti la necessità di conseguire l'unanimità in Consiglio. La disposizione relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri, dal canto suo, dovrebbe trovare applicazione solo quando queste ultime abbiano ad oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno. Si tratta di un collegamento funzionale che potrebbe non sussistere nella materia considerata, che presenta soprattutto problemi di mantenimento dello Stato di diritto nel contesto nazionale.

4. Nel giustificare la proposta di direttiva alla luce dei principi di sussidiarietà e proporzionalità²⁷, la Commissione richiama la necessità di intervenire su un fenomeno per cui, attualmente, gli Stati membri non prevedono garanzie procedurali specifiche²⁸. Ponendo l'accento sulle differenze tra le legislazioni, si osserva come le garanzie già previste per la generalità dei procedimenti civili abbiano presupposti e caratteristiche molto vari, con il rischio di alimentare la scelta opportunistica del foro e l'avvio di molteplici procedimenti giudiziari in Europa. Si giustifica, pertanto, la necessità di un intervento congiunto degli Stati membri per garantire una convergenza verso un approccio comune. Con specifico riferimento al principio di proporziona-

²⁷ Art. 5(1) TUE e art. 69 TFUE.

²⁸ Proposta di direttiva, cit., p. 7 ss.

lità, si valorizza il carattere mirato delle garanzie che gli Stati membri dovranno introdurre in attuazione della direttiva.

Almeno dal punto di vista procedurale²⁹, possibili contestazioni circa il rispetto del principio di proporzionalità dovrebbero essere mitigate alla luce dello strumento scelto: una direttiva risulta senz'altro meno "invasiva" di un regolamento. D'altro canto, nel quadro della cooperazione giudiziaria civile, le istituzioni europee hanno raramente fatto ricorso allo strumento della direttiva, privilegiando in generale l'utilizzo del regolamento per garantire un'applicazione uniforme della disciplina europea³⁰. Inoltre, le possibili disomogeneità che potrebbero sussistere a valle dell'attuazione della direttiva potrebbero comunque costituire un elemento di debolezza: non a caso, la stessa proposta dichiara di essere complementare alla raccomandazione (UE) n. 2022/758 della Commissione adottata lo stesso giorno, con la quale si invitano gli Stati membri ad introdurre analoghe misure per il contrasto alle SLAPPs nel proprio diritto nazionale, applicabili anche in assenza dell'elemento transfrontaliero³¹.

Il principio di sussidiarietà costituisce, come noto, un criterio di esercizio delle competenze non esclusive dell'Unione ed è da intendersi quale concetto dinamico³². Esso implica che l'azione dell'Unione è legittima solo se – e nella misura in cui – l'obiettivo non può essere raggiunto in modo sufficiente dagli Stati membri (a livello nazionale, regionale e locale), ma può essere meglio realizzato a livello europeo³³. Come osservato da autorevole dottrina, se

²⁹ In base all'art. 296 TFUE, in assenza di diverse indicazioni nei trattati, le istituzioni europee decidono di volta in volta il tipo di atto da adottare, nel rispetto delle procedure applicabili e del principio di proporzionalità.

³⁰ Un precedente è costituito dalla direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale.

³¹ Raccomandazione (UE) 2022/758, cit.

³² Sul principio di sussidiarietà di cui all'art. 5 TUE si vedano *ex multis* P. DE PASQUALE, *Art. 5 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014, p. 44 ss.; F. MUNARI, *Principi di sussidiarietà e proporzionalità*, in G. AMATO, E. MOAVERO MILANESI, G. PASQUINO, L. REICHLIN (a cura di), *Europa. Un'utopia in costruzione*, vol. I, Roma, 2018, p. 132 ss.; O. PORCHIA, *La sussidiarietà attraverso il riordino delle competenze? Il Trattato di riforma e la ripartizione delle competenze*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, p. 631 ss.

³³ Come osservato dalla dottrina, la Corte di giustizia valuta in modo prudente il rispetto del principio di sussidiarietà, limitando il proprio scrutinio alle ipotesi di manifesto supera-

uno sguardo alla prassi legislativa europea sembra suggerire l'utilizzo di formule stereotipate per motivare il rispetto del principio, occorre altresì valutare anche l'impatto dell'articolato processo che precede l'approvazione dell'atto, comprensivo di studi e del coinvolgimento attivo di vari attori³⁴. Con specifico riferimento alla *checklist* proposta dalla *task force* per la sussidiarietà e la proporzionalità³⁵ e contenuta nel *Better Regulation Toolbox* del 2021³⁶, parte integrante del controllo sul principio di sussidiarietà è l'analisi della rilevanza, per l'Unione europea, dell'iniziativa e del suo valore aggiunto a livello europeo, che va oltre la mera esistenza di disomogeneità a livello del diritto degli Stati membri. Da ultimo, giova sottolineare che il presupposto dell'esercizio della competenza concorrente dell'Unione, che si riverbera sul rispetto del principio di sussidiarietà, è proprio la presenza di implicazioni transnazionali nelle fattispecie considerate³⁷: pertanto, anche l'ampia definizione fornita dall'art. 4 della proposta (sulla quale ci si è già soffermati) potrebbe costituire oggetto di valutazione circa il rispetto dei parametri previsti dall'art. 5 TUE.

5. Un intervento europeo per contrastare il fenomeno delle SLAPPs è senz'altro auspicato alla luce degli obiettivi perseguiti, rivolti alla tutela del diritto alla libertà di espressione e di informazione, nonché alla promozione dei valori democratici dell'Unione europea³⁸. Allo stesso tempo, la proposta

mento dei confini dell'azione europea. In argomento S. MONTALDO, *Amici mai, odiarsi mai: il controllo sull'applicazione del principio di sussidiarietà alla luce della prassi della Commissione e della Corte di giustizia*, in *federalismi.it*, n. 13, 2016, p. 17.

³⁴ P. DE PASQUALE, *Sharing is caring: i primi trent'anni del principio di sussidiarietà nell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2021, p. 432 ss.

³⁵ Relazione del 10 luglio 2018, reperibile qui: ec.europa.eu/info/files/report-task-force-subsidiarity-proportionality-and-doing-less-more-efficiently_it.

³⁶ Allegato alle *Better Regulation Guidelines* del 3 novembre 2021, SWD(2021) 305 fin. Entrambi i documenti sono reperibili qui: ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox_en.

³⁷ R. CLERICI, *Commento all'articolo 81 TFUE*, cit., p. 502.

³⁸ La proposta figura tra i procedimenti aventi carattere prioritario nell'ambito del Programma di lavoro della Commissione europea per il 2023. Si veda la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Un'Unione salda e unita, COM(2022) 548 fin., del 18 ottobre 2022, p. 20.

dovrà dimostrare di operare un adeguato bilanciamento con il diritto di accesso effettivo alla giustizia. Come noto, le limitazioni all'esercizio dei diritti previsti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sono soggette alla riserva di legge, devono rispettare il contenuto essenziale di tali diritti e devono rispondere a finalità di interesse generale o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui³⁹. Si tratta di elementi che dovranno essere valutati, nel corso della procedura legislativa ordinaria, dalle istituzioni europee. Al riguardo, l'indeterminatezza dell'oggetto della futura direttiva, nonché l'ampiezza di alcune definizioni contenute al suo interno, potrebbe costituire un elemento a sfavore⁴⁰.

Inoltre, l'iniziativa presenta ulteriori contraddizioni di contenuto e di metodo. La base giuridica prescelta non sembra sempre coerente con i contenuti della proposta, che offre norme di armonizzazione del diritto processuale civile nazionale accanto ad alcune disposizioni che introducono un criterio speciale di giurisdizione e stabiliscono limiti al riconoscimento ed all'esecuzione delle decisioni provenienti da Stati terzi. Pertanto, solo una parte (accessoria) del testo normativo risulta effettivamente dedicata al diritto internazionale privato.

Proprio alla luce della base giuridica prescelta, peraltro sulla base di un'inedita ed ampia definizione di "questioni che presentano implicazioni transfrontaliere", suscita alcune perplessità la decisione di non intervenire sul quadro normativo già esistente. Il riferimento è alla disciplina relativa alla giurisdizione ed alla circolazione delle decisioni in materia civile e commerciale, contenuta nel regolamento (UE) n. 1215/2012 (Bruxelles I-bis)⁴¹, nonché alle

³⁹ Art. 52(1) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In dottrina, S. PEERS, S. PRECHAL, *Article 52 – Scope and Interpretation of Rights and Principles*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, 2014, p. 1455 ss; M. OJANEN, *Making the Essence of Fundamental Rights Real: The Court of Justice of the European Union Clarifies the Structure of Fundamental Rights under the Charter*, in *European Constitutional Law Review*, 2016, p. 321 ss.; O. SCARCELLO, *Preserving the 'Essence' of Fundamental Rights under Article 52(1) of the Charter: A Sisyphean Task?*, in *European Constitutional Law Review*, 2020, p. 647 ss.

⁴⁰ Sottolinea la genericità di alcune disposizioni della proposta B. HESS, *Strategic Litigation*, cit., p. 25.

⁴¹ Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (Bruxelles I-bis).

norme di conflitto previste dal regolamento (CE) n. 864/2007 sulle obbligazioni extracontrattuali (Roma II)⁴². L'intervento sui citati strumenti normativi, pur connotato da non poche difficoltà, avrebbe perseguito lo scopo di rafforzare la certezza del diritto e limitare il *forum shopping*. Dato che le azioni bavaglio vedono talvolta l'instaurazione di procedimenti plurimi e paralleli, l'iniziativa di contrasto avrebbe potuto costituire un'occasione per ripensare le norme sul coordinamento tra procedimenti, come quelle relative alla litispendenza ed alla connessione. Una disposizione analoga a quella attualmente contenuta nell'art. 17 della proposta in esame, che intende introdurre un motivo ostativo al riconoscimento ed all'esecuzione delle decisioni per ragioni di ordine pubblico, ben potrebbe applicarsi anche alle sentenze emesse dai giudici europei. Sul versante della legge applicabile, giova ricordare che il regolamento Roma II esclude dal proprio campo di applicazione le questioni che derivano da violazioni della vita privata e dei diritti della personalità, compresa la diffamazione⁴³. Ne consegue l'applicazione delle norme di conflitto previste dagli ordinamenti degli Stati membri. Un quadro frammentato, che alimenta il ricorso alla strategia processuale da parte dell'attore, per individuare il foro sulla base della norma di conflitto che potrebbe condurre ad un risultato più soddisfacente⁴⁴.

In conclusione, la proposta di direttiva non ha interessato alcuni aspetti significativi, che pure erano stati sollevati nel contesto del dibattito che ha preceduto la sua adozione. A ciò si aggiungono le illustrate criticità relative alla base giuridica, che costituiranno, con tutta probabilità, oggetto di discussione. Oltre a monitorare la procedura legislativa, sarà interessante osservare se essa sarà accompagnata o seguita da una adeguata reazione degli Stati membri alla raccomandazione (UE) n. 2022/758 e/o da iniziative di rifusione della normativa di diritto internazionale privato uniforme.

⁴² Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II). La necessità di intervenire sui citati regolamenti è stata invocata nello studio, svolto su incarico della Commissione giuridica del Parlamento europeo, di J. BORG-BARTHET, B. LOBINA, M. ZABROCKA, *The Use of SLAPPs to Silence Journalists, NGOs and Civil Society*, giugno 2021, reperibile qui: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU\(2021\)694782](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2021)694782).

⁴³ Art. 1(2)(g) del regolamento Roma II.

⁴⁴ Si sofferma su questo aspetto P. FRANZINA, *Sinergie tra cooperazione giudiziaria e armonizzazione materiale e processuale in Europa*, cit., p. 816 s.

QUALI PROSPETTIVE PER IL LEGISLATORE EUROPEO DOPO COMAN E PANCHAREVO?

Irene Marchioro*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il *riconoscimento*: una parola per molti significati. – 3. Il salto di specie del metodo del riconoscimento: dalle merci e i servizi agli *status* personali. – 4. La rivoluzione si compie: *Coman...* – 5. ...e *Pancharevo*. – 6. La *kafalab*: spiragli per un riconoscimento non (più) solo intracomunitario? – 7. Il fondamento giuridico del metodo del riconoscimento. – 8. Le condizioni e i limiti della sua applicazione. – 9. Le ricadute pratiche dell'utilizzo del metodo del riconoscimento. – 10. Un doppio binario, in cui la Corte di giustizia corre più velocemente del legislatore europeo. – 11. La coesistenza pacifica tra metodo del riconoscimento e diritto internazionale privato.

1. Nei sistemi di diritto internazionale privato – tanto nazionali, quanto dell'Unione europea – così come nel più ampio contesto del diritto dell'Unione, le accezioni di “riconoscimento” sono molteplici e tra loro molto differenti. Così, alle declinazioni tipicamente internazionalprivatistiche di questa nozione – tra loro, peraltro, già diversificate – si accompagna quella europea di mutuo riconoscimento¹, originariamente di portata limitata, ma che si estende oggi a campi di applicazione fino a pochi anni fa inesplorati.

Si assiste così sempre più ad una eterogenesi di concetti e significati, che porta con sé un certo grado di confusione, su cui è opportuno tentare di fare ordine.

Lo scopo di questo scritto è, quindi, quello di enumerare, alla luce anche della giurisprudenza della Corte di giustizia, le tipologie di riconoscimento oggi in uso all'interno del territorio dell'Unione, tentando, allo stesso tempo, di capire i limiti e la portata applicativa del c.d. metodo del riconoscimento

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

¹ Si veda S. NICOLIN, *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, Padova, 2005.

(*Anerkennungsmethode*), in particolar modo nella circolazione degli *status* familiari.

Si cercherà, infine, di verificare quale sia il rapporto tra l'utilizzo del metodo del riconoscimento e la creazione di strumenti di diritto internazionale privato che fanno uso del tradizionale sistema del conflitto di leggi, prendendo come esempio la proposta pendente di regolamento in materia di filiazione. Il fine ultimo è quello di valutare se si stia assistendo ad un superamento del metodo tradizionale di diritto internazionale privato in favore di quello del riconoscimento o se, viceversa, i due metodi possano fruttuosamente convivere tra di loro, a patto che il legislatore europeo prenda atto di questo “doppio binario” che si è formato alla luce della giurisprudenza della Corte, e ne faccia uso in modo consapevole e sapiente.

2. Nello spazio giudiziario europeo, il termine “riconoscimento” può riferirsi ad almeno quattro situazioni differenti².

Le prime due si riferiscono all'operare di meccanismi di riconoscimento automatico di atti stranieri, previsti da strumenti di diritto internazionale uniforme dell'Unione europea. Si tratta, in primo luogo, del riconoscimento automatico di talune decisioni giudiziarie straniere, previsto nei regolamenti europei Bruxelles I *bis*³, Bruxelles II *bis*⁴ (ora *ter*), nel regolamento successioni⁵, nei regolamenti sui regimi patrimoniali tra coniugi e tra *partners* uniti civilmente⁶ e nel regolamento

² L. HÜBNER, *Die Integration der primärrechtlichen Anerkennungsmethode in das IPR*, in *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, 2021, p. 111 ss.

³ Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

⁴ Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale.

⁵ Regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo.

⁶ Rispettivamente, regolamento (UE) n. 1103/2016 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e

sulle obbligazioni alimentari⁷. In tutti questi casi, non è ammessa alcuna revisione del contenuto della decisione straniera, salva la verifica dell'esistenza di condizioni ostative, compreso il limite dell'ordine pubblico, con il risultato che questo tipo di riconoscimento comporta il recepimento del contenuto del dispositivo della sentenza all'interno dell'ordinamento del foro del riconoscimento, entro i limiti oggettivi, soggettivi e temporali che la caratterizzano nell'ordinamento di origine, compendiate nella nozione di *Wirkungserstreckung*⁸.

In parallelo e con caratteristiche del tutto analoghe corre il canale del riconoscimento di atti pubblici stranieri. Così, sono riconoscibili e immediatamente esecutivi gli atti pubblici aventi efficacia esecutiva in un dato Stato membro, nei rispettivi ambiti di applicazione *ratione materiae* dei regolamenti Bruxelles I *bis*, Bruxelles II *bis*, dei regolamenti sui regimi patrimoniali, del regolamento sulle obbligazioni alimentari e del regolamento successioni. Quest'ultimo strumento ha introdotto, inoltre, un modello certificatorio europeo (il certificato successorio europeo) destinato per sua natura a spiegare i suoi effetti in modo uniforme su tutto il territorio dell'Unione⁹. In questa materia, peraltro, è entrato in vigore nel 2019 anche il regolamento (UE) 2016/1191¹⁰, che promuove la libera circolazione dei cittadini e semplifica i requisiti per la presentazione di alcuni documenti pubblici nell'Unione europea.

Un terzo tipo di riconoscimento si riferisce a quelle situazioni che fuo-

regolamento (UE) 2016/1104 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate.

⁷ Regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari. In riconoscimento automatico, in questo caso, è previsto con riferimento alle decisioni emanate tanto in Stati membri già vincolati al protocollo dell'Aia del 2007 relativo alla legge applicabile alle obbligazioni alimentari, quanto a quelli che non ne siano parte.

⁸ Sul punto, *ex multis*, F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (UE) n. 1215/2012 (rifusione)*, Padova, 2015, p. 322 ss.

⁹ Per una trattazione monografica recente del tema si rinvia a F. MAOLI, *Il certificato successorio europeo*, Napoli, 2021.

¹⁰ Regolamento (UE) 2016/1191 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 luglio 2016, che promuove la libera circolazione dei cittadini semplificando i requisiti per la presentazione di alcuni documenti pubblici nell'Unione europea.

riescono dal campo di applicazione degli strumenti di diritto derivato dell'Unione europea e che, tuttavia, sono meritevoli di riconoscimento all'esito di un processo di riconoscimento non automatico, che passa attraverso l'operare delle norme di conflitto del foro. Un esempio tipico era ritenuto, fino a pochissimo tempo fa, quello dei divorzi privati, tradizionalmente considerati come esclusi dal campo di applicazione del regolamento Bruxelles II *bis*, e tuttavia suscettibili di riconoscimento sulla base di norme *ad hoc* previste dalla legislazione nazionale di taluni Stati membri (ad esempio, l'articolo 107 del FamFG tedesco).

Questa forma non automatica di riconoscimento dei divorzi privati, peraltro, non è oggi più necessaria grazie all'intervento della Corte di giustizia nella causa C-646/20¹¹. La Corte ha infatti chiarito che un atto di divorzio italiano, redatto da un ufficiale di stato civile, contenente un accordo di divorzio concluso dai coniugi e confermato da questi ultimi dinanzi a detto ufficiale, in conformità alle condizioni previste dalla normativa italiana, rappresenta una "decisione" ai sensi dell'art. 2, punto 4, del regolamento Bruxelles II *bis*, con la conseguenza che esso è automaticamente riconoscibile ai sensi dell'art. 21, par. 1, del medesimo regolamento¹². Anche i divorzi privati, quindi, rientrano oggi nel primo tipo di riconoscimento.

Il quarto tipo di riconoscimento, su cui si concentra questo scritto, discende, viceversa, dal diritto primario dell'Unione europea, ed è stato, per così dire, proprio da questo introdotto nel panorama giuridico europeo. Si tratta, secondo una prima definizione, dell'accettazione, da parte di uno Stato membro, di una situazione giuridica creatasi all'interno di un diverso Stato membro, attraverso un atto privato oppure pubblico, a prescindere dal rispetto delle norme di conflitto del primo Stato membro¹³. Questo metodo, che si è sviluppato "per linee esterne ri-

¹¹ Sentenza della Corte del 15 novembre 2022, causa C-646/2020, *Senatsverwaltung für Inneres und Sport*.

¹² Per un primo commento alla decisione, si veda K. PACULA, *CJEU on recognition of extrajudicial divorces, case Senatsverwaltung für Inneres und Sport, C-646/20*, in *Conflict of Laws.net*, p. 1 ss.

¹³ J. CROON-GESTEFELD, *Der Einfluss der Unionsbürgerschaft auf das Internationale Familienrecht*, in *Rebels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, 2022, p. 40; M. LEHMAN, *Recognition as a Substitute for Conflict of Laws?*, in S. LEIBLE (ed.), *General Principles of European Private International Law*, Alphen aan den Rijn, 2018, p. 14; D. COESTER-WALTJEN, *Das Anerkennungsprinzip im Dornröschenschlaf?*, in H.-P. MANSEL (hrsg.), *Festschrift für Erik Jayme*, Monaco, 2004.

spetto alla codificazione del diritto internazionale privato dell'Unione e che assume in parte le fattezze di diritto interlocale dell'Unione"¹⁴, costituirebbe lo strumento funzionale che permette l'attuazione del principio fondamentale del *mutual trust* all'interno dell'Unione europea¹⁵. Nella dottrina italiana, questa forma di riconoscimento intracomunitario è stata ascritta al metodo del c.d. riferimento all'ordinamento competente¹⁶.

Esso comporta, in estrema sintesi, due conseguenze essenziali. Da un lato, gli Stati membri sarebbero tenuti a riconoscere le relazioni giuridiche acquisite direttamente *ex lege* o per il tramite di un atto emanato da un'autorità pubblica. Dall'altro, le regole nazionali, sostanziali e di diritto internazionale private dell'ordinamento del foro dovrebbero venire disapplicate ogniqualvolta esse conducano a un esito di non riconoscimento¹⁷.

La differenza essenziale tra il riconoscimento di una sentenza o di un atto pubblico straniero e il metodo del riconoscimento, nell'accezione da ultimo delineata, consiste nella circostanza che, in questo secondo caso, l'effetto del riconoscimento è territorialmente estensivo, nel senso che gli effetti della cristallizzazione di una certa situazione giuridica si spiegano in ugual modo su tutto il territorio europeo. Così, il riconoscimento di un certificato di matrimonio non sarà idoneo a dimostrare solo che un determinato soggetto possiede lo *status* di coniuge nell'ordinamento in cui il certificato è stato emanato, bensì permetterà anche a quell'individuo di far valere direttamente, nello Stato del riconoscimento, tutti gli effetti vantaggiosi che discendono da

¹⁴ Cit. B. CORTESE, *L'ordinamento dell'Unione Europea tra autocostruzione, collaborazione e autonomia*, 2018, Torino, p. 279 ss.

¹⁵ P. MANKOWSKI, *Nun sag, wie hast Du's mit dem Anerkennungsprinzip? – Im EU-Ausland "unrechtmäßig" erlangte Namen als Prüfstein*, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2020, p. 324.

¹⁶ Cfr. P. PICONE, *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. Cours général de droit international privé*, in *Recueil des Cours*, n. 276, 1999, p. 119 ss.; G. ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padova, 2002, p. 239 ss.; P. PICONE, *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità di metodi di coordinamento tra ordinamenti*, in P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 495 ss.

¹⁷ Cfr. R. BARATTA, *Problematic Elements of an Implicit Rule Providing for Mutual Recognition of Personal and Family Status in the EC*, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2007, p. 9.

quel rapporto familiare. E, per fare un parallelismo con il mutuo riconoscimento nel mercato interno – il quale, come si vedrà, costituisce il piano di partenza da cui è avvenuto il salto di specie che ha condotto all'introduzione del metodo del riconoscimento delle situazioni giuridiche dei privati – il riconoscimento di un diploma professionale tedesco in Francia non implica solo accettazione della qualifica che quel soggetto possiede nello Stato di origine, ma anche autorizzazione a svolgere l'attività professionale, sulla base di quello stesso diploma, anche nello Stato di destinazione¹⁸.

Tradizionalmente, si è detto che il metodo del riconoscimento, come strumento per la circolazione di *status*, richiede che la situazione giuridica straniera suscettibile di riconoscimento direttamente in forza delle disposizioni di diritto primario dell'Unione europea debba pur sempre risultare in qualche modo cristallizzata, in una forma di decisione o di registrazione¹⁹. Questo metodo, quindi, non potrebbe essere utilizzato rispetto a situazioni che esistono solo virtualmente, senza che vi sia stata una qualche formale presa di posizione da parte dello Stato di origine²⁰.

Da questo principio, tuttavia, sembra avere deviato la recente sentenza con cui la Corte di giustizia²¹ ha stabilito che il giudice rumeno, competente a pronunciarsi su un'istanza di divorzio con applicazione della legge italiana ai sensi del regolamento Roma III²², poteva superare la mancata previa emanazione di una pronuncia di separazione (richiesta dal diritto italiano, ma inesistente secondo il diritto rumeno) accertando la sussistenza, di fatto, della situazione giuridica prevista nel diritto italiano. In quell'occasione la Corte ha accertato, in sostanza, che un giudice rumeno, pur non potendo pronun-

¹⁸ Cfr. P. MAYER, *La Reconnaissance: Notions et Méthodes*, in P. LAGARDE (sous la direction de), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Parigi, 2013, p. 27 ss.

¹⁹ H.-P. MANSEL, *Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums: Zur Herausbildung eines europäischen Anerkennungs-Kollisionsrechts: Anerkennung statt Verweisung als neues Strukturprinzip des Europäischen internationalen Privatrechts?*, in *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, 2006, p. 715 ss.

²⁰ C. KOHLER, *La Reconnaissance de Situations Juridiques dans l'Unione Européenne: Le cas du Nom Patronymique*, in P. LAGARDE (sous la direction de), *op. cit.*, p. 71 ss.

²¹ Sentenza della Corte del 16 luglio 2020, causa C-249/2019, *JE c. FK*.

²² Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale.

ciare egli stesso la separazione tra i coniugi, dovesse tuttavia verificare e accertare se le condizioni sostanziali – cioè l'avvenuta separazione da oltre tre anni – previste dalla legge italiana per l'ottenimento di un divorzio fossero state soddisfatte nel caso concreto, e, in caso di risposta affermativa, procedere con la pronuncia di divorzio.

Si tratta, in sostanza, del riconoscimento di una situazione virtuale, non cristallizzata, necessario, in questo caso, per garantire il buon funzionamento del regolamento Roma III. Come rileva la Corte, infatti, una prassi giurisprudenziale come quella rumena, che nega la conoscibilità delle istanze di divorzio regolate dalla legge italiana, “ha l'effetto di impedire un esame nel merito di dette domande” e, in questo modo, “essa priva di gran parte della loro sostanza le regole uniformi sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale previste dal regolamento n. 1259/2010, pregiudicando così il loro effetto utile” (punto 40 della sentenza).

Potrebbe trattarsi, quindi, di una nuova forma di riconoscimento, ovvero di adattamento, di cui la dottrina dovrà tenere conto negli anni a venire e che avvicina ancora di più il mutuo riconoscimento del mercato interno al metodo del riconoscimento degli *status* personali e familiari.

3. Il principio del mutuo riconoscimento come argine agli ostacoli alla circolazione, da cui il metodo del riconoscimento degli *status* ha tratto ispirazione, è nato, come accennato, in materia di merci e servizi²³. Originariamente, infatti, il Trattato non prevedeva lo schema del mutuo riconoscimento nel contesto della rimozione degli ostacoli alle libertà di circolazione²⁴, avendo destinato a tale scopo il divieto di discriminazione in base alla nazionalità, da un lato, e il ravvicinamento delle legislazioni, dall'altro. Con la sentenza *Cas-*

²³ P. MAYER, *op. cit.*, p. 27 ss.; E. JAYME, C. KOHLER, *Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?*, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2011, p. 501; H.-P. MANSEL, *Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums*, cit., p. 664 ss.

²⁴ Fatta eccezione per i riferimenti, presenti nei Trattati fin dalla loro versione originaria, all'adozione di direttive intese al reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli (attuale art. 53 TFUE) e all'avvio di negoziati tra gli Stati membri intesi a garantire il reciproco riconoscimento delle società (art. 220 Trattato CEE, poi divenuto art. 293 TCE, ora non più presente).

*sis de Dijon*²⁵, la quale “ha costituito un’attività creativa della Corte o, almeno, un segno del suo attivismo”²⁶, tuttavia, la Corte ha inaugurato il binomio tra mutuo riconoscimento e rimozione degli ostacoli al buon funzionamento del mercato.

Da lì, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha, in un primo momento, esteso l’ambito di applicazione del metodo del mutuo riconoscimento alle società internazionali, giustificando la necessità del riconoscimento in virtù del diritto di stabilimento²⁷. Il riferimento è, in particolare, a quella giurisprudenza della Corte che ha negato che uno Stato possa imporre, in capo ad una società che voglia spostare al suo interno la propria sede amministrativa, delle condizioni ulteriori rispetto a quelle previste dallo Stato di costituzione²⁸.

Da questo ambito, è poi avvenuto quel “salto di specie” che si preannunciava sopra. La necessità di garantire una circolazione priva di ostacoli, che aveva giustificato la giurisprudenza sul mutuo riconoscimento nel mercato interno, ha assunto infatti rilievo anche nel campo della circolazione delle persone. Così come nel mercato interno il mutuo riconoscimento aveva iniziato a mettere in ombra il metodo dell’armonizzazione²⁹, similmente, in un ambito del tutto diverso, il metodo del riconoscimento ha cominciato a mettere in ombra il sistema tradizionale di diritto internazionale privato³⁰.

In un primo momento questo è avvenuto con la lunga e diversificata giurisprudenza in materia di riconoscimento dei nomi. La casistica relativa al diritto al nome costituisce anche il primo nucleo di intervento in una materia che, come avviene per le questioni di diritto di famiglia in genere, si trova in un “rapporto di tensione” tra interessi privati e statali³¹.

²⁵ Sentenza della Corte del 20 febbraio 1979, causa C-120/78, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*.

²⁶ Cit. S. NICOLIN, *op. cit.*, p. 7.

²⁷ L. HÜBNER, *op. cit.*, p. 117; H.-P. MANSEL, *Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums*, cit., p. 670 ss.

²⁸ Si vedano le sentenze della Corte del 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros*; del 5 novembre 2002, causa C-208/00, *Überseering*; del 30 settembre 2003, causa C-167/01, *Inspire Art*.

²⁹ V. ancora S. NICOLIN, *op. cit.*, p. 6 ss.

³⁰ Lo rilevava, già quindici anni fa, anche L. TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell’Unione Europea*, 2007, Padova, p. 325 ss.

³¹ S. GÖSSL, *Ein weiterer Mosaikstein bei der Anerkennung ausländischer Statusänder-*

Così, per ripercorrere solo i casi più noti, in *Garcia Avello* la Corte ha sancito che, alla luce del diritto di circolare e soggiornare liberamente all'interno dell'Unione, uno Stato membro non può rifiutarsi di riconoscere il cognome acquisito da un proprio cittadino in un altro Stato membro, di cui egli possiede altresì la cittadinanza, per il solo fatto che tale nome diverge dalle prassi e dalle regole del primo Stato³².

In *Grunkin und Paul*, di poco successiva, la Corte ha affrontato una situazione analoga, in cui il cognome di un minore, cittadino europeo, era stato però attribuito dallo Stato di residenza, e non veniva riconosciuto dallo Stato di cittadinanza³³. A fronte dei gravi inconvenienti alla circolazione del bambino che sarebbero derivati dalla discrepanza tra il suo cognome nello stato di residenza – la Danimarca – e quello di cittadinanza – la Germania, unico Stato, peraltro, competente ad attribuire al minore un passaporto – la Corte ha stabilito che la necessità, fatta valere dal governo tedesco, che vi fosse un collegamento univoco ed esclusivo tra il nome di un soggetto e il suo stato di cittadinanza non può essere considerata di una tale importanza da “giustificare che le autorità competenti di uno Stato membro [...] rifiutino di riconoscere il cognome di un figlio così come esso è stato determinato e registrato in un altro Stato membro in cui tale figlio è nato e risiede sin dalla nascita” (punto 31).

Viceversa, in *Sayn Wittgenstein* è stato giudicato di importanza tale da giustificare il mancato riconoscimento del cognome attribuito nello Stato di cittadinanza l'obiettivo di preservare il principio di uguaglianza tra i cittadini, impedendo il possesso, l'acquisto e l'utilizzo di titoli nobiliari ottenuti all'estero³⁴.

Infine, più di recente, la Corte³⁵ si è pronunciata su un caso (*Freitag*) in cui un cittadino europeo avente doppia cittadinanza nazionale (rumena e tedesca) aveva ottenuto una modifica del proprio cognome in Romania e ne chiedeva il riconoscimento in Germania, suo Stato di residenza, benché il diritto tedesco

ungen in der EU oder: Wann ist ein Name “rechtmäßig erworben”?, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2018, p. 377.

³² Sentenza della Corte del 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Garcia Avello*.

³³ Sentenza della Corte del 14 ottobre 2008, causa C-353/06, *Grunkin und Paul*.

³⁴ Sentenza della Corte del 22 dicembre 2010, causa C-208/09, *Sayn Wittgenstein*.

³⁵ Sentenza della Corte dell'8 giugno 2017, causa C-541/15, *Freitag*.

subordini tale possibilità alla condizione che il mutamento del nome venga conseguito durante un periodo di residenza abituale nello Stato in cui si è ottenuta la modifica. Il caso è particolarmente interessante, poiché la Corte sancisce che il rifiuto della trascrizione del nome per il motivo descritto è in linea di principio escluso perché in contrasto con i diritti previsti all'art. 21 TFUE, "a meno che esistano nel diritto nazionale altre disposizioni che consentano effettivamente il riconoscimento di detto nome" (punto 47).

Questa giurisprudenza ha anticipato quella che, sulla base degli stessi principi giuridici, ha poi permesso il riconoscimento di *status* familiari ignoti nell'ordinamento del foro. Peraltro, oltre un ventennio fa, in tempi per così dire non sospetti, la dottrina più attenta³⁶ già aveva avvertito la possibilità che un principio – quello del mutuo riconoscimento – che era stato originariamente sancito con riferimento al traffico di merci e servizi potesse venire esteso anche a questioni completamente differenti, come quelle relative allo scioglimento dei regimi patrimoniali tra coniugi e tra *partners*, al diritto successorio e così via, per concludere che gli *status* familiari avrebbero potuto venire trattati, in un futuro non lontano, "alla stessa stregua delle merci"³⁷.

4. Questa rivoluzione copernicana³⁸ – cui ha fatto da sfondo l'adozione del Libro Verde sulla riduzione degli adempimenti amministrativi del 2010³⁹

³⁶ C. KOHLER, *Status als Ware: Bemerkungen zur europäischen Verordnung über das internationale Verfabrensrecht in Ehesachen*, in H.-P. MANSEL (hrsg.), *Vergemeinschaftung des europäischen Kollisionsrechts: Vorträge aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens des Instituts für internationales und ausländisches Privatrecht der Universität zu Köln*, Köln, 2001, p. 41 ss.

³⁷ Cit. ancora E. JAYME, C. KOHLER, *op. cit.*, p. 501.

³⁸ Di "rivoluzione copernicana" parlava, già nei primi anni 2000, R. CAFARI PANICO, *Divorzi stranieri tra riconoscimento e trascrizione*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2002, p. 17 ss., scrivendo che "se tradizionalmente si ragionava in termini di procedure per il riconoscimento per trarne le conseguenze in merito alla possibilità di attribuire o meno lo *status*, ora occorre muovere proprio da quest'ultimo per adeguare gli strumenti non solo giurisdizionali ma anche amministrativi all'obbligo di riconoscimento che le norme comunitarie ci impongono".

³⁹ Commissione Europea, *Meno adempimenti amministrativi per i cittadini Promuovere la libera circolazione dei documenti pubblici e il riconoscimento degli effetti degli atti di stato civile*, COM (2010) 747definitivo.

– si è compiuta, in un primo momento, con il celebre caso *Coman*⁴⁰, relativo al riconoscimento, all'interno di uno Stato membro, del matrimonio tra persone dello stesso sesso concluso in un diverso Stato membro. Con questa decisione, che ha fin dal primo momento sollevato l'interesse della dottrina⁴¹, la Corte ha infatti stabilito che la nozione di “coniuge”, ai sensi dell'art. 2, punto 2, lett. a, direttiva 2004/38⁴², è neutra dal punto di vista del genere, e che l'art. 21, par. 1, TFUE, osta a che le autorità competenti dello Stato membro di cui il cittadino dell'Unione ha la cittadinanza rifiutino di concedere un diritto di soggiorno sul territorio di detto Stato membro al coniuge dello stesso sesso, cittadino di uno Stato terzo, per il fatto che l'ordinamento di tale Stato membro non prevede il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Si tratta, quindi, di una sentenza di importanza epocale, poiché per la prima volta la Corte impone, in virtù del rispetto dei diritti discendenti dalla cittadinanza europea, un obbligo di riconoscimento di uno *status* familiare sconosciuto nell'ordinamento del foro, seppur “ai soli fini della concessione di un diritto di soggiorno derivato a un cittadino di uno Stato terzo”, senza per ciò comportare “l'obbligo, per detto Stato membro, di prevedere, nella normativa nazionale, l'istituto del matrimonio tra persone dello stesso sesso” (punto 45).

La precisazione da ultima menzionata rispecchia evidentemente la mancanza di competenza dell'Unione europea a adottare atti in materia di diritto sostanziale di famiglia⁴³, ed è funzionale a contrastare l'argomento del gover-

⁴⁰ Sentenza della Corte del 5 giugno 2018, causa C-673/16, *Coman*.

⁴¹ Per i primi commenti pubblicati sul caso si vedano, *ex multis*, A. PERELLI, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso. Il caso Coman: un importante passo verso l'eguaglianza*, in *DPCE online*, 2018, p. 753 ss.; E. CHIARETTO, *Libera circolazione dei coniugi dello stesso sesso nell'Unione europea*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2018, p. 1753 ss.; G. ROSSOLILLO, *Corte di Giustizia, matrimonio tra persone dello stesso sesso e diritti fondamentali: il caso Coman*, in *SIDIBlog*, 8 luglio 2018; S. PEERS, *Love Wins in the CJEU: Same Sex Marriages and EU Free Movement Law*, in *EU Law Analysis*, 5 June 2018.

⁴² Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

⁴³ Sul tema, si rinvia a C. HONORATI, *Verso una competenza della Comunità Europea in materia di diritto di famiglia?*, in S. BARIATTI, C. RICCI, L. TOMASI (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, 2007, Milano, p. 3 ss.; L. TOMASI, *op. cit.*, p. 46 ss.

no rumeno (ma non solo quello rumeno) secondo il quale un siffatto obbligo avrebbe minacciato l'identità nazionale e l'ordine pubblico dello Stato. Ciononostante, va ammesso che non è agevole tracciare dei limiti chiari e definiti all'ambito del riconoscimento "ai soli fini della concessione di un diritto di soggiorno", imposto della Corte.

È evidente, infatti, che il diritto di soggiorno non si esaurisce nella mera facoltà, per il coniuge dello stesso sesso, di entrare nel territorio dello Stato membro e di risiedervi liberamente. Invero, la Corte stessa richiama, nella propria decisione, il diritto al rispetto della vita privata e familiare garantito dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, aventi la stessa portata di quelli garantiti dall'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Col che si deve presumere, ad esempio, che i due coniugi debbano essere considerati come tali anche rispetto, per esempio, ad una futura richiesta di ricongiungimento di altro familiare ai sensi degli artt. 2 e 3 della direttiva 2004/38 (si pensi, per esempio, ad un ascendente o un fratello del cittadino dello Stato terzo "riconosciuto" come coniuge); oppure rispetto al riconoscimento del legame familiare instaurato con un minore affidato alla coppia, o addirittura da questo adottato.

Ma non solo: se il coniuge statunitense del sig. Coman deve considerarsi come familiare ai sensi della direttiva 2004/38, va da sé che egli debba considerarsi come tale anche rispetto all'applicazione dell'art. 24 di questa, il quale pone il fondamentale principio di parità di trattamento tra il cittadino europeo ospitato in uno Stato membro e il suo familiare, da un lato, e i cittadini dello Stato membro ospitante, dall'altro. Cosicché il riconoscimento "ai fini del diritto di circolazione e soggiorno" comporterebbe anche, perlomeno, l'accesso del familiare all'assistenza sociale dello Stato membro⁴⁴.

Se, quindi, rimane sicuramente escluso l'obbligo di riconoscimento degli effetti prettamente civilistici e successori del vincolo matrimoniale, è però allo stesso tempo evidente che la portata applicativa della decisione della Corte

⁴⁴ È di quest'idea anche F. BATTAGLIA, *La definizione di "coniuge" ai sensi della direttiva 38/20043: il caso Coman e Hamilton*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2018, p. 218 ss. Sul punto si veda anche S. PENASA, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso e libertà di circolazione dei cittadini europei e dei loro familiari: osservazioni "a cerchi concentrici" sul caso Coman c. Romania della Corte di Giustizia*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2018, p. 14 ss.

è ben più ampia di quanto possa apparire di primo acchito. In questo senso, è difficile confutare la tesi secondo la quale questa sentenza – e, in misura ancora maggiore, quella che si vedrà nel prosieguo – abbia comportato una “disguised modification of the substantive rules of the forum in family matters”, nella misura in cui “the obligation to recognize such a marriage, for whatever purpose, undermines the coherence of the internal legal order”⁴⁵. Si tratta, piuttosto, di prenderne atto ed eventualmente di valutare dal punto di vista assiologico se tale modifica nascosta si giustifichi o meno nel bilanciamento con la tutela dei diritti discendenti dallo *status* di cittadino dell’Unione, che, come la Corte ricorda costantemente, è destinato ad essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri.

Peraltro, questa decisione ha avuto anche l’effetto di rendere la direttiva 2004/38 intrinsecamente contraddittoria, nella misura in cui, laddove il matrimonio tra persone dello stesso sesso concluso in uno Stato membro esige il suo riconoscimento anche negli altri Stati dell’Unione, l’unione civile conclusa tanto tra *partners* omosessuali, quanto tra *partners* eterosessuali, rimane viceversa condizionata alla circostanza che “la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l’unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante”⁴⁶, con il risultato che la portabilità di un’unione civile rimane immotivatamente più complessa rispetto a quella di un matrimonio tra persone dello stesso sesso⁴⁷. Si rende quindi impellente una modifica del citato articolo⁴⁸ nel senso della parificazione della situazione dei coniugi e dei *partners* uniti civilmente; parificazione che, peraltro, era già stata auspicata ancora prima della pubblicazione di questa sentenza⁴⁹.

⁴⁵ Cit. C. KOHLER, *Limiting European Integration through Constitutional Law? Recent Decisions of the German Bundesverfassungsgericht and their Impact on Private International Law*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2021, p. 255 ss.

⁴⁶ Cit. art. 2, n. 2, lett. b, della direttiva 2014/38/CE. Sul punto, cfr. L. TOMASI, *op. cit.*, p. 87 ss.

⁴⁷ I. MARCHIORO, *The Free Movement of Same-sex Registered partners in the Light of the Evolutive interpretation of Directive 2004/38/EC*, in M. C. BARUFFI, M. ORTINO (eds.), *Trending Topics in International and EU Law: Legal and Economic Perspectives*, 2019, Napoli, p. 213 ss.

⁴⁸ Come rileva anche la risoluzione del Parlamento Europeo, del 14 settembre 2021, sui diritti delle persone LGBTIQ nell’UE (2021/2679 (RSP)), punto 12.

⁴⁹ V. A. TRYFONIDOU, *EU Free Movement Law and the Legal Recognition of Same-Sex*

5. La rivoluzione copernicana iniziata con *Coman* è proseguita, in modo ancora più eclatante, con la decisione *Pancharevo*⁵⁰, che fin da subito, come fu per *Coman*, ha destato l'interesse dei commentatori⁵¹. La sentenza ha sancito l'obbligo, per le autorità di uno Stato membro, di rilasciare una carta di identità o un passaporto a un minore, proprio cittadino, il cui atto di nascita rilasciato dalle autorità competenti dello Stato membro ospitante designi come suoi genitori due persone dello stesso sesso, allo stesso tempo riconoscendo il documento rilasciato dallo Stato membro ospitante che consente a detto minore di esercitare, con ciascuna di tali due persone, il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. Tale obbligo viene accertato, in particolare, nei confronti di uno Stato – la Bulgaria – la cui Costituzione e il cui diritto di famiglia non prevedono la genitorialità di due persone dello stesso sesso e, di conseguenza, la possibilità di menzionare in un atto di nascita due genitori dello stesso sesso e di rilasciare tutti i documenti che dipendono da tale atto di nascita.

Questa decisione può essere considerata una versione aggiornata e evoluta di *Coman* sotto almeno tre diversi profili. In primo luogo, con ancora più forza di quanto era avvenuto in *Coman* – in cui il tema era rimasto sottotraccia – la Corte pone la questione del rispetto del principio di non discriminazione, ancorandolo non solo alle norme di diritto primario dell'Unione europea, ma anche alla Convenzione sui diritti del fanciullo, e in particolare al suo art. 2⁵².

Relationships: The Case for Mutual Recognition, in *Columbia Journal of European Law*, 2015, p. 244 ss.

⁵⁰ Sentenza della Corte del 14 dicembre 2021, causa C-490/20, *V.M.A. c. Stolichna obshtina*, rayon "Pancharevo".

⁵¹ Si vedano, tra i primi commenti pubblicati sul caso, E. GUALCO, *Habemus Pancharevo – A new Chapter of the EU Citizenship Fairy-tale*, in *BlogDUE*, 22 marzo 2022; J. MEEUSEN, *Functional Recognition of Same-sex Parenthood for the Benefit of Mobile Union Citizens – Brief Comments on the CJEU's Pancharevo Judgment*, in *EAPIL.org*, 3 February 2022; F. MAOLI, *La Corte di Giustizia si pronuncia sull'obbligo degli Stati membri di riconoscere il rapporto di filiazione tra una minore e due madri*, in *SIDIBlog*, 17 gennaio 2022; A. SCHILLACI, *Genitori in ogni paese: la Corte di Giustizia si pronuncia sulla tutela transnazionale delle famiglie arcobaleno nell'UE*, in *Diritti Comparati*, 22 dicembre 2021; 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 *europeanlawblog.eu*, 21 December 2021.

⁵² V. P. DE PASQUALE, *Cittadini LGBTIQ tra uguaglianza e discriminazioni*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2021, p. 499 ss.; E. GUALCO, *op. cit.*, p. 6 ss.

In secondo luogo, gli effetti a lungo raggio della decisione, che già in *Coman* si sono visti essere molto più pregnanti di quanto lasci presagire la formulazione autolimitante data dalla Corte (secondo cui, come detto, il matrimonio omosessuale va riconosciuto ai soli fini dell'esercizio del diritto di soggiorno e circolazione), sono, in questa seconda pronuncia, di portata ancora più ampia. In entrambi i casi, infatti, lo standard di tutela adottato dalla Corte non si riferisce, *sic et simpliciter*, al dovere di garantire il rispetto della libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari, bensì si estende al diritto di condurre una "normale" vita familiare, sia nello Stato membro di origine, sia in quello ospitante (punto 47). In *Pancharevo*, tuttavia, la nozione di normale vita familiare si distacca dal mero rapporto di coniugio tra due persone dello stesso sesso, e abbraccia viceversa anche l'ambito – ancora più delicato – della filiazione e dei rapporti tra ascendenti e discendenti.

Proprio la sussunzione del concetto di normale vita familiare all'interno dei diritti di circolazione e soggiorno di cui all'art. 21 TFUE avrebbe, secondo parte della dottrina⁵³, conferito alla Corte la leva per far discendere dal metodo del riconoscimento, in nome del diritto primario, effetti ancora più ampi, e ciò tanto nell'ambito del diritto pubblico, quanto del diritto privato, sempre prescindendo dalle norme di diritto internazionale privato che sarebbero state applicabili a quelle fattispecie secondo i diritti nazionali. Tant'è che c'è chi si è spinto a chiedersi se, alla luce di queste decisioni, i coniugi Coman e Hamilton e la famiglia del caso *Pancharevo* non potrebbero, in futuro, rivendicare il riconoscimento dei loro *status* anche con riferimento, per esempio, agli aspetti familiari della proprietà ovvero al diritto successorio⁵⁴.

Quello che sicuramente traspare da questa decisione è un certo tentativo di normalizzare quanto poco prima affermato – in modo in realtà innovativo – in *Coman*, replicando quella tendenza della Corte a limitare il più possibile i "grandi balzi", ma piuttosto costruendo un ragionamento argomentativo per *step* progressivi⁵⁵. Così, il principio del mutuo riconoscimento, in un

⁵³ C. KOHLER, *Status und Mobilität in der Europäischen Union*, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2022, p. 228.

⁵⁴ V. J. MEEUSEN, *op. cit.*

⁵⁵ Si veda sul punto K. LENAERTS, *EU Citizenship and the European Court of Justice's 'Stone-by-Stone' Approach*, in *International Comparative Jurisprudence*, 2015, p. 1 ss.

primo momento, si è affrancato dal mercato interno per andare solo a lambire il diritto di famiglia, con la giurisprudenza relativa al diritto al nome, che si è a mano a mano sedimentata e normalizzata; da questa, poi, è entrato nel vivo delle questioni inerenti ai rapporti familiari, imponendo, dapprima, il riconoscimento di un matrimonio omosessuale ai fini dei diritti di circolazione e soggiorno di cui all'art. 21 TFUE; poi, il riconoscimento addirittura di un rapporto di filiazione, in virtù del diritto a condurre una *normale* vita familiare. Anche la giurisprudenza in materia di filiazione, peraltro, si sta già sedimentando: in un caso del tutto analogo a *Pancharevo*, concernente il mancato riconoscimento, in Polonia, di un atto di nascita che indicava una minore quale figlia di due madri (rispettivamente, di cittadinanza irlandese e polacca), la Corte ha infatti ribadito pedissequamente quanto affermato pochi mesi prima in *Pancharevo*⁵⁶. Ciò ha fatto, peraltro, pronunciandosi con ordinanza motivata ai sensi dell'art. 99 del regolamento di procedura, ritenendo, quindi, che la risposta alla questione sollevata in via pregiudiziale dal giudice polacco potesse essere chiaramente desunta dalla sua giurisprudenza precedente⁵⁷.

Il tema della normalizzazione rileva anche – e si giunge, qui, al terzo profilo di novità della sentenza – con riferimento al rigetto delle obiezioni sollevate dalla Bulgaria con riguardo a potenziali violazioni del suo ordine pubblico e della sua identità nazionale. In questo frangente, in realtà, la novità della pronuncia risiede nella circostanza che gli argomenti addotti dalla Corte non sono per niente nuovi, nel senso che essi rispecchiano pedissequamente quelli già spesi in *Coman* (e ruotano, in estrema sintesi, intorno alla mancanza di una minaccia reale e sufficientemente grave, idonea a colpire un interesse fondamentale della società).

Ebbene, è evidente che la Corte non sente l'esigenza, nel passaggio dalla sfera delicata del riconoscimento dei matrimoni omosessuali a quella, ancora più delicata, del riconoscimento della genitorialità di persone dello stesso sesso, di modificare il proprio parametro di valutazione relativamente a pos-

⁵⁶ Ordinanza della Corte del 24 giugno 2022, causa C-2/21, *Rzecznik Praw Obywatelskich*.

⁵⁷ Tanto che la Corte, a seguito della pronuncia della sentenza *Pancharevo*, aveva, in prima battuta, ritenuto di trasmettere al giudice del rinvio polacco una copia di tale sentenza, invitandolo a indicare se intendesse mantenere comunque la domanda di pronuncia pregiudiziale.

sibili violazioni dell'identità nazionale e dell'ordine pubblico degli Stati. Ciò pare confermare l'idea che i principi riversati in *Coman* e in *Pancharevo* siano suscettibili di replica in potenzialmente qualunque controversia relativa al riconoscimento di qualunque *status* familiare, all'interno del territorio dell'Unione europea.

6. Se *Coman* e *Pancharevo* rappresentano i casi più eclatanti di utilizzo del metodo del riconoscimento in materia di *status* familiari, una tecnica molto simile è stata utilizzata anche in un caso, sempre in materia di *status* familiari, che aveva un elemento di forte eterogeneità rispetto agli altri analizzati, in quanto si trattava di riconoscere un rapporto familiare accertato con provvedimento di uno Stato terzo.

In una decisione del 2019, infatti, i giudici del Lussemburgo hanno imposto di considerare alla stregua di un familiare ai sensi dell'art. 3, par. 2, lett. a), della direttiva 38/2004, un minore accolto da due cittadini francesi tramite l'istituto islamico della *kafalah*, disposta da un'autorità algerina, quindi con provvedimento di uno Stato extra UE⁵⁸. È pur vero che, in questa circostanza, la Corte non si è spinta fino a dichiarare la sussistenza di un rapporto di filiazione tra il minore e i genitori affidatari, ciò che, d'altronde, sarebbe stato ultroneo, atteso che la *kafalah* non è mai idonea, secondo gli ordinamenti islamici di origine, a creare un siffatto rapporto familiare⁵⁹. È altresì vero, però, che la Corte, in virtù del rispetto della vita familiare, cui il minore accolto *sub kafalah* ha diritto secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo⁶⁰, ha imposto, previo accertamento di talune circostanze di fatto (specificamente: l'età in cui il minore è stato affidato, l'esistenza di una vita comune tra il minore e i suoi tutori, il grado delle rela-

⁵⁸ Sentenza della Corte del 26 marzo 2019, causa C-129/18, *SM c. Entry Clearance Officer, UK Visa Section*, commentata da C. PERARO, *L'istituto della Kafala quale presupposto per il ricongiungimento familiare con il cittadino europeo: la sentenza della Corte di Giustizia nel caso S.M. c. Entry Clearance Officer*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2019, p. 319 ss.

⁵⁹ Per una trattazione monografica e approfondita del tema della kafala islamica si rimanda, su tutti, a M. ORLANDI, *La kafāla di diritto islamico, tra diritto internazionale privato e diritto europeo*, 2021, Torino.

⁶⁰ Si veda la sentenza della Corte EDU del 4 ottobre 2012, ric. n. 43631/09, *Harroudj c. Francia*.

zioni affettive che si sono instaurate tra loro, il livello di dipendenza del minore nei confronti dei suoi tutori), che il minore fosse riconosciuto come uno di quei familiari rispetto ai quali la direttiva 2004/38 prevede un'agevolazione nell'ingresso e soggiorno.

Come si è detto, la qualificazione dello *status* del minore come “discendente diretto”, ovvero come “altro familiare” ai fini della direttiva 38/2004 sembra discendere unicamente dalle caratteristiche intrinseche dell'istituto nel Paese di origine, cosicché la decisione della Corte avrebbe anche potuto propendere per una qualificazione del primo tipo, se ciò non fosse stato in contrasto con la natura stessa della *kafalab* nel diritto islamico.

Sembra, quindi – pur non potendo approfondire ulteriormente il tema in questa sede – che si stia aprendo uno spiraglio anche per i riconoscimenti di *status* acquisiti con provvedimenti di Stati terzi. Nel caso di istituti ignoti alle nostre tradizioni civilistiche, però, non sarà sufficiente poter vantare un diritto di circolazione derivante dalla cittadinanza europea⁶¹, ma sarà anche necessario che il tipo di legame familiare che si è instaurato venga ritenuto dalla Corte meritevole di tutela. Risulta difficile, infatti, immaginare che la Corte possa prescindere da una previa “investitura” di quel rapporto giuridico da parte della Corte EDU, la quale, ricomprendendo un determinato istituto all'interno della copertura dell'art. 8 della Convenzione, lo renda internazionalmente accettato, e quindi meritevole di riconoscimento. Come è accaduto, per l'appunto, nel caso della *kafalab*.

7. Si è tentato, nelle pagine che precedono, di tracciare una breve cronistoria della nascita e dell'evoluzione del metodo del riconoscimento in materia di *status* personali e familiari, fino alle sue applicazioni più recenti e innovative. Alla luce delle sentenze che si sono analizzate, si rende ora necessario provare a tratteggiare le caratteristiche principali di tale metodo, delineandone, in primo luogo, il fondamento giuridico, poi, le condizioni e i limiti di applicazione, infine, le conseguenze applicative.

Sul primo punto, già qualcosa si è detto. La dottrina⁶² ha, nello specifico,

⁶¹ Più nello specifico, un diritto di circolazione che il *kafil* – minore accolto – deriva dalla cittadinanza europea del suo *makful* – il maggiorenne affidatario.

⁶² Cfr. R. BARATTA, *op. cit.*, p. 6 ss., il quale, peraltro, fa risalire il primo esempio di utilizzo del metodo del riconoscimento in materia familiare ad un caso ancora precedente rispet-

individuato tre gruppi di disposizioni fondamentali di diritto primario dell'Unione, i quali costituirebbero la cornice giuridico – teorica entro la quale è stato costruito il principio del riconoscimento in materia di *status* familiari e personali. Si tratta, in primo luogo, degli articoli 20 e 21 TFUE, la cui interpretazione teleologica richiede di considerare le relazioni personali e familiari alla stregua di componenti necessarie del diritto di circolazione delle persone. La forza di queste previsioni, come si è visto, viene ulteriormente enfatizzata dal richiamo all'art. 8 della CEDU.

Il secondo gruppo di disposizioni fondamentali – e anche di questo si sono già visti alcuni esempi – comprende le norme in materia di non discriminazione, sia in termini generali (art. 18 TFUE; art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), sia con riferimento specifico alla libera circolazione delle persone (art. 45, par. 2, TFUE) e al diritto di stabilimento (art. 49 TFUE). A queste norme si aggiungono quelle di eventuali strumenti di diritto internazionale di volta in volta rilevanti, come accaduto con il riferimento alla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo contenuto nella sentenza *Pancharevo*.

Un'ulteriore norma dei Trattati che viene considerata rilevante in questo ambito è l'art. 4, par. 3, TUE, relativo alla leale cooperazione tra Stati membri. In effetti, benché, fino ad oggi, la Corte non vi abbia fatto riferimento, il rifiuto a priori di riconoscere uno *status* acquisito in uno Stato membro potrebbe costituire una violazione proprio del principio di leale cooperazione⁶³.

Come ha precisato la dottrina, un obbligo di riconoscimento potrebbe discendere anche da norme di diritto secondario⁶⁴. L'esempio paradigmatico è quello della più volte citata direttiva 38/2004, e delle norme ivi contenute in materia di circolazione dei cittadini europei e dei loro familiari.

A ben guardare, tuttavia, sia in *Pancharevo* sia in *Coman* la direttiva 38/2004 funge in qualche modo da strumento operativo, che permette la realizzazione, in concreto, di un diritto che discende pur sempre dal diritto

to alla saga sui nomi internazionali che si è sopra ripercorsa, e cioè, specificamente, alla sentenza della Corte del 2 dicembre 1997, causa C-336/94, *Dafeki*.

⁶³ Di questa opinione è ancora R. BARATTA, *op. cit.*, p. 8 ss.

⁶⁴ V. D. COESTER-WALTJEN, *Anerkennung im Internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht und das Europäische Kollisionsrecht*, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2006, p. 395 ss.

primario. In entrambe le situazioni, infatti, è l'art. 21 TFUE a fondare la giustificazione giuridica dell'obbligo di riconoscimento. In particolare, è sulla scorta di quella giustificazione che la Corte ritiene, in *Coman*, di poter interpretare l'art. 2, punto 2, lett. a, direttiva 38/2004, nel senso che la nozione di "coniuge" ivi contenuta sia neutra dal punto di vista del genere e quindi coerente con il rispetto dei diritti ricompresi allo stesso art. 21 TFUE. Analogamente, è sempre sulla scorta della medesima giustificazione che la Corte ritiene, in *Pancharevo*, che l'art. 4, par. 3, della direttiva 2004/38⁶⁵ vada interpretato nel senso che le autorità bulgare debbano rilasciare a un proprio cittadino un documento di identità o un passaporto, senza esigere la previa emissione di un atto di nascita da parte delle sue autorità nazionali, laddove questo sia escluso dalla normativa nazionale.

Ad oggi, quindi, non pare che, in materia di riconoscimento di *status* familiari, possa prescindersi da un addentellato nel diritto primario; ciò che d'altronde è coerente con la rilevanza che tale materia riveste all'interno degli ordinamenti nazionali. In altri termini, nel bilanciamento tra interessi contrapposti, il sacrificio imposto agli ordinamenti costretti, loro malgrado, a dare riconoscimento a situazioni estranee alle loro tradizioni costituzionali e identitarie deve essere commisurato con il peculiare rilievo che rivestono i diritti in gioco.

8. Più complesso è il tema delle condizioni e dei limiti di applicabilità del metodo del riconoscimento. La Corte, infatti, non ha mai chiarito se e in quale misura lo Stato cui viene imposto il riconoscimento ha il potere – dovere di controllare come un determinato *status* è stato acquisito all'estero.

Nella sentenza *Sayn Wittgenstein*, la Corte evidenzia più volte, pur senza elaborare sul punto, che il nome della ricorrente è stato "legittimamente acquisito in Germania"; anche in *Freitag* è a più riprese precisato che il nome del ricorrente è stato "legalmente ottenuto in Romania"; in *Coman*, poi, si dà per assodato che il matrimonio omosessuale sia stato "legalmente contratto nello Stato ospitante", mentre in *Pancharevo* la Corte è ancora più esplicita nell'affermare che "le autorità spagnole hanno accertato legalmente

⁶⁵ Ai sensi del quale "Gli Stati membri rilasciano o rinnovano ai loro cittadini, ai sensi della legislazione nazionale, una carta d'identità o un passaporto dai quali risulti la loro cittadinanza".

l'esistenza di un rapporto di filiazione, biologica o giuridica, tra S.D.K.A. e i suoi due genitori" (punto 48). Non è però agevole comprendere cosa significhi, in questo contesto, l'aggettivo "legalmente".

Come si è visto, il metodo del riconoscimento implica, per la sua stessa natura, che lo Stato del foro prescindendo dall'applicazione delle proprie norme di diritto internazionale privato e quindi, evidentemente, la discrepanza tra le norme di conflitto dell'ordinamento che ha dato origine allo *status* personale o familiare e quelle dello Stato del riconoscimento non può incidere sulla valutazione circa la legittimità o meno dello *status* acquisito all'estero.

Molto più complesso è il tema della verifica della legalità dell'acquisto dello *status* sulla base della corretta applicazione o meno, da parte dell'ordinamento straniero, delle norme sue proprie. Si tratta, in sostanza, di capire se l'ordinamento ricevente è tenuto, ai fini del riconoscimento, a valutare se lo *status* fatto valere sia stato acquisito a seguito della corretta applicazione delle regole dell'ordinamento che a quello stesso *status* ha dato origine.

In linea di principio, infatti, un vero e pieno metodo del riconoscimento implica il divieto di verifiche relative all'applicazione del diritto straniero⁶⁶. È però discusso, in dottrina, se questo sia vero anche per il metodo del riconoscimento degli *status* di matrice europea.

Si è detto, infatti, che proprio il riferimento ad una situazione "legittimamente acquisita" sarebbe spia del fatto che la Corte non intende, in linea di principio, escludere la possibilità di una *révision au fond*⁶⁷. Altri Autori⁶⁸ hanno viceversa rilevato come la Corte si sia limitata a rilevare, sulla base dei casi che sono stati sottoposti alla sua attenzione, che uno *status* legittimamente acquisito debba essere (salva l'attivazione della clausola di ordine pubblico) sicuramente riconosciuto, senza tuttavia spingersi in alcun modo a pronunciarsi su cosa dovrebbe accadere nell'ipotesi in cui un certo *status* non fosse stato legittimamente acquisito⁶⁹, così che la questione sarebbe ad oggi ancora aperta.

⁶⁶ Cfr. P. MANKOWSKI, *op. cit.*, p. 325.

⁶⁷ V. S. GÖSSL, *op. cit.*, p. 379, la quale rimanda all'idea di un "rinvio in blocco" all'ordinamento straniero, sulla scia degli insegnamenti di P. PICONE, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 485 ss. Sul punto, v. anche L. HÜBNER, *op. cit.*, p. 120.

⁶⁸ Cfr. ancora P. MANKOWSKI, *op. cit.*, p. 327.

⁶⁹ L'esempio forse più evidente di quanto appena detto appare proprio in *Pancharevo*, in cui la Corte precisa (punto 48 della sentenza) che è "pacifico che, nel procedimento principa-

Questa seconda tesi appare convincente sotto due diversi profili, entrambi discendenti indirettamente dalla decisione *Sayn Wittgenstein*. In quel caso, infatti, sia il governo austriaco – che rifiutava il nome nobiliare attribuito alla ricorrente – sia il governo tedesco – che quel nome le aveva attribuito, in virtù di un’adozione – ammettevano che tale attribuzione era stata frutto di un errore, e ciò tanto sulla base del diritto austriaco quanto di quello tedesco. Come ricorda la Corte, infatti, è stato commesso un errore, in quanto “secondo i governi austriaco e tedesco, il diritto sostanziale applicabile nella causa principale, designato dalle norme di conflitto sia tedesche che austriache, è soltanto il diritto austriaco” (punto 57).

A valle di ciò, tuttavia, la sentenza della Corte valuta il caso unicamente dal punto di vista di un’eventuale violazione, poi effettivamente riscontrata, dell’ordine pubblico austriaco. I giudici, quindi, sembrano dare per scontato che l’acquisto di quel nome da parte della ricorrente sia rilevante ed efficace, quantunque basato su un errore di diritto, giacché, in caso contrario, la disamina della Corte si sarebbe arrestata ancora prima di giungere a valutare se quell’acquisto fosse suscettibile di ledere l’ordine pubblico⁷⁰.

Non solo: è ben possibile, infatti, che un atto emanato da un’autorità al di fuori delle proprie competenze, o comunque in altro modo viziato, acquisisca comunque un’efficacia vincolante e incontrovertibile a seguito del passaggio del tempo, o ancora è possibile che vi siano delle forme di sanatoria di quegli errori⁷¹. Questo era, di nuovo, il caso della sentenza *Sayn Wittgenstein*, in cui l’acquisto del nome in Germania da parte della ricorrente era avvenuto “in forza di una pronuncia giurisdizionale non impugnabile con un ricorso e dunque giuridicamente vincolante nell’ordinamento giuridico tedesco” (punto 43). Un controllo da parte dell’ordinamento ricevente sulla corretta applicazione delle norme dell’ordinamento di origine dello *status* implicherebbe, necessariamente, anche un controllo circa l’eventuale incontrovertibilità della situazione giuridica prodotta, a prescindere dalla commissione di un eventuale previo errore, e questa non sembra un’opzione seriamente percorribile.

le, le autorità spagnole hanno accertato legalmente l’esistenza di un rapporto di filiazione, biologica o giuridica”, senza, quindi, spendere alcuna parola sulle modalità di accertamento di quel rapporto.

⁷⁰ In questo senso, P. MANKOWSKI, *op. cit.*, p. 327.

⁷¹ Come riconosce anche S. GÖSSL, *op. cit.*, p. 380.

Rimangono, in astratto, altri quattro motivi per cui l'ordinamento ricevente potrebbe negare il riconoscimento⁷², ossia il mancato rispetto della condizione di prossimità, la sussistenza di un'ipotesi di frode alla legge, il rispetto del legittimo affidamento delle parti e la non contrarietà del riconoscimento all'ordine pubblico.

I primi due criteri si possono esaminare assieme, nella misura in cui un rapporto di prossimità tra l'individuo e lo Stato che gli ha attribuito un determinato *status* assicura che non siano stati perseguiti intenti elusivi delle norme nazionali ovvero non si diano ipotesi di *forum shopping*, in cui è assente qualunque tipo di collegamento tra l'individuo e l'ordinamento⁷³. Se questa condizione appare, di per sé, ragionevole, è anche vero che è difficile pretendere il rispetto di un criterio siffatto in assenza di un qualunque aggancio normativo o giurisprudenziale⁷⁴ che ne espliciti le caratteristiche⁷⁵. Anzi, la giurisprudenza della Corte che ruota attorno al perno della cittadinanza europea va nel senso di aumentare il grado di autonomia del privato, che rimane "arbitro della prevalenza di un sistema di diritto statale sull'altro"⁷⁶. Si aggiunga, peraltro, che questa questione potrebbe essere considerata alla stregua di un falso problema, nella misura in cui, trattandosi di riconoscimenti

⁷² Cfr. P. LAGARDE, *Introduction au theme de la reconnaissance des situations: rappel des points les plus discutés*, in P. LAGARDE (sous la direction de), *op. cit.*, p. 22 ss.

⁷³ Cfr. D. COESTER-WALTJEN, *Anerkennung im Internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht*, cit., p. 381.

⁷⁴ Come nota anche F. MAOLI, *La Corte di Giustizia*, cit., infatti, "nonostante sia possibile inferire dalle motivazioni della sentenza [*Pancharevo*] l'opportunità di considerare il criterio fattuale della residenza (nello Stato membro *ospitante*), oppure del Paese di nascita, per la determinazione dello Stato membro competente ad accertare il rapporto di filiazione, la Corte di giustizia si è astenuta dall'approfondire tale passaggio".

⁷⁵ Si veda, a tal proposito, l'opinione di P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 23, secondo il quale il criterio di prossimità andrebbe interpretato estensivamente, e una sua eventuale positivizzazione dovrebbe essere formulata in termini negativi (ad esempio, sancendo che la situazione giuridica potrà non essere riconosciuta se non presenta un collegamento né con lo Stato di cittadinanza, né con quello di residenza, e così via), piuttosto che positivi.

⁷⁶ Cit. B. CORTESE, *op. cit.*, p. 278. A tal proposito, voci critiche si erano sollevate con riferimento, per esempio, all'accettazione della circostanza che un soggetto potesse richiedere la modifica del proprio nome nello Stato di residenza, come accaduto in *Grunkin e Paul*: v. M. LEHMAN, *What's in a Name? Grunkin-Paul and Beyond*, in *Yearbook of Private International Law*, 2008, p. 143.

intracomunitari, si può presumere, proprio alla luce della fiducia reciproca, che nessuno Stato membro adotti criteri di collegamento esorbitanti.

Diverso è invece il discorso rispetto alle ipotesi di frode alla legge che si concretizzano, per esempio, nella falsificazione di documenti o nella creazione di false identità⁷⁷. È evidente che, in queste ipotesi, lo *status* potrà considerarsi non legalmente ottenuto e il relativo riconoscimento potrà e dovrà venire negato.

Quanto al terzo ambito di controllo (quello relativo al rispetto del legittimo affidamento delle parti), si tratterebbe di rifiutare il riconoscimento ogniqualvolta le parti non abbiano potuto sensatamente confidare che la loro situazione personale o familiare sarebbe stata riconosciuta all'estero⁷⁸. Risulta tuttavia difficile, in concreto, immaginare una fattispecie in cui questo si possa verificare.

Più delicato è il tema della verifica del rispetto dell'ordine pubblico e, accanto a questo, dell'identità nazionale dello Stato come limite all'utilizzo del metodo del riconoscimento. Da un lato, infatti, la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di nomi internazionali dimostra come questo limite possa, in talune circostanze, essere fatto vittoriosamente valere⁷⁹. Dall'altro, la giurisprudenza più recente in materia di *status* familiari certifica che le giustificazioni degli ostacoli al riconoscimento che si basano su ordine pubblico e identità nazionale, pur rimanendo, per così dire, le strade di elezione dei tentativi di schermare gli ordinamenti nazionali dall'ingresso di situazioni personali o familiari non previste, vengono difficilmente accolte. Ciò non toglie che il rispetto dell'ordine pubblico rimanga, in astratto, un limite plausibile al riconoscimento di situazioni create all'estero, e sarà la sedimentazione della giurisprudenza della Corte in questa materia a mostrare se vi siano – e quali siano – minacce a uno degli interessi fondamentali della società sufficientemente gravi e reali da rendere giustificata l'invocazione di tale limite e impedire quindi il riconoscimento di uno *status*.

A partire dagli elementi ad oggi a disposizione dell'interprete, sembra quindi di potersi riassumere quanto segue. In sede di riconoscimento di uno *status* acquisito all'estero, il controllo da parte delle autorità riceventi circa il

⁷⁷ P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 23.

⁷⁸ V. ancora P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 24.

⁷⁹ Sentenza *Sayn Wittgenstein*, cit.

rispetto delle proprie norme di diritto internazionale privato è certamente escluso. Quanto a un controllo, da parte delle autorità riceventi, circa la corretta applicazione delle norme, materiali e internazionalprivatistiche, dell'ordinamento che ha attribuito lo *status* personale o familiare, la Corte non ha ancora fornito indicazioni chiare, ma ci sono diversi elementi che permettono di ritenere che l'obbligo di riconoscimento vi prescinde. È invece certamente non legalmente acquisito, e quindi non va riconosciuto, uno *status* acquisito in frode alla legge.

Rimane, infine, sicuramente valida la possibilità di opporre a una richiesta di riconoscimento ch'essa contrasterebbe con l'ordine pubblico e l'identità nazionale dello Stato che la riceve: nella consapevolezza, tuttavia, che tali giustificazioni vengono valutate dalla Corte in modo estremamente restrittivo.

9. Come si è visto, il tipo di riconoscimento richiesto dalla Corte in materia di *status* familiari, sulla base del rispetto dell'art. 21 TFUE, non ha una portata onnicomprensiva, nel senso che è limitato ai fini dell'esercizio del diritto di circolazione e soggiorno dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari. Questa caratteristica costituisce una deviazione evidente rispetto al metodo del riconoscimento tradizionalmente inteso, il quale, come si è visto sopra, dovrebbe avere un effetto territorialmente estensivo, nel senso di replicare gli effetti della cristallizzazione di una certa situazione giuridica in modo uguale su tutto il territorio europeo. In questo senso, quindi, è lecito sostenere che la Corte ha creato un nuovo metodo del riconoscimento, ad effetti limitati, che ha matrice nel diritto primario.

Si è anche visto, tuttavia, che gli effetti – apparentemente limitati – che discendono dall'art. 21 TFUE sono, in realtà, molto penetranti e suscettibili di venire ampliati progressivamente tramite sentenze successive della Corte.

L'enunciazione dei fini per i quali il riconoscimento viene richiesto basta, tuttavia, a sopire il dibattito tra *Gleichstellungstheorie* e *Wirkungserstreckungstheorie*⁸⁰, nel senso che entrambe le teorie non paiono coerenti con questo tipo di riconoscimento.

⁸⁰ Cfr. H.-P. MANSEL, *Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums*, cit., p. 719 ss.; D. COESTER-WALTJEN, *Anerkennung im Internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht*, cit., p. 393.

Piuttosto, è interessante analizzare tramite quali modalità, in concreto, gli Stati membri possano e debbano adempiere agli obblighi loro imposti dalla Corte di giustizia. È evidente, infatti, che l'ordinamento ricevente dovrà in qualche misura rendersi flessibile, cioè creare, al proprio interno, gli adattamenti e accomodamenti necessari per permettere un riconoscimento, quand'anche limitato "ai fini della circolazione e soggiorno"⁸¹.

Così, a seguito di *Coman*, le autorità rumene dovrebbero trovare un modo per permettere, pur in assenza di un certificato di matrimonio registrabile come tale nei registri dello stato civile, di attestare con altre modalità la natura di coppia dei due ricorrenti, al fine, per esempio, di rilasciare una carta di soggiorno al sig. Hamilton (cosa che, peraltro, sembra star provocando non poche difficoltà alle autorità rumene⁸²). Parimenti, a seguito di *Pancharevo*, le autorità bulgare dovranno piegare le proprie norme sull'ordinamento di stato civile al fine di coordinare la mancata emanazione di atto di nascita bulgaro che indichi la minore come figlia di due madri, con il rilascio, ciononostante, di un passaporto e con il contestuale riconoscimento del documento spagnolo che le permette di soggiornare e circolare liberamente nel territorio degli Stati membri.

Si tratta, come è stato giustamente notato⁸³, di un obbligo di risultato che gli Stati membri potrebbero soddisfare, per esempio, attraverso l'adozione di disposizione legislative o regolamentari, ovvero anche introducendo delle nuove prassi amministrative⁸⁴. La dottrina⁸⁵ ha avvicinato questa obbligazione di risultato a quella che la Corte ha indirettamente imposto in capo alle autorità tedesche in una fattispecie completamente diversa, ossia nella decisione *Kubicka*⁸⁶. Tale sentenza è relativa al riconoscimento, in Germania, di un trasferimento di proprietà disposto tramite un legato ad effetti reali costituito in base alla legge polacca, laddove l'ordinamento tedesco

⁸¹ V. R. BARATTA, *op. cit.*, p. 9.

⁸² Si veda l'interrogazione parlamentare n. E-005164/2021 avanzata in data 17 novembre 2021. V. anche la già citata risoluzione del Parlamento europeo sui diritti delle persone LGBTIQ nell'UE (2021/2679 (RSP)), punto 10.

⁸³ V. C. KOHLER, *La Reconnaissance de Situations Juridiques*, cit., p. 72.

⁸⁴ V. anche M. LEHMAN, *Recognition as a Substitute*, cit., p. 29.

⁸⁵ V. L. HÜBNER, *op. cit.*, p. 138 ss.

⁸⁶ Sentenza della Corte del 12 ottobre 2017, causa C-218/16, *Kubicka*.

conosce il solo legato ad efficacia obbligatoria⁸⁷. Anche in quest'ipotesi, infatti, la Corte non si pronuncia su come sarà possibile per le autorità tedesche, in concreto, produrre degli effetti equiparabili a quelli di un legato ad effetto reale, non disponendo di un analogo istituto all'interno del proprio ordinamento. Si limita invece ad affermare che tale effetto *deve* essere raggiunto, in virtù dello scopo ultimo perseguito dal regolamento successioni, che è quello di contribuire al corretto funzionamento del mercato interno mediante la rimozione degli ostacoli alla libera circolazione delle persone che vogliono esercitare i loro diritti derivanti da una successione internazionale (punto 56).

10. Il metodo del riconoscimento fin qui descritto non ha, ovviamente, soppiantato il metodo tradizionale di diritto internazionale privato, basato sull'individuazione di norme di conflitto e sull'imposizione di un obbligo di riconoscimento automatico di decisioni giudiziali e, in alcuni casi, di certi atti pubblici⁸⁸. Nei casi in cui uno *status* familiare è compendiato in un atto o in una decisione che rientra nel campo di applicazione di un regolamento europeo di uniformazione del diritto internazionale privato, in particolare, il riconoscimento automatico ivi previsto prevarrà certamente su ogni altro possibile metodo di riconoscimento⁸⁹.

In astratto, tuttavia, si potrebbe immaginare un cambio di rotta da parte del legislatore europeo, il quale, alla luce della giurisprudenza della Corte fin qui analizzata, potrebbe considerare di abbandonare il metodo del conflitto di leggi in favore, appunto, del metodo del riconoscimento.

Questo porterebbe con sé, sempre in linea teorica, almeno due vantaggi. Da un lato, la circolazione degli *status* verrebbe oltremodo semplificata, perché, come si è visto, prescinderebbe dal controllo della corretta applicazione delle norme di diritto internazionale privato⁹⁰. Dall'altro, la base giuridica di

⁸⁷ E ciò in forza del suo art. 23, par. 2, lett. h., avendo la Corte escluso che un legato ad effetti reali potesse fuoriuscire dall'ambito di applicazione del regolamento (UE) n. 650/2012, cit., in virtù dell'art. 1, par. 2, lett. k e l.

⁸⁸ Come il certificato successorio europeo, di cui agli artt. 62 ss. del regolamento n. 650/2012, cit.

⁸⁹ Cfr. L. HÜBNER, *op. cit.*, p. 115 ss.

⁹⁰ Cfr. ancora L. HÜBNER, *op. cit.*, p. 116.

un eventuale atto il quale, distaccandosi dal metodo internazionalprivatistico tradizionale, prescrivesse un obbligo di mutuo riconoscimento degli *status* personali e familiari fondato sul diritto primario e limitato ai fini del soggiorno e della circolazione, potrebbe, astrattamente, basarsi sull'art. 21, par. 2, TFUE⁹¹, anziché sull'art. 81, par. 3, TFUE. Il vantaggio di questo scivolamento da una base giuridica a un'altra è evidente: esso permetterebbe, infatti, di eludere l'unanimità in Consiglio richiesta per l'adozione di atti relativi alla cooperazione giudiziaria in materia di famiglia⁹², in favore della più agevole procedura legislativa ordinaria prevista all'art. 21, par. 2, TFUE, per l'adozione di atti in materia di libera circolazione e soggiorno.

La prospettiva è sicuramente audace, poiché l'atto che risulterebbe dall'utilizzo dell'art. 21, par. 2, TFUE, come base giuridica si esporrebbe inevitabilmente a dubbi di legittimità per violazione di forme sostanziali, in quanto sospettato di aver eluso le formalità richieste dall'art. 81, par. 3, TFUE. Si potrebbe tuttavia argomentare, in difesa di una scelta di questo genere, che un atto che preveda un riconoscimento a soli fini della circolazione e del soggiorno, escludendone qualsiasi efficacia in ambito privatistico, possa ben essere ricondotto alla base giuridica legata alla cittadinanza, in considerazione del fatto che la scelta della base giuridica, per costante giurisprudenza, si deve basare sull'obiettivo prevalente dell'atto, in relazione al contenuto delle sue previsioni⁹³.

In ogni caso, la questione non è attuale, poiché al momento questa opzione non sembra essere stata presa in considerazione dalla Commissione⁹⁴.

A prescindere comunque dalla praticabilità di questa opzione, rimane

⁹¹ Questa base giuridica è stata già utilizzata per la redazione del già citato regolamento (UE) 2016/1191, semplifica i requisiti per la presentazione di alcuni documenti pubblici nell'Unione europea.

⁹² L'art. 81, par. 3, TFUE, così recita: "In deroga al paragrafo 2, le misure relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali sono stabilite dal Consiglio, che delibera secondo una procedura legislativa speciale. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo. Il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare una decisione che determina gli aspetti del diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali e che potrebbero formare oggetto di atti adottati secondo la procedura legislativa ordinaria. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo [...]".

⁹³ Di questo avviso è anche M. LEHMAN, *Recognition as a Substitute*, cit., p. 41.

⁹⁴ Cfr. C. KOHLER, *Status und Mobilität*, cit., p. 230.

naturalmente disponibile la “vecchia” (ma sempre valida) strada del sistema del conflitto di leggi e del riconoscimento internazionalprivatistico. Seguendo questa strada, si assisterebbe al consolidamento di un doppio binario, in cui il legislatore europeo rimane ancorato alla tradizione internazionalprivatistica, mentre la Corte di giustizia, quando deve pronunciarsi su fattispecie sprovviste di una copertura normativa, colma quei vuoti ricorrendo al metodo del mutuo riconoscimento.

È in questo contesto che nell’aprile del 2021 la Commissione, dietro sollecitazione della sua presidente⁹⁵ e del Parlamento europeo⁹⁶, ha lanciato una valutazione di impatto iniziale relativa all’adozione di un regolamento in materia filiazione⁹⁷. Tale valutazione è stata poi seguita da una consultazione pubblica, conclusasi nell’agosto 2021⁹⁸, e dalla creazione di un gruppo di esperti, che si è riunito per la prima volta nel giugno 2021⁹⁹. Dopo una lunga attesa, la proposta è stata finalmente pubblicata il 7 dicembre scorso¹⁰⁰.

Nella valutazione di impatto iniziale è chiaramente indicata, quale base giuridica della futura proposta, l’art. 81, par. 3, TFUE, essendo esplicitato che essa mira a porre regole di conflitto uniformi tra gli Stati membri, oltre a disposizioni comuni in materia di riconoscimento delle decisioni sulla genitorialità. Lo stesso documento, peraltro, evidenzia anche come fossero, all’epoca, pendenti due questioni davanti alla Corte di giustizia in materia di filiazione¹⁰¹, cosa che avrebbe dimostrato la necessità e l’urgenza di adottare tali regole comuni.

La proposta di regolamento sulla filiazione descrive in modo plastico la

⁹⁵ Che, in occasione del discorso sullo stato dell’Unione del 16 settembre 2020, pronunciò la famosa frase “if you are a parent in one country, you are a parent in every country”.

⁹⁶ Risoluzione del Parlamento europeo (2021/2679 (RSP)), cit., punto 8.

⁹⁷ V. Ref. Ares (2021)2519673-14/04/2021. Il titolo dell’iniziativa è, più precisamente, “Regolamento sul riconoscimento della genitorialità tra gli Stati membri”.

⁹⁸ Per i risultati della consultazione, si veda il documento Ref. Ares (2021)6847413-08/11/2021.

⁹⁹ V. A. WYSOCKA-BAR, *EC’s Initiative on Recognition of Parenthood – An Update*, in *EAPIL*, 15 December 2021.

¹⁰⁰ Proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all’accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione (COM (2022) 695final).

¹⁰¹ Si tratta, naturalmente, di *Pancharevo* e di *Rzecznik Praw Obywatelskich*.

situazione per certi versi paradossale che si è venuta a creare in materia di *status* personali e familiari. La Commissione europea, infatti, mette in moto la macchina del procedimento legislativo perché è consapevole – sulla base dei casi che vede pendere di fronte alla Corte, ma anche degli studi commissionati sul punto¹⁰² – che c'è un problema in materia di riconoscimento, dentro l'Unione europea, delle famiglie c.d. arcobaleno. Nel momento in cui questa macchina viene messa in moto, tuttavia, la Corte, chiamata a dare risposta in tempi rapidi a casi concreti che vengono sottoposti alla sua attenzione, ha già fissato una serie di principi oramai incontrovertibili. Né il fenomeno è destinato ad arrestarsi: infatti, più lento sarà il legislatore a fornire una copertura normativa a tutta una serie di situazioni concrete, più il lavoro in una certa misura creativo della Corte di giustizia proseguirà il suo cammino, e giungerà a sempre nuovi approdi. Con il risvolto ulteriore che più è ampio il ventaglio di diritti fissato dalla Corte più si restringe il campo di azione del legislatore.

Si immagini, per esempio, che si giunga, nonostante l'unanimità richiesta in Consiglio e l'evidente ritrosia degli Stati membri, all'adozione dell'auspicato regolamento in materia di filiazione. Si immagini, ancora, che in quel regolamento gli Stati membri si accordino nel senso di individuare un determinato criterio di collegamento tra l'individuo e la legge competente a determinarne un certo *status*, con esclusione degli altri possibili criteri di collegamento (ad es., la legge dello Stato di cittadinanza, con esclusione di quella dello Stato di residenza abituale)¹⁰³. Ebbene, è molto dubbio che quella esclusione, su cui gli Stati sono in ipotesi riusciti a trovare un accordo, possa considerarsi legittima alla luce della giurisprudenza della Corte, che, come si è visto, non sembra subordinare l'obbligo di riconoscimento alla circostanza

¹⁰² Si veda lo Studio dal titolo "Ostacoli alla libera circolazione delle famiglie arcobaleno nell'UE", commissionato dal Dipartimento tematico Diritti dei cittadini e affari costituzionali del Parlamento europeo su richiesta della commissione PETI.

¹⁰³ In tema di legge applicabile, la proposta della Commissione presenta in realtà un novero di criteri di collegamento molto ampio, e cioè: la residenza abituale della donna che ha partorito; in assenza di una residenza abituale nota, la legge dello Stato di nascita del figlio; se tale legge permette di accertare la filiazione di un solo genitore, alla filiazione del secondo genitore potrà applicarsi la legge dello Stato di cittadinanza del primo o del secondo genitore oppure la legge dello Stato di nascita del figlio.

che lo *status* sia stato acquisito sulla base di un determinato criterio di collegamento¹⁰⁴, purché esso sia stato “legalmente acquisito” (per il senso di tale specificazione, si rimanda a quanto detto sopra). Ma lo stesso potrebbe dirsi per l’ipotesi, per esempio, in cui venissero poste delle condizioni di riconoscimento particolarmente restrittive.

La sensazione, insomma, è che si stia creando un circolo vizioso in cui il mancato accordo tra gli Stati spinge l’opera interpretativa della Corte, la quale, in questo modo, alza lo *standard* di tutela e rischia di rendere quindi un eventuale intervento del legislatore già obsoleto ancora prima della sua adozione.

Quanto appena esposto non significa, tuttavia, che un regolamento su norme di conflitto e obblighi di riconoscimento in materia di *status* familiari sarebbe inutile¹⁰⁵. Ci sono infatti almeno due aspetti che non rientrano nell’ambito applicativo del principio del mutuo riconoscimento e che beneficerebbero di una regolazione unitaria.

Il primo è quello relativo al riconoscimento di *status* creati al di fuori dell’Unione europea. Il metodo del mutuo riconoscimento, infatti, ha una portata applicativa solo intracomunitaria, laddove, invece, il sistema europeo di diritto internazionale privato mira a costruire regole uniformi, valevoli anche con riferimento ai rapporti con Stati terzi¹⁰⁶. Come visto sopra, l’unica possibile apertura rispetto all’efficacia puramente intracomunitaria del metodo del riconoscimento potrebbe aversi con riferimento a provvedimenti di Stati terzi che abbiano istituito rapporti giuridici che siano stati riconosciuti come meritevoli di tutela ai sensi dell’art. 8 della Convenzione EDU.

In secondo luogo, il metodo del riconoscimento produce, come detto, effetti limitati alla garanzia dei diritti di circolazione e soggiorno dei cittadini

¹⁰⁴ Cosa che, peraltro, rischierebbe di configurarsi anche come una violazione dell’art. 18 TFUE. In tema di possibile discriminatorietà del criterio di collegamento della cittadinanza si rinvia a G. BIAGIONI, *Giurisdizione in materia matrimoniale e principio di non discriminazione in base alla nazionalità*, in *Papers di diritto europeo*, 2022, p. 31 ss.

¹⁰⁵ Sui motivi per cui il sistema tradizionale di diritto internazionale privato rimarrebbe un metodo qualitativamente migliore rispetto al principio del riconoscimento, v. E. JAYME, C. KOHLER, *op. cit.*, p. 502.

¹⁰⁶ L. HÜBNER, *op. cit.*, p. 116; D. COESTER-WALTJEN, *Anerkennung im Internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht*, cit., p. 400.

dell'Unione e dei suoi familiari. Un tradizionale regolamento di diritto internazionale privato, invece, permetterebbe di giungere a un riconoscimento integrale dello *status* familiare e personale, a tutti gli effetti anche civili e successori che a questo conseguono.

11. Tirando le fila di quanto sin qui trattato, si è visto che l'azione del legislatore europeo, in certi ambiti del diritto internazionale privato, appare già superata dalla giurisprudenza della Corte relativa al mutuo riconoscimento degli *status*, il che renderebbe eventuali atti futuri già obsoleti al momento della loro adozione. Si è però anche visto che, sotto altri profili, quell'azione sarebbe comunque utile per colmare delle lacune lasciate dall'utilizzo del metodo del riconoscimento.

In questo senso, alla domanda se il metodo del riconoscimento abbia scalzato o stia scalzando il metodo tradizionale di diritto internazionale privato, sembra opportuno rispondere che, nel migliore dei mondi possibili, i due metodi dovrebbero riuscire a convivere e a completarsi l'un l'altro¹⁰⁷.

Per capire in che modo, si può rimanere all'interno dell'esempio della filiazione, immaginando l'adozione non di uno, bensì di due distinti atti legislativi.

Il primo, adottato in base all'art. 81, par. 3, TFUE, dovrebbe uniformare le regole di conflitto e le disposizioni sul riconoscimento delle decisioni e degli atti pubblici che certificano i rapporti di filiazione; in alternativa, potrebbe introdurre un modello certificatorio sulla falsariga del certificato successorio europeo¹⁰⁸. Questo strumento dovrebbe avere un ambito di applicazione universale, e prevedere un riconoscimento di *status* a tutti i fini, anche quelli privatistici. L'ambito di applicazione *ratione materiae* di un simile atto escluderebbe, con ogni probabilità, le relazioni familiari meno tradizionali e condivise tra gli Stati membri: ma proprio tale esclusione potrebbe permettere il raggiungimento delle maggioranze richieste e segnare così un primo passo verso l'uniformazione di questo settore.

Il secondo, con base giuridica nell'art. 21, par. 2, TFUE, dovrebbe invece porre delle regole comuni applicabili a tutte le fattispecie meritevoli di tu-

¹⁰⁷ Lo stesso veniva suggerito, con riferimento specifico alla casistica in materia di nomi internazionali, quasi quindici anni fa da M. LEHMAN, *What's in a Name?*, cit., p. 169.

¹⁰⁸ Come suggerisce anche F. MAOLI, *La Corte di Giustizia*, cit.

tela, non ricomprese nell'ambito di applicazione del primo strumento. Gli effetti di questo atto rimarrebbero territorialmente limitati ai rapporti intracomunitari e materialmente limitati a un riconoscimento dello *status* familiare ai soli fini della circolazione e del soggiorno, in linea con i principi fissati dalla Corte di giustizia. Questo, peraltro, permetterebbe al legislatore di chiarire anche *quali* siano, in concreto, questi fini, in modo, laddove Consiglio e Parlamento lo ritenessero opportuno, da arginare la possibilità che la Corte di giustizia estenda, con decisioni progressive, la gamma dei diritti che discendono da tale riconoscimento.

Indipendentemente dalla condivisione della soluzione proposta nel caso specifico della filiazione, è comunque innegabile che una forma di coordinamento tra legislatore e Corte di giustizia a monte, e tra diversi metodi a valle, sia divenuta necessaria e non più differibile. Si rischia, altrimenti, che i due binari su cui stanno correndo il legislatore europeo e la Corte di giustizia continuino la loro marcia in direzioni tra loro sempre più divergenti e che le possibilità di trovare un punto di contatto divengano via via sempre più impalpabili.

Forum IFA, 2 novembre 2022
La politica di immigrazione dell'UE verso il 2030:
tendenze evolutive ricavabili dalla giurisprudenza
della Corte di giustizia

INTRODUZIONE AL SEMINARIO
“LA POLITICA DI IMMIGRAZIONE DELL’UE VERSO IL 2030:
TENDENZE EVOLUTIVE RICAVABILI DALLA GIURISPRUDENZA
DELLA CORTE DI GIUSTIZIA”
BARI, 2 NOVEMBRE 2022

Giuseppe Morgese

È un onore per me introdurre la sezione di questo Quaderno AISDUE dedicata ai lavori del seminario del Forum “Immigrazione, Frontiere e Asilo” (IFA), che ho avuto il piacevole compito di moderare presso l’Università degli studi di Bari Aldo Moro il giorno 2 novembre 2022, prima dell’avvio dei lavori del IV Convegno annuale AISDUE (Bari, 3 e 4 novembre 2022).

L’iniziativa – organizzata in collaborazione tra l’Associazione, il coordinatore e i vicecoordinatori del Forum IFA (i professori Simone Marinai, Emanuela Pistoia e Fabio Spitaleri) e l’Ateneo barese – ha visto affiancarsi per la prima volta al tradizionale convegno annuale un momento di studio e riflessione dal carattere tematicamente più specialistico. I contributi che seguono, infatti, rappresentano la rielaborazione scritta delle relazioni svolte dalle professoressa Caterina Fratea dell’Università di Verona (dal titolo *L’accertamento della minore età del migrante e il diritto all’unità familiare: una lettura evolutiva della giurisprudenza della Corte di giustizia a tutela dei beneficiari di protezione internazionale*), Rossana Palladino dell’Università degli studi di Salerno (dal titolo *Il trattenimento ai fini dell’allontanamento: evoluzioni giurisprudenziali e normative a confronto*) e Daniela Vitiello dell’Università della Tuscia (dal titolo *Poteri operativi, accountability e accesso alla giustizia nella gestione integrata delle frontiere esterne dell’Unione europea. Una prospettiva sistemica*), relazioni selezionate attraverso una *call for abstract* tra i componenti del Forum.

Il seminario e le relazioni che seguono, a mio avviso, sono testimonianza non solo della volontà dei componenti del Forum IFA di farsi sempre parte attiva nelle tematiche di riferimento ma, più in generale, del vivo fermento culturale che anima l’AISDUE, come peraltro si evince dalle numerose ini-

ziative che ogni anno sono organizzate o comunque patrocinate dall'Associazione.

L'auspicio, quindi, è che questo rappresenti il primo di una lunga serie di incontri anche degli altri Forum, in occasione dei prossimi convegni annuali, al fine di dare la migliore diffusione agli interessi scientifici dei membri dell'Associazione e, così, contribuire alla crescita dell'AISDUE nel suo complesso.

L'ACCERTAMENTO DELLA MINORE ETÀ DEL MIGRANTE
E IL DIRITTO ALL'UNITÀ FAMILIARE:
UNA LETTURA EVOLUTIVA DELLA GIURISPRUDENZA
DELLA CORTE DI GIUSTIZIA A TUTELA DEI BENEFICIARI
DI PROTEZIONE INTERNAZIONALE*

Caterina Fratea**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il momento rilevante ai fini dell'accertamento della minore età nell'applicazione della direttiva sul ricongiungimento familiare. – 3. Il termine per la presentazione della domanda di ricongiungimento in presenza di soggetti minori. – 4. La determinazione della minore età in relazione alla direttiva qualifiche. – 5. Brevi riflessioni conclusive.

1. A partire dal 2018, anno in cui è stata resa la sentenza *A*, *S*¹, la Corte di giustizia ha emanato più di dieci decisioni sul tema della tutela del diritto all'unità familiare dei minori migranti. Il numero relativamente significativo di pronunce rappresenta una conseguenza dell'alto tasso di domande di protezione internazionale presentate nei Paesi membri dell'Unione europea da soggetti minorenni². La condizione di fragilità di tali soggetti richiede di trat-

* Versione rielaborata e ampliata della relazione al seminario del Forum Immigrazione, Frontiere e Asilo dal titolo “*La politica di immigrazione dell'UE verso il 2030: tendenze evolutive ricavabili dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia*”, tenutosi il 2 novembre 2022 a Bari in occasione del Convegno annuale AISDUE del 3-4 novembre 2022. Le riflessioni qui espresse sono approfondite e ulteriormente sviluppate nello scritto *La tutela del diritto all'unità familiare dei minori migranti tra sistema europeo comune di asilo e direttiva sul ricongiungimento familiare: una lettura alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia*, destinato alla rivista *Ordine internazionale e diritti umani*, 2023.

** Professore associato di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Verona.

¹ Sentenza della Corte del 12 aprile 2018, causa C-550/16, *A*, *S c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*.

² Si veda lo *Statistical Annex of the 2021 Annual Report on Migration and Asylum*, 15 June 2022, secondo il quale, nel 2021, le domande attribuibili a tali soggetti hanno rappresentato circa un terzo del totale (riferito a dati estratti il 29 aprile 2022, www.ec.europa.eu/eurostat/web/migration-asylum/asylum/publications). V. anche comunica-

tare le loro domande di ricongiungimento con particolare speditezza³. Tuttavia, come emerge dal documento di lavoro che accompagna la relazione annuale sul controllo dell'applicazione del diritto dell'Unione relativa all'anno 2021⁴, mancano azioni positive concrete volte a rendere effettivo il diritto all'unità familiare dei minori migranti, sebbene una piena garanzia di tale diritto sia invocata tanto dall'art. 10 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989, che invita gli Stati parte a considerare una domanda di ricongiungimento proveniente da un minore o dai suoi genitori con uno spirito positivo, umanità e diligenza⁵, quanto dall'art. 24, par. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che impone di tenere conto del superiore interesse dei fanciulli in tutte le decisioni che li riguardano, siano esse compiute da autorità pubbliche o da istituzioni private. Analogamente, il Parlamento europeo ha sottolineato come, nella strategia dell'Unione, debbano essere incluse misure per migliorare la situazione dei minori migranti e per proteggere i loro interessi in ogni fase delle procedure di asilo e ha invitato la Commis-

zione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, 12 aprile 2017, *La protezione dei minori migranti*, COM (2017) 211final, p. 2.

³ In relazione all'art. 8 CEDU, v. sentenze della Corte EDU del 10 luglio 2014, ric. n. 52701/09, *Mugenzi c. Francia*; n. 19113/09, *Senigo Longue e altri c. Francia*; n. 2260/10, *Tanda-Muzinga c. Francia*. Tale ultima sentenza è richiamata anche dalle conclusioni dell'Avvocato generale Bot, del 26 ottobre 2017, causa *A, S*, cit., punti 46 e 50, e dell'Avvocato generale Wahl, del 29 novembre 2018, causa C-635/17, *E. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*. Sul diritto al ricongiungimento familiare dei rifugiati v. *amplius* il documento *Realising the right to family reunification of refugees in Europe, Issue paper*, elaborato nel 2017 dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, reperibile al sito internet www.coe.int/en/web/commissioner, che, oltre ad analizzare il contenuto di tale diritto alla luce della CEDU, della giurisprudenza della Corte di Strasburgo e del diritto UE, ripercorre le pratiche restrittive esistenti in alcuni Paesi parti della convenzione, dal punto di vista sia delle limitazioni al novero dei familiari ammessi al ricongiungimento sia degli oneri procedurali previsti sia dei diritti garantiti ai familiari una volta ricongiunti.

⁴ *General Statistical Overview accompanying the document Report from the Commission Monitoring the Application of European Union Law – 2021 Annual Report*, SWD (2022) 194final, 15 July 2022, p. 10. Per un quadro della giurisprudenza della Corte EDU relativa all'applicazione dell'art. 8 CEDU in contesti migratori che coinvolgono minori, si veda C. FENTON-GLYNN, *Children and the European Court of Human Rights*, Oxford, 2021, p. 108 ss.

⁵ Tale impegno è stato richiamato dal Parlamento europeo nella risoluzione, del 26 novembre 2019, sui diritti del bambino adottata in occasione del trentesimo anniversario della Convenzione sui diritti del fanciullo (2019/2876(RSP)), punto 37.

sione e gli Stati membri ad assicurare l'attuazione delle garanzie e dei diritti procedurali per tali soggetti nel sistema europeo comune di asilo, prestando particolare attenzione a processi rapidi di ricongiungimento familiare⁶.

Neppure la relazione sulla migrazione e l'asilo per il 2022, pur affermando la necessità di riforme strutturali "al fine di consentire all'Unione di affrontare tanto le situazioni di crisi quanto le tendenze a più lungo termine", fa riferimento alla opportunità di prevedere misure volte ad incidere specificamente sulla sfera familiare dei minori migranti. Del resto, il nuovo patto sulla migrazione e l'asilo, un insieme di proposte volte riformare e integrare l'attuale sistema europeo comune di asilo⁷, il cui avanzamento la relazione mira a monitorare, non contiene misure *ad hoc* in relazione ad un aspetto tanto delicato, sebbene le comunicazioni e le risoluzioni adottate da Commissione e Parlamento a partire dal 2017 indichino l'unità familiare come uno dei diritti fondamentali la cui efficacia dovrebbe essere maggiormente garantita.

In questo contesto, le pronunce pregiudiziali della Corte di giustizia rappresentano strumenti importanti che consentono, laddove siano coinvolti soggetti minori, di rafforzare la tutela dei familiari separati a causa di diversi e frammentati percorsi migratori. Oggetto del presente lavoro sono, in parti-

⁶ Risoluzione, dell'11 marzo 2021, sui diritti dei minori alla luce della strategia dell'Unione europea sui diritti dei minori (2021/2523(RSP)), punto 24.

⁷ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, 23 settembre 2020, *Un nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo*, COM (2020) 609final. Per un commento, *ex multis*, P. DE PASQUALE, *Il Patto per la migrazione e l'asilo: più ombre che luci*, in *I Post di AISDUE, La proposta di Patto su immigrazione e asilo*, n. 1, 5 ottobre 2020, p. 1 ss., reperibile *online*, (unitamente agli altri contributi apparsi nell'ambito del medesimo *Focus*); EAD., *Dal Nuovo Patto per la migrazione e l'asilo a un diritto dell'emergenza dell'Unione europea: a che punto è la notte?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2020, p. 5 ss.; A. DI PASCALE, *Il nuovo Patto per l'immigrazione e asilo, scontentare tutti per accontentare tutti*, in *rivista.eurojus.it*, 2020, reperibile *online*; C. FAVILLI, *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo: "c'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico"*, in *Questione giustizia*, 2 ottobre 2020, reperibile *online*; M. BORRACCETTI, *Il nuovo patto europeo sull'immigrazione e l'asilo: continuità o discontinuità col passato?*, in *Diritto immigrazione cittadinanza*, 2021, n. 1, p. 1 ss.; T. GAZI, *The New Pact of Migration and Asylum: Supporting or Constraining Rights of Vulnerable Groups?*, in *europeanpapers.eu*, 2021, p. 167 ss.; D. THYM, ODYSSEUS ACADEMIC NETWORK (eds.), *Reforming the Common European Asylum System, Opportunities, Pitfalls, and Downsides of the Commission Proposals for a New Pact on Migration and Asylum*, Baden-Baden, 2022.

colare, quelle decisioni interpretative della direttiva sul ricongiungimento familiare⁸ e della direttiva qualifiche⁹ che si sono soffermate sul tema dell'individuazione del momento al quale fare riferimento per stabilire la minore età del migrante¹⁰. La determinazione di tale data costituisce un aspetto cruciale, rappresentando la premessa per poter beneficiare di determinate norme relative al mantenimento dell'unità del nucleo familiare contenute negli atti citati¹¹. Tali atti, tuttavia, non precisano in quale momento tale condi-

⁸ Direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare, sulla quale R. PALLADINO, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo*, Bari, 2012, p. 143 ss.; K. HAILBRONNER, C. AREVALO, T. KLARMANN, *Family Reunification Directive 2003/86/EC*, in K. HAILBRONNER, D. THYM (eds.), *EU Immigration and Asylum Law*, 2nd ed., Munich, 2016, p. 300 ss.

⁹ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta. Per un'analisi, H. DÖRIG, I. KRAFT, H. STOREY, H. BATTJES, *Asylum Qualification Directive 2011/95/EU*, in K. HAILBRONNER, D. THYM (eds.), *op. cit.*, p. 1108 ss.

¹⁰ Altre sentenze suscettibili di incidere sulla tutela del diritto all'unità familiare dei minori migranti sono state rese in relazione alla direttiva procedure 2013/32/UE e al regolamento Dublino III n. 604/2013: *amplius*, sia consentito rinviare a C. FRATEA, *La tutela del diritto all'unità familiare*, cit. Per un *excursus* dei criteri del regolamento che consentono la realizzazione dell'obiettivo dell'unità familiare, così come per le disposizioni contenute in altri atti in materia di migrazione che prevedono la possibilità di ricongiungimento familiare, sia consentito rinviare a C. FRATEA, *Quando il diritto si scontra con la realtà: i minori migranti quali soggetti titolari del diritto al ricongiungimento familiare*, in C. FRATEA, I. QUADRANTI (a cura di), *Minori e immigrazione: quali diritti?*, Napoli, 2015, p. 113 ss., spec. p. 116 ss. Sulle procedure per la determinazione dell'età del migrante, v. la recente nota pubblicata dallo EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES (ECRE), *Age Assessment in Europe: Applying European and international Legal Standards at all Stages of Age Assessment Procedures*, 13 January 2023, www.ecre.org/legal-note-age-assessment-in-europe-applying-european-and-international-legal-standards-at-all-stages-of-age-assessment-procedures.

¹¹ Parla di soggetti di "età inferiore ai diciotto anni" la direttiva sul ricongiungimento familiare quando si riferisce ai minori stranieri non accompagnati (art. 2, lett. f) e pertanto ai fini dell'applicazione dell'art. 10 per i minori stranieri non accompagnati ai quali sia stato riconosciuto lo *status* di rifugiato. Opta per la nozione di soggetti "di un'età inferiore a quella in cui si diventa legalmente maggiorenni nello Stato membro interessato" la medesima direttiva quando disciplina il ricongiungimento dei figli minori con l'adulto regolarmente soggiornante in un Paese UE (art. 4, par. 1, comma 2). Accolgono la prima nozione anche la direttiva quali-

zione debba essere soddisfatta né contengono, in merito, alcun rinvio al diritto nazionale. Tale circostanza deve pertanto essere oggetto di interpretazione autonoma da parte della Corte¹² alla luce degli obiettivi di favorire il ricongiungimento, quale strumento necessario per permettere la vita familiare, e di facilitare l'integrazione dei cittadini di paesi terzi negli Stati membri, prevedendo una protezione rafforzata per i soggetti minori, soprattutto non accompagnati rifugiati¹³.

2. Molti dei casi sottoposti alla Corte di giustizia hanno riguardato l'interpretazione della direttiva 2003/86/CE sul ricongiungimento familiare e hanno avuto ad oggetto sia la situazione del minore rifugiato che chiede il ricongiungimento con il genitore, sia quella, opposta, del genitore che ha ottenuto protezione internazionale¹⁴ in uno Stato membro e che chiede di essere

fiche (art. 2, lett. *k*), nonché il regolamento Dublino III (art. 2, lett. *i*) e la direttiva procedure (art. 2, lett. *l*).

¹² In questo senso si veda, in relazione alla direttiva 2003/86/CE, la sentenza *A, S*, cit., punti 41-44; le sentenze della Corte del 16 luglio 2020, cause riunite C-133/19, C-136/19 e C-137/19, *B.M.M. e a. c. État belge*, punti 29-35; del 1° agosto 2022, cause riunite C-273/20 e C-355/20, *Bundesrepublik Deutschland c. SW e a.*, punti 34-39; del 1° agosto 2022, causa C-279/20, *Bundesrepublik Deutschland c. XC*, punti 37-42; in relazione alla direttiva 2011/95/UE, la sentenza della Corte del 9 settembre 2021, causa C-768/19, *Bundesrepublik Deutschland c. SE*, punti 34-38. Si specifica che, ai fini del presente lavoro, le sentenze analizzate saranno richiamate con le iniziali dei nomi delle parti coinvolte, sebbene nella giurisprudenza della Corte siano spesso indicate con i nomi degli Stati cui le autorità adite appartengono. Ciò al fine di facilitare la lettura, provenendo i rinvii pregiudiziali spesso da giudici dei medesimi Paesi membri (per lo più belgi, tedeschi e olandesi).

¹³ Considerando n. 4 e considerando n. 8 della direttiva.

¹⁴ Il riferimento più generale alla protezione internazionale è dovuto alla circostanza che alcune sentenze interpretative della direttiva 2003/86/CE si riferiscono a soggetti titolari di protezione sussidiaria. Sebbene l'art. 3, par. 2 della direttiva escluda i titolari e i richiedenti di forme sussidiarie di protezione dall'ambito di applicazione della stessa, la Corte si è dichiarata competente a pronunciarsi in quei casi in cui il diritto nazionale abbia esteso l'applicazione della direttiva anche ai titolari di tali forme di protezione (si vedano le sentenze della Corte del 7 novembre 2018, causa C-380/17, *K, B c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, punti 34-36; del 13 marzo 2019, causa C-635/17, *E. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, punti 35-37). Peraltro, aggiunge la Corte nel caso *K, B*, la mancata inclusione dei titolari di protezione sussidiaria nell'ambito di applicazione della direttiva non è da considerarsi determinante, essendo tale forma di protezione stata introdotta nell'ordinamento UE solo successivamente all'adozione della direttiva 2003/86/CE. La sua istituzione risale infatti alla prima direttiva

ricongiunto al figlio. Occorre in proposito rammentare come, in presenza di un richiedente minore straniero non accompagnato che abbia ottenuto lo *status* di rifugiato, l'art. 10, par. 3 della direttiva preveda l'obbligo per i Paesi membri di autorizzare l'ingresso e il soggiorno degli ascendenti diretti di primo grado¹⁵ e la semplice facoltà di autorizzare l'ingresso e il soggiorno del tutore legale o di altro familiare, quando il rifugiato non abbia ascendenti diretti o sia impossibile rintracciarli. In presenza di un richiedente adulto, invece, l'art. 4 stabilisce l'obbligo di prevedere il ricongiungimento con il coniuge e i figli minori non coniugati della coppia, del soggiornante o del coniuge di quest'ultimo, ma una mera facoltà di consentire la riunificazione con altri membri della famiglia quali i figli maggiorenni non coniugati, qualora non possano provvedere alle proprie necessità in ragione del loro stato di salute, e gli ascendenti diretti di primo grado, se sprovvisti di un adeguato sostegno familiare nel Paese d'origine. Qualora il richiedente sia un rifugiato, l'art. 10 dispone, pur sempre a titolo facoltativo, la possibilità di autorizzare l'ingresso di altri familiari non previsti all'art. 4, qualora essi siano a carico del rifugiato¹⁶.

qualifiche (direttiva 2004/83/CE) e la sua esclusione dall'ambito di applicazione della direttiva sul ricongiungimento familiare era stata prevista "in vista della futura istituzione di uno status di protezione sussidiaria comune a tutti gli Stati membri" (punto 30). L'art. 23, par. 1 della direttiva qualifica sancisce oggi che "[g]li Stati membri provvedono a che possa essere preservata l'unità del nucleo familiare". Sull'interpretazione restrittiva della direttiva 2003/86/CE, v. S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law. Volume 1: Immigration and Asylum Law*, 4th ed., Oxford, 2016, p. 402. La distinzione fra i due *status* non viene rimessa in discussione dalla Corte EDU, che, chiamata a statuire sulla conformità all'art. 8 CEDU dell'imposizione di un tempo di attesa di tre mesi alla concessione del ricongiungimento familiare ai beneficiari di uno *status* di protezione sussidiaria o temporanea, ha sottolineato che la situazione dei beneficiari di una protezione sussidiaria non è la stessa dei rifugiati e che gli Stati membri godono di un ampio margine di manovra per quanto riguarda l'accesso al ricongiungimento familiare dei beneficiari di una protezione sussidiaria (sentenza della Corte EDU del 9 luglio 2021, ric. n. 6697/18, *M.A c. Danimarca*, punti 153 e 155).

¹⁵ La *ratio* di favorire il ricongiungimento in presenza di soggetti particolarmente vulnerabili sottesa alla direttiva, nonché gli artt. 7 e 24, par. 2 della Carta impongono che sia riconosciuto il diritto del minore rifugiato al ricongiungimento con gli ascendenti diretti di primo grado indipendentemente dallo stato di coniugio: sentenza della Corte del 22 novembre 2022, causa C-230/21, *X c. Belgische Staat*, punti 38, 45 e 47.

¹⁶ Sulla nozione di persona a carico di un rifugiato, v. sentenza della Corte del 12 dicembre 2019, causa C-519/18, *TB c. Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*.

In sostanza, in presenza di un rifugiato adulto, la disciplina di maggior favore prevista dalla direttiva 2003/86/CE risiede esclusivamente nella previsione di cui all'art. 12, par. 1, in base alla quale il richiedente o i suoi familiari non sono tenuti a fornire la prova che il rifugiato soddisfi le condizioni stabilite nell'art. 7¹⁷. Al contrario, in presenza di un rifugiato minorenni, l'art. 10 incide direttamente anche sul novero dei familiari aventi diritto all'ingresso nel Paese membro dell'UE in cui il minore si trova, imponendo alle autorità nazionali di consentire il ricongiungimento con i genitori.

Rispetto a tale ultima situazione, è di fondamentale importanza la menzionata sentenza *A, S*, riguardante un cittadino di Paese terzo che giunge nei Paesi Bassi come minore straniero non accompagnato e che presenta da minorenni la propria domanda di protezione internazionale, concessa però dopo il raggiungimento della maggiore età. A questa segue la domanda di ricongiungimento familiare con i genitori e i fratelli minorenni, respinta in quanto presentata da maggiorenne¹⁸. In questa pronuncia si stabilisce che la minore età di un richiedente rifugiato ai fini del ricongiungimento familiare deve sussistere in occasione della presentazione della domanda di protezione internazionale, facendo così retroagire al momento introduttivo della prima procedura la data rilevante per determinare l'età del richiedente ai fini della procedura successiva. Ciò anche considerando che il riconoscimento dello *status* di rifugiato è un atto ricognitivo di un diritto soggettivo che, in presenza dei requisiti previsti dalla direttiva qualifiche¹⁹, risulta integrato sin dal

¹⁷ Vale a dire un alloggio considerato normale per una famiglia analoga e che corrisponda alle norme generali di sicurezza e di salubrità in vigore nello Stato membro interessato; un'assicurazione sanitaria per sé stesso e per i suoi familiari e, infine, risorse stabili e regolari sufficienti per mantenere sé stesso e i propri familiari senza ricorrere al sistema di assistenza sociale dello Stato membro interessato.

¹⁸ Per un commento, S. NICOLOSI, *Shedding Light on the Protective Regime for Unaccompanied Minors under the Family Reunification Directive: The Case of A and S*, in *European Papers.eu*, 2018, p. 1493 ss.; J.-Y., CARLIER, L. LEBOEUF, *Droit européen des migrations*, in *Journal de droit européen*, n. 3, 2019, p. 114 ss.

¹⁹ Ai sensi dell'art. 2, lett. *d*, della direttiva, in ossequio alla convenzione di Ginevra del 1951 alla quale rinvia l'art. 78 TFUE, è rifugiato il cittadino di un Paese terzo il quale, per il timore fondato di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, opinione politica o appartenenza a un determinato gruppo sociale, si trova fuori dal Paese di cui ha la cittadinanza e non può o, a causa di tale timore, non vuole avvalersi della protezione di detto Paese, oppure apolide che si trova fuori dal Paese nel quale aveva precedentemente la dimora abi-

momento della presentazione della domanda di protezione internazionale e che da tale riconoscimento dipende la possibilità di proporre la successiva domanda di ricongiungimento²⁰. Solo in tal modo si consente di garantire un trattamento identico e prevedibile a tutti i richiedenti che si trovano cronologicamente nella stessa situazione, assicurando, in ossequio ai principi di parità di trattamento e di certezza del diritto, che la normativa applicabile alla domanda di ricongiungimento familiare dipenda da circostanze non imputabili principalmente all'amministrazione.

Diversamente, far dipendere il diritto al ricongiungimento familiare dal momento in cui l'autorità nazionale competente adotta formalmente la decisione con cui si riconosce lo *status* di rifugiato e, dunque, dalla maggiore o minore celerità nel trattamento della domanda di protezione internazionale (o addirittura successivamente, dal momento in cui viene presentata domanda di ricongiungimento familiare) comprometterebbe l'effetto utile dell'art. 10, par. 3 della direttiva, poiché implicherebbe che due rifugiati minori non accompagnati di pari età che, in pari data, hanno presentato una domanda di protezione internazionale potrebbero, per quanto attiene al diritto al ricongiungimento, essere trattati diversamente a seconda della durata di trattamento di tali domande²¹.

La Corte di giustizia ha avuto modo di pronunciarsi anche su casi opposti, vale a dire relativi a rifugiati adulti che richiedono il ricongiungimento con i figli minorenni, come nel caso *B.M.M.* del 2020²². In questa sentenza, al fine di determinare se la condizione relativa alla minore età sia soddisfatta, viene fatto riferimento alla data di presentazione della domanda di ingresso e di soggiorno ai fini del ricongiungimento familiare, essendo irrilevante che si statuisca su tale domanda direttamente a seguito della presentazione della stessa oppure dopo che una decisione di rigetto della stessa sia stata annullata²³.

Pur partendo dalla comune premessa dell'irrelevanza della data in cui le autorità competenti statuiscono sulla domanda di ricongiungimento (poiché

tuale per le stesse ragioni succitate e non può o, a causa di siffatto timore, non vuole farvi ritorno,

²⁰ In tal senso v. anche sentenza *XC*, cit., punto 46.

²¹ Cfr. sentenza *A, S*, cit., punti 51-57.

²² Per un commento, V. MICHEL, *Regroupement familial*, in *Europe*, n. 10, 2020, p. 22 ss.

²³ Cfr. sentenza *B.M.M.*, cit., punti 44-55.

l'età del minore non rappresenta una condizione sostanziale per l'esercizio del diritto al ricongiungimento, al pari di quelle previste dall'art. 7 della direttiva, bensì una condizione di ammissibilità della domanda²⁴), le due pronunce danno tuttavia rilevanza a momenti diversi ai fini dell'individuazione della minore età. Nella sentenza *A, S*, il riferimento è al momento in cui è presentata domanda di protezione internazionale da parte del minore soggiornante; nella sentenza *B.M.M.*, al momento della presentazione della domanda di ricongiungimento da parte del padre rifugiato. Ciò è certamente dovuto anche alla differenza degli elementi fattuali alla base delle due fattispecie e del conseguente diverso contenuto dei quesiti pregiudiziali. Infatti, oltre alla diversa veste di soggetto richiedente e soggetto richiesto, il minore, nel primo caso, aveva raggiunto la maggiore età prima del riconoscimento della protezione internazionale, mentre nel secondo era ancora tale al momento della domanda di ricongiungimento, essendo divenuto maggiorenne nelle more dei ricorsi esperiti per l'annullamento delle decisioni di diniego del permesso di soggiorno per ricongiungimento familiare.

Queste differenze sembrano trovare una composizione nella sentenza *XC* del 2022, che presenta elementi in comune con entrambe le situazioni precedenti. Da un lato, il caso è analogo a quello che ha caratterizzato la sentenza *B.M.M.*, riguardando una cittadina siriana residente in Turchia che presenta domanda di ricongiungimento col padre, titolare dello *status* di rifugiato in Germania. Dall'altro, esso ricorda il caso *A, S*, in quanto la figlia era già maggiorenne al momento sia del riconoscimento della protezione internazionale al padre sia della presentazione della domanda di ricongiungimento. In tale situazione, la Corte di giustizia non riprende il riferimento alla data di presentazione della domanda di ricongiungimento contenuto nella sentenza *B.M.M.*, ma estende l'applicazione della giurisprudenza *A, S*, conferendo maggior rilievo alla necessità di promuovere l'unità familiare. Si stabi-

²⁴ In tal senso v. anche la sentenza *SW*, cit., relativa ad una ipotesi di ricongiungimento con i genitori di un minore siriano rifugiato in Germania, in cui la Corte esclude che il fatto che tale rifugiato sia ancora minorenne alla data della decisione sulla domanda di ricongiungimento familiare presentata dai genitori possa essere considerata una "condizione" ex art. 16, par. 1, lett. *a* della direttiva 2003/86/CE, il cui mancato soddisfacimento consentisse agli Stati membri di respingere una tale domanda. Ciò in quanto l'età del richiedente o, a seconda dei casi, del soggiornante rappresenta, per l'appunto, una mera condizione di ammissibilità della domanda di ricongiungimento familiare (punto 48 della sentenza).

lisce, infatti, che al fine di determinare se il figlio di un soggiornante che beneficia dello *status* di rifugiato sia minorenne, in una situazione in cui tale figlio è diventato maggiorenne prima sia della concessione di tale *status* al genitore sia della presentazione della domanda di ricongiungimento familiare, occorre prendere in considerazione la data di presentazione della domanda di asilo da parte del soggiornante²⁵. Considerare tanto la data in cui l'autorità competente dello Stato membro interessato statuisce sulla domanda di asilo presentata dal genitore quanto quella successiva in cui il figlio presenta la propria domanda di visto ai fini del ricongiungimento familiare come quella alla quale occorre fare riferimento per valutare la qualità di minore non sarebbe conforme né agli obiettivi perseguiti dalla direttiva 2003/86/CE, né agli artt. 7 e 24, par. 2 della Carta²⁶. Ciò in quanto, il figlio di un richiedente asilo può validamente presentare una domanda di ricongiungimento solo qualora la domanda di concessione dello *status* di rifugiato del genitore sia già stata oggetto di una decisione positiva definitiva. Inoltre, come rammentato nella precedente giurisprudenza, il diritto al ricongiungimento familiare con i figli minorenni non può essere pregiudicato dal trascorrere del tempo necessario perché si statuisca sulle domande di protezione internazionale o di ricongiungimento familiare.

La sentenza *XC* costituisce pertanto il punto di arrivo di un'evoluzione giurisprudenziale culminata in un'interpretazione della direttiva sul ricongiungimento in base alla quale, qualora il soggiornante sia un rifugiato tanto adulto quanto minore, la data rilevante per la determinazione della minore età ai fini del ricongiungimento familiare è, in ogni caso, quella in cui è presentata domanda di protezione internazionale.

3. Sebbene dalla giurisprudenza sopra analizzata emerga la necessità di rafforzare la tutela dell'unità del nucleo familiare nei casi di coinvolgimento di soggetti minori, ciò non può implicare la possibilità di invocare, senza alcun limite temporale, i benefici che derivano dalla direttiva 2003/86/CE. Pertanto, nelle sentenze *A*, *S* e *XC*, viene stabilito che la domanda di ricongiungimento familiare debba essere presentata entro un termine ragionevole, individuato in tre mesi dal giorno in cui al soggiornante, minore o adulto, è

²⁵ Sentenza *XC*, cit., punto 52.

²⁶ Sentenza *XC*, cit., punto 48.

stato riconosciuto lo *status* di rifugiato²⁷. La Corte di giustizia opera in merito una sorta di estensione analogica del termine previsto dall'art. 12, par. 1, comma 3, della direttiva, in base al quale gli Stati membri possono richiedere il soddisfacimento delle condizioni materiali di cui all'art. 7 da parte del rifugiato, se la domanda di ricongiungimento familiare non è presentata entro tre mesi dal riconoscimento dello *status*. La *ratio* è infatti analoga: le norme di maggior favore previste per i rifugiati, siano esse relative all'esenzione dal possesso di condizioni materiali richieste in via generale oppure alla determinazione del momento in cui determinare la minore età del migrante, si applicano fintantoché essi si facciano parte diligente nella presentazione della domanda di ricongiungimento²⁸ una volta ottenuto lo *status* che rappresenta condizione prodromica per il riconoscimento di quei benefici. Scaduto il termine di tre mesi dalla concessione dello *status* di rifugiato, il richiedente, qualora la normativa nazionale di trasposizione si sia avvalsa della facoltà prevista nella direttiva, potrebbe essere privato della possibilità di avvantaggiarsi del regime più favorevole previsto per i rifugiati ed essere, pertanto, sottoposto a quello ordinario.

In virtù della comunanza di *ratio*, nell'applicazione del termine di tre mesi individuato dalle sentenze *A*, *S* e *XC* occorre tenere conto della giurisprudenza formatasi sull'art. 12, par. 1, comma 3. Nella decisione *K*, *B* del 2018, la Corte stabilisce che il superamento del termine di tre mesi ivi indicato non può rappresentare un elemento atto ad incidere sulla fondatezza della domanda di ricongiungimento, ma solamente un aspetto che incide sulla determinazione del regime applicabile, ordinario o più favorevole²⁹.

La questione, tuttavia, si presenta come particolarmente delicata nei casi in esame nel presente lavoro, poiché una domanda di ricongiungimento non tempestivamente presentata non comporterebbe solo una modifica delle

²⁷ Sentenze *A*, *S*, cit., punto 61; *XC*, cit., punto 53.

²⁸ Qualora il soggiornante avente lo *status* di rifugiato sia un adulto, la domanda di ricongiungimento può, in realtà, essere presentata dallo stesso, come nel caso *B.M.M.*, cit., oppure direttamente dai figli minori, come nel caso *XC*, cit. Ai sensi dell'art. 5, par. 1 della direttiva, infatti, “[g]li Stati membri determinano se, per esercitare il diritto al ricongiungimento familiare, la domanda di ingresso e di soggiorno debba essere presentata alle autorità competenti dello Stato membro interessato dal soggiornante o dal familiare o dai familiari”.

²⁹ Sentenza *K*, *B*, cit., punti 48-53. In argomento, J.-Y., CARLIER, L. LEBOEUF, *op. cit.*; V. MICHEL, *Demande de regroupement familial*, in *Europe*, n. 1, 2019, p. 24 ss.

condizioni materiali richieste, ma altresì una limitazione del novero dei familiari ammessi al ricongiungimento. Infatti, in presenza di una domanda presentata oltre il termine, un minore nel frattempo divenuto adulto, sia esso il soggetto richiedente il ricongiungimento o il soggetto il cui ingresso viene richiesto a titolo di ricongiungimento, non potrebbe essere più considerato quale minore ai fini della direttiva 2003/86/CE, con conseguente decadenza dell'obbligo degli Stati di garantire l'ingresso, rispettivamente, al genitore oppure al figlio.

Questo deve spingere a valorizzare la specificazione che la Corte di giustizia formula nel caso *K, B*, vale a dire che, nel caso in cui il ritardo nella presentazione della domanda di ricongiungimento sia oggettivamente scusabile, il soggiornante rifugiato non deve vedersi privato del regime riservato a tale categoria di soggetti³⁰. Al di là, in assenza di possibili indici elaborati dalla Corte, dell'indeterminatezza di tale nozione che inevitabilmente lascia ampia discrezionalità in capo alle autorità nazionali, si ritiene che questo principio debba essere tenuto in attenta considerazione nei casi di ricongiungimento dei rifugiati. In tali casi, infatti, dal rispetto del termine può derivare il mantenimento o meno dell'unità familiare in contesti in cui i soggetti coinvolti sono minori nel momento in cui la domanda di protezione internazionale è stata presentata. È altresì da sottolineare il fatto che, in base alla sentenza *A, S*, la domanda di ricongiungimento deve essere presentata "in linea di principio" entro un termine di tre mesi dal giorno in cui è riconosciuto lo *status* di rifugiato al soggiornante. Pertanto, tale ulteriore specificazione, unitamente a quella contenuta nella sentenza *K, B*, dovrebbe condurre le autorità nazionali a non considerare perentorio il termine di tre mesi per la presentazione della domanda di ricongiungimento³¹ e a valutare tutti gli elementi

³⁰ Sentenza *K, B*, cit., punto 62.

³¹ Su tale questione si sofferma anche un rinvio austriaco pendente (causa C-560/20) di interpretazione degli artt. 2, lett. *f* e 10, par. 3 della direttiva 2003/86/CE in relazione ad un caso in cui la domanda di ricongiungimento risulta presentata dopo tre mesi e un giorno dal riconoscimento dello *status* di rifugiato al minore. In tale caso, tuttavia, a differenza dei casi *A, S* e *XC*, la domanda di ricongiungimento è stata presentata quando il figlio era ancora minore, analogamente a quanto avvenuto nel caso *B.M.M.*, quindi, come emerge da uno dei quesiti pregiudiziali, il termine di tre mesi potrebbe non risultare neppure applicabile. Qualora lo fosse, il giudice nazionale chiede invece di specificare se tale termine sia perentorio o meno.

del caso concreto, in uno spirito che salvaguardi l'effetto utile della direttiva 2003/86/CE e garantisca la maggiore tutela possibile dei diritti contenuti nella Carta dei diritti fondamentali³².

4. La questione della data rilevante per poter qualificare un soggetto come minore è emersa anche in relazione all'interpretazione della direttiva qualifiche³³. Il riferimento è alla sentenza *SE* del 2021, relativa al caso di un padre giunto in Germania poco prima del riconoscimento della protezione sussidiaria al figlio e che presenta domanda, respinta dalle autorità nazionali, di protezione internazionale quando il figlio è ancora minorenne³⁴. L'art. 23 della direttiva impone infatti agli Stati membri, al fine di preservare l'unità del nucleo familiare, di provvedere a che i familiari del beneficiario di protezione internazionale (tra i quali, *ex art. 2, lett. j*, si annoverano anche i genitori dei minori non coniugati), che individualmente non hanno diritto a tale protezione, siano ammessi ai benefici di cui agli artt. da 24 a 35 della direttiva, primo tra tutti al rilascio del permesso di soggiorno (oltre che all'accesso all'istruzione, al mercato del lavoro, all'assistenza sociale e sanitaria, all'alloggio).

In tale decisione si stabilisce che, qualora un genitore intenda trarre dallo *status* di protezione sussidiaria ottenuto dal figlio il diritto ai benefici di cui agli artt. da 24 a 35 della direttiva o, se previsto dalla normativa nazionale³⁵, il medesimo *status*, la data rilevante per valutare se il beneficiario di protezione internazionale sia un minore, al fine di statuire sulla domanda di asilo presentata dal padre, deve essere quella in cui quest'ultimo ha presentato una tale domanda³⁶.

Volendo fare un raffronto con la giurisprudenza analizzata in relazione alla direttiva 2003/86/CE, la sentenza in esame sembra, ad una prima lettura,

³² Sentenza *A, S*, cit., punto 61.

³³ Direttiva 2011/95/UE, cit.

³⁴ Per un commento alla sentenza, F. GAZIN, *Droit d'asile dérivé d'un enfant mineur*, in *Europe*, n. 11, 2021, n. 11, p. 23.

³⁵ La legge tedesca, avvalendosi della possibilità offerta dall'art. 3 della direttiva di prevedere disposizioni più favorevoli in ordine alla determinazione dei soggetti aventi diritto alla protezione internazionale purché compatibili con le disposizioni della direttiva stessa, consente al genitore di trarre non solo tali benefici ma, a titolo derivato, direttamente il medesimo *status* ottenuto dal figlio minorenne.

³⁶ Sentenza *SE*, cit., punto 42.

porsi in linea di continuità con la pronuncia *B.M.M.* In entrambi i casi, infatti, il momento ritenuto rilevante per la determinazione dell'eventuale minore età è quello in cui viene presentata la domanda volta a far valere l'esercizio del diritto derivato dalla titolarità della protezione internazionale del soggetto soggiornante (il momento in cui è richiesto il ricongiungimento familiare con il figlio in *B.M.M.*; il momento in cui è presentata la domanda di protezione internazionale del padre in *SE*), senza alcun riferimento alla situazione giuridica del soggetto soggiornante da cui quel diritto discende.

Si rammenta, però, che all'anno successivo rispetto alla sentenza *SE* risale la sentenza *XC*, che compie un fondamentale passo in avanti, facendo retroagire la data rilevante per la determinazione della minore età a quella della presentazione della domanda di protezione internazionale del soggiornante titolare del diritto "a titolo originario". Sarà quindi interessante vedere se la Corte di giustizia seguirà, anche in relazione alla direttiva qualifiche, la medesima evoluzione giurisprudenziale riscontrata con riguardo alla direttiva sul ricongiungimento. Non è infatti da escludere che, in un caso in cui il padre presentasse domanda di protezione internazionale (oppure per l'ottenimento dei benefici di cui all'art. 23 della direttiva) in un momento in cui il figlio da cui trarre lo *status* a titolo derivato avesse già raggiunto la maggiore età, la Corte possa andare oltre il portato della sentenza *SE* ed operare un parallelo con la sentenza *XC*, considerando cioè la data in cui il minore, e non il padre, ha presentato domanda.

Non solo. A voler estendere pienamente le conclusioni della giurisprudenza *XC*, il momento determinante per la definizione della minore età ai fini dell'applicazione dell'art. 23 o delle disposizioni di maggior favore previste dalle disposizioni degli Stati membri, dovrebbe essere quello in cui la domanda di protezione internazionale del soggiornante è presentata, indipendentemente dal fatto che questi sia il figlio, come nel caso *SE*, oppure il padre, come nel caso *XC* nell'ambito del ricongiungimento. Questo rappresenterebbe un esito auspicabile che testimonierebbe, anche in relazione ad atti diversi, ma pur sempre applicabili in contesti migratori che vedono coinvolti soggetti titolari di protezione internazionale, un'autonoma interpretazione delle nozioni rilevanti, ossequiosa tanto degli obiettivi insiti anche nel sistema europeo comune di asilo, di cui la direttiva qualifiche è espressione, quanto dei diritti fondamentali.

Peraltro, nella sentenza *SE* si rammenta che anche eventuali disposizioni

più favorevoli a livello interno possono essere introdotte, *ex art. 3*, nel rispetto dell'impianto generale della direttiva qualifiche e che, pertanto, deve essere in ogni caso fatta salva l'applicazione dell'art. 2, lett. *j*. Tale ultima disposizione richiede che il nucleo fosse già costituito nel Paese di origine e che i familiari interessati si siano trovati nel territorio del medesimo Stato membro "in connessione alla domanda di protezione internazionale". Da ciò deriva che, in un caso in cui il padre intenda trarre dallo *status* del figlio il riconoscimento della protezione internazionale o dei benefici previsti dall'art. 23, non solo il diritto del familiare deve essere invocato dall'interessato quando il figlio è ancora minorenne, ma è altresì richiesto che quest'ultimo abbia chiesto tale protezione prima di aver raggiunto la maggiore età³⁷.

L'eventuale futura estensione della giurisprudenza *XC* all'interpretazione dell'art. 23 della direttiva qualifiche porterebbe inevitabilmente a ridurre tali due requisiti cumulativi ad uno. Nel momento in cui il riferimento fosse alla minore età nel momento in cui il soggiornante, e non il familiare, propone domanda di protezione internazionale su base individuale, l'unica condizione richiesta rimarrebbe la seconda.

5. L'evoluzione giurisprudenziale cui si assiste a partire dalla sentenza *A, S* ha contribuito a rafforzare la tutela dell'unità del nucleo familiare laddove siano coinvolte figure di migranti particolarmente vulnerabili, quali i minori in qualità sia di titolari di protezione internazionale sia di familiari di tali soggetti. Il *favor* con cui i giudici europei hanno interpretato le norme di volta in volta rilevanti della direttiva sul ricongiungimento familiare e della direttiva qualifiche ha consentito di dare una lettura delle disposizioni che potrebbero incidere sull'effettività del diritto all'unità familiare dei minori che tenga conto, non solo delle finalità di tali atti, ma anche della necessità di dare piena attuazione agli artt. 7 e 24, par. 2 della Carta dei diritti fondamentali.

Oltre alle questioni esaminate, se ne potrebbe in realtà indicare una ulteriore, vale a dire la nozione di vita familiare effettiva e la prova della sua esistenza, tanto nel Paese di origine quanto successivamente, una volta ottenuto il ricongiungimento oppure lo *status* di rifugiato a titolo derivato. Riguardo a questa seconda declinazione³⁸, nelle citate sentenze *XC* e *SW*, che si pronun-

³⁷ Sentenza *SE*, cit., punto 43.

³⁸ Per la prima, si rinvia alla sentenza *E. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, cit.,

ciano in maniera del tutto analoga, emerge che, sebbene l'art. 16, par. 1, lett. *b* della direttiva sul ricongiungimento consenta agli Stati membri di respingere una domanda qualora il soggiornante e i suoi familiari non abbiano (o non abbiano più) un vincolo coniugale o familiare effettivo, la valutazione delle condizioni necessarie per ritenere se esista nel Paese ospitante una reale vita familiare richiede una valutazione caso per caso sulla base dell'insieme dei fattori pertinenti in ciascuna fattispecie, come richiesto del resto dall'art. 17 della direttiva. A tal fine, per quanto la sola parentela diretta non sia sufficiente a dimostrare l'esistenza di un vincolo familiare effettivo, le esigenze di tutela sottese alla direttiva e alla Carta esigono che sia lasciato agli interessati, purché instaurino un concreto legame, decidere con quali modalità essi intendano condurre la loro vita familiare, senza che possa essere imposto alcun requisito quanto all'intensità del loro rapporto³⁹.

relativa al caso di una zia, cittadina eritrea residente nei Paesi Bassi come titolare di protezione sussidiaria, che presenta domanda di ricongiungimento a favore della nipote, della quale è tutrice dopo la morte dei genitori biologici e con la quale ha vissuto in Sudan dopo la loro fuga dall'Eritrea. A fronte del respingimento della domanda per mancata prova dei vincoli familiari e per mancata spiegazione plausibile dell'impossibilità di fornire documenti ufficiali, la Corte stabilisce che una domanda di ricongiungimento familiare non può essere respinta, *ex art.* 11, par. 2 della direttiva 2003/86/CE, "per il solo motivo che la soggiornante non ha fornito i documenti ufficiali attestanti la morte dei genitori biologici del minorenne, e pertanto l'effettività dei propri vincoli familiari con il medesimo" e che la spiegazione fornita dalla soggiornante per giustificare la propria incapacità di produrre siffatti documenti non può essere ritenuta non plausibile "sulla semplice base delle informazioni generali disponibili relativamente alla situazione nel Paese di origine, senza prendere in considerazione la situazione concreta della soggiornante e del minorenne, nonché le specifiche difficoltà che essi hanno dovuto affrontare, stando a quanto essi riportano, prima e dopo la fuga dal loro Paese di origine" (punti 69 e 81 della sentenza). Per un commento, V. MICHEL, *Preuve des liens familiaux*, in *Europe*, n. 5, 2019, p. 22 s.

³⁹ Sentenza *SE*, cit., punto 58; sentenza *SW*, cit., punto 62; sentenza *XC*, cit., punto 63. Il mantenimento di una vita familiare effettiva può passare per visite occasionali, purché ciò sia possibile, e contatti regolari di qualsiasi tipo, tenuto conto in particolare delle circostanze di fatto che caratterizzano la situazione delle persone interessate, tra cui l'età del figlio, senza necessariamente richiedere che il minore e il genitore si sostengano reciprocamente dal punto di vista economico, dal momento che è probabile che essi non abbiano i mezzi materiali per farlo (sentenza *SW*, cit., punti 66 e 67; sentenza *XC*, cit., punti 67 e 68). Nel caso *SE*, la Corte si esprime in termini ancora più generici: l'art. 2, lett. *j*, della direttiva 2011/95 subordina la nozione di familiare unicamente a tre condizioni: (che il nucleo familiare sia già costituito nel Paese di origine, che i familiari del beneficiario di protezione internazionale si trovino nel me-

Grazie agli interventi della Corte, il diritto all'unità familiare dei minori migranti si arricchisce di nuovi tasselli che consentono di conferire agli stessi sempre maggiore efficacia. Tuttavia, permangono aspetti critici. In primo luogo, non si può non notare come le interpretazioni fornite dalla Corte di giustizia si riferiscano a situazioni nelle quali la tutela rafforzata garantita ai minori si giustifichi non solo sulla base della loro età, ma altresì alla luce dello *status* di rifugiato o di beneficiario di protezione sussidiaria posseduto dal minore stesso oppure dai suoi familiari. È innegabile l'importanza, in particolare, della giurisprudenza *XC*, che giunge ad anticipare il momento rilevante per determinare la minore età ai fini del ricongiungimento alla data di presentazione della domanda di protezione internazionale da parte del soggetto soggiornante (sia esso il minore oppure il genitore). Cionondimeno, al di fuori del contesto della protezione internazionale, nell'ambito della migrazione economica, il momento da prendere in considerazione per valutare l'età di un fanciullo da ricongiungere al genitore adulto soggiornante non potrebbe che essere quello della domanda di ricongiungimento, profilandosi pertanto una possibile discriminazione tra soggetti minori d'età a seconda dell'esperienza migratoria in cui la domanda di ricongiungimento si inserisce. Tale esito è forse inevitabile e, inoltre, l'apparato normativo previsto dalla direttiva 2003/86 a tutela dei rifugiati è improntato ad esigenze di maggior tutela in considerazione della loro fragilità. Allo stesso tempo, però, non si può non sottolineare come i minori dovrebbero essere destinatari di norme di garanzia in ogni scenario possibile. Sempre che non si voglia sostenere che il portato della giurisprudenza *XC* sia inscindibilmente legato, più che alla tutela dei minori, alla tutela dei rifugiati, la sorta di *reverse discrimination* che si creerebbe a detrimento dei minori migranti nell'ambito della migrazione economica potrebbe essere risolta estendendo tale giurisprudenza anche a quest'ambito ed individuando come data rilevante quella in cui il genitore soggiornante ha presentato domanda di visto di ingresso oppure di permesso di soggiorno.

desimo Stato membro in connessione alla domanda di protezione internazionale e che il beneficiario di protezione internazionale sia un minore non coniugato) e la ripresa effettiva della vita familiare nel territorio dello Stato membro ospitante non figura queste, né l'art. 23 della direttiva qualifiche o l'art. 7 Carta impongono tale requisito (punto 54 della sentenza).

IL TRATTENIMENTO AI FINI DELL'ALLONTANAMENTO:
EVOLUZIONI GIURISPRUDENZIALI
E NORMATIVE A CONFRONTO*

Rossana Palladino**

SOMMARIO: 1. Il trattenimento ai fini dell'allontanamento ai sensi della direttiva 2008/115/CE: tra esigenze securitarie e tutela dei diritti fondamentali dei migranti. – 2. Obbligo di soggiorno permanente nelle zone di transito e configurazione del trattenimento. – 3. L'interpretazione garantista delle condizioni sostanziali e procedurali del trattenimento ad opera della Corte di giustizia dell'UE. – 4. *Trend* giurisprudenziale e tendenze normative a confronto.

1. Il tratto distintivo delle politiche di immigrazione degli Stati membri dell'Unione europea è, da alcuni anni, da rinvenirsi nel crescente approccio securitario e repressivo. In tale scenario, gli Stati membri *uti singuli* dell'Unione hanno fatto ricorso ad una pluralità di strumenti giuridici ed operativi atti a contrastare l'ingresso e il soggiorno non autorizzato dei migranti irregolari. Da una parte, essi hanno fatto sempre più largo esercizio dello *ius puniendi*, sia attraverso la previsione e applicazione di norme di diritto penale materiale che criminalizzano, per l'appunto, l'immigrato irregolare, sia attraverso l'inasprimento delle sanzioni penali connesse a differenti fattispecie di reati previsti dalla legge penale in considerazione della sussistenza della situazione di irregolarità. Dall'altra parte, appare significativo che, anche quando non hanno fatto ricorso a strumenti di diritto penale, gli ordinamenti nazionali si siano dotati di misure “formalmente” di tipo amministrativo che, tuttavia, si sostanziano nella compressione di diritti della persona – quale la libertà personale – sui quali solitamente incide proprio il

* Versione rielaborata e ampliata della relazione al seminario del Forum Immigrazione, Frontiere e Asilo dal titolo “*La politica di immigrazione dell'UE verso il 2030: tendenze evolutive ricavabili dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia*”, tenutosi il 2 novembre 2022 a Bari in occasione del Convegno annuale AISDUE del 3-4 novembre 2022.

** Professoressa associata di Diritto dell'Unione europea e Coordinatrice Jean Monnet Module “Democracy and the Rule of Law: A New Push for European Values (EU-DRAW)” presso l'Università degli Studi di Salerno.

diritto penale. In tal senso, è rilevabile un processo di erosione della linea di demarcazione tra le misure amministrative e quelle penali individuabile nell'incidenza sullo *status libertatis*¹.

Fatto proprio a livello europeo, tale approccio ha connotato anche l'elaborazione della "direttiva rimpatri"², ove trova attualmente disciplina il trattenimento finalizzato all'allontanamento³. È, in particolare, l'art. 15 a

¹ Sul "declino dell'*argumentum libertatis*" in diversi sistemi penali europei e sulla reciproca influenza con la giurisprudenza "sostanzialistica" della Corte di Strasburgo, v. F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, in particolare p. 16 ss.

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. La direttiva 2008/115/CE è un *corpus* normativo che mira a istituire un'efficace politica in materia di allontanamento e rimpatrio nel pieno rispetto dei diritti fondamentali e della dignità delle persone interessate (cfr. l'art. 1), sebbene ampi dubbi restino in ordine alla effettiva capacità di porsi quale giusto punto di equilibrio tra l'obiettivo di rafforzamento dell'efficacia dei rimpatri e la tutela dei diritti fondamentali e della dignità dei migranti. Nell'amplessima letteratura sul tema, tra le opere più recenti si vedano M. MORARU, G. CORNELISSE, P. DE BRUYCKER (eds.), *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union*, Oxford, 2020; I. MAJCHER, *The European Union Returns Directive and its Compatibility with International Human Rights*, Leiden-Boston, 2019; F. SPITALERI, *Il rimpatrio e la detenzione dello straniero tra esercizio di prerogative statali e garanzie sovranazionali*, Torino, 2017, nonché F. LUTZ, S. MANANASHVILI, M. MORARU, *Return Directive 2008/115/EC*, in K. HAILBRONNER, D. THYM (eds.), *EU Immigration and Asylum Law. A Commentary*, III ed., München, 2022, pp. 692-804 ss. V. anche M. LE BARBIER-LE BRIS, *La politique de retour de l'Union Européenne*, in S. LECLERC (sous la direction), *Europe(s), droit(s) et migrant irrégulier*, Bruxelles, 2012; A. LIGUORI, *La direttiva rimpatri*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2011, n. 2, pp. 135-154; K. ZWANN (ed.), *The Returns Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen, 2011; M. BORRACCETTI, *Il rimpatrio di cittadini irregolari: armonizzazione (blanda) con attenzione (scarsa) ai diritti delle persone*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2010, n. 1, pp. 17-41; A. BALDACCINI, *The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law: An Analysis of the Returns Directive*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 1, 2009, pp. 1-17; C. FAVILLI, *La direttiva rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini di paesi terzi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2009, n. 2, pp. 1-10; F. ZORZI GIUSTINIANI, *Direttiva rimpatri e politica comunitaria in materia di immigrazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, n. 3, pp. 671-675.

³ Cfr. il Capo IV della direttiva rimpatri. Per un più approfondito inquadramento del trattenimento dei migranti e della disciplina contenuta anche in altri strumenti giuridici dell'UE, sia consentito rinviare a R. PALLADINO, *La detenzione dei migranti: regime europeo, competenze statali e diritti umani*, Napoli, 2018.

prevedere che gli Stati membri possono trattenere il cittadino di un Paese terzo sottoposto a procedure di rimpatrio soltanto per preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento.

In quanto misura fortemente limitativa della libertà personale, l'istituto del trattenimento è corredato dalla previsione di una serie di requisiti che dovrebbero circoscriverne il ricorso da parte delle autorità nazionali, oltre che da garanzie atte a tutelare la posizione di coloro che ne sono soggetti. Sotto il primo profilo, assume rilievo il considerando n. 16 della direttiva 2018/115/CE che invoca il ricorso al trattenimento ai fini dell'allontanamento come strumento "limitato e subordinato al principio di proporzionalità con riguardo ai mezzi impiegati e agli obiettivi perseguiti", ritenendolo validamente giustificato soltanto per preparare il rimpatrio o effettuare l'allontanamento e se l'uso di misure meno coercitive è insufficiente. Tali elementi trovano, poi, riscontro e precisazione nell'articolo 15, par. 6, della medesima direttiva, che specifica che il trattenimento può essere disposto dalle autorità nazionali "salvo se nel caso concreto possono essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive" e, in particolare, quando sussiste un rischio di fuga o il cittadino del Paese terzo evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento.

Inoltre, il trattenimento deve avere durata "più breve possibile" e comunque non può prolungarsi oltre un termine massimo di 6 mesi (seppure prorogabile per altri 12 mesi)⁴. Attraverso la previsione di una durata massima la normativa europea persegue lo scopo di limitare la privazione della libertà dei cittadini di paesi terzi in situazione di allontanamento coattivo, come sottolineato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea⁵ che ha pure precisato che il periodo di trattenimento subito dalla persona interessata du-

⁴ Tra le criticità sollevate dalla direttiva rimpatri, si evidenzia che ai 12 mesi di proroga si può ricorrere anche qualora non vi sia nessun elemento di lungaggine "addebitabile" al comportamento del soggetto interessato: tale è, in particolare, l'ipotesi contenuta nella lett. *b*) del par. 6 dell'articolo 15 che consente che il trattenimento sia prorogato in considerazione di ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai paesi terzi. Dalla disposizione traspone, allora, la preferenza accordata all'interesse statale a realizzare l'allontanamento del cittadino di un Paese terzo, rispetto alla sua libertà personale che può essere limitata per un periodo complessivo di ben 18 mesi.

⁵ Sentenza della Corte del 30 novembre 2009, causa C-357/09 PPU, *Said Shamilovich Kadzoev*, punto 56.

rante il procedimento di verifica giurisdizionale della legittimità della decisione di allontanamento deve essere preso in considerazione ai fini del calcolo della durata massima del trattenimento di cui all'art. 15, nn. 5 e 6, della direttiva 2008/115/CE. D'altro canto, in ipotesi contraria, la durata del trattenimento ai fini dell'allontanamento potrebbe variare, anche considerevolmente, da un caso all'altro in uno stesso Stato membro oppure da uno Stato membro all'altro, a seconda delle particolarità e delle specifiche circostanze delle procedure giudiziarie nazionali, il che contrasterebbe con la finalità perseguita dall'art. 15, nn. 5 e 6, della direttiva 2008/115/CE, che consiste nel garantire una comune durata massima del trattenimento negli Stati membri. Peraltro, tale previsione può essere letta quale elemento di innalzamento degli standard di protezione dei diritti fondamentali dei migranti offerti dal sistema CEDU, atteso che la Corte di Strasburgo ha chiarito che "the existence of otherwise of fixed time-limits cannot be considered in the abstract but should instead be viewed in the context of the immigration detention system taken as a whole"⁶. Se ne deduce, *in primis*, che a siffatta omissione ne vanno associate altre, quali ad esempio la mancata previsione, da parte della legislazione statale, di procedure chiare per l'applicazione della misura detentiva, per la sua estensione e per la sua revisione, anch'essi elementi essenziali ad assicurare la *lawfulness* della misura restrittiva della libertà di un cittadino di un Paese terzo. Il che comporta che la fissazione di un periodo massimo di detenzione non rappresenta, di per sé stesso, un requisito rientrante nella "qualità della norma".

Nella declinazione di requisiti "minimi", tuttavia, le previsioni dedicate al trattenimento lasciano ampiamente impregiudicata la discrezionalità degli Stati membri nel ricorrere a siffatta misura privativa della libertà dei cittadini di paesi terzi. Il dato normativo è, ad esempio, carente in ordine allo scrutinio di proporzionalità e necessità che dovrebbe essere effettuato in relazione alla possibilità di ricorrere a misure meno invasive, che andrebbe rafforzato con la previsione di un onere formale alla prova in capo alle autorità nazionali con conseguente responsabilità in capo a queste ultime. Lo stesso limite del "rischio di fuga", definito com'è tramite una nozione "aperta"⁷, lascia ampio

⁶ Cfr. sentenza della Corte EDU del 19 maggio 2016, ric. n. 37289/12, *J.N. c. Regno Unito*, par. 92.

⁷ L'articolo 3, par. 7, della direttiva rimpatri qualifica il rischio di fuga come "sussistenza in un caso individuale di motivi basati su criteri obiettivi definiti dalla legge per ritenere che un cittadino di un Paese terzo oggetto di una procedura di rimpatrio possa tentare la fuga".

marginale discrezionale alle legislazioni nazionali. Tant'è che, nel dare attuazione alla direttiva 2008/115/CE, la maggior parte degli Stati membri ha codificato, quali criteri principali in base ai quali è valutato il rischio di fuga, il fatto che i rimpatriandi “non forniscono documentazione” o “usano false identità”. Altri criteri frequentemente invocati per tale valutazione consistono nell'uso di documenti falsi o la distruzione di documenti; nella mancanza di domicilio; nell'espressione esplicita dell'intenzione di non ottemperare al rimpatrio; nell'esistenza di condanne penali⁸. È evidente, allora, che alcuni di essi rappresentano criteri atti anche a configurare l'ipotesi sub lett. *b*) dell'art. 15, par. 6, della direttiva, laddove esso può essere letto come comportamento ostativo alla preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento. La declinazione concreta del “rischio di fuga” rappresenta uno dei punti chiave attraverso cui è rilevabile la tendenza al ricorso generalizzato al trattenimento. Si tratta di una declinazione ampia che è sollecitata dalla stessa Commissione europea⁹, suscettibile di determinare un sostanziale automatismo in favore del trattenimento e di invertire il rapporto tra regola ed eccezione che dovrebbe sorreggere la disciplina dell'UE¹⁰. Basti, in tal senso, analizzare la sola normativa italiana che stabilisce che si configuri il rischio di fuga quando, tra l'altro, sia mancante il possesso del passaporto o di altro documento equipollente in corso di validità oppure qualora vi sia carenza di idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio¹¹.

⁸ Cfr. comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, 28 marzo 2014, *sulla politica di rimpatrio dell'Unione europea*, COM (2014) 199final, p. 17.

⁹ In tal senso si veda la raccomandazione (UE) 2017/432, del 7 marzo 2017, per rendere i rimpatri più efficaci nell'attuazione della direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

¹⁰ Sia consentito rinviare sul punto, anche con riferimento all'approccio Hotspot, a R. PALLADINO, *Il trattenimento dei migranti all'epoca dell'emergenza: misura eccezionale o (quasi) regola?*, in G. NESI (a cura di), *Migrazioni e diritto internazionale: verso il superamento dell'emergenza?*, XXII Convegno SIDI di Trento, 8-9 giugno 2017, Napoli, 2018, pp. 181-201.

¹¹ Cfr. art. 13, comma 4-*bis* del D. Lgs. 286/98 (TU immigrazione). Inoltre, il dato normativo ha trovato precisazione anche nella giurisprudenza della Cassazione civile, dalla quale emerge una esclusione “automatica” della valutazione inerente all'adozione di misure alternative al trattenimento qualora il soggetto interessato non sia in possesso della idonea documentazione richiesta. Secondo la Corte di Cassazione, infatti, l'adozione di misure alternative al trattenimento “richiede necessariamente che lo straniero possieda il passaporto o altro documento equipollente in corso di validità”, tale non potendo essere considerato il permesso di soggiorno previamente rilasciato a seguito di richiesta di asilo (nella specie, scaduto in conse-

2. A fronte del progressivo abuso del ricorso al trattenimento, anche per via degli ampi margini di discrezionalità che la normativa europea lascia agli Stati membri, la Corte di giustizia dell'Unione europea è venuta ad assumere una funzione di presidio a garanzia delle tutele dei diritti dei migranti irregolari soggetti a forme di privazione della libertà personale, talora in maniera più pregnante rispetto alla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo.

Emblematica, in tal senso, è la differente qualificazione operata dalle due Corti in relazione all'obbligo imposto ai cittadini di paesi terzi di soggiornare in modo permanente in una zona di transito, situata alla frontiera esterna di uno Stato membro, che siffatti cittadini non possono legalmente abbandonare di propria iniziativa.

Con la oramai celebre sentenza *FMS* del 14 maggio 2020¹², la Corte di giustizia dell'UE, nel vagliare se il collocamento nel settore della zona di transito di Röske riservato ai cittadini di paesi terzi la cui domanda di asilo era stata respinta dalla autorità ungheresi costituisse *de facto* un trattenimento, è giunta a differente qualificazione rispetto alla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo. Quest'ultima, infatti, posta di fronte ad analoga questione – e giungendo a conclusioni opposte rispetto alla Camera pronunciata con sentenza del 14 marzo 2017 – ha, invece, negato la sussistenza di una violazione dell'articolo 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹³.

guenza dell'esito negativo della relativa procedura), perché privo dell'accertamento dell'identità e della nazionalità del titolare. Cfr. sentenza della Corte di Cassazione civile, sez. VI, del 7 ottobre 2016, n. 20108 e sez. I, del 20 marzo 2019, n. 7829. Diversamente, in caso di denuncia di smarrimento del documento di identificazione, la Corte di Cassazione ha presunto che il cittadino di Paese terzo che fosse entrato in territorio italiano in possesso di un valido documento di identità e che non fosse integrato il rischio di fuga. Cfr. sentenza della Corte di Cassazione civile, sez. III, del 17 novembre 2020, n. 25965.

¹² Sentenza della Corte del 14 maggio 2020, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, *FMS e.a. c. Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság et Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság*, sulla quale P. DUMAS, *L'arrêt FMZ, FNZ, SA, SA junior: l'harmonisation à la hausse du standard de protection des droits fondamentaux et le renforcement du contrôle juridictionnel en matière d'asile et d'immigration*, in *Revue des affaires européennes*, 2020, n. 2, pp. 499-513; E. COLOMBO, *Trattenimento nelle zone di transito e inammissibilità delle domande di asilo. La Corte di giustizia e le procedure di frontiera*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2020, n. 3, pp. 212-238; S. ZIRULIA, *Per Lussemburgo è "detenzione", per Strasburgo no: verso un duplice volto della libertà personale dello straniero nello spazio europeo?*, in *Sistema Penale*, 2020.

¹³ Che, nel garantire il diritto di ogni persona alla libertà e alla sicurezza, stabilisce che nessuno

Nell'attestarsi su posizioni più garantiste rispetto alla Corte di Strasburgo, i giudici di Lussemburgo hanno sì rilevato l'assenza di definizione, nell'ambito della direttiva rimpatri, della nozione di "trattenimento", evidenziando, tuttavia, che essa viene ad assumere analogo significato a quello attribuito nel contesto della direttiva 2013/33/UE. Per "trattenimento" va, dunque, in ogni caso intesa una "misura coercitiva che priva tale richiedente della sua libertà di circolazione e lo isola dal resto della popolazione, imponendogli di soggiornare in modo permanente in un perimetro circoscritto e ristretto"¹⁴.

Orbene, analizzate le situazioni del caso di specie, emerge che il collocamento dei ricorrenti nei procedimenti principali nella zona di transito di Röske non si distingue da un regime di trattenimento, venendo in rilievo una serie di fattori quali, in particolare: l'obbligo imposto ai ricorrenti, dalla data del loro ingresso nel territorio ungherese, di soggiornare in modo permanente nella zona di transito di Röske, la quale è circondata da un'alta recinzione e da filo spinato; l'alloggio dei ricorrenti in container dalla superficie non superiore a 13 m²; l'impossibilità, senza autorizzazione, di ricevere visite da persone esterne a tale zona; la limitazione dei movimenti all'interno dell'area, sorvegliata dai membri dei servizi d'ordine per-

possa essere privato della libertà se non nei casi indicati e nei modi previsti dalla legge, tra cui l'ipotesi "dell'arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'estradizione" (art. 5, lett. f, CEDU). Il riferimento è alla sentenza della Corte EDU del 21 novembre 2019, ric. n. 47287/15, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, per la quale si vedano A. G. LANA, *Migranti irregolari e Corte di Strasburgo: verso un affievolimento delle tutele? (artt. 5 e 8 CEDU)*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2016-2020)*, II ed., Vicenza, 2020, pp. 235-267; S. PENASA, *Paese Terzo Sicuro e Restrizione della libertà delle persone richiedenti asilo*, in *Quaderni Costituzionali*, 2020, p. 180; V. STOYANOVA, *The Grand Chamber Judgment in Ilias and Ahmed v Hungary: Immigration Detention and how the Ground beneath our Feet Continues to Erode*, in *Strasbourg Observer*, 23 December 2019. Sul trend che pare connotare la recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo v. P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *La tutela (negata) dei migranti e dei rifugiati nella giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2021, n. 2, pp. 4-8, nonché L. BERNARDINI, *La detenzione degli stranieri tra "restrizione" e "privazione" di libertà: la CEDU alla ricerca di Godot*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2022, n. 2, pp. 75-95; sia anche consentito rinviare a R. PALLADINO, *Migration Management in Europe: Sovereignty vs. Human Rights-Based Approach*, in *Euweb Legal Essays. Global & International Perspectives*, 2022, n. 1, pp. 35-44.

¹⁴ Sentenza *FMS e.a.*, cit., punto 223.

manentemente presenti nella zona di transito e nelle immediate vicinanze della medesima¹⁵.

3. È la prodromica qualificazione della situazione come trattenimento che ha poi condotto la Corte di Lussemburgo, nell'analizzato caso *FMS*, a interpretare le condizioni sostanzial-procedurali previste dalla direttiva 2008/115/CE in maniera garantista ed effettiva, a tutela dei migranti.

Infatti, tenuto conto della grave ingerenza del trattenimento sul diritto alla libertà sancito all'articolo 6 della Carta dei diritti fondamentali e in considerazione dell'importanza di tale diritto, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia emerge una lettura rigorosa delle condizioni nelle quali è inquadrato il potere delle autorità nazionali competenti di trattenere cittadini di paesi terzi¹⁶.

È in tal senso che la Corte di Lussemburgo ha avuto modo di precisare che la circostanza che il cittadino di un Paese terzo sia oggetto di una decisione di rimpatrio e non sia in grado di sovvenire alle proprie necessità non è sufficiente a trattenerlo sulla base dell'articolo 15 della direttiva 2008/115/CE¹⁷. Il trattenimento di un cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno è irregolare è destinato soltanto a garantire l'effettività della procedura di rimpatrio e non persegue alcuna finalità punitiva¹⁸.

La normativa nazionale volta a trasporre l'articolo 15, paragrafo 1, della

¹⁵ Non ha messo in discussione tale conclusione l'argomento sollevato dal governo ungherese secondo il quale i ricorrenti nei procedimenti principali erano liberi di lasciare la zona di transito di Röszke per recarsi in Serbia, atteso che un eventuale ingresso dei ricorrenti in Serbia sarebbe stato considerato illegale e li avrebbe esposti a conseguenti sanzioni. Pertanto, la Corte di giustizia ha ritenuto non effettiva la possibilità di lasciare la zona di transito di Röszke, anche considerando che, una volta lasciato il territorio ungherese, i ricorrenti avrebbero rischiato di perdere qualsivoglia possibilità di ottenere lo *status* di rifugiato in Ungheria (atteso che, ai sensi dell'articolo 80/J della legge ungherese sul diritto di asilo, una nuova domanda di asilo può essere depositata solo in una delle due zone di transito di Röszke e di Tompa). Si evidenzia che su tale aspetto ha fatto leva la diversa considerazione operata dalla Corte di Strasburgo che, al contrario, aveva ritenuto praticabile l'alternativa rappresentata dal ritorno in Serbia, in quanto Paese firmatario della Convenzione di Ginevra, oltre che dell'accordo di riammissione con l'UE, e, per di più, accessibile per i ricorrenti via terra.

¹⁶ V., in tal senso, sentenza della Corte del 30 giugno 2022, causa C-72/22 PPU, *Valstybės sienos apsaugos tarnyba e a.*, punti 83 e 86.

¹⁷ Cfr. sentenza *FMS e a.*, cit., punto 270.

¹⁸ Così, sentenza della Corte del 10 marzo 2022, causa C-519/20, *Landkreis Gifhorn*, punto 38.

direttiva 2008/115/CE deve, dunque, soddisfare un criterio generale vertente sul rischio che l'esecuzione effettiva dell'allontanamento sia compromessa. Tuttavia, siffatto criterio generale non rappresenta *ex se* un motivo di trattenimento; di conseguenza non è consentito a uno Stato membro di disporre una misura di trattenimento sulla base di quest'unico fondamento. Vero che i due motivi di trattenimento espressamente previsti dall'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2008/115/CE (ossia, la sussistenza di un rischio di fuga e la circostanza che l'interessato eviti od ostacoli la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento) non rappresentano un *numerus clausus*, gli Stati membri possono prevedere altri motivi di trattenimento specifici, a complemento dei due motivi esplicitamente previsti da tale disposizione. Tuttavia, occorre sottolineare che la suddetta possibilità di prevedere motivi di trattenimento complementari è rigorosamente delimitata da un doppio ordine di elementi: da una parte, i requisiti risultanti dalla stessa direttiva 2008/115/CE, dall'altra parte i requisiti derivanti dalla tutela dei diritti fondamentali, e in particolare dal citato diritto fondamentale alla libertà sancito dall'articolo 6 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Il che comporta che occorre rispettare il principio di proporzionalità e muoversi nell'alveo dell'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali: una legge nazionale che autorizzi una privazione della libertà, per soddisfare i requisiti dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, deve pertanto essere sufficientemente accessibile, precisa e prevedibile nella sua applicazione, in modo da evitare qualsiasi rischio di arbitrarietà¹⁹. Requisiti che non sono soddisfatti dalla previsione – come, ad esempio, nell'ordinamento estone – di un criterio generale vertente sul rischio che l'esecuzione effettiva dell'allontanamento sia compromessa²⁰.

I requisiti previsti dalla tutela dei diritti fondamentali sono venuti in rilievo anche in relazione al vaglio dei centri di detenzione amministrativa (in particolare del sistema tedesco) nella sentenza della Corte di giustizia del 10 marzo 2022²¹, concernente la previsione di cui all'art. 16 della direttiva 2008/115/CE, che dispone che il trattenimento avviene “di norma” in appo-

¹⁹ Secondo quanto stabilito dalla sentenza della Corte del 15 marzo 2017, causa C-528/15, *Al Chodor*, punto 38, e del 17 settembre 2020, causa C-806/18, *JZ*, punto 41.

²⁰ In tal senso, sentenza della Corte del 6 ottobre 2022, causa C-241/21, *I.L. c. Politsei- ja Pürivalveamet*, punto 54.

²¹ Sentenza *Landkreis Gifhorn*, cit.

siti centri di permanenza temporanea. Qualora uno Stato membro non possa ospitare il cittadino di un Paese terzo interessato in un apposito centro di permanenza temporanea e debba sistemarlo in un istituto penitenziario, i cittadini di paesi terzi trattenuti sono tenuti separati dai detenuti ordinari.

In assenza di una definizione uniforme di “apposito centro di permanenza temporanea”, la Corte di Lussemburgo ha imposto che le condizioni di trattenimento applicabili a questi cittadini evitino quanto più possibile che tale trattenimento sia simile a un confinamento in ambiente carcerario – che caratterizza la detenzione a fini punitivi – e siano concepite in modo da rispettare i diritti fondamentali garantiti dalla Carta, nonché i diritti sanciti dall’articolo 16, paragrafi da 2 a 5, e dall’articolo 17 della direttiva rimpatri. Inoltre, quando i rimpatriandi sono sistemati in istituto penitenziario, occorre che vi sia una chiara separazione tra locali di trattenimento per cittadini di Stati terzi e detenuti condannati penalmente; ciò vale anche in relazione alla maggior parte del personale addetto alle due tipologie di locali.

Dalla medesima sentenza emerge anche una chiara mitigazione dell’abuso del ricorso a situazioni “eccezionali”, che sostanzialmente consentono di derogare²² al succitato art. 16, par. 1, e all’art. 17, par. 2²³. Infatti, i giudici di Lussemburgo precisano che uno Stato membro non può avvalersi, in particolare, dell’articolo 18 della direttiva 2008/115/CE qualora l’onere notevole che grava sulle capacità dei suoi appositi centri di permanenza temporanea non sia la conseguenza di un aumento inatteso del numero di cittadini di paesi terzi oggetto di una misura di trattenimento, ma sia causato soltanto dalla riduzione del numero di posti disponibili in tali appositi centri di permanenza temporanea o da una mancanza di anticipazione delle autorità nazionali²⁴.

²² Ai sensi dell’art. 18 della direttiva, nei casi in cui un numero eccezionalmente elevato di cittadini di paesi terzi da rimpatriare comporta un notevole onere impreveduto per la capacità dei centri di permanenza temporanea di uno Stato membro o per il suo personale amministrativo o giudiziario, sino a quando persiste la situazione anomala detto Stato membro può decidere di accordare per il riesame giudiziario periodi superiori a quelli previsti dall’articolo 15, paragrafo 2, terzo comma, e adottare misure urgenti quanto alle condizioni di trattenimento in deroga a quelle previste all’articolo 16, paragrafo 1, e all’articolo 17, paragrafo 2.

²³ Secondo cui le famiglie trattenute in attesa di allontanamento usufruiscono di una sistemazione separata che assicuri loro un adeguato rispetto della vita privata.

²⁴ Cfr. sentenza *Landkreis Gifhorn*, cit., punto 82. Risulta chiarito, poi, che è compito del giudice nazionale disapplicare – in virtù del principio del primato del diritto dell’Unione europea – la normativa di uno Stato membro che consenta, in via temporanea, che i cittadini di

Sotto il profilo delle garanzie procedurali, la Corte di giustizia non ha mancato di sottolineare la necessità che il trattenimento sia disposto – come stabilito dall'art. 15, par. 2, della direttiva 2008/115/CE – dalle autorità amministrative o giudiziarie con atto scritto che indichi i motivi di fatto e di diritto posti a fondamento del medesimo. L'obbligo di comunicare detti motivi è necessario, infatti, sia per consentire alla persona interessata di difendere i propri diritti nelle migliori condizioni possibili e di decidere, con piena cognizione di causa, se sia utile adire il giudice competente, sia per consentire pienamente a quest'ultimo di esercitare il controllo della legittimità della decisione di cui trattasi²⁵.

Ulteriore garanzia risiede nel “pronto riesame giudiziario” della legittimità del trattenimento che gli Stati membri prevedono quando tale misura è disposta dalle autorità: riesame d'ufficio o su domanda del cittadino di un Paese terzo interessato; inoltre, ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 3, della direttiva 2008/115/CE, nel caso di periodi di trattenimento prolungati, il riesame del trattenimento, che deve avere luogo ad intervalli ragionevoli, deve essere sottoposto al controllo di un'autorità giudiziaria²⁶.

Alla luce di tale previsione, non è ammissibile che uno Stato membro (quale ad esempio l'Ungheria) non preveda alcun controllo giurisdizionale della legittimità della decisione amministrativa che dispone il trattenimento di un cittadino di un Paese terzo in una situazione di soggiorno irregolare nel territorio di tale Stato membro.

Tale condotta costituirebbe, non solo, una violazione dell'articolo 15, paragrafo 2, terzo comma, della direttiva 2008/115/CE, ma anche una violazione del contenuto essenziale del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, garantito all'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali, nella misura

paesi terzi il cui soggiorno è irregolare siano trattenuti, ai fini dell'allontanamento, in istituti penitenziari, separati dai detenuti ordinari, qualora non siano, o non siano più soddisfatte, le condizioni previste dall'articolo 18, par. 1, e dall'articolo 16, par. 1, seconda frase, della direttiva rimpatri.

²⁵ Cfr. sentenza *FMS e.a.*, cit., punto 273 e, precedentemente, sentenza del 5 giugno 2014, causa C-146/14 PPU, *Mabdi*, punti 41 e 45.

²⁶ Sulle criticità connesse alle mancate prescrizioni in ordine al profilo temporale, sia consentito rinviare a R. PALLADINO, *La detenzione dei migranti*, cit., spec. p. 100 ss. In generale, v. anche L. BERNARDINI, *Il «pronto riesame giudiziario» del trattenimento degli stranieri irregolari: un habeas corpus «debole» all'interno dello spazio giuridico dell'UE?*, in *Cassazione penale*, 2021, n. 5, pp. 1861-1871.

in cui impedisce, in maniera assoluta, che un giudice statuisca sul rispetto dei diritti e delle libertà garantiti dal diritto dell'Unione al cittadino di un Paese terzo trattenuto²⁷.

Allo stesso modo, dalla lettura dell'art. 18 della medesima direttiva, in combinato disposto con l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali, emerge che il giudice nazionale chiamato, nell'ambito della sua competenza, a disporre il trattenimento o la proroga del trattenimento, in un istituto penitenziario, di un cittadino di un Paese terzo ai fini dell'allontanamento, deve poter verificare il rispetto delle condizioni alle quali la direttiva subordina la possibilità, per uno Stato membro, di prevedere che detto cittadino sia sottoposto a trattenimento in un istituto penitenziario²⁸.

La Corte di giustizia ha particolarmente enfatizzato il diritto dei cittadini di paesi terzi trattenuti da uno Stato membro a una tutela giurisdizionale effettiva, valorizzando la costante giurisprudenza europea che, in forza dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali, ha chiarito che gli Stati membri sono tenuti ad assicurare siffatta tutela dei diritti individuali derivanti dal diritto dell'Unione²⁹.

L'art. 15, par. 2, della direttiva 2008/115/CE rappresenta, infatti, una "concretizzazione" del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva garantito dall'art. 47 della Carta³⁰, attraverso cui il legislatore dell'Unione non si è limitato a stabilire norme comuni sostanziali, ma ha altresì introdotto norme co-

²⁷ È proprio il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva garantito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, unitamente al principio del primato del diritto dell'Unione, che impone al giudice del rinvio di dichiararsi competente ad esaminare la regolarità del trattenimento disapplicando, se necessario, qualsiasi disposizione nazionale che gli vieterebbe di procedere in tal senso.

²⁸ Sentenza *Landkreis Gifhorn*, cit., punto 67.

²⁹ V., in tal senso, sentenza *FMS e.a.*, cit., punto 142.

³⁰ L'enunciazione del "diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale" costituisce la conferma scritta di un principio generale di diritto dell'Unione consolidato nella giurisprudenza della Corte. Cfr., *ex pluribus*, la sentenza della Corte del 15 maggio 1986, causa C-222/84, *Johnston*, par. 18 e la sentenza del 16 luglio 2009, causa C-12/08, *Mono Car Styling*, par. 47. Per i profili applicativi dell'art. 47 della Carta e anche per le connessioni con gli artt. 6 e 13 della CEDU, si veda G. D'AVINO, *Il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva nell'art. 47, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in A. DI STASI (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e Spazio europeo di giustizia. L'applicazione giurisprudenziale del Titolo VI della Carta*, Napoli, 2019, pp. 251-206.

muni procedurali, al fine di garantire l'esistenza, in ogni Stato membro, di un regime che consenta all'autorità giudiziaria competente di liberare l'interessato, se del caso dopo un esame d'ufficio, non appena risulti che il suo trattenimento non è, o non è più, legittimo.

Proprio per assicurare il rispetto dei rigorosi presupposti che la misura di trattenimento deve rispettare, l'autorità giudiziaria nazionale deve essere in grado di deliberare su tutti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti³¹, anche rilevando *ex officio* siffatti presupposti di legittimità.

Siffatta interpretazione è stata accolta dalla Corte di giustizia nella recente sentenza dell'8 novembre 2022³², in quanto atta ad assicurare che la tutela giurisdizionale del diritto fondamentale alla libertà sia garantita in modo efficace in tutti gli Stati membri dell'UE, superando quella giurisprudenza della stessa Corte di Lussemburgo che, in nome dell'autonomia procedurale degli Stati membri, considera l'iniziativa e la delimitazione del procedimento amministrativo di spettanza delle parti.

4. Le pronunce pregiudiziali rese dalla Corte di giustizia dell'Unione europea indirizzano, dunque, verso una lettura rigorosa delle condizioni nelle quali è inquadrato il potere delle autorità nazionali competenti di trattenere cittadini di paesi terzi ai sensi della direttiva 2008/115/CE.

A fronte di tale *trend* giurisprudenziale, in ultima battuta, si prendono in considerazione le tendenze evolutive a livello normativo che – nell'alveo del cd. "Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo"³³ – complessivamente paiono

³¹ Prendendo in considerazione quanto assunto dall'autorità amministrativa che ha disposto il trattenimento, nonché i fatti, le prove e le osservazioni che le vengono eventualmente sottoposti dall'interessato. Inoltre, essa deve poter ricercare, laddove lo ritenga necessario, tutti gli altri elementi rilevanti ai fini della propria decisione. Così sentenza *Mabdi*, cit., punti 62 e 64, nonché sentenza *Landkreis Gifhorn*, cit., punto 65.

³² Sentenza della Corte dell'8 novembre 2022, cause riunite C-704/20 e C-39/21, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid c. C, B e X c. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*.

³³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europea e al Comitato delle Regioni, del 23 settembre 2020, *Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, COM (2020) 609final. Oltre a P. DE PASQUALE, *Il Patto per la migrazione e l'asilo: più ombre che luci*, in *I Post di AISDUE, La proposta di Patto su immigrazione e asilo*, n. 1, 5 ottobre 2020, sul Nuovo Patto si vedano S. CARRERA, *Whose Pact? The Cognitive Dimensions of the New EU Pact on Migration and Asylum*, CEPS Policy Insights, September 2020, reperibile *online*; A. DI PASCALE, *Il nuovo patto per l'immigrazione e l'asilo*:

convergere verso una progressiva istituzionalizzazione e normalizzazione delle misure privative della libertà personale dei migranti e verso uno scardinamento delle garanzie sostanzial-procedurali previste dalla normativa europea. *In primis*, ciò discende dalla istituzionalizzazione del c.d. approccio *hotspot* nell'ottica della gestione dell'immigrazione alla frontiera tramite le procedure accelerate di asilo e di rimpatrio³⁴ e che si connota per un'ampia incidenza sui diritti dei migranti, soprattutto in termini di restrizioni alla mobilità e più ampio uso della detenzione³⁵, nonché anche in termini di limitazione dei rimedi giudiziari³⁶.

In secondo luogo, si segnalano le modifiche che potrebbero interessare la direttiva rimpatri³⁷ che porterebbero, innanzitutto, all'introduzione di un

scontentare tutti per accontentare tutti, in rivista.eurojus.it, 28 settembre 2020, reperibile online; C. FAVILLI, *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo: "c'è qualcosa di nuovo, anzi di antico"*, in *Questione Giustizia*, 2 ottobre 2020, reperibile online; F. MAIANI, *A "Fresh Start" or One More Clunker? Dublin and Solidarity in the New Pact*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 20 October 2020, reperibile online; S. PEERS, *First analysis of the EU's new asylum proposals*, in *EU Law Analysis*, 25 September 2020, reperibile online; D. THYM, *European Realpolitik: Legislative Uncertainties and Operational Pitfalls of the 'New' Pact on Migration and Asylum*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 28 September 2020, reperibile online.

³⁴ In tema, si vedano E. CELORIA, *La normalizzazione della detenzione amministrativa alle frontiere esterne dell'Unione nel Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2021, n. 2, pp. 43-70; G. CORNELISSE, M. RENEMAN, *Border procedures in the Commission's New Pact on Migration and Asylum: a case of politics outplaying rationality?*, in *European Law Journal*, 2021, nn. 3-4, pp. 181-198.

³⁵ Ai sensi dell'articolo 41, par. 17 della proposta di regolamento procedure, per la durata dell'esame della domanda con procedura di frontiera il richiedente è tenuto alla frontiera esterna o in prossimità della stessa ovvero in una zona di transito.

³⁶ Ai sensi dell'articolo 53, par. 9 della proposta di regolamento procedure, gli Stati membri prevedono un unico grado d'impugnazione avverso la decisione adottata con procedura di frontiera.

³⁷ Nella Relazione della Commissione europea sulla migrazione e l'asilo del 6 ottobre 2022 (COM (2022) 740final) è confermata la necessità di riforme strutturali del sistema di asilo e migrazione dell'UE al fine di consentire all'Unione di affrontare tanto le situazioni di crisi quanto le tendenze a più lungo termine e la Commissione ha accolto con favore la tabella di marcia comune concordata – il 7 settembre 2022 – tra il Parlamento europeo e le presidenze di turno del Consiglio, che conferma l'impegno a compiere ogni sforzo per adottare, prima della fine della legislatura 2019-2024, le proposte legislative relative alla gestione dell'asilo e della migrazione delineate nel patto. Tra queste, compare la rifusione della direttiva rimpatri secondo la proposta già formulata dalla Commissione nel 2018 (Commissione europea, *Propo-*

“periodo minimo di trattenimento”³⁸ (non inferiore a 3 mesi) – giustificato dalla necessità di conferire sufficiente tempo per completare le procedure di rimpatrio – attraverso una previsione che pare non tenere conto del fatto che, in quanto misura privativa della libertà personale, il trattenimento dovrebbe avere la durata minore possibile.

Non esente da criticità è anche la fissazione di criteri oggettivi, a livello europeo, atti ad integrare il “rischio di fuga” tramite una elencazione – peraltro non esaustiva e dunque ulteriormente integrabile da parte degli Stati membri – che ricomprende una varietà estesa di ipotesi dall’ampia formulazione, suscettibili sia di comprimere eccessivamente il rimpatrio volontario sia di estendere il ricorso al trattenimento.

Si intende far riferimento alle 14 ipotesi previste nell’elencazione di cui all’art. 6 della proposta di rifusione della direttiva rimpatri, tra le quali spiccano: la “mancanza di documenti che comprovino l’identità”, la “mancanza di domicilio, di fissa dimora o di un indirizzo affidabile”, la “mancanza di risorse finanziarie” nonché l’“ingresso irregolare nel territorio degli Stati membri”.

L’elencazione appare, allora, stridere con l’impianto della direttiva 2008/115/CE basato sulla gradazione degli strumenti di coercizione, incidendo sul trattenimento ai fini dell’allontanamento che, ai sensi dell’attuale art. 15 (rinumerato nella proposta di rifusione art. 18) può “in particolare” essere disposto quando sussiste un rischio di fuga.

In quanto misura incidente sulla libertà personale degli stranieri, il trattenimento dovrebbe essere disposto solo come *ultima ratio*, ossia solo laddove misure alternative meno invasive non siano efficaci. La declinazione così ampia del rischio di fuga pare mal conciliarsi con siffatto principio, inducendo all’utilizzo del trattenimento quale misura generalizzata e diffusa.

Al fine di una corretta applicazione del rischio di fuga quale criterio atto

sta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (rifusione), COM (2018) 634final). Sia consentito rinviare *amplius* a R. PALLADINO, *Patto sulla migrazione e l’asilo: verso nuove regole sui rimpatri*, in AA.VV., *Annali AISDUE*, vol. II, Napoli, 2021, pp. 467-480. V. anche E. PISTOIA, *Rafforzamento della politica dei rimpatri e uso più esteso della detenzione*, in *Diritto pubblico*, 2020, n. 1, pp. 117-139; J. KILPATRICK, *The revised Return Directive: a dangerous attempt to step up deportations by restricting rights*, Statewatch Analysis, September 2019, reperibile *online*.

³⁸ Cfr. art. 18, par. 5.

ad applicare il trattenimento, preme sottolineare che tali elementi dovrebbero essere considerati come “indicativi” e di per sé non determinanti, dovendosi ritenere esclusa qualunque forma di automatismo tra la sussistenza degli elementi stessi e il ricorso al trattenimento. A tal proposito, si evidenzia il conforto che, al dato normativo, è offerto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, dalla quale si evince che ogni valutazione inerente alla sussistenza del rischio di fuga deve fondarsi su un esame individuale della fattispecie in cui è coinvolto l’interessato³⁹. Alla luce di siffatti principi dovrebbe, dunque, considerarsi non legittimo che le autorità nazionali procedano in maniera meccanica al trattenimento di coloro che presentino documenti falsi, attesa la necessità di una valutazione generale della situazione, caso per caso, che tenga conto prima di tutto di elementi quali l’età e la condizione di salute dei cittadini di paesi terzi interessati.

Su tale linea, nel testo di rifusione (art. 6, par. 2) viene precisato che la sussistenza di un rischio di fuga è determinata sulla base di una valutazione complessiva delle circostanze specifiche del caso individuale. Purtuttavia si presume, fino a prova contraria, un rischio di fuga in alcune ipotesi⁴⁰.

Si segnala una variazione nel *Partial General Approach* del Consiglio del 23 maggio 2019, che non considera queste ipotesi di presunzione come obbligatorie ma facoltative, tuttavia proponendo un ampliamento dell’elenco che ricomprenda anche l’ingresso irregolare. Il che parrebbe non perfettamente in linea con la stessa direttiva rimpatri che, al considerando n. 6, afferma che le decisioni dovrebbero essere adottate caso per caso e tenendo conto di criteri obiettivi, “non limitandosi quindi a prendere in considerazione il semplice fatto del soggiorno irregolare”⁴¹.

Infine, va preso in considerazione l’art. 18, par. 1, lett. c) della proposta di rifusione che porterebbe all’introduzione di un nuovo motivo di trattenimento, ossia quello del pericolo per l’ordine pubblico e la sicurezza pubbli-

³⁹ Cfr. sentenza della Corte del 6 dicembre 2012, causa C-430/11, *Md Sagor*, punto 41.

⁴⁰ Segnatamente quelle previste dall’art. 6, lett. m (uso di documenti d’identità falsi o contraffatti, distruzione o eliminazione di documenti esistenti, ovvero rifiuto di fornire le impronte digitali come richiesto dal diritto dell’Unione o nazionale); lett. n (opposizione violenta o fraudolenta all’operazione di rimpatrio); lett. o (inadempimento di una misura diretta a evitare il rischio di fuga) e lett. p (inosservanza di un divieto d’ingresso in vigore).

⁴¹ Cfr. anche sentenza *Mabdi*, cit., punto 40.

ca. Si tratta di un motivo non previsto nel testo attualmente in vigore⁴² e invece contemplato nella direttiva accoglienza, in cui trova disciplina il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale⁴³.

Il ricorso al trattenimento si amplia, dunque, anche attraverso al riferimento ad un concetto, quello dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica, che non trova definizione univoca all'interno della direttiva. Sono, infatti, gli Stati a determinare le esigenze di ordine pubblico e di sicurezza pubblica, in relazione alle variabili esigenze nazionali.

L'ampio margine di discrezionalità lasciato alle autorità degli Stati membri ha trovato valorizzazione anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia, laddove si sottolinea che non ogni riferimento, da parte del legislatore dell'Unione, alla nozione di "minaccia per l'ordine pubblico" deve necessariamente essere inteso nel senso che esso rinvia esclusivamente a un comportamento individuale che rappresenta una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave per un interesse fondamentale della società dello Stato membro interessato⁴⁴. È tuttavia fondamentale contestualizzare il trattenimento come eccezionale compressione della libertà personale e quindi intendere le esigenze di ordine pubblico e di sicurezza nazionale in senso restrittivo. All'uopo può richiamarsi nuovamente l'insegnamento della Corte di giustizia secondo cui la portata delle esigenze di ordine pubblico e sicurezza nazionale "non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell'Unione"⁴⁵.

Nelle more della negoziazione inerente alla rifusione della direttiva rimpatri, si evidenzia, in ultimo, l'azione di scardinamento del sistema di garanzie prescritte dalla direttiva 2008/115/CE ad opera di altri strumenti di ge-

⁴² Come acclarato anche dalla sentenza *Said Shamilovich Kadzoev*, cit.

⁴³ All'art. 8, par. 3, lett. e) della direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale. Si sottolinea che la Corte di giustizia (sentenza della Corte del 15 febbraio 2016, causa C-601/15, *J.N. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*) ha valutato tale previsione come conforme ai diritti fondamentali, in particolare rispetto al parametro rappresentato dall'art. 6 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE in rapporto all'art. 5 della CEDU.

⁴⁴ Cfr., con riferimento all'art. 6, par. 1, del Codice frontiere Schengen, la sentenza della Corte del 12 dicembre 2019, causa C-380/18, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid c. E.P.*, punto 31.

⁴⁵ Così sentenza della Corte dell'11 giugno 2015, causa C-554/13, *Z.Zh. c. Staatssecretaris voor Veiligheid en Justitie e Staatssecretaris voor Veiligheid en Justitie c. I.O.*

stione del controllo delle frontiere e delle migrazioni proposti dalla Commissione europea. Il riferimento è, in particolare, alla proposta di decisione relativa a misure provvisorie di emergenza per Lettonia, Lituania e Polonia⁴⁶ e alla controversa proposta di regolamento volto ad affrontare le situazioni di strumentalizzazione nel settore della migrazione e dell'asilo⁴⁷. Entrambe contengono clausole di esclusione assimilabili a quella prevista dall'art. 2, par. 2, lett. a) della direttiva rimpatri⁴⁸ quanto alla possibilità concessa agli Stati membri di non applicare le disposizioni della direttiva stessa ai cittadini di paesi terzi, ma dal perimetro più ampio in quanto applicabili a prescindere dal legame con l'attraversamento irregolare della frontiera⁴⁹.

Il ricorso più ampio a tali clausole determinerebbe la non applicazione dell'articolo 15 della direttiva 2008/115/CE⁵⁰ e, dunque, proprio di quelle condizioni sostanzial-procedurali nelle quali la Corte di giustizia dell'Unione europea ha rigorosamente inquadrato il potere delle autorità nazionali competenti di trattenere i cittadini di paesi terzi.

⁴⁶ Commissione europea, proposta di decisione del Consiglio, relativa a misure temporanee di emergenza a beneficio di Lettonia, Lituania e Polonia, del 1 dicembre 2021, COM (2021) 752final.

⁴⁷ Commissione europea, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, volto ad affrontare le situazioni di strumentalizzazione nel settore della migrazione e dell'asilo, del 14 dicembre 2021, COM (2021) 890final. Per un'analisi critica v. M. COMETTI, *La "strumentalizzazione" delle persone migranti: la risposta dell'Unione europea e la reazione lituana a confronto. Un'occasione per riflettere (anche) sull'operato dell'Agenzia UE per l'asilo*, in *europeanpapers.eu*, 2022, pp. 287-304; A. DI PASCALE, *I migranti come "arma" tra iniziative di contrasto e obblighi di tutela dei diritti fondamentali. Riflessioni a margine della crisi ai confini orientali dell'UE*, in *rivista.eurojus.it*, 2022, n. 1, pp. 259-290; M. FORTI, *Questioni giuridiche e problemi di tutela dei diritti fondamentali nella risposta dell'Unione europea alle pratiche di strumentalizzazione dei flussi migratori*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2022, n. 3, pp. 245-265; S. MARINAI, *L'Unione europea risponde alla strumentalizzazione dei migranti: ma a quale prezzo?*, in *ADIM Blog*, 28 dicembre 2021, reperibile online.

⁴⁸ In tema, M. PORCHIA, *Le deroghe alla direttiva rimpatri all'ombra del Patto: strumentalizzazione dei migranti e riforma del meccanismo di valutazione e monitoraggio di Schengen*, in *europeanpapers.eu*, 2022, n. 2, pp. 545-560.

⁴⁹ Requisito che è previsto dall'art. 2, par. 2, lett. a) della direttiva rimpatri e non nelle clausole di esclusione inserite nelle citate proposte.

⁵⁰ Infatti, è imposto il rispetto dei soli articoli 16 e 17 della direttiva rientranti nel capo IV dedicato al trattenimento ai fini dell'allontanamento. Cfr. art. 4, par. 4, lett. a) direttiva 2008/115/CE.

POTERI OPERATIVI, *ACCOUNTABILITY*
E ACCESSO ALLA GIUSTIZIA NELLA GESTIONE INTEGRATA
DELLE FRONTIERE ESTERNE DELL'UNIONE EUROPEA.
UNA PROSPETTIVA SISTEMICA*

Daniela Vitiello**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La dimensione operativa della *governance* europea delle migrazioni: uno sguardo d'insieme. – 3. Il canone dell'*efficienza* e l'autonomia operativa di Frontex: un *vulnus* insuperabile all'*accountability* dell'Agenzia? – 4. L'antitesi tra *efficienza* delle attività operative ed *effettività* della tutela giurisdizionale: una lettura “costituzionalmente” orientata. – 5. L'epistemologia dei poteri operativi e il “mantra” della sicurezza predittiva: quale possibile bilanciamento con le esigenze di trasparenza e tutela dei dati? – 6. Dall'*accountability* classica all'*accountability* “by design”: spunti di riflessione in vista della prossima analisi d'impatto dell'Agenzia Frontex.

1. La gestione integrata delle frontiere esterne è uno degli ambiti di competenza dell'Unione in cui più incisiva è stata la sperimentazione di modelli di “administration des choses”¹ in cui l'*expertise* tecnico-operativa è in grado di spiazzare il principio democratico². Al contempo, l'orientamento

* Versione rielaborata e ampliata della relazione al seminario del Forum Immigrazione, Frontiere e Asilo dal titolo “*La politica di immigrazione dell'UE verso il 2030: tendenze evolutive ricavabili dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia*”, tenutosi il 2 novembre 2022 a Bari in occasione del Convegno annuale AISDUE del 3-4 novembre 2022.

** Ricercatrice di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi della Tuscia.

¹ Sullo sviluppo filosofico di questa celebre espressione, cfr. J. W. LAPIERRE, *Administration des choses et gouvernement des hommes*, in *Esprit*, 1965, p. 715 ss. Sull'applicazione di tale concetto all'integrazione europea, v. *ex multis*, C. GOBIN, *L'Union européenne et la nouvelle gouvernance économique : un système politique contre l'Etat démocratique*, in *Pyramides*, 2013, p. 155 ss. Sulle conseguenze sistemiche del decentramento amministrativo dell'Unione attraverso le agenzie, si rinvia all'analisi di E. CHITI, *An Important Part of The EU's Institutional Machinery: Features, Problems and Perspectives of European Agencies*, in *Common Market Law Review*, 2009, p. 1395 ss.

² Cfr. da ultimo D. FERNÁNDEZ-ROJO, *EU Migration Agencies: The Operation and Cooperation of FRONTEX, EASO and EUROPOL*, Cheltenham, 2021.

operativo della cooperazione su cui il governo delle frontiere esterne europee poggia conduce a uno scollamento della funzione di attuazione del diritto dell'Unione da due elementi cardine dell'ordinamento sovranazionale: lo stato di diritto e l'effettività della tutela giurisdizionale³. Tanto il *design* quanto l'implementazione del sistema integrato di gestione delle frontiere esterne⁴ rimettono, invero, in discussione talune caratteristiche intrinseche allo stato di diritto europeo⁵ e, in particolare, l'efficacia del sindacato di validità degli atti sotto il profilo dei diritti fondamentali⁶ e l'adeguatezza dei meccanismi di controllo e *accountability* sull'operato delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione⁷.

Questi aspetti sono stati diffusamente esplorati dalla scienza giuridica, che è giunta a conclusioni largamente condivisibili sulle ricadute della gestione integrata delle frontiere esterne sulla condizione giuridica del migrante⁸. Un aspetto che invece è stato sinora considerato solo incidentalmente ri-

³ Sulla centralità di tali elementi nell'edificio costituzionale dell'Unione europea, cfr. da ultimo le sentenze della Corte del 16 febbraio 2022, causa C-156/21, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, e causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*. Per una rapida rassegna dell'impatto della gestione integrata delle frontiere europee su tali parametri costituzionali, si veda L. MARIN, M. GKLIATI, S. TAS, *An 'Impossible Trinity'? Frontex, EU External Borders and the Rule of Law*, in *Verfassungsblog*, 5 settembre 2022, accessibile online.

⁴ Art. 77, par. 1, lett. c), TFUE.

⁵ Sentenza della Corte del 5 febbraio 1963, causa C-26/62, *Van Gend en Loos*, su cui v., per tutti, U. VILLANI, *Una rilettura della sentenza Van Gend en Loos dopo cinquant'anni*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 225 ss., spec. pp. 229-231. Sul rilievo di tali caratteristiche per l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione, cfr., ad es., la sentenza della Corte del 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi e Al Barakaat IF c. Consiglio e Commissione*, punto 316; nonché, il parere della Corte del 30 aprile 2019, n. 1/17, punto 109.

⁶ G. CAGGIANO, *Recenti sviluppi del regime delle frontiere esterne nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in A. DI STASI, L.S. ROSSI (a cura di), *Lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. A vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere*, Napoli, 2020, p. 383 ss.

⁷ Sull'accezione di *accountability* che qui si adotta, si rinvia, *ex multis*, a D. OLIVER, *Government in the United Kingdom: The Search for Accountability, Effectiveness and Citizenship*, Maidenhead, 1991, p. 28, che la definisce come una modalità di esercizio del potere pubblico tipica delle liberaldemocrazie, in cui "public bodies are forced to seek to promote the public interest and compelled to justify their actions in those terms or in other constitutionally acceptable terms (justice, unanimity, equity); to modify policies if they should turn out to have been ill conceived; and to make amends if mistakes and errors of judgement have been made".

⁸ V. *infra*, par. 2 e 3.

guarda la collocazione di questi sviluppi nel solco della più generale tendenza all'amministrativizzazione della *governance* europea delle migrazioni. Tale tendenza si iscrive nel processo di ampliamento delle sfere di "autonomia operativa" dell'Unione⁹, che prelude a una crescente centralizzazione delle funzioni esecutive al livello sovranazionale¹⁰. Siffatto aspetto, di natura sistemica, getta nuova luce sulle sfide relative alla tutela dei diritti fondamentali nelle attività di gestione delle frontiere esterne, offrendo spunti di riflessione in vista del prossimo *fitness check* del regolamento di Frontex¹¹.

Muovendo da tali considerazioni, l'analisi che segue offre una ricostruzione sistemica della dimensione operativa della *governance* europea delle migrazioni (par. 2). Tale ricostruzione consente di mettere in relazione l'autonomia operativa che l'Unione ambisce a ottenere con le riforme previste dal Nuovo Patto¹² con l'autonomia che il regolamento istitutivo dell'Agenzia le conferisce (par. 3), nonché di chiarire il nesso tra tali concetti e il canone dell'efficienza (par. 4). Inoltre, il *focus* sui poteri operativi conferiti all'ente permette di precisare il legame tra la dimensione esecutiva e quella securitaria della *governance* migratoria, da cui discende la riconduzione della tutela dei diritti degli individui riguardati nell'alveo della pubblica sicurezza (par. 5). Questa rilettura "sistemica" induce a ripensare i meccanismi di mo-

⁹ Cfr., ancorché in un diverso ambito materiale, le riflessioni di A. PETTI, *EU Covid-19 Purchase and Export Mechanism: A Framework for EU Operational Autonomy*, in *Common Market Law Review*, 2022, p. 1333 ss.

¹⁰ J. TRONDAL, *An Emergent European Executive Order*, Oxford, 2010; M. SCHOLTEN, *Mind the Trend! Enforcement of EU Law Has Been Moving to "Brussels"*, in *Journal of European Public Policy*, 2017, p. 1348 ss.

¹¹ Ai sensi degli artt. 59 e 121 del regolamento (UE) 2019/1896 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2019, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea, la Commissione è tenuta a presentare ai co-legislatori, entro dicembre 2023, una revisione del numero complessivo del personale e della composizione del corpo permanente della guardia di frontiera e costiera europea, nonché un'analisi d'impatto dello statuto, comprensiva di "un'analisi specifica del modo in cui sono stati osservati la Carta dei diritti fondamentali e il pertinente diritto dell'Unione".

¹² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, COM(2020) 609 fin., del 23 settembre 2020, su cui v. *ex multis* P. DE PASQUALE, *Il Patto per la migrazione e l'asilo: più ombre che luci*, in *I Post di AISDUE*, II, 2020, 5 ottobre 2020, p. 1 ss., accessibile *online*, insieme agli altri contributi apparsi nel medesimo *Focus* "La proposta di Patto su immigrazione e asilo".

nitoraggio e controllo della gestione integrata delle frontiere esterne, non soltanto rafforzando le già operanti forme di *accountability in itinere* ed *ex post*, ma immaginando altresì nuove forme di *accountability* “by design” che rimedino (almeno in parte) allo scollamento tra il regime delle frontiere esterne e lo stato di diritto europeo (par. 6).

2. La *governance* europea delle migrazioni, delineata dalle riforme proposte dalla Commissione nel settembre 2020, si basa su un presupposto fondamentale: trasformare Frontex nel “*braccio operativo* della politica di rimpatrio dell’UE”¹³. Al contempo, l’architettura complessiva della politica europea di gestione dell’asilo e della migrazione, prevista dal Nuovo Patto¹⁴, si fonda su un’altra fondamentale premessa: ripensare la condizione giuridica del “migrante-in-transito” in funzione delle esigenze *operative* della cooperazione di frontiera¹⁵ e, in particolare, del cosiddetto “modello di controllo dell’accesso a quattro livelli”¹⁶. Ciò comporta, anzitutto, la valorizzazione del “livello più immediatamente operativo” della cooperazione tra Unione e Stati membri, inteso a colmare “il divario di attuazione” tra gli ordinamenti statali e, in secondo luogo, un rafforzamento dei partenariati esterni mediante “un approccio globale che riconosca le responsabilità collettive”¹⁷. I primi prodotti di questa impostazione sono, d’un canto, la strategia operativa sui rimpatri¹⁸, introdotta con il Nuovo Patto e recentemente delineata dalla Commissione a

¹³ Ivi, p. 9 (enfasi aggiunta). In argomento, M. GKLIATI, *The EU Returns Agency: The Commissions’ Ambitious Plans and Their Human Rights Implications*, in *European Journal of Migration and Law*, 2022, p. 545 ss. Sugli sviluppi della politica comune di rimpatrio, v. E. PISTOIA, *Rafforzamento della politica dei rimpatri e uso più esteso della detenzione*, in *Diritto pubblico*, 2020, p. 117 ss.; R. PALLADINO, *Patto sulla migrazione e l’asilo: verso nuove regole sui rimpatri*, in AA.VV., *Annali AISDUE*, vol. II, Napoli, 2021, p. 467 ss.

¹⁴ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla gestione dell’asilo e della migrazione e che modifica il regolamento (UE) 2021/1147, 2020/0279 (COD), doc. 5265/23, 11 gennaio 2023.

¹⁵ M. DEN HEIJER, *The Pitfalls of Border Procedures*, in *Common Market Law Review*, 2022, p. 641 ss., p. 669.

¹⁶ Cons. 11 del regolamento (UE) 2019/1896.

¹⁷ Un nuovo patto sulla migrazione e l’asilo, p. 3.

¹⁸ Commissione europea, Policy document – Towards an operational strategy for more effective returns, COM(2023) 45 fin., del 24 January 2023.

completamento dell'istituendo sistema comune dell'UE per i rimpatri¹⁹, dall'altro, il cosiddetto MOCADDEM, ovvero il meccanismo di coordinamento operativo per la dimensione esterna della migrazione²⁰.

Al netto del differente ambito di applicazione, rispettivamente inerente alla cooperazione intra-Schengen e all'azione esterna, questi due strumenti presentano una comune radice: il ricorso allo strumento operativo per superare i limiti imposti dai trattati. Invero, la strategia operativa sui rimpatri mira al ravvicinamento delle prassi amministrative degli Stati membri al punto da sacrificare spazi di autonomia procedurale statale in nome del cosiddetto "Team Europe approach"²¹. Il MOCADDEM standardizza il modello della "esternalizzazione informale", diffuso con la dichiarazione UE-Turchia e consolidato con numerosi accordi informali successivi²², ma si spinge anche oltre l'informalizzazione della cooperazione in materia di riammissione. Come chiarito dal piano d'azione contro il traffico di migranti²³, infatti, il *focus* operativo del MOCADDEM implica che qualsiasi azione e qualsiasi "leva" possa contribuire al raggiungimento degli obiettivi dell'Unione di contenimento e deterrenza dei flussi migratori, finanche la politica di aiuto umanitario²⁴.

¹⁹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Rafforzare la cooperazione in materia di rimpatrio e riammissione nell'ambito di una politica migratoria dell'UE equa, efficace e globale, COM(2021) 56 fin., del 10 febbraio 2021. Sui limiti dell'attuale politica di rimpatrio dell'Unione, si v. F. SPITALERI, *Il rimpatrio e la detenzione dello straniero tra esercizio di prerogative statali e garanzie sovranazionali*, Torino, 2017.

²⁰ Decisione di esecuzione del Consiglio (UE) 2022/60, del 12 gennaio 2022, relativa al meccanismo di coordinamento operativo per la dimensione esterna della migrazione.

²¹ Policy document – Towards an operational strategy for more effective returns, p. 5. In riferimento al "Team Europe approach", si veda A. JONES, K. SERGEJEF, *Half-time analysis: How is Team Europe doing?*, ECDPM Briefing Note No. 149, 22 September 2022, accessibile *online*. Sul concetto di solidarietà che sottende questi sviluppi del Nuovo Patto, v. G. MORGESE, *La 'nuova' solidarietà europea in materia di asilo e immigrazione: molto rumore per poco?*, in *federalismi.it*, 2020, p. 16 ss.

²² Per una ricognizione di tali accordi e delle conseguenze che essi producono sul piano della tutela individuale, cfr. la risoluzione del Parlamento europeo, del 19 maggio 2021, sulla protezione dei diritti umani e la politica migratoria esterna dell'UE (2020/2116(INI)).

²³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Piano d'azione rinnovato dell'UE contro il traffico di migranti (2021-2025), COM(2021) 591 fin., del 29 settembre 2021.

²⁴ Consiglio UE, *Mécanisme opérationnel de coordination des actions pour la dimension externe des migrations*, LIMITE 15299/21, 20 Septembre 2021, art. 2, accessibile *online*.

La mobilitazione di diversi ambiti di competenze normative, insieme alla disarticolazione del riparto di competenze esecutive tra l'Unione e gli Stati membri, sono i pilastri del MOCADDEM. Tecnicamente, siffatto meccanismo “esporta” la disciplina UE relativa ai dispositivi integrati dell'UE per la risposta politica alle crisi²⁵ in un diverso ambito materiale, ossia la gestione delle relazioni con i paesi terzi nel settore della migrazione²⁶. Al contempo, il MOCADDEM consente alla Commissione di instaurare partenariati operativi *anti-smuggling*, che operano in accordo con le missioni PSDC e l'azione esterna di Frontex, sulla base giuridica di forme di cooperazione giudiziaria e di polizia instaurate tra gli Stati membri e i paesi terzi²⁷.

Per questa via, come in un sistema di vasi comunicanti, la dimensione operativa della gestione delle frontiere esterne viene trasfusa nell'impianto strategico delle politiche migratorie europee, che divengono la cornice ideale per il rafforzamento della prima. L'istituzione del ciclo politico-strategico pluriennale 2023-2027, previsto dallo statuto di Frontex²⁸, è la sede deputata a consentire tale fusione, mediante lo sviluppo di “capacità comuni e di una pianificazione interconnessa”²⁹, che migliorino “la capacità di reazione dell'UE”³⁰. In coerenza con l'approccio indicato dal Nuovo Patto, tale ciclo si propone, per un verso, di espandere la dimensione operativa della cooperazione tra gli Stati membri, che includa risposte concertate alla strumentalizzazione della migrazione³¹, per altro verso, di sviluppare partenariati con i paesi terzi, che ne rafforzino le capacità operative nei settori del controllo di frontiera e del rimpatrio³².

²⁵ Decisione di esecuzione (UE) 2018/1993 del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, relativa ai dispositivi integrati dell'UE per la risposta politica alle crisi.

²⁶ Come espressamente statuito nel *cons.* 6 della decisione di esecuzione del Consiglio (UE) 2022/60. Peraltro, il ricorso a misure emergenziali per la gestione ordinaria della cooperazione con i Paesi terzi in materia migratoria non può qualificarsi come un'eccezione a livello europeo. Si pensi, ad es., al fondo fiduciario d'emergenza per l'Africa, istituito nel 2015 sul presupposto fittizio che i ventisei paesi terzi beneficiari si trovassero in una situazione di crisi.

²⁷ Cfr., ad es., Mécanisme opérationnel de coordination des actions pour la dimension externe des migrations, Action file Niger, 8 Février 2022, accessibile *online*.

²⁸ Art. 8 del regolamento (UE) 2019/1896.

²⁹ Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo, p. 13.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Consiglio UE, Draft Council Conclusions on the Multiannual Strategic Policy Cycle for European Integrated Border Management (EIBM), LIMITE 11946/1/22 REV 1, 19 September 2022, accessibile *online*.

³² *Ibid.* Sui primi sviluppi di tale politica, mediante la conclusione di accordi sullo status con

In questa cornice, destinata a organizzare il lavoro quotidiano degli oltre centoventimila agenti della guardia di frontiera e costiera europea³³, a Frontex è demandato il compito di sviluppare un piano d'azione che contempli (tra l'altro) il pieno sviluppo delle capacità tecnologiche integrate³⁴, il potenziamento dell'interoperabilità dei nuovi sistemi informatici e della cooperazione inter-agenzia³⁵, nonché misure relative “all'armonizzazione delle prassi, alla standardizzazione dei mezzi tecnici e all'interoperabilità operativa”³⁶.

I diritti fondamentali restano, invece, sullo sfondo. Il principale riferimento che si rinviene, nel documento relativo alla politica strategica pluriennale per la gestione integrata delle frontiere esterne, riguarda la proposta di regolamento relativo agli accertamenti³⁷, che prevede l'istituzione di un meccanismo di monitoraggio indipendente del rispetto dei diritti fondamentali³⁸.

Albania, Moldavia, Montenegro e Serbia v. Commissione europea, EU Action Plan on the Western Balkans, 5 December 2022, accessibile *online*. In argomento, F. COMAN-KUND, *The Territorial Expansion of Frontex Operations to Third Countries: On the Recently Concluded Status Agreements in the Western Balkans and Beyond...*, in *verfassungsblog.de*, 6 February 2020. Più in generale, M. PREVIATELLO, *Il nuovo modello di accordo sullo status: le azioni esecutive di Frontex oltre i confini dell'Unione europea*, in *BlogDUE*, 17 giugno 2022, entrambi accessibili *online*.

³³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Relazione sullo stato di Schengen 2022, COM(2022) 301 fin./2, del 24 maggio 2022.

³⁴ V. *infra*, par. 5.

³⁵ Cfr. la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla gestione dell'asilo e della migrazione, il cui art. 3, rubricato “approccio globale alla gestione dell'asilo e della migrazione”, annovera tra le componenti dello stesso: “[the] full deployment and use of the operational tools set up at Union level, notably the European Border and Coast Guard Agency, the Asylum Agency, EU-LISA and Europol, as well as large-scale Union Information Technology systems”. Sulla dimensione sistemica della cooperazione inter-agenzia, cfr. C. INGRATOCCI, *La sorveglianza delle frontiere marittime dell'Unione europea: profili giuridici e problematiche applicative*, in *Rivista OIDU*, 2019, p. 886 ss.

³⁶ Commissione europea, Documento di orientamento contenente una politica strategica pluriennale per la gestione europea integrata delle frontiere in conformità dell'articolo 8, paragrafo 4, del regolamento (UE) 2019/1896, COM(2022) 303 fin., del 24 maggio 2022.

³⁷ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne e modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/817, COM(2020) 612 fin., del 23 settembre 2020, art. 7.

³⁸ Documento di orientamento contenente una politica strategica pluriennale per la gestione europea integrata delle frontiere, elemento 13.

Occorre, tuttavia, considerare, per un verso, l'estensione della portata e degli effetti della *fictio iuris* del non ingresso³⁹ durante l'esame della proposta di regolamento sullo *screening* in Consiglio⁴⁰, per altro verso, il contestuale "svuotamento" della previsione relativa al meccanismo di monitoraggio⁴¹. A meno che non vi sia un completo *revirement* in sede parlamentare, non pare dunque che tale previsione possa – ove il regolamento sia infine adottato – significativamente incidere sulla tutela dei diritti dei migranti-in-transito.

3. Il *trait d'union* che riconduce a sistema i diversi elementi di cui si compone la *governance* europea delle migrazioni è rappresentato dal ricorso allo strumento operativo per espandere l'autonomia strategica e la "capacità di agire" dell'Unione⁴². Tale tendenza, che si iscrive nello sforzo di rimuovere "the faultlines created by the division of competences and the diverging institutional and procedural arrangements" che caratterizzano, più in generale, le politiche europee con ambito di applicazione (anche) extraterritoriale, non è inerte dal punto di vista "costituzionale"⁴³. Al contrario, come avvenuto per Frontex, l'espansione dell'autonomia operativa apre nuove sfide, che attengono soprattutto alla coerenza delle attività di *law enforcement* con la piattaforma valoriale dell'Unione⁴⁴.

Da questo punto di vista, la parabola delle inchieste sull'*accountability* dell'Agenzia Frontex, e del contenzioso in materia di rispetto dei diritti fondamentali che la riguarda⁴⁵, appare particolarmente adatta a delineare l'entità

³⁹ Su cui v., *ex multis*, J.-P. CASSARINO, L. MARIN, *The Pact on Migration and Asylum: Turning the European Territory into a Non-territory?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2022, p. 1 ss.

⁴⁰ Cfr. gli artt. 4 e 6 della proposta modificata di regolamento che introduce accertamenti, doc. 10585/22, 22 giugno 2022.

⁴¹ Ivi, art. 7.

⁴² M. LEONARD, J. SHAPIRO, *Empowering EU Member States with Strategic Sovereignty*, European Council on Foreign Relations, June 2019, accessibile *online*.

⁴³ *Editorial Comments: Keeping Europeanism at Bay? Strategic Autonomy as a Constitutional Problem*, in *Common Market Law Review*, 2022, p. 313 ss., p. 319.

⁴⁴ Sull'importanza della concordanza con i valori europei delle attività che rientrano nella sfera di autonomia strategica dell'Unione (e quindi delle sue agenzie), cfr., *ivi*, p. 325.

⁴⁵ Cfr., per una dettagliata esposizione di tutte le iniziative in tal senso, M. DEL MONTE, K. LUYTEN, *European Parliament scrutiny of Frontex*, European Parliamentary Research Service, Briefing PE 698.816, September 2022. Sul contenzioso strategico nei confronti di Frontex si rinvia *infra*, par. 4.

e la portata di queste sfide. Le tappe principali di questa parabola, a partire dall'ultima riforma dello statuto dell'Agenzia, hanno visto l'attivismo degli organi di controllo esterno, di tipo politico e amministrativo-finanziario, mettere a dura prova il *modus operandi* di Frontex, culminando nelle dimissioni del direttore esecutivo⁴⁶.

Chiamato a rispondere dinanzi al consiglio di amministrazione di Frontex delle accuse di corruzione e malamministrazione mosse dall'OLAF nei suoi confronti⁴⁷, questi avrebbe espresso senza esitazione il proprio disagio nel trovarsi a capo di un'agenzia di *law enforcement*, cui verrebbe richiesto – in seguito alla riforma dello statuto – di svolgere *anche* funzioni umanitarie⁴⁸. Al di là dell'aspetto umano della vicenda, la posizione dell'ex direttore esecutivo di Frontex riflette la tutt'altro che isolata percezione dello iato che esiste tra il mandato *statutario* dell'Agenzia e i poteri *di fatto* di cui essa gode sul piano operativo, risultato della genetica attitudine di Frontex ad essere “capable of task expansion beyond [its] formal design”⁴⁹.

A fronte di un *budget* annuale di oltre cinquecento milioni di euro⁵⁰ e del potere di disporre di un corpo permanente di diecimila guardie di frontiera, di cui tremila agenti europei in divisa⁵¹, tale attitudine è alla base di un'attuazione selettiva del mandato⁵², del ritardo nell'istituzione degli osser-

⁴⁶ M. GKLIATI, *What's in a Name? Fragments of Accountability and the Resignation of the Frontex Executive Director*, in *verfassungsblog.de*, 6 September 2022, accessibile *online*.

⁴⁷ Ufficio europeo antifrode, OLAF Final Report on Frontex, Case No OC/2021/0451/A1, Olaf.03(2021)21088, marzo 2022, accessibile *online*. L'indagine amministrativa ha accertato, per un verso, le accuse di corruzione inerenti a un contratto, finalizzato dal direttore, per l'acquisizione di un *software* non funzionante, per altro verso, le condotte *ultra vires* del direttore e di alcuni alti funzionari nei rapporti con le autorità greche e, più precisamente, in relazione alla copertura di presunti *push-backs*. In argomento, L. SALZANO, *The Secretiveness over the OLAF Report on Frontex Investigations. Rule of Law Fading into Arbitrariness?*, in *verfassungsblog.de*, 9 September 2022, accessibile *online*.

⁴⁸ G. CHRISTIDES, S. LÜDKE, *Inside the Final Days of the Frontex Chief*, in Spiegel International, 10 May 2022, accessibile *online*.

⁴⁹ E.M. BUSUIOC, *European Agencies. Law and Practices of Accountability*, Oxford, 2013, p. 262.

⁵⁰ Frontex, Budget 2021, Varsavia, 1° gennaio 2021, accessibile *online*.

⁵¹ Cfr. gli artt. 56 e 83 del regolamento (UE) 2019/1896.

⁵² Corte dei conti europea, Il sostegno di Frontex alla gestione delle frontiere esterne non è stato, finora, abbastanza efficace, 2021/08 (Relazione speciale presentata in virtù dell'art. 287, par. 4, 2° co., TFUE).

vatori dei diritti fondamentali⁵³, dello scarso rispetto dei codici di condotta adottati dall’Agenzia stessa⁵⁴, della sistematica esclusione del responsabile dei diritti fondamentali dal processo decisionale⁵⁵, della documentata violazione di obblighi di *due diligence*⁵⁶ e della copertura di prassi nazionali in violazione dei diritti fondamentali⁵⁷. Ancorché l’ultima riforma abbia contribuito a riequilibrare l’espansione dei poteri esecutivi di Frontex con un ampliamento del mandato in materia di diritti fondamentali e il rafforzamento dei meccanismi di *accountability*⁵⁸, la perpetuazione delle vecchie modalità operative ha opposto una “resistenza attiva” al cambiamento⁵⁹, da ultimo censurata dal Parlamento europeo anche in sede di discarico del bilancio dell’Agenzia⁶⁰.

⁵³ Ai sensi dell’art. 110, par. 6, del regolamento (UE) 2019/1896, entro il 5 dicembre 2020 l’Agenzia avrebbe dovuto reclutare quaranta “osservatori dei diritti fondamentali”, che rappresentano lo staff del responsabile dei diritti fondamentali di Frontex. Tuttavia, il piano di reclutamento si è chiuso soltanto nell’ottobre 2022. Cfr. sul punto, Frontex, 2020 Frontex Discharge Document, scheda informativa del 14 settembre 2022, accessibile *online*.

⁵⁴ Mediatore europeo, decisione del 15 giugno 2021 relativa al funzionamento del meccanismo per il trattamento delle denunce dell’Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera (Frontex) per presunte violazioni dei diritti fondamentali e al ruolo del responsabile dei diritti fondamentali (caso OI/5/2020/MHZ).

⁵⁵ Frontex Consultative Forum on Fundamental Rights, Eight Annual Report 2020, Varsavia, 2021; Frontex Fundamental Rights Officer, Annual Report 2021, Lussemburgo, 2022, entrambi accessibili *online*.

⁵⁶ Parlamento europeo, Commissione LIBE, Frontex Scrutiny Working Group, Report on the Fact-finding Investigation on Frontex concerning Alleged Fundamental Rights Violations, 14 July 2021, accessibile *online*.

⁵⁷ G. CHRISTIDES *et al.*, *EU Border Agency Frontex Complicit in Greek Refugee Pushback Campaign*, in *Spiegel International*, 23 October 2020, accessibile *online*. V. anche i risultati dell’inchiesta interna lanciata dal consiglio di amministrazione in relazione agli incidenti registrati come “serious incidents”: Fundamental Rights and Legal Operational Aspects of Operations in the Aegean Sea, Final Report of the Frontex Management Board Working Group, 1 March 2021, accessibile *online*.

⁵⁸ Su tale aspetto ci sia consentito rinviare a D. VITIELLO, *Le frontiere esterne dell’Unione europea*, Bari, 2020, pp. 345-346.

⁵⁹ Y. PALAIOLOGOS, *OLAF raided EU border chief’s office over migrant pushback claims*, in *Ekathimerini*, 14 gennaio 2021, accessibile *online*.

⁶⁰ Parlamento europeo, Commissione per il controllo dei bilanci, Seconda relazione sul discarico per l’esecuzione del bilancio dell’Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera per l’esercizio 2020, 2021/2146(DEC), 7 ottobre 2022; Frontex: i deputati rifiutano il discarico del bilancio 2020 dell’agenzia UE. Comunicato stampa, 18 ottobre 2022, accessibile *online*.

Il persistente *deficit di accountability* di Frontex⁶¹, peraltro, si associa ai limiti delle sue funzioni di monitoraggio e controllo sul rispetto dei diritti fondamentali da parte delle autorità statali che operano sotto il proprio coordinamento⁶², concorrendo a delineare un'amministrazione europea del confine "a due velocità"⁶³, in cui i meccanismi di controllo faticano a essere adeguati all'avanzata di forme di *enforcement* multilivello sempre più raffinate e tecnicamente complesse.

In una prospettiva sistemica, tuttavia, il *modus operandi* di Frontex non può essere frettolosamente liquidato come un grossolano esempio di mal'amministrazione. Ferme restando le responsabilità dell'Agenzia per le comprovate condotte *ultra vires*, l'autonomia che il regolamento istitutivo le conferisce è appositamente preposta a consentirle di adottare misure⁶⁴, decisioni⁶⁵ e prassi operative⁶⁶, riconducibili a compiti statutari, ma non proceduralizzate nello statuto. Tale autonomia risponde all'esigenza di "conferire funzionalità a sistemi amministrativi caratterizzati da un'elevata complessi-

⁶¹ Un dato che si evince anche "dall'esterno", come sottolineato dallo *Special Rapporteur* sui diritti umani dei migranti del Consiglio ONU dei diritti umani nel *Report on Means to Address the Human Rights Impact of Pushbacks of Migrants on Land and at Sea*, UN doc. A/HRC/47/30, par. 55 e 76-77.

⁶² L. TSOURDI, *Monitoring and Steering through FRONTEX and EASO 2.0: The Rise of a New Model of AFSJ agencies?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 29 January 2018, accessibile *online*.

⁶³ D. VITIELLO, *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, cit., p. 345.

⁶⁴ Si pensi, ad es., alle misure operative che l'Agenzia è tenuta ad adottare per dare attuazione all'atto di esecuzione che il Consiglio può adottare in situazioni che richiedono un'azione urgente alle frontiere esterne, *ex art.* 42 del regolamento (UE) 2019/1896.

⁶⁵ È il caso della valutazione – da parte del direttore esecutivo – delle condizioni fattuali per la sospensione di una operazione congiunta *ex art.* 46, par. 4, dello statuto, su cui v. *amplius* il paragrafo che segue.

⁶⁶ L'esempio è dato dalle prassi operative di supporto alle autorità statali (ad es. in materia di identificazione al confine o reperimento dei documenti di viaggio) nella gestione dei punti di crisi, intesi come dispositivo amministrativo di canalizzazione dei flussi migratori per mezzo della cooperazione inter-agenzia. Ancorché, nella gestione degli *hotspot*, l'Agenzia svolga compiti endoprocedimentali privi di rilevanza esterna, le valutazioni del suo personale possono nondimeno incidere sulla sostanza dell'atto finale e sui diritti delle persone riguardate dal provvedimento (es. decisione di rimpatrio). V. *amplius*, D. VITIELLO, *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, cit., p. 109.

tà”⁶⁷, in conformità con l’orientamento comune sulle agenzie decentrate⁶⁸, che ha segnato il passaggio da una gestione orientata alla *compliance* a una più orientata alla *performance*. Il canone che presiede alla *governance* delle agenzie decentrate dell’Unione è, pertanto, l’efficienza misurata in termini di *performance*⁶⁹ e – per quanto riguarda le agenzie dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia – di capacità di reazione alle sfide⁷⁰.

Il bilanciamento tra l’autonomia operativa dell’amministrazione decentrata europea, e il controllo cui essa è necessariamente assoggettata, è dunque condizionato dall’enfasi sull’efficienza e la flessibilità istituzionale, che espande i margini della discrezionalità sostanziale e procedurale delle agenzie UE⁷¹. Portata alle estreme conseguenze, tale impostazione conduce a configurare la ricerca dell’*efficienza* dell’azione amministrativa in antitesi all’*effettività* della tutela dei diritti fondamentali⁷². La ricerca dell’efficienza viene implicitamente concepita come un esercizio “ateleologico”, sciolto da vincoli assiologico-costituzionali, e dunque da obblighi di conformità agli obiettivi dell’Unione e alla piattaforma valoriale che li informa. Una prospettiva non troppo lontana da quella sottesa alle esternazioni dell’ex direttore esecutivo di Frontex.

4. L’antitesi tra *efficienza* delle attività operative ed *effettività* della tutela dei diritti fondamentali si proietta anche nell’ambito della tutela giurisdizio-

⁶⁷ L. SALTARI, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, 2007, p. 279.

⁶⁸ Joint Statement of the European Parliament, the Council of the EU and the European Commission on decentralised agencies, 19 July 2012, parr. 15-16, accessibile *online*.

⁶⁹ Corte dei conti europea, Relazione speciale. Il futuro delle agenzie dell’UE: sono possibili una maggiore flessibilità e cooperazione, 2020/22, pp. 11-12.

⁷⁰ Corte dei conti europea, Relazione speciale 2021/8, p. 20.

⁷¹ Cfr. P. LEINO, *Efficiency, Citizens and Administrative Culture. The Politics of Good Administration in the EU*, in *European Public Law*, 2014, p. 681 ss., spec. p. 690 ss. Più nello specifico, con riferimento a Frontex, J.J. RIJPMAN, *Frontex and the European System of Border Guards. The Future of European Border Management*, in M. FLETCHER, E. HERLIN-KARNELL, C. MATERA (eds.), *The European Union as an Area of Freedom, Security and Justice*, Abingdon-New York, 2017, 217 ss.

⁷² In generale, sull’effettività come principio strutturale dell’ordinamento UE, S.M. CARBONE, *Principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli, 2009. Sulla natura “bifronte” del principio di effettività, A. M. ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell’Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Bari, 2015, p. 9 ss.

nale⁷³. L'esplosione del contenzioso strategico nei confronti di Frontex, tanto in relazione alla legittimità delle decisioni del direttore sulla conduzione delle operazioni congiunte⁷⁴, quanto al presunto coinvolgimento del personale dell'Agenzia in respingimenti abusivi⁷⁵, ne è testimonianza.

Da tale contenzioso, e dalle decisioni sinora assunte dal Tribunale, si ricavano tre indicazioni fondamentali. La prima riguarda l'irrilevanza del ricorso per annullamento. L'assenza di contenzioso *ex art. 263* TFUE per violazione dei diritti fondamentali nell'ambito delle attività coordinate dall'Agenzia è giustificata dalla natura operativa delle stesse, che non consente la riconduzione nell'alveo degli atti giuridici vincolanti, ai sensi dell'*art. 263* TFUE, né delle condotte fattuali del personale, né dell'attività istruttoria svolta a supporto delle autorità nazionali⁷⁶. Unita alla mancata previsione di meccanismi giurisdizionali *ex art. 263*, co. 5, TFUE⁷⁷ in sede di riforma dello

⁷³ Sulle sfide poste dalla cooperazione coordinata dall'Agenzia Frontex dal punto di vista della tutela dei diritti fondamentali e dell'accesso alla giustizia per violazione degli stessi, cfr. *ex multis*, A. SPAGNOLO, *La tutela dei diritti umani nell'ambito dell'attività di Frontex*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2014, p. 32 ss. e I. INGRAVALLO, *Il rispetto dei diritti fondamentali nell'azione dell'Agenzia europea della Guardia di frontiera e costiera*, in I. CARACCIOLO, G. CELLAMARE, A. DI STASI, P. GARGIULO (a cura di), *Migrazioni internazionali. Alcune questioni aperte*, Napoli, 2022, p. 111 ss., spec. pp. 132-136. Più in generale, sul principio di tutela giurisdizionale, in relazione ai diritti fondamentali v. *ex multis*, P. PIVA, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012, p. 237 ss.; R. MASTROIANNI, *L'effettività della tutela giurisdizionale alla prova della Carta dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Liber Amicorum Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 586 ss.

⁷⁴ Cfr. l'ordinanza del Tribunale del 7 aprile 2022, causa T-282/21, *SS e ST c. Frontex*. V. altresì *Front-lex, After Watching his Friend Drown to Death, Refugee Takes New Frontex Director to Court Over Agency's Operation in Greece*, comunicato stampa del 5 ottobre 2022, accessibile *online*.

⁷⁵ Cfr. i ricorsi pendenti nelle cause T-600/21, *WS e al. c. Frontex*, ricorso del 20 settembre 2021, T-136/2022, *Hamoudi c. Frontex*, ricorso del 10 marzo 2022 e T-205/2022, *Naass e Sea Watch c. Frontex*, ricorso del 14 aprile 2022.

⁷⁶ I limiti strutturali legati al *locus standi* delle persone fisiche *ex art. 263*, co. 4, TFUE, si sommano, infatti, a limiti specifici in relazione, d'un canto, alla natura dei poteri esecutivi del personale di Frontex, dall'altro, all'assenza di contenuto obbligatorio e di rilevanza esterna degli atti preparatori (dell'Agenzia) di decisioni finali delle autorità statali.

⁷⁷ Cfr. ad es. l'*art. 42*, par. 1, del regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea ("EPPO").

statuto dell'Agencia, tale circostanza limita fortemente la giustiziabilità delle condotte operative del personale di Frontex⁷⁸, ancorché rivolte ai singoli⁷⁹.

La seconda indicazione concerne i limiti del ricorso in carenza per mancata sospensione delle operazioni congiunte in caso di violazioni dei diritti fondamentali di natura grave o destinate a persistere. Ai sensi dell'art. 46, par. 4, dello statuto di Frontex, l'obbligo di sospensione sorge in capo al direttore esecutivo a seguito di un'attività istruttoria nell'ambito della quale è conferito al direttore stesso un ampio margine di apprezzamento della situazione fattuale in atto⁸⁰. Tale apprezzamento, espressione dell'autonomia operativa dell'ente⁸¹, riguarda – a nostro avviso – tanto l'*an* (sospensione o prosecuzione dell'operazione) quanto il *quomodo* (sospensione totale o parziale) della decisione, ancorché sia ancorato a condizioni procedurali⁸², nonché a un elenco non esaustivo di “informazioni pertinenti”⁸³. Queste ultime, pur offrendo al direttore una guida nella ricostruzione delle circostanze fattuali da cui deriva un potenziale rischio di violazione dei diritti fondamentali, non possono essere considerate alla stregua del presupposto giuridico dell'obbligo di agire, né può derivarsi – dal mero obbligo di consultazione del responsabile dei diritti fondamentali – un obbligo di conformità al parere da questi reso⁸⁴.

⁷⁸ In tal senso, v. anche S. NICOLOSI, *Drifting Effective Judicial Protection?*, in *verfassungsblog.de*, 7 September 2022, accessibile *online*, che accoglie e sviluppa la riflessione di Montaldo, durante l'incontro del Forum IFA del 28 aprile 2022, sul tema “FRONTEX e i diritti dei migranti: i limiti all'effettività della tutela giurisdizionale”.

⁷⁹ Sul tema della giustiziabilità delle condotte amministrative fattuali nell'ordinamento dell'Unione, v. tra l'altro N. XANTHOULIS, *Administrative Factual Conduct: Legal Effects and Judicial Control in EU Law*, in *Review of European Administrative Law*, 2019, p. 39 ss.

⁸⁰ La norma crea, quindi, un conflitto di attribuzioni, per cui l'autorità accertante la sussistenza della violazione (e il raggiungimento della soglia di gravità necessaria al sorgere dell'obbligo di sospensione) è la medesima su cui incombe l'obbligo di agire.

⁸¹ V. *supra*, par. 3.

⁸² Si tratta dell'obbligo di consultazione del responsabile dei diritti fondamentali e di informazione dello Stato membro interessato.

⁸³ Ad es. il numero e il merito delle denunce presentate *ex art.* 111 del regolamento (UE) 2019/1896 che non siano state risolte da un'autorità nazionale competente, le relazioni relative agli incidenti gravi e i rapporti delle organizzazioni, internazionali e non governative.

⁸⁴ Cfr., *mutatis mutandis*, l'ordinanza della Corte del 29 giugno 1993, causa C-280/93 R, *Germania c. Consiglio*, punti 44-48, e la sentenza della Corte del 26 novembre 1996, causa C-68/95, *T. Port GmbH & Co. KG c. Bundesanstalt für Landwirtschaft*, punti 38-39.

Se si concorda con quanto precede, allora appare arduo ricondurre nel solco della consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia sul ricorso in carenza la mancata sospensione di un'operazione congiunta da parte del direttore di Frontex⁸⁵. Il Tribunale, pur avendo avuto occasione pronunciarsi sul punto nel caso *SS e ST c. Frontex*⁸⁶, ha dichiarato il ricorso irricevibile interpretando come “presa di posizione” la risposta con cui Frontex ha giustificato la decisione di non sospendere l'operazione nell'Egeo⁸⁷. Stante la cautela dimostrata nell'accertamento di tale condizione di procedibilità, è verosimile che la medesima cautela possa ispirare l'organo giudicante in futuri ricorsi che dovessero superare la fase preliminare.

Semmai le “informazioni pertinenti”, di cui al par. 6 dell'art. 46 dello statuto dell'Agenzia, impongono al direttore di motivare la decisione di sospendere o meno le attività di Frontex in base a elementi oggettivi, o comunque verificabili, nonché di informarsi diligentemente, attraverso tutte le fonti disponibili e attendibili, sullo stato dei diritti fondamentali nei teatri operativi in cui si dispiega l'azione dell'Agenzia. In quest'ottica, il difetto di motivazione o l'inadeguata ponderazione delle “informazioni pertinenti” potrebbero rilevare nell'ambito di un'azione risarcitoria *ex art. 340, par. 2, TFUE*, in relazione alla violazione degli obblighi di monitoraggio dell'Agenzia⁸⁸, collegati al suo mandato in materia di promozione e protezione dei diritti fondamentali⁸⁹.

Tuttavia, l'indicazione che proviene dalle prime reazioni del Tribunale a fronte dei ricorsi per risarcimento del danno nei confronti dell'Agenzia, ad oggi pendenti, non è incoraggiante. In particolare, nel caso *WS e al. c. Frontex*, il Tribunale ha respinto – sulla base di un espediente procedurale – le richieste di intervento nel procedimento avanzate, *ex art. 40, co. 2, dello Statuto della Corte*, da esponenti del mondo accademico ed esperti⁹⁰. Al di là

⁸⁵ Come noto, infatti, l'esistenza di un potere discrezionale esclude che i singoli abbiano il diritto di esigere – nell'ambito di un ricorso in carenza – che un'istituzione, un organo o un organismo dell'Unione agiscano in un determinato modo. Cfr. ad es. la sentenza della Corte del 14 febbraio 1989, causa 247/87, *Star Fruit Company SA c. Commissione*, punto 11.

⁸⁶ Ordinanza del Tribunale del 7 aprile 2022, causa T-282/21.

⁸⁷ Ivi, punti 31 e 32.

⁸⁸ Art. 102, par. 3, del regolamento (UE) 2019/1896.

⁸⁹ Ivi, art. 5, par. 4.

⁹⁰ Cfr. le ordinanze del Tribunale del 6 luglio 2022, causa T-600/21, *WS e al. c. Frontex*.

del caso di specie, il ricorso all'azione risarcitoria per sanzionare l'inerzia di Frontex, in caso di violazioni gravi dei diritti fondamentali, è complicato dalla necessità di individuare il nesso tra la negligenza di Frontex e il danno subito dal ricorrente⁹¹, che pone – a monte – il problema più generale di determinare se da un obbligo di supervisione della condotta statale, in capo all'Agenzia, possano derivare diritti in capo ai singoli⁹².

Al contempo, non pare agevole neppure approntare una tutela effettiva nel caso di condotte *ultra vires* del personale di Frontex, a supporto dell'adozione di decisioni, da parte dell'autorità statale, che incidano sulle posizioni giuridiche individuali. Nella misura in cui la responsabilità per la decisione finale è posta in capo alle autorità nazionali, e il supporto offerto dal personale di Frontex non è adeguatamente procedimentalizzato, l'incidenza dell'attività istruttoria svolta dall'Agenzia tende a sfuggire al sindacato in sede amministrativa⁹³ e giurisdizionale⁹⁴. Si aggiunga, infine, che la tutela giurisdizionale dei diritti la cui lesione è riconducibile al supporto operativo offerto da Frontex all'attuazione extraterritoriale di accordi sullo *status* è ulteriormente complicata dalla natura pluriordinamentale della coope-

⁹¹ La ricostruzione di tale nesso presupporrebbe, *inter alia*, che la mancata adozione di misure per reagire a violazioni gravi e persistenti dei diritti fondamentali di cui il direttore sia a conoscenza (e, dunque, non necessariamente le misure tipizzate nell'art. 46 dello statuto) sia in contrasto con gli obblighi positivi dell'Agenzia in materia di tutela dei diritti fondamentali. In tale ipotesi, l'attribuzione della responsabilità a Frontex potrebbe essere ricondotta alla colpevole tolleranza dell'illecito statale, ovvero al mancato esercizio di un'efficace azione di contrasto, in ottemperanza agli obblighi di *due diligence* connessi al mandato dell'Agenzia in materia di promozione e protezione dei diritti fondamentali. Cfr., *mutatis mutandis*, le sentenze della Corte del 9 dicembre 1997, causa C-265/95, *Commissione c. Francia*, punti 28-32, e del 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Schmidberger*, punti 58 ss. V. anche le conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 17 novembre 2005, causa C-470/03, *AGM-COS. MET*, punti 84 e 106.

⁹² In argomento, M. FINK, *Frontex and Human Rights. Responsibility in 'Multi-Actor Situations' under the ECHR and EU Public Liability Law*, Oxford, 2018, cap. 4.

⁹³ Decisione del Mediatore europeo del 5 luglio 2018, caso 735/2017/MDC, Coinvolgimento dell'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo nel processo decisionale relativo all'ammissibilità delle domande di protezione internazionale presentate nei punti di crisi greci, in particolare lacune nei colloqui di ammissibilità.

⁹⁴ Cfr., *mutatis mutandis*, la sentenza del Tribunale dell'11 settembre 2002, causa T-13/99, *Pfizer c. Consiglio*, punto 32, e la sentenza della Corte del 16 maggio 2017, causa C-682/15, *Berlioz Investment Fund*, punto 49.

razione⁹⁵ e dalla limitata copertura offerta dalla disciplina statutaria all'acquisto e alla detenzione di armi⁹⁶.

La limitata effettività delle diverse vie di ricorso disponibili, nell'ordinamento dell'Unione, per censurare le condotte operative e le decisioni dell'Agenzia, unita alla ritrosia della Commissione rispetto all'attivazione di procedure d'infrazione nei confronti degli Stati membri che partecipano alle attività di gestione delle frontiere esterne⁹⁷, contribuisce alla "evanescenza dei diritti di frontiera"⁹⁸. Ad essa fa da contraltare l'imperativo dell'efficientamento operativo, che viene apertamente contrapposto a un sistema di gestione delle frontiere in cui la tutela giurisdizionale dei diritti delle persone riguardate sia pienamente garantita⁹⁹. In un ordinamento giuridico in cui l'effettività è "il canone prevalente nell'interpretazione delle norme UE"¹⁰⁰ e la tutela giurisdizionale effettiva è qualificata come diritto soggettivo dotato di effetto diretto¹⁰¹, questa contrapposizione rimette in discussione

⁹⁵ Su questo aspetto, L. LETOURNEUX, *Protecting the Borders from the Outside. An Analysis of the Status Agreements on Actions Carried Out by Frontex Concluded between the EU and Third Countries*, in *European Journal of Migration and Law*, 2022, p. 330 ss. In termini più generali, N. KRISCH, *Jurisdiction Unbound: (Extra)territorial Regulation as Global Governance*, in *European Journal of International Law*, 2022, p. 1 ss.

⁹⁶ Art. 63, par. 4, lett. a), del regolamento (UE) 2019/1896.

⁹⁷ Cfr. ad es. la decisione del Mediatore europeo del 22 febbraio 2022 relativa alle modalità con le quali la Commissione europea monitora e assicura il rispetto dei diritti fondamentali da parte delle autorità croate nel contesto delle operazioni di gestione delle frontiere finanziate con fondi dell'Unione europea (caso 1598/2020/VS), par. 18 ss. V. *amplius* J. RIJPM, A. FOTIADIS, *Addressing the Violation of Fundamental Rights at the External Borders of the European Union. Infringement Proceedings and Conditionality in EU Funding Instruments*, June 2022, accessibile *online*.

⁹⁸ D. VITIELLO, *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, cit., p. 342 ss.

⁹⁹ Cfr., ad es., la posizione della Commissione sulla "lentezza" del sistema dei ricorsi giurisdizionali greco, in relazione al sindacato di legittimità delle decisioni di rimpatrio in Turchia adottate in attuazione della Dichiarazione UE-Turchia: comunicazione della Commissione, Relazione sullo stato di attuazione dell'agenda europea sulla migrazione, COM(2018) 250 fin., del 14 marzo 2018, p. 7.

¹⁰⁰ C. FAVILLI, *Armonizzazione delle legislazioni nazionali e standard di tutela dei diritti fondamentali: il caso del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva in materia di asilo*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, p. 688.

¹⁰¹ Cfr., ad es., le sentenze della Corte del 29 luglio 2019, causa C-556/17, *Torubarov*,

“l’universo concettuale dei principi che caratterizzano lo Stato di diritto” europeo¹⁰².

5. Nella prospettazione che precede, l’antitesi tra efficienza dei modelli organizzativi ed effettività della tutela individuale costituisce un tratto strutturale della gestione delle frontiere esterne europee. Al contempo, tale tratto non può essere epistemologicamente categorizzato come un invariante. È ben possibile, invero, immaginare procedure di gestione del confine amministrativamente efficienti, che garantiscano simultaneamente l’effettività dei diritti e della tutela giurisdizionale degli stessi. Quella che viene deterministicamente presentata come una scelta obbligata è piuttosto un’opzione politica, che discende dall’intimo legame tra poteri operativi e sicurezza interna nella disciplina statutaria delle agenzie dell’*ex terzo pilastro*¹⁰³.

Tale legame è valorizzato e approfondito dal Trattato di Lisbona, che riconduce la nozione di “poteri operativi” a un’accezione strategico-militare, richiamandola (*inter alia*) nel contesto della cooperazione di polizia e tra i servizi di protezione civile nazionali¹⁰⁴, in relazione alle funzioni del Comitato permanente per la sicurezza interna¹⁰⁵ e nell’ambito della politica di sicurezza e difesa comune¹⁰⁶.

Il nesso tra poteri operativi e sicurezza assume peculiare rilievo nel mandato di Frontex, come ampliato a seguito dell’ultima riforma. L’espansione del mandato operativo dell’Agenzia, infatti, è consustanziale alla prevenzione delle “minacce ibride” che richiedono la militarizzazione del dispositivo di gestione delle frontiere esterne¹⁰⁷ e la formazione di una cultura comune del rischio. L’assetto preventivo-militare del dispositivo di frontiera si basa es-

EU:C:2019:626, punti 56-74, e del 14 maggio 2020, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, punto 132.

¹⁰² Conclusioni dell’Avvocato generale Pedro Cruz Villalón del 1° marzo 2011, causa C-69/10, *Samba Diouf*, punto 39.

¹⁰³ Cfr. S. CARRERA, L. DEN HERTOOG, J. PARKIN, *The Peculiar Nature of EU Home Affairs Agencies in Migration Control: Beyond Accountability versus Autonomy?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2013, p. 337 ss.

¹⁰⁴ Artt. 87 e 196, par. 1, lett. b), TFUE. In argomento, M. DEN BOER, *Police Cooperation in the TEU. Tiger in a Trojan Horse?*, in *Common Market Law Review*, 1995, p. 555 ss.

¹⁰⁵ Art. 71 TFUE.

¹⁰⁶ Artt. 28, 42 e 45 TUE.

¹⁰⁷ Frontex Strategic Risk Analysis 2022, Varsavia, July 2022, p. 7.

senzialmente su due elementi: la costituzione di un corpo permanente dotato di poteri esecutivi e il rafforzamento dell'infrastruttura informativa e di *intelligence* connessa alla gestione dei cosiddetti "confini intelligenti".

La natura stessa dei poteri esecutivi – che presuppongono una capacità di intervento associata a un potere di coercizione fisica, esercitato mediante una condotta fattuale¹⁰⁸ – imprime una connotazione securitaria alla gestione integrata delle frontiere esterne, richiedendo particolari cautele dal punto di vista del bilanciamento con la tutela dei diritti fondamentali¹⁰⁹. In questa logica, il *conferimento* di poteri esecutivi al personale statutario dell'Agenzia procede, nello statuto, di pari passo all'estensione del mandato di Frontex nel settore della promozione e protezione dei diritti fondamentali¹¹⁰. Nondimeno, l'*esercizio* di tali poteri rende, di fatto, superflua la cooperazione del migrante e il riconoscimento della sua personalità giuridica ai fini del raggiungimento degli obiettivi di politica migratoria dell'Unione¹¹¹. Pertanto, la legittimazione dell'autorità che li esercita viene a dipendere prevalentemente dall'efficienza del controllo¹¹², mentre la funzione legittimante del governo *attraverso la legge* resta relegata sullo sfondo.

Al contempo, il rafforzamento dell'infrastruttura informativa e di *intelligence* connessa alla gestione degli *smart borders* concorre alla riqualificazione

¹⁰⁸ Sul rapporto tra poteri esecutivi e operativi come rapporto di *species a genus*, cfr. B. SCHOTTEL, *EU Operational Powers and Legal Protection: A Legal Theory Perspective on the Operational Powers of the European Border and Coast Guard*, in *German Law Journal*, 2021, p. 625 ss., p. 627.

¹⁰⁹ Sentenza della Corte del 5 settembre 2012, causa C-355/10, *Parlamento c. Consiglio*, punto 77.

¹¹⁰ Cfr. l'art. 3, par. 2, del regolamento (UE) 2019/1896, che contiene una clausola orizzontale ai sensi della quale i "diritti fondamentali, l'istruzione e la formazione, nonché la ricerca e l'innovazione, sono elementi generali dell'attuazione della gestione europea integrata delle frontiere". V. altresì l'art. 80 dello statuto, che colloca la protezione dei diritti fondamentali nella sezione "disposizioni generali" del capitolo IV, rubricato "regole generali".

¹¹¹ D. RODRIK, *Rights Not Recognized: Applying the Right to Recognition as a Person before the Law to Pushbacks at International Borders*, in *International Journal of Refugee Law*, 2021, p. 541 ss.

¹¹² M. DEN HEIJER, J.J. RIJPMAN, T. SPIJKERBOER, *Coercion, Prohibition, and Great Expectations: The Continuing Failure of the Common European Asylum System*, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 607 ss.

del migrante come mero oggetto di attività interdittive¹¹³. Per un verso, Frontex diviene l'*hub* centrale per la gestione del sistema di sorveglianza Eurosur, con un sostanziale rafforzamento della capacità di monitoraggio e intervento nella zona pre-frontaliera¹¹⁴, unito alla sperimentazione di tecnologia c.d. *dual use* per il tracciamento integrale della mobilità umana lungo le rotte del Mediterraneo¹¹⁵. Per altro verso, l'Agenzia diviene responsabile per la gestione dell'unità centrale del sistema ETIAS¹¹⁶ e il *design* degli "indicatori di rischio specifici"¹¹⁷, sulla cui base è costruito l'algoritmo di profilazione. L'automazione dei controlli¹¹⁸ va di pari passo con l'avanzamento dell'interoperabilità delle banche dati¹¹⁹ e lo studio di soluzioni innovative¹²⁰

¹¹³ N. NIELSEN, *Expansion of data-collection is eroding EU values and rights*, in *Strasbourg Observers*, 6 January 2023, accessibile *online*.

¹¹⁴ Cfr. il regolamento di esecuzione (UE) 2021/581 della Commissione del 9 aprile 2021 relativo ai quadri situazionali del sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (Eurosur), adottato *ex art.* 24, par. 3, del regolamento (UE) 2019/1896. Sul funzionamento di Eurosur, ci sia consentito rinviare a PH. HANKE, D. VITIELLO, *New Technologies in Migration Control. A Legal Appraisal from an International and European Perspective*, in E. CARPANELLI, N. LAZZERINI (eds.), *The Use and Misuse of Technology: Contemporary Challenges under International and European Law*, Cham, 2019, p. 3 ss., p. 15 ss.

¹¹⁵ Frontex, Report to the European Parliament and the Council on the functioning of EUROSUR (Article 121(5) of Regulation (EU) No 2019/1896), LIMITE 11639/22, 27 July 2022, accessibile *online*. In argomento, R. CSERNATONI, *Constructing the EU's High-Tech Borders: FRONTEX and Dual-Use Drones for Border Management*, in *European Security*, 2018, p. 175 ss.; P. LOUKINAS, *Drones for Border Surveillance: Multipurpose Use, Uncertainty and Challenges at EU Borders*, in *Geopolitics*, 2022, p. 89 ss.

¹¹⁶ Regolamento (UE) 2018/1240 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 settembre 2018 che istituisce un sistema europeo di informazione e autorizzazione ai viaggi (ETIAS) e che modifica i regolamenti (UE) n. 1077/2011, (UE) n. 515/2014, (UE) 2016/399, (UE) 2016/1624 e (UE) 2017/2226, art. 7.

¹¹⁷ *Ivi*, art. 33, par. 4.

¹¹⁸ J. SANCHEZ DEL RIO, D. MOCTEZUMA, C. CONDE, I. M. DE DIEGO, E. CABELLO, *Automated Border Control E-Gates and Facial Recognition Systems*, in *Computers & Security*, 2016, p. 49 ss.

¹¹⁹ N. VAVOULA, *Immigration and Privacy in the Law of the European Union. The Case of Information Systems*, Leiden, 2022.

¹²⁰ A tal fine è stato appositamente costituito l'EU Innovation Hub for Internal Security, in seno a Europol, col supporto attivo di Frontex ed eu-LISA. Cfr. Consiglio UE, EU Innovation Hub for Internal Security – Report from the 2nd Annual Event, LIMITE 12657/22, 29 September 2022, accessibile *online*.

per lo *screening* di massa e il *social sorting* dei viaggiatori¹²¹, che si fondano (tra l'altro) sul ricorso all'intelligenza artificiale¹²², non soltanto a fini di verifica documentale¹²³, ma anche di decodificazione delle emozioni tramite analisi dei movimenti facciali¹²⁴.

L'aprioristica attribuzione di una funzione escatologica alla tecnologia – estrinsecazione anch'essa della ricerca di efficienza a tutti i costi – concorre ad approfondire il *deficit di accountability* che caratterizza la gestione integrata delle frontiere esterne, ponendo sfide senza precedenti sotto il profilo della trasparenza e della tutela dei dati personali. La circostanza che Frontex possa elaborare le specifiche tecniche degli indicatori di rischio su cui si fonda l'algoritmo dell'unità centrale di ETIAS, senza essere tenuta a garantire pieno accesso alle informazioni di *design*, ne è dimostrazione¹²⁵. Inoltre, parafrasando la sentenza della Corte di giustizia nel caso *Ligue des droits humain*, nella misura in cui la tecnologia viene utilizzata al fine di “istituire un sistema di sorveglianza continua, indiscriminata e sistematica, che include la valutazione automatizzata di dati personali di tutte le persone” che attraversano (o ambiscono ad attraversare) le frontiere esterne dell'Unione, essa comporta “ingerenze di una gravità certa nei diritti garantiti dagli articoli 7 e 8 della Carta”¹²⁶. Pertanto, come chiarito dalla Corte in relazione al PNR,

¹²¹ Su tale concetto, v. AA.VV., *Big Data at the Border. A report by Eticas Research and Consulting for The New Venture Fund 'Quantified Society: Examining the Consequences of Algorithmic Decision Making for Open Societies'*, Eticas Foundation, March 2022, p. 11 ss.

¹²² Consiglio UE, Final Report Future Group on Travel Intelligence and Border Management, LIMITE 6767/22, 3 March 2022, accessibile *online*.

¹²³ D. OZKUL, *Automating Immigration and Asylum: The Uses of New Technologies in Migration and Asylum Governance in Europe*, Oxford, 2023, p. 25 ss.

¹²⁴ L. JONA, *La “macchina della verità” alle frontiere di cui l'Europa preferiva non parlare*, in *Security*, 27 aprile 2021, accessibile *online*. Si noti che la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, COM(2021) 206 fin., del 21 aprile 2021, qualifica espressamente – all'allegato III – tale tipologia di utilizzo all'AI.

¹²⁵ In argomento, A. MUSCO EKLUND, *Frontex and 'Algorithmic Discretion' (Part I): The ETIAS Screening Rules and the Principle of Legality*, in *verfassungsblog.de*, 10 September 2022, accessibile *online*.

¹²⁶ Sentenza della Corte del 21 giugno 2022, causa C-817/19, *Ligue des droits humains*, punto 111.

l'innovazione tecnologica deve operare in base a criteri prestabiliti, la cui coerenza con la Carta – e in particolare con il suo art. 47 – deve essere assicurata¹²⁷.

Questo vale *a fortiori* in relazione al sistema Eurosur: un dispositivo di sorveglianza che – se interpretato in coerenza con gli obblighi di Frontex nell'ambito delle operazioni congiunte di pattugliamento marittimo¹²⁸ – potrebbe incidere significativamente sul numero di morti in mare. La prassi mostra, invece, un utilizzo di Eurosur orientato al cosiddetto *purpose blurring* – o sfocatura dell'obiettivo – che si realizza attraverso la commistione di finalità umanitarie e di sorveglianza all'interno di un dispositivo tecnologico¹²⁹ il cui obiettivo ultimo è la raccolta indiscriminata, lo stoccaggio e il trattamento di dati e informazioni a fini di sicurezza predittiva¹³⁰.

Invero, le informazioni e i dati raccolti tramite Eurosur alimentano l'analisi dei rischi di Frontex¹³¹: un potente strumento informativo che orienta (tra l'altro) il dispiegamento dei funzionari di collegamento e l'individuazione dei paesi terzi di rilevanza strategica per la gestione delle frontiere europee¹³². Inoltre, l'analisi dei rischi informa la valutazione delle

¹²⁷ Ivi, punti 179, 194-195-210. In argomento, T. ZANDSTRA, E. BROUWER, *Fundamental Rights at the Digital Border. ETIAS, the Right to Data Protection, and the CJEU's PNR Judgment*, in *verfassungsblog.de*, 24 June 2022, accessibile online.

¹²⁸ Commissione europea, Servizio giuridico, Legal opinion by the European Commission on the nature and extent of Frontex's obligations in the context of its implementation of joint maritime operations at the Union's external sea borders, 3 March 2021, accessibile online.

¹²⁹ Sull'incorporazione di valori negli artefatti tecnologici, e sulle conseguenze di tale processo dal punto di vista epistemologico, cfr. F. TOLLON, *Artifacts and Affordances: From Designed Properties to Possibilities for Action*, in *AI & Society*, 2022, p. 239 ss.

¹³⁰ I rischi di sfocatura dell'obiettivo, nell'ambito delle operazioni congiunte in mare, sono emersi con tutta evidenza nella cooperazione tra Frontex e l'operazione *Eunavfor Med Sophia*, poi *Irini*, che ha attratto le funzioni di ricerca e soccorso di Frontex nel *continuum* operativo sicurezza-difesa, di fatto assoggettandole agli obiettivi militari. In argomento, M. TAZIOLI, *Spy, Track and Archive: The Temporality of Visibility in Eurosur and Jora*, in *Security Dialogue*, 2018, p. 272 ss. Più in generale, sulle criticità del sistema Eurosur, v. G. CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione irregolare nell'Unione europea*, II ed., Torino, 2021, p. 49 ss.

¹³¹ Cfr. ad es. la sezione "source materials" in *Frontex Risk Analysis for 2022/2023*, Varsavia, 2021, accessibile online.

¹³² L. MARIN, *The Cooperation Between Frontex and Third Countries in Information Shar-*

vulnerabilità condotta da Frontex, in base alla quale vengono distribuiti i fondi per il sostegno operativo agli Stati membri¹³³. In questa cornice si inserisce altresì l'espansione di PeDRA: il programma dell'Agenzia per l'analisi dei rischi¹³⁴, che mira a consentire l'acquisizione e lo stoccaggio di dati personali contenenti anche informazioni di natura genetica o sull'orientamento sessuale, che possono essere condivisi con Europol e le agenzie di *intelligence* nazionali, a fini di prevenzione generale e antiterrorismo.

Se questi strumenti informativi concorrono senz'altro alla formazione di una cultura comune del rischio e di una risposta condivisa alle minacce, al contempo imprimono al governo del confine una dimensione emergenziale, che diventa il modo tipico di operare del sistema di gestione integrata delle frontiere europee¹³⁵. La normalizzazione della narrativa emergenziale nella costruzione di una cultura condivisa del confine comporta conseguenze sul piano operativo, come l'auto-percezione dell'Agenzia alla stregua di un organismo di *law enforcement*¹³⁶ e la configurazione delle frontiere esterne come una zona di "guerra a bassa intensità", governata da un regime giuridico ba-

ing: Practices, Law and Challenges in Externalizing Border Control Functions, in *European Public Law*, 2020, p. 157 ss.

¹³³ Regolamento (UE) 2021/1148 del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 luglio 2021 che istituisce, nell'ambito del Fondo per la gestione integrata delle frontiere, lo Strumento di sostegno finanziario per la gestione delle frontiere e la politica dei visti, art. 16, par. 3. Cfr. altresì l'art. 4 del medesimo atto, ai sensi del quale "le azioni finanziate nell'ambito dello Strumento sono attuate nel pieno rispetto dei diritti e dei principi sanciti dall'acquis dell'Unione e dalla Carta nonché degli obblighi internazionali dell'Unione in materia di diritti fondamentali".

¹³⁴ Parlamento europeo, Decision on the expansion of intrusive personal data processing by Frontex and Europol (Interrogazione parlamentare con richiesta di risposta scritta P-002499/2022, 8 July 2022).

¹³⁵ J. JEANDESBOZ, P. PALLISTER-WILKINS, *Crisis, Routine, Consolidation: The Politics of the Mediterranean Migration Crisis*, in *Mediterranean Politics*, 2016, p. 316 ss., p. 317. Analogamente, in relazione alla cooperazione Schengen alle frontiere interne, v. E. GUILD, *Schengen Borders and Multiple National States of Emergency: From Refugees to Terrorism to COVID-19*, in *European Journal of Migration and Law*, 2021, p. 385 ss.

¹³⁶ V. *supra*, par. 3. In argomento, da ultimo A.-M. SARANTAKI, *Frontex and the Rising of a New Border Control Culture in Europe*, Routledge, Abingdon-New York, 2023; G. CAMPESI, *Policing Mobility Regimes. Frontex and the Production of the European Borderscape*, Abingdon, 2022.

sato sullo stato di eccezione¹³⁷. In quest’ottica, l’assistenza umanitaria prestata dalle ONG alle imbarcazioni dei migranti in *distress* diventa un “*pull factor*”¹³⁸, mentre l’accesso ai piani operativi e alle fonti di *intelligence* su cui si basa l’analisi dei rischi viene sistematicamente negato, sulla base delle eccezioni del pubblico interesse in materia di sicurezza previste dal regolamento 1049/2001¹³⁹. L’opacità che ne deriva preclude – *ipso facto* – il controllo in sede amministrativa¹⁴⁰ e giurisdizionale¹⁴¹. Come sottolineato dal Mediatore europeo in un caso relativo a una richiesta di accesso a documenti che l’Agenzia aveva in precedenza divulgato, ma per i quali – a partire dal dicembre 2021 – aveva sistematicamente negato l’accesso¹⁴², rimediare (almeno in parte) a questa opacità implica quanto meno l’istituzione di un pubblico registro di tutti i documenti divulgati dall’Agenzia in risposta a richieste di accesso.

¹³⁷ V. *supra*, par. 4.

¹³⁸ Parlamento europeo, Documento riservato dell’Agenzia Frontex sull’immigrazione nel Mediterraneo (Interrogazione parlamentare con richiesta di risposta scritta E-003662/2022, 9 novembre 2022). *Contra*, v. Commissione europea, Commissioner Johansson’s Speech at the Plenary Debate on Criminalisation of Humanitarian Assistance, 19 gennaio 2023, entrambi accessibili *online*.

¹³⁹ Si tratta, rispettivamente, degli artt. 4, par. 1, lett. a), e 4, par. 3, del regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001, relativo all’accesso del pubblico ai documenti delle istituzioni dell’Unione europea. Per un’analisi del ricorso a tali eccezioni da parte di Frontex, cfr. M. GKLIATI, J. KILPATRICK, *Crying Wolf Too Many Times: The Impact of the Emergency Narrative on Transparency in Frontex Joint Operations*, in *Utrecht Law Review*, 2022, p. 57 ss.

¹⁴⁰ V. *mutatis mutandis* la decisione del Mediatore europeo del 10 maggio 2019, Sul rifiuto di Europol di concedere il pieno accesso ai documenti riguardanti le squadre investigative comuni dell’Agenzia e i piani operativi nei “punti caldi” (caso 1270/2017/JAP).

¹⁴¹ Sentenza del Tribunale del 27 novembre 2019, causa T-31/18, *Izuzquiza e Semsrott c. Frontex*, su cui v. T. KNÄBE, TIMO, H.Y. CANIARD, *Public Security Revisited: Janus, Triton and Frontex: Operational Requirements and Freedom of Information in the European Union*, Case Note Under Case T-31/18 *Luisa Izuzquiza and Arne Semsrott v European Border and Coast Guard Agency (Frontex)*, in *European Journal of Migration and Law*, 2021, p. 332 ss.

¹⁴² Decisione del Mediatore europeo del 9 settembre 2022 sulla modalità con cui l’Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera (Frontex) ha gestito una richiesta di accesso del pubblico a documenti che la stessa ha divulgato a seguito di precedenti richieste (caso 4/2022/SF).

6. L'analisi d'impatto dell'Agenzia Frontex, che la Commissione è in procinto di svolgere¹⁴³, rappresenta un'occasione preziosa per ripensare gli aspetti più disfunzionali della gestione integrata delle frontiere esterne e, al contempo, un banco di prova per il nuovo direttore esecutivo, Hans Leijten¹⁴⁴. La presa d'atto dell'incompatibilità tra l'attuale funzionamento dell'Agenzia e la cornice di diritto UE non è, infatti, più procrastinabile – come peraltro riconosciuto dalla stessa Commissione¹⁴⁵. Il *fitness check* del regolamento di Frontex – secondo le linee guida sulla *better regulation*¹⁴⁶ – riguarda l'efficacia, l'efficienza, la pertinenza e la coerenza delle azioni intraprese da Frontex e il loro valore aggiunto, ma anche la revisione del corpo permanente e della struttura della *governance* dell'Agenzia¹⁴⁷.

Tre sono, in particolare, le questioni su cui la Commissione è chiamata a interrogarsi: come garantire l'*accountability* in tutte le attività di Frontex¹⁴⁸, come ripensare l'antitesi tra l'efficienza dei controlli ed effettività della tutela dei diritti fondamentali¹⁴⁹ e come porre alla base di qualsiasi azione operativa la trasparenza e la tutela dei dati personali¹⁵⁰. Le soluzioni proposte in dottrina e nel dibattito parlamentare europeo vanno in due direzioni: per un verso, rafforzare i controlli *in itinere* ed *ex post* sull'operato di Frontex, per altro verso, riformarne la struttura organica.

In relazione al rafforzamento dei controlli *in itinere* ed *ex post*, l'elemento chiave delle proposte avanzate riguarda la proceduralizzazione delle attività operative e del processo decisionale dall'Agenzia¹⁵¹, volta a circoscriverne la discrezionalità entro un perimetro operativo dai contorni me-

¹⁴³ V. *supra*, par. 1.

¹⁴⁴ M. APELBLAT, *New Frontex Director Promises to Turn the Page in Discredited EU Agency*, in *The Brussels Times*, 20 January 2022, accessibile *online*.

¹⁴⁵ 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, COM(2022) 740 fin., del 6 ottobre 2022, pp. 11-12.

¹⁴⁶ Commissione europea, Commission Staff Working Document, Better Regulation Guidelines, SWD(2021) 305 fin., 3 November 2021, p. 23.

¹⁴⁷ Commissione europea, Guardia di frontiera e costiera europea/Frontex – Revisione del corpo permanente e valutazione del regolamento, 5 settembre 2022, accessibile *online*.

¹⁴⁸ V. *supra*, par. 3.

¹⁴⁹ V. *supra*, par. 4.

¹⁵⁰ V. *supra*, par. 5.

¹⁵¹ Cfr., su tale aspetto, D. VITIELLO, *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, cit., p. 342.

no sfumati. L'adozione di una disciplina applicativa interna, che riduca l'ambiguità sottesa alla formulazione dell'art. 46 del regolamento istitutivo, potrebbe ad esempio consentire la valorizzazione del meccanismo di sospensione come risposta *immediata* a violazioni gravi dei diritti fondamentali e, al contempo, accrescere l'effettività della tutela giurisdizionale *ex post*.

Inoltre, il rafforzamento dei controlli *in itinere* ed *ex post* presuppone necessariamente una riduzione del *deficit democratico* dell'Agenzia, obiettivo che potrebbe essere perseguito con una riforma organica che modifichi la composizione del consiglio di amministrazione¹⁵², riducendo il numero di membri e attribuendo diritto di voto alla componente parlamentare. Contestualmente, la centralizzazione nell'organo interno di garanzia dei diritti fondamentali delle funzioni di monitoraggio delle condotte operative del personale dell'Agenzia e delle guardie di frontiera nazionali, al momento frammentate tra una serie di organi, tra cui il direttore esecutivo, potrebbe limitare il conflitto di interessi e favorire la diffusione di una cultura del rispetto dei diritti fondamentali nelle attività operative. Questo potrebbe altresì concorrere alla valorizzazione del meccanismo interno di denuncia¹⁵³ e dei rapporti sugli incidenti gravi¹⁵⁴, che assegnano una funzione di controllo al responsabile dei diritti fondamentali, ma non i poteri d'azione necessari a reagire alle violazioni riscontrate¹⁵⁵.

¹⁵² Attualmente il consiglio di amministrazione di Frontex si compone di sessantatré membri, più del doppio dei componenti del gabinetto di presidenza della Commissione europea. Non è prevista la partecipazione di una componente parlamentare con poteri deliberativi, ancorché un rappresentante del Parlamento europeo, senza diritto di voto, possa essere invitato alle riunioni del consiglio. Cfr. gli artt. 100 e 104, par. 7, del regolamento (UE) 2019/1896, nonché la decisione 16/2020 del consiglio di amministrazione di Frontex, del 7 luglio 2020, Adopting Rules of Procedure of the Management Board.

¹⁵³ Cfr. l'art. 111 del regolamento (UE) 2019/1896. Sui limiti di tale meccanismo, v. S. MARINAI, *Il controllo delle frontiere e la lotta all'immigrazione irregolare*, in A.M. CALAMIA, M. GESTRI, M. DI FILIPPO, S. MARINAI, F. CASOLARI (a cura di), *Lineamenti di diritto internazionale ed europeo delle migrazioni*, Milano, 2021, p. 212 ss., p. 216.

¹⁵⁴ Frontex, Decision of the Executive Director No R-ED-2021-51 Standard Operating Procedure (SOP) – Serious Incident Reporting of 19/04/2021, FSC/ 1093000 /2021, accessibile *online*.

¹⁵⁵ Per rafforzare e rendere realmente autonomo il responsabile dei diritti fondamentali e il suo staff, composto da quarantasei osservatori, sarebbe necessario prevedere il dispiegamento di questi ultimi in tutte le operazioni dell'Agenzia, nonché attribuire loro capacità di intervento *in situ* e *in itinere*.

Più in generale, è stata sottolineata la necessità di prevedere meccanismi di monitoraggio esterno e indipendente del rispetto dei diritti fondamentali e del diritto UE nelle attività operative coordinate da Frontex, che non siano circoscritti al controllo amministrativo e contabile e che consentano di rispondere prontamente all'inerzia dell'Agenzia¹⁵⁶. Tanto le proposte a regolamento corrente, quanto gli spunti di riflessione in vista di una futura riforma dell'Agenzia, tuttavia, eludono il punto chiave che si è tentato di mettere in luce nelle pagine che precedono, ovvero che il *design* stesso dei poteri operativi dovrebbe essere ripensato al fine di incorporare l'obiettivo della tutela effettiva dei diritti fondamentali.

Rendere i diritti fondamentali una componente essenziale dei poteri operativi di Frontex significa andare oltre la previsione di poteri di *reazione* alle violazioni, al fine di dare piena realizzazione al mandato di *prevenzione* delle stesse. In questa prospettiva, tutela dei diritti e controlli di frontiera non sono posti in antitesi, con i primi in funzione limitativa dei secondi. Invero, se questa relazione funziona nella dialettica classica tra libertà e autorità a livello nazionale, essa appare altamente disfunzionale se traslata – *sic et simpliciter* – nel diverso contesto delle attività di Frontex: un'agenzia decentrata appartenente a un ordinamento giuridico sovranazionale i cui soggetti si riconoscono come una “comunità di diritto”.

Tale circostanza induce a ritenere che il modello classico di *accountability*, che pone al centro il bilanciamento tra autonomia e controllo nella configurazione di meccanismi di controllo *in itinere* ed *ex post*¹⁵⁷, possa essere efficacemente affiancato da un modello di *accountability* “by design”. Mentre il primo si fonda essenzialmente sulla procedimentalizzazione dell'attività amministrativa e sulla riforma strutturale del sistema di monitoraggio del rispetto dei diritti fondamentali nella gestione delle frontiere, il secondo pone in

re, insieme all'obbligo di riferire al responsabile e alle istituzioni europee sui risultati delle missioni *in loco*. Al contempo, prevedere espressamente che Frontex possa esercitare funzioni di monitoraggio nelle strutture detentive alle frontiere esterne consentirebbe di limitare la reticenza dell'Agenzia rispetto agli illeciti statali inerenti alle attività di gestione integrata.

¹⁵⁶ M. JAEGER, A. FOTIADIS, E. GUILD, L. VIDOVIĆ, *Feasibility Study on the setting up of a robust and independent human rights monitoring mechanism at the external borders of the European Union*, Pro Asyl Foundation *et al.*, 4 May 2022, accessibile online.

¹⁵⁷ In argomento, P. CHIRULLI, L. DE LUCIA, *Non-Judicial Remedies and EU Administration: Protection of Rights versus Preservation of Autonomy*, London-New York-Turin, 2021.

capo all'ente gestore l'obbligo di adottare misure tecniche, logistiche e organizzative atte a conformare la determinazione dei mezzi dell'azione, e l'esercizio dei connessi poteri, all'attuazione del mandato di promozione e protezione dei diritti fondamentali¹⁵⁸. In tal caso, la minimizzazione dell'incidenza delle attività congiunte sulle posizioni giuridiche individuali discende dal *design* stesso del potere operativo, che impone all'ente gestore (in questo caso Frontex) una valutazione preliminare e trasparente della proporzionalità delle proprie scelte strategiche ed esecutive rispetto al mandato in materia di diritti fondamentali.

In una prospettiva di *accountability* "by design", non basta quindi inserire nello statuto riferimenti diffusi alla tutela dei diritti fondamentali e al mandato dell'Agenzia in materia, e neppure rafforzare i controlli *ex post*, come quelli in materia di scarico del bilancio, che pur consentendo di sanzionare l'inottemperanza di Frontex ai diritti fondamentali non ne limitano l'operatività. Occorre incorporare all'interno dei poteri d'azione relativi (*inter alia*) alle operazioni congiunte, ai piani operativi, all'azione esterna, alla gestione del *budget*, all'approvvigionamento di mezzi e armi, al reclutamento

¹⁵⁸ Un esempio di disposizione di diritto UE che incide espressamente sul *design* di poteri operativi statali, prima ancora che sul loro esercizio, è l'art. 22 del regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), che (come noto) abolisce i controlli alle frontiere interne e proibisce verifiche di frontiera sulle persone, indipendentemente dalla nazionalità. Questa disposizione è compendiata dall'art. 24 del medesimo codice, che comporta la rimozione degli ostacoli al traffico presso i valichi di frontiera stradali alle frontiere interne, inclusa l'infrastruttura *fisica* del controllo di confine. Quest'ultima – in quanto dispositivo di esclusione dal territorio – può essere equiparata (quanto agli effetti) ad altri strumenti operativi, adottati dagli Stati membri per limitare la circolazione intra-europea (in tal senso, B. SCHOTTEL, *EU Operational Powers and Legal Protection*, cit., p. 645). Il suo smantellamento – conseguenza di un obbligo giuridico derivante dall'appartenenza all'Unione – ha favorito *ex ante* l'adeguamento dei poteri delle guardie di frontiera statali all'obiettivo di garantire la libera circolazione nello spazio Schengen e, al contempo, ha assicurato che le limitazioni di tale libertà non fossero legate alla nazionalità. In tal senso, la *ratio* degli artt. 22 e 24 del codice è distinta da quella dell'art. 23 che, regolando l'*esercizio* delle competenze di polizia alle frontiere interne, vieta i controlli che abbiano effetto equivalente alle verifiche di frontiera, consentendo *ex post* l'accesso alla tutela giurisdizionale in caso di violazione (cfr. le sentenze della Corte del 13 dicembre 2018, causa C-412/17, *Touring Tours und Travel*, e del 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*).

e alla formazione delle guardie di frontiera, un obbligo di *preassessment* della proporzionalità del potere conferito all'obiettivo perseguito, tenuto conto dei rischi generici di deviazione dal rispetto dei diritti fondamentali connessi alle attività di sorveglianza di frontiera¹⁵⁹, nonché dei rischi specifici legati alle variabili pertinenti nel singolo caso¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Questi rischi sono particolarmente evidenti in relazione alle attività che comportano l'esercizio dei poteri esecutivi da parte del personale statutario di Frontex, anche perché, come si è già sottolineato *supra*, par. 4, la disciplina statutaria in materia di acquisto, noleggio e detenzione da parte dell'Agenzia di armi, munizioni ed equipaggiamento tecnico, è piuttosto lacunosa. Cfr. sul punto Consiglio UE, State of play of the implementation of the EBCG 2.0 Regulation in view of current challenges, LIMITE 7607/20, 28 April 2000, p. 15 ss., accessibile *online*.

¹⁶⁰ Ad es. allo stato dell'arte e allo sviluppo della tecnologia di controllo del confine, alle specificità della tutela dei diritti in un dato contesto operativo (es. alto mare) e alla probabilità e irreparabilità dei danni per le persone riguardate.

Finito di stampare nel mese di maggio 2023
presso la *Grafica Elettronica* - Napoli